

**ANÁLISE DO REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS PARA
NUBENTES MAIORES DE 70 ANOS**

Artigo científico apresentado ao Centro universitário São Lucas Ji-Paraná, para obtenção de grau na disciplina Trabalho de Conclusão – Projeto de Pesquisa, em Direito.

Prof. Orientador: Adenilson Ferreira de Souza.

Ji-Paraná
2024

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação - CIP

S729a Souza, João Vitor de Mendonça.

Análise do regime de separação obrigatória de bens para nubentes maiores de 70 anos. / João Vitor de Mendonça Souza. – Ji-Paraná, 2024.
21 p.

Artigo científico (Curso de Direito) – Centro Universitário São Lucas Ji-Paraná, 2024.

Orientador: Prof. Esp. Adenilson Ferreira de Souza.

1. Autonomia privada. 2. Regime de bens. 3. Idoso. 4. Inconstitucionalidade. I. Souza, Adenilson Ferreira de. II. Título.

CDU 347.6

ANÁLISE DO REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS PARA NUBENTES MAIORES DE 70 ANOS

João Vitor de Mendonça Souza¹

Adenilson Ferreira de Souza²

RESUMO: A imposição de um regime de casamento à alguém devido a sua idade, sem nenhuma comprovação de incapacidade, fere direitos constitucionais preconizados na Carta Magna, como a liberdade. O entendimento do Supremo Tribunal Federal é de que o regime obrigatório estabelecido no art. 1.641, inciso II do CC desrespeita a autonomia e a autodeterminação da pessoa idosa. Existe uma forte corrente doutrinária que sustenta a inconstitucionalidade desse regime obrigatório, pois discrimina o idoso, presumindo sua incapacidade sem fundamento. Também, apesar da grande repercussão jurídica e social, não houve consideração de alteração desse dispositivo na proposta de reforma do Código Civil.

Palavras-chave: Autonomia privada. Regime de bens. Idoso. Inconstitucionalidade.

ANALYSIS OF THE MANDATORY SEPARATION OF PROPERTY REGIME FOR MARRIED PARTIES OVER 70 YEARS OF AGE

ABSTRACT: The imposition of a marriage regime on someone due to their age, without any proof of incapacity, violates constitutional rights enshrined in the Constitution, such as freedom. The understanding of the Supreme Federal Court is that the mandatory regime established in art. 1.641, item II of the Civil Code disrespects the autonomy and self-determination of the elderly person. There is a strong doctrinal current that supports the unconstitutionality of this mandatory regime, as it discriminates against the elderly, presuming their incapacity without basis. Also, despite the great legal and social repercussions, there was no consideration of changing this provision in the proposed reform of the Civil Code.

Keywords: Private autonomy. Property regime. Elderly. Unconstitutionality.

1. INTRODUÇÃO

Quando o assunto é o matrimônio, considera-se a autonomia da vontade elemento essencial para as escolhas feitas pelos nubentes, não só na escolha do

¹Acadêmico do 10º período do curso de Direito no Centro Universitário São Lucas Ji-Paraná/RO. E-mail: jvmsjvms1999@hotmail.com

²Professor orientador especialista em direito processual civil aplicado UNA, professor de Direito no Centro Universitário São Lucas. E-mail: souza.adv.76@gmail.com

cônjuge, mas também na opção do regime de bens a ser adotado. Contudo, existe uma contradição legal entre o texto constitucional e uma norma infraconstitucional. Isso porque o art. 1641, inciso II do Código Civil estabelece a obrigatoriedade do regime de separação de bens no casamento de pessoas maiores de 70 anos.

Neste sentido, a imposição de um regime de casamento à determinada classe acaba ferindo seu direito de escolha, sendo uma ofensa à liberdade constitucional preconizada no art. 5º da Carta Magna. Por este motivo, pretende-se analisar a constitucionalidade do inciso II do art. 1.641 do Código Civil, a fim de identificar se existe alguma violação constitucional quanto aos direitos da pessoa idosa.

Acredita-se que a pessoa idosa tem total capacidade de tomar decisões acerca de seu patrimônio, e que tal lucidez será evidenciada cada vez mais com o passar do tempo. Em outras palavras, com o aumento da expectativa de vida da pessoa idosa, tanto como na sua qualidade de vida que vem aumentando gradativamente com o passar dos anos. Deste modo, acredita-se que impor tal regime de bens acarreta muito mais prejuízo ao cidadão idoso do que propriamente o protege de indivíduos ardilosos.

Assim, a presente pesquisa baseia-se em uma metodologia exploratória, utilizando como fundamento normativo os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais e legislação construiu-se o suporte científico da estrutura textual desse trabalho, excluindo-se da pesquisa artigos repetitivos e de fontes não confiáveis primando por obras científicos no idioma português.

Dada a importância do tema, buscou-se avaliar a constitucionalidade do art. 1.641, inciso II do Código Civil, visto que o referido artigo restringe a autonomia da vontade da pessoa idosa quanto à escolha de bens adotada no matrimônio e, por consequência, restringe sua liberdade constitucional.

