FACULDADE DOCTUM DE VITÓRIA

CURSO DE DIREITO

THEODORINO PEREIRA DO SACRAMENTO

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME OBRIGATÓRIO DA SEPARAÇÃO DE BENS ÀS PESSOAS MAIORES DE 70 ANOS**

**VITÓRIA**

**2019**

FACULDADE DOCTUM DE VITÓRIA

CURSO DE DIREITO

THEODORINO PEREIRA DO SACRAMENTO

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME OBRIGATÓRIO DA SEPARAÇÃO DE BENS ÀS PESSOAS MAIORES DE 70 ANOS**

Artigo científico apresentado ao curso de Direito da Faculdade Doctum de Vitória, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Civil

Orientadora: Prof. Ademir João Costalonga

VITÓRIA

2019

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME OBRIGATÓRIO DA SEPARAÇÃO DE BENS ÀS PESSOAS MAIORES DE 70 ANOS**

*Theodorino Pereira do Sacramento [[1]](#footnote-1)*

*Prof. Orientador de Conteúdo: Ademir João Costalonga [[2]](#footnote-2)*

*Profª Orientadora de Metodologia: Marianne Rios de Souza Martins [[3]](#footnote-3)*

**RESUMO**

O presente trabalho responder