O desenvolvimento do trabalho foi estruturado em seis tópicos, distribuídos respectivamente em: Princípios e garantias constitucionais; Casamento e suas implicações legais; Modalidades de regime de bens; A subjetividade do envelhecimento e a discussão da capacidade civil da pessoa idosa; A terceira idade

e o regime de bens; Constitucionalidade do art. 1641 do Código Civil; Regime Obrigatório de bens sob a perspectiva do projeto do novo código civil. Conforme será demonstrado a seguir.

2. PRINCÍPIOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

Para evitar a marginalização do idoso, instituiu-se o princípio da proteção integral da pessoa idosa (art. 4º da lei nº 10.741/2003), e com isso, é dever da família, garantir com prioridade, a efetivação dos direitos do idoso. Ainda, o princípio da solidariedade familiar, previsto nos arts. 1º, III; 3º, I, 226, 227, 229 e 230 da Constituição Federal, faz com se adote um regime especial protetivo do idoso, sobretudo no que tange à proteção patrimonial e extrapatrimonial (Madaleno, 2022, p. 60).

Contudo, no que tange a escolha do regime de bens em casamento de pessoas idosas acima de 70 anos, a discussão parece tomar outro rumo. O art. 1.641, inciso II do Código Civil estabelece como obrigatório o regime de separação total de bens para casamento e união estável de pessoas nessa condição etária. Isso não só viola o direito de escolha da pessoa idosa, mas também sua liberdade e dignidade.

Neste sentido, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, enfatizam o ultraje dessa limitação normativa ao exercício dessa liberdade constitucional. Vejamos:

Não podemos extrair dessa norma uma interpretação conforme a Constituição. Muito pelo contrário. O que notamos é uma violência escancarada ao princípio da isonomia, por conta do estabelecimento de uma velada forma de interdição parcial do idoso. Avançada idade, por si só, como se sabe, não é causa de incapacidade! (Gagliano; Filho, 2023, p. 119).

Assim, entende-se que a capacidade civil da pessoa idosa tem sido questionada. É válido considerar que essa restrição da autonomia da vontade, seja para a proteção do seu interesse patrimonial, bem como de seus herdeiros. No entanto, essa intervenção legislativa acaba restringindo o idoso no exercício de seus

direitos constitucionais.

É importante mencionar que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é garantir uma sociedade livre, justa e solidária (art 3º, I da CF/88). Entretanto, não se observa essa garantia no que diz respeito à limitação de escolha do regime de bens para pessoa idosa. A própria dignidade da pessoa humana é desrespeitada através desta imposição legislativa, limitando a liberdade constitucional da pessoa idosa ao restringir sua liberdade de escolha.

Portanto, pretende-se com este trabalho, analisar o conflito acerca da constitucionalidade do dispositivo que institui a obrigatoriedade do regime de separação de bens para nubentes com idade acima dos 70 anos. Demonstrando ainda que, se o idoso com mais de 70 anos for plenamente capaz de exercer todos os atos da vida civil, quanto mais será para escolher o regime de bens que melhor se aprover.

3. CASAMENTO E SUAS IMPLICAÇÕES LEGAIS

O casamento é uma instituição social que proporciona o reconhecimento legal de uma união, assegurando aos cônjuges direitos e deveres. Com isso, vale considerar que o casamento não é a única entidade familiar a reconhecer formalmente esse vínculo afetivo, visto que também é possível com a união estável. No entendimento de Carlos Alberto Maluf e Adriana Maluf, casamento é:

[...] um instituto de amplo alcance, que regula a vida dos cônjuges, suas obrigações e relações recíprocas, de âmbito moral, social e material, instituindo deveres para com a estrutura familiar e com a prole. Cria um vínculo jurídico entre os cônjuges, constituindo a sociedade conjugal, que, a seu turno, engloba a vida das partes em sua ampla dimensão. (Maluf; Maluf, 2021 p. 286).

A Constituição Federal considera a família como base da sociedade (art. 226), garantindo o direito da livre decisão do casal no que diz respeito ao planejamento familiar, cabendo ao Estado apenas o dever de proporcionar recursos educacionais e científicos para o seu exercício, não podendo interferir nas relações familiares.

A CF/88 também estabelece que os direitos e deveres referente à sociedade conjugal são exercidos igualmente por ambos os cônjuges (§5º, art. 226 e art. 1.567 do CC). Embora não estejam listados explicitamente no texto constitucional, o Código Civil rege as relações familiares no que diz respeito às suas implicações legais, garantindo a segurança jurídica dos interessados.

Nesse sentido, quanto aos deveres conjugais, a lei civil estabelece a fidelidade recíproca, a coabitação, a assistência e o respeito mútuo, além da responsabilidade pelo sustento e educação dos filhos (art. 1.566). Destaca-se o instituto da fidelidade, embora seja relativizado nos dias atuais, porque devido às mudanças de valores sociais, o adultério deixou de ser criminalizado, porém continua sendo considerado um ilícito civil, podendo caracterizar uma impossibilidade de comunhão de vida, conforme previsto no art. 1.573 do CC.

Entretanto, os doutrinadores Carlos Alberto Maluf e Adriana Maluf são enfáticos ao escrever que a fidelidade integra-se ao instituto do casamento, “não podendo ser afastada por vontade das partes mediante pacto antenupcial ou convenção, tendo em vista a preservação da moral e dos bons costumes” (Maluf; Maluf, 2021, p. 105). E Maria Helena Diniz entende que “o dever moral e jurídico de fidelidade mútua decorre do caráter monogâmico do casamento e dos interesses superiores da sociedade, pois constitui um dos alicerces da vida conjugal e da família matrimonial” (Diniz, 2024, p. 132).

Sobre a coabitação, marido e mulher devem conviver na mesma casa, denominada, pela lei, domicílio conjugal, o qual será escolhido por ambos os cônjuges, ante o art. 226, § 5º, da Constituição Federal de 1988 e o Código Civil, art. 1.569. No entanto, podem os cônjuges ausentar-se temporariamente do domicílio conjugal, desde que para atender a encargos públicos, ao exercício de sua profissão, ou a interesses particulares relevantes.

A lei apenas requer que haja presença regular no domicílio do casal, pois tem por escopo manter a comunhão de vida. A infração do dever de coabitação acarreta ofensa à honra, à dignidade e à respeitabilidade do outro cônjuge, podendo levar à ação de reparação civil por dano moral e à separação judicial (art. 1.573, III do CC).

O abandono voluntário do lar também poderá acarretar em separação judicial (art. 1.573, IV do CC), cumulado com indenização por danos morais.

Em caso de dissolução da sociedade conjugal por meio de separação ou divórcio (art. 1.571, III e IV do CC), a partilha dos bens será realizada de acordo com o regime de bens escolhido. Se não houver acordo entre os cônjuges, a partilha poderá ser decidida pelo juiz (parágrafo único do art. 1.576 do CC). Também, caso algum dos cônjuges não consiga se sustentar, terá direito à pensão alimentícia. É importante lembrar que o divórcio não modifica os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos (art. 1.579 do CC).

Com o divórcio, o divorciado não deverá casar-se novamente se a partilha dos bens do antigo casal não houver sido homologada ou decidida, sob pena de ter de convolar núpcias sob o regime obrigatório de separação de bens, salvo se comprovar inexistência de qualquer prejuízo para o ex-cônjuge (arts. 1.523, III e parágrafo único, e 1.641, I do CC). Se a dissolução da sociedade conjugal se deu pela separação, os cônjuges poderão contrair novas núpcias, desde que pleiteiem o divórcio.

Já em caso de dissolução por morte de um dos cônjuges (art. 1.571, I do CC) o cônjuge sobrevivente terá direito à partilha de bens conforme o regime escolhido, concorrendo à herança juntamente com os demais herdeiros. Em regra, o cônjuge sobrevivente é considerado herdeiro necessário (art. 1.845 do CC).

4. DAS MODALIDADES DE REGIMES DE BENS

Uma vez realizado o matrimônio, surgem direitos e obrigações em relação à pessoa e aos bens patrimoniais dos cônjuges, como já mencionado neste trabalho. É por isso que o regime de bens escolhido é considerado a essência das relações econômicas do casal. O direito patrimonial e os respectivos regime de bens estão dispostos no ordenamento jurídico (art. 1.639 a 1.722 do CC) e regem as relações patrimoniais dos cônjuges durante o matrimônio e após o fim da sociedade conjugal, independentemente se por separação ou divórcio, ou por morte de um dos cônjuges.

Quanto à administração desses bens, ambos os cônjuges poderão administrar bens comuns ou até mesmo certos bens particulares, (art. 1.642, II do CC), em virtude do regime de bens adotado ou de acordo com o pacto antenupcial (art. 1.567 do CC). Como a relação conjugal é pautada pelo dever de mútua assistência, ocorrendo incapacidade ou impedimento de um deles, tornando impossível o exercício da administração patrimonial, conforme o disposto em lei para cada regime de bens, o outro assumirá sozinho essa gestão. Portanto, o cônjuge irá gerir o patrimônio comum do casal, assim como os bens incomunicáveis.

Também, assim, se um deles não puder exercer a administração dos bens que lhe é incumbida segundo o regime de bens, o outro poderá gerir os bens comuns e os do seu cônjuge, praticando atos de mera administração, assim como alienar os bens móveis comuns. Entretanto, somente com autorização judicial poderá alienar os imóveis comuns e os móveis ou imóveis do cônjuge (art. 1.651 do CC).

Neste sentido, entende-se que o regime patrimonial é uma espécie de estatuto que regerá as relações patrimoniais na sociedade conjugal, que começa a vigorar desde a data do casamento (art. 1.639, § 1º do CC), sendo o matrimônio o termo inicial do regime de bens, decorrendo ele da lei ou de pacto. A seguir abordaremos os cinco regimes de bens previstos no ordenamento jurídico brasileiro e suas peculiaridades.

4.1. Regime de comunhão parcial de bens

O regime de comunhão parcial de bens (arts. 1.658 a 1.666 do CC) implica na comunicação dos bens adquiridos de forma onerosa na constância do casamento. Ou seja, presume-se que ambos os nubentes contribuíram para a aquisição dos bens. Esse regime estabelece uma solidariedade material entre os cônjuges, já que seus interesses patrimoniais passam a ser comuns.

No entanto, esse regime também permite que cada cônjuge preserve o que já lhe pertencia antes do matrimônio. Assim, o regime de comunhão parcial torna mais justa a divisão dos bens em caso de separação. Por este motivo também

denominado de “regime supletivo legal”, e passou a ser o regime legal aplicado na falta de disposição diversa, com o advento da Lei do Divórcio, conforme afirma Flávio Tartuce:

A comunhão parcial é o regime legal desde a entrada em vigor da Lei do Divórcio, em 27 de dezembro de 1977 (Lei 6.515/1977). Antes da Lei do Divórcio, o regime legal era o da comunhão universal, sendo certo que muitas gerações se casaram por tal regime. No caso do autor desta obra (nascido em 1976) e de seus contemporâneos, é a situação dos nossos pais, avós, bisavós etc. (Tartuce, 2024, v. único, p. 1.255).

Esse regime é considerado como um regime misto, “formado em parte pelo regime da comunhão universal e em parte pelo da separação de bens”, sendo o casamento o marco que divide esses dois regimes (Maluf; Maluf, 2021, p. 252). Isso porque os bens particulares, isto é, adquiridos anteriores ao casamento, bem como doação e herança, são incomunicáveis. Enquanto os bens adquiridos na constância do casamento formam uma única massa patrimonial, compartilhados em igual proporção.

4.2. Regime de comunhão universal de bens

Na comunhão universal, todos os bens integram o patrimônio do casal, não importa se a aquisição ocorreu anterior ou na constância do casamento. Ou seja, não existem bens individuais com relação ao casal, todos os bens são igualmente compartilhados, as dívidas passivas também são compartilhadas, constituindo uma só massa.

Entende-se que “há um patrimônio comum do casal, formado pela integralidade do seu acervo, que se compõe de todos os direitos e obrigações ativos e passivos. Assim, o que um cônjuge adquirir, adquirirá também o outro” (Maluf; Maluf, 2021, p. 241). É importante destacar que, uma vez que o regime estabelece a criação de uma massa patrimonial singular, de certo que o cônjuge sobrevivente não terá direito à herança, isso porque já concorre na qualidade de meeiro.

“Também se comunicam os bens recebidos por um ou por ambos por herança ou doação durante o casamento” (Tartuce, 2024, v.5. p.177). Apenas bens doados

ou herdados com cláusula de incomunicabilidade não integram o patrimônio único dos nubentes, assim como os bens sub-rogados e os de uso pessoal. Destaca-se que livros e instrumentos de profissão ou proventos oriundos do trabalho individual de cada um dos cônjuges, também não integram a massa patrimonial do casal.

4.3. Regime de participação nos aquestos finais

O regime de participação final nos aquestos trata-se de um regime híbrido em que cada cônjuge possui e administra seu próprio patrimônio de forma análoga ao regime de separação de bens. Ou seja, neste regime de bens há formação de massas de bens particulares incomunicáveis durante o matrimônio, mas que se tornam comuns no momento da dissolução do matrimônio. Assim, em caso de dissolução, seja por morte, divórcio ou separação, aplica-se às regras do regime de comunhão parcial, isto é, são associados nos ganhos durante o casamento e dissociados das dívidas (arts. 1.672 a 1.686 do CC).

Portanto, há dois patrimônios, o inicial, que é o conjunto dos bens que possuía cada cônjuge à data da constituição conjugal e os que foram por ele adquiridos, a qualquer título, (gratuito ou oneroso) durante a vigência matrimonial (art. 1.673 do CC), e o final, verificável no momento da dissolução do casamento (art. 1.674 do CC). A respeito do funcionamento desse regime, Flávio Tartuce explica que:

Como regra fundamental do regime, durante o casamento há uma separação convencional de bens, e, no caso de dissolução da sociedade conjugal, algo próximo de uma comunhão parcial de bens. Finda a união, cada cônjuge terá direito a uma participação daqueles bens para os quais colaborou para a aquisição, devendo provar o esforço patrimonial para tanto, eis que o art. 1.672 do CC preconiza que caberá direito à metade dos bens adquiridos a título oneroso durante a união. (Tartuce, 2024, v. único, p. 1.274).

Vale destacar que devido à complexidade desse regime e também pela falta de clareza das disposições, ele acaba por não ser muito utilizado no país e nem mesmo apreciado pela doutrina, visto que este regime se encontra distante da realidade brasileira (Tartuce, 2024, v. único, p. 1.274 - 1.277).

4.4. Regime de separação convencional de bens

Com relação a este regime, é o mais simples de ser compreendido. É um regime facultativo e está intimamente ligado ao princípio da autonomia privada (Gagliano; Filho, 2023, p. 135). Isso porque é o exercício da autonomia privada que garante aos cônjuges total liberdade de dispor e administrar seus respectivos bens, privilegiando a independência patrimonial de cada um, respeitando, portanto, suas vontades.

Nas palavras de Flávio Tartuce, no regime de separação convencional de bens:

[...] não haverá a comunicação de qualquer bem, seja posterior ou anterior à celebração do casamento, cabendo a administração desses bens de forma exclusiva a cada um dos cônjuges. Justamente por isso, cada um dos cônjuges poderá alienar ou gravar com ônus real os seus bens mesmo sendo imóveis, nas hipóteses em que foi convencionalizada a separação de bens. (Tartuce, 2024, v.5, p. 186).

É mediante a disposição do pacto antenupcial que os nubentes escolhem quais os bens e futuras aquisições serão incomunicáveis durante a vigência do casamento, ou ainda, mediante disposição contratual em caso do matrimônio já haver sido constituído. Assim as partes envolvidas decidem quais os bens que integrarão o patrimônio comum do casal e quais não farão parte do inventário, garantindo a fruição ou alienação de seus próprios bens, sejam móveis ou imóveis, sem necessitar de autorização do outro cônjuge, por exemplo.

Em caso de dissolução da sociedade conjugal por meio de divórcio, não há divisão de bens, e cada um restará com seus respectivos bens adquiridos. Entretanto, é possível a comunicação entre bens em comum, através de disposição contratual caso haja concordância entre as partes, assim como nos bens particulares, como já mencionado.

Já em caso de falecimento, o cônjuge sobrevivente concorre ao seu quinhão na herança, juntamente com os descendentes, como dispõe o art. 1.829 do CC. Caso não tenham descendentes, o cônjuge sobrevivente concorrerá com os

ascendentes (art. 1.836 e 1.837 do CC).

4.5. Regime de separação obrigatória de bens

Chegamos ao nosso objeto de estudo. Aqui, cada cônjuge terá seus bens particulares, não existindo comunicação entre os bens de cada um. Esse regime é bem parecido com o descrito anteriormente, a diferença é que o regime de separação convencional é facultativo, enquanto esse, como o próprio nome já diz, é obrigatório, sendo imposto aos nubentes maiores de 70 anos de idade e às pessoas que dependem de suprimento judicial para casar (não emancipados e menores de 18 anos).

Nesse processo, a força da normativa suprime a autonomia da vontade dos nubentes, os quais são obrigados a adotar esse regime caso se encaixem nos requisitos mencionados acima.

Em caso de divórcio, deve-se levar em consideração a regra mencionada pela Súmula 377 do STF, em que neste regime, “comunicam-se os bens adquiridos na constância do casamento”, isto é, os bens adquiridos durante o vínculo conjugal devem ser repartidos, enquanto que os obtidos anteriormente ao casamento permanecem com o cônjuge que os adquiriu (Brasil, STF, 1964).

Destaca-se que esse regime não necessita de pacto antenupcial, uma vez que já é estabelecido por lei. Em suma, essa disposição legal consiste na preocupação do legislador em proteger a pessoa idosa de pessoas mal intencionadas que poderiam usufruir de seu estado de vulnerabilidade com o objetivo de contrair seu patrimônio. Em outras palavras, para evitar o “golpe do baú”, como preferem Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (Gagliano; Filho, 2023, p. 118).

Ainda, com os avanços da tecnologia e o com o constante desenvolvimento da ciência e da medicina, é notório o respectivo aumento na expectativa de vida do ser humano. Motivo pelo qual se acredita que a pessoa idosa com mais de 70 anos tem perfeito grau de consciência e capacidade para praticar atos da vida civil.

Vejamos o entendimento de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho acerca dessa sentença descabida e infundada de incapacidade prevista na norma civil:

Aliás, com 60 anos (como era o limite original do dispositivo), 70 anos (na atual redação) ou mais idade ainda, a pessoa pode presidir a República. Pode integrar a Câmara de Deputados. O Senado Federal. Poderia, ainda, no limite etário original de 60 anos, compor a mais alta Corte brasileira, na condição de ministro! E não poderia escolher livremente o seu regime de bens? Não podemos tentar encontrar razão onde ela simplesmente não existe. (Gagliano; Filho, 2023, p. 119).

Assim, acredita-se que a pessoa idosa tem total capacidade de tomar decisões acerca de seu patrimônio, e que tal lucidez será evidenciada cada vez mais com o passar do tempo. Em outras palavras, com o aumento da expectativa de vida da pessoa idosa, tanto como na sua qualidade de vida que vem aumentando gradativamente com o passar dos anos. Deste modo, acredita-se que impor tal regime de bens acarreta muito mais prejuízo ao cidadão idoso do que propriamente o protege de indivíduos ardilosos.

Neste sentido, Flávio Tartuce compõe a forte corrente doutrinária que sustenta a inconstitucionalidade desse regime obrigatório, pois discrimina o idoso, presumindo sua incapacidade sem fundamento. Sustenta ainda, que:

Na verdade, tal previsão não protege o idoso, mas seus herdeiros, tendo feição estritamente patrimonialista, na contramão da tendência do Direito Privado contemporâneo, de proteger a pessoa humana (*personalização do Direito Civil*). (Tartuce, 2024, p. 1.255).

A legislação prevê uma exceção à aplicação obrigatória do regime de separação à pessoa idosa, qual seja no caso de união estável precedida anteriormente ao fato de que um dos companheiros tenha atingido os 70 anos de idade. Logo, em união estável estabelecida com um dos companheiros com 69 anos de idade, caso ambos decidam contrair matrimônio existirá a possibilidade de escolherem o regime de bens que lhe aprouver.

Percebe-se então que a diferença mínima no caso em questão, de apenas 1 ano de idade, é requisito para a aplicação do art. 1641, inciso II do CC. Dessa maneira, não se mostra razoável que o indivíduo em tão somente 1 ano de idade

tenha perdido a capacidade de praticar os atos da vida civil, mais especificamente de tomar decisões acerca de seu próprio patrimônio.

A razão desse entendimento não ser estendido às pessoas idosas é algo ilógico, visto que não há comprovadamente um embasamento científico que demonstre a incapacidade das pessoas com base na sua idade, já que o envelhecimento é algo subjetivo.

Diante disso, nota-se que a imposição do art. 1641 inciso II não encontra amparo legal em correspondência ao Estatuto da Pessoa Idosa, assim, como parte de uma premissa totalmente arbitrária e aleatória por assumir a incapacidade geral à pessoa idosa.

5. A SUBJETIVIDADE DO ENVELHECIMENTO E A DISCUSSÃO DA CAPACIDADE

O envelhecimento é um processo natural e inevitável, porém, é inegável que esse processo é individual e subjetivo. Nos termos da Lei nº 10.741/2003, idoso é a pessoa com idade igual ou superior a 60 anos. Apesar disso, segundo Pérola Braga, cada indivíduo tem seu próprio tempo de se sentir velho (Braga, 2011, p. 01 - 04).

Isso porque a idade não é um fator indicativo da capacidade do indivíduo. Braga faz menção à compreensão de Norberto Bobbio quanto aos três aspectos da velhice: o cronológico, o burocrático e o psicológico. A saber:

A velhice cronológica é meramente formal. Estipula-se um patamar (uma idade) e todos que o alcançarem são considerados idosos, independentemente de suas características pessoais. A velhice burocrática corresponde àquela idade que gera direitos a benefícios, como a aposentadoria por idade ou passe livre em ônibus urbanos. A velhice psicológica, ou subjetiva, é a mais complexa já que não pressupõe parâmetros objetivos. Depende do tempo que cada indivíduo leva para sentir-se velho. (Bobbio *apud* Braga, 2011, p. 03).

O aspecto psicológico demonstra a subjetividade do processo de envelhecimento. Portanto, o julgamento da capacidade civil da pessoa idosa, jamais deve ser pautado apenas no critério cronológico. Por este motivo se discute a

constitucionalidade da exigência do regime de separação total de bens em casamento de pessoas acima de 70 anos.

Assim, é válido ressaltar que, com a aquisição da maioridade e, portanto da plena capacidade civil, esta somente poderá ser afastada em situações extremas, e notadamente através de processo de interdição do indivíduo, conforme prevê os arts. 747 a 751 do Código Civil. Ainda, é importante deixar claro que o Código Civil não atrela a velhice como motivo de incapacidade.

6. A TERCEIRA IDADE E O REGIME DE BENS

Embora assegurados tantos direitos e garantias à pessoa idosa, quando o assunto é casamento, o direito à escolha do regime de bens permanece restrito pela Lei Civil para nubentes acima de 70 anos de idade. Essa restrição fere os princípios constitucionais, pois limita os direitos personalíssimos dos indivíduos de dispor de seus bens como quiser.

Vale mencionar também, que essa limitação legal nem sequer abrange a hipótese de alteração do regime de bens durante a constância do casamento (art. 1.639, §2º do CC), se os cônjuges já tiverem atingido idade de 60 anos na vigência do casamento.

Apesar disso, a lei não descreve ou tipifica critérios de capacidade para contrair matrimônio, disciplinando apenas a idade mínima, conforme o art. 1.517 do CC que estabelece a idade núbil a partir dos 16 anos. Neste sentido, compreende-se como cidadão capaz de exercer os atos da vida civil, todo e qualquer que apresentar aptidão física, sanidade mental e aptidão intelectual para compreender os atos e tomar suas próprias decisões (Nader, 2015, p. 84).

Não existe, portanto, justificativa plausível para a presunção legislativa de incapacidade absoluta de pessoa idosa acima dos 70 anos de idade, ainda mais ante à crescente expectativa de vida da população brasileira. Até porque, a capacidade civil só poderá ser afastada em situações extremas, como já mencionado, por meio de processo de interdição conforme prevê os arts. 747 a 751

do CC.

Portanto, as pessoas idosas, enquanto conservarem sua capacidade mental, têm o direito de fazer suas escolhas, inclusive decidir qual regime de bens deseja se submeter ao contrair matrimônio.

Paulo Nader, ao discorrer sobre a idade núbil e a capacidade para contrair matrimônio, descreve que a fixação da idade nupcial, “não deve ser guiada apenas pela capacidade de reprodução, mas definida principalmente pela maturidade necessária” para compreender os deveres provenientes da instituição familiar (Nader, 2015, p. 69).

Essa presunção de incapacidade criada pelo legislador acaba gerando injustiça, limitando as escolhas das pessoas idosas. Assim, ao considerar os aspectos do processo de envelhecimento, presumir incapacidade absoluta apenas por atingir o aspecto cronológico fere o princípio da proteção integral da pessoa idosa (art. 4º da lei nº 10.741/2003).

Todos os regimes de bens são regulados pelo princípio da autonomia da vontade privada, de modo que a exigência do regime de separação obrigatória é exceção a este princípio constitucional. Destaca-se que o debate doutrinário privilegia a livre escolha dos nubentes.

Maria Helena Diniz entende que não se pode privar o idoso de seu direito de escolha, a menos que seja comprovada sua incapacidade, a fim de preservar seu patrimônio de pessoas arditas:

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, 2024, p. 202, grifo nosso).

Essa limitação de escolha restringe o idoso a um cidadão incapaz,

impossibilitado de reger seu próprio patrimônio. Gerando tratamento desigual, embora legislação vigente garanta que a pessoa idosa tenha o mesmo tratamento em relação às demais pessoas, não havendo discriminação. Restando evidente a violação ao princípio da isonomia preconizado no art. 5º da CF/88.

Assim, é de notória percepção que o art. 1.641, inciso II do CC é um dispositivo discriminatório, violando direitos fundamentais previstos na CF/88, bem como o direito à liberdade jurídica da pessoa dispor de seus bens, o princípio da dignidade da pessoa humana, da autonomia privada e ainda, da intervenção mínima nas relações familiares.

7. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.641 DO CÓDIGO CIVIL

Diante deste cenário, recentemente o Supremo Tribunal Federal julgou tese com repercussão geral quanto ao regime de bens aplicável no casamento e na união estável de pessoas maiores de 70 anos de idade, por entender que o regime obrigatório estabelecido no art. 1.641, inciso II do CC desrespeita a autonomia e a autodeterminação da pessoa idosa.

O ministro relator Luís Roberto Barroso entende que essa obrigatoriedade impede “que pessoas capazes para praticar atos da vida civil, ou seja, em pleno gozo de suas faculdades mentais, definam qual o regime de casamento ou união estável mais adequado” (Brasil, STF, Tema 1236, 2024).

Neste sentido, o STF extinguiu o regime de separação obrigatória de bens para pessoas acima de 70 anos, no entanto, sem extinguir o regime de separação de bens do ordenamento. Ou seja, o regime de separação de bens continua sendo a regra para pessoas acima de 70 anos, conforme o art. 1.641, inciso II, no entanto agora existe a possibilidade de os nubentes, mediante pacto antenupcial, adotar outro regime de bens.

Ainda, para pessoas que já se encontram casadas ou conviventes em união estável formalmente registrada, existe a possibilidade da mudança do regime de bens, a qualquer tempo, mediante escritura pública. Com isso, a decisão do STF

resultou em uma solução que respeita a liberdade da pessoa idosa ao mesmo passo que evita expô-la à possíveis golpes.

O presidente do IBDFAM do Mato Grosso, Dr. Fabiano Rabaneda, entende que essa mudança assegura a possibilidade de “alteração do regime de bens para outro, diverso da separação, via escritura pública, mantendo, no caso de escolha da comunhão parcial, a incomunicabilidade obrigatória dos bens particulares em caso de óbito” (IBDFAM, 2024).

Portanto, a decisão do STF resguarda a segurança jurídica dos casos em andamento, embora não tenha julgado a constitucionalidade do dispositivo legal, apenas analisando a aplicabilidade do regime de separação conforme sua interpretação constitucional.

8. REGIME OBRIGATÓRIO DE BENS SOB A PERSPECTIVAS DO PROJETO DO NOVO CÓDIGO CIVIL

Aprovado no dia 05 de abril de 2024, o projeto de reforma do Código Civil que, em resumo, pretende ampliar o conceito de família e incluir uma parte específica sobre direito digital. Conforme exposto no portal de notícias do Senado, as propostas apresentadas incluem: União estável como estado civil; casamento ou união estável entre pessoas do mesmo sexo; divórcio unilateral ou em positivo; mudança no reconhecimento oficial da paternidade; alimentos gravídicos; reprodução assistida; regulação de empresas e contratos; herança; e propriedade (Baptista, Agência Senado, 2024).

Contudo, apesar da grande repercussão jurídica e social que este dispositivo tem levantado, não houve nenhuma proposta que envolva a discussão do regime de separação obrigatória de bens para maiores de 70 anos. Seguindo vigente, o regime que é considerado inconstitucional, segundo o entendimento majoritário da doutrina, e também de juristas em todo o Brasil, sem a devida intervenção legislativa para assegurar a autonomia privada do idoso.

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim, embora assegurados tantos direitos e garantias à pessoa idosa, quando o assunto é casamento, o direito à escolha do regime de bens permanece restrito pela Lei Civil para nubentes acima de 70 anos de idade. Essa restrição fere os princípios constitucionais, pois limita os direitos personalíssimos dos indivíduos de dispor de seus bens como melhor lhe aprouver.

Acredita-se que a pessoa idosa tem total capacidade de tomar decisões acerca de seu patrimônio, e que tal lucidez será evidenciada cada vez mais com o passar do tempo. Em outras palavras, com o aumento da expectativa de vida da pessoa idosa, tanto como na sua qualidade de vida que vem aumentando gradativamente com o passar dos anos.

Deste modo, acredita-se que impor tal regime de bens acarreta muito mais prejuízo ao cidadão idoso do que propriamente o protege de indivíduos ardilosos. Com isso, entende-se que a capacidade civil da pessoa idosa tem sido questionada. É válido considerar que essa restrição da autonomia da vontade, seja para a proteção do seu interesse patrimonial, bem como de seus herdeiros. No entanto, essa intervenção legislativa acaba restringindo o idoso no exercício de seus direitos constitucionais.

A própria dignidade da pessoa humana é desrespeitada através desta imposição legislativa, limitando a liberdade constitucional da pessoa idosa ao restringir sua liberdade de escolha. Diante disso, nota-se que a imposição do art. 1641 inciso II não encontra amparo legal em correspondência ao Estatuto da Pessoa Idosa, assim como parte de uma premissa totalmente arbitrária e aleatória por assumir a incapacidade geral à pessoa idosa.

Ainda, mesmo com tamanha repercussão jurídica e social não houve proposta de alteração desse dispositivo no projeto de reforma do Novo Código Civil. Mesmo com o entendimento de inconstitucionalidade suscitado pela doutrina, e o posicionamento do STF sobre a matéria em discussão.

10. REFERÊNCIAS

BAPTISTA, Rodrigo. **Conheça as propostas de juristas para modernizar a legislação**. Agência Senado, publicado em 16/4/2024. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2024/04/codigo-civil-conheca-as-propostas-de-juristas-para-modernizar-a-legislacao>. Acesso em 07 de novembro de 2024.

BRAGA, Pérola Melissa Vianna. **Curso de Direito do Idoso**. São Paulo/SP. Editora Atlas, 2011.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 25 de março de 2024

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o **Código Civil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 24 de junho de 2024.

BRASIL. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. Institui o **Estatuto do Idoso e dá outras providências**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm. Acesso em: 24 de junho de 2024

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 377**. No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento. **Diário da 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. Recurso Extraordinário com Agravo nº 1309642. **Tema 1236 - Regime de bens aplicável no casamento e na união estável de maiores de setenta anos**. Relator: min. Luís Roberto Barroso, 02 de fevereiro de 2024.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro : Direito de Família – Volume 5**. 38. ed. São Paulo : SaraivaJur, 2024.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Direito de família – v. 6. – 13. ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2023.**

IBDFAM. Instituto Brasileiro de Direito de Família. **Especialistas comentam decisão do STF que desobriga separação de bens para maiores de 70 anos**. Belo Horizonte/MG. Fevereiro de 2024. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/11545/Especialistas+comentam+decis%C3%A3o+do+STF+que+desobriga+separa%C3%A7%C3%A3o+de+bens+para+maiores+de+70+anos>. Acesso em: 24 de junho de 2024.

MADALENO, Rolf. **Manual de direito de família**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

MALUF, Carlos Alberto, D.; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Direito da Família**. Disponível em: Minha Biblioteca, (4th edição). Grupo GEN, 2021.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil - Vol. 5 - Direito de Família**, 7ª edição. Rio de Janeiro/RJ. Editora Forense, 2015.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil : volume único**. 14. ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro : Método, 2024.

TARTUCE, Flávio, 1976 - **Direito civil : direito de família**. Volume 5. 19. ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro : Forense, 2024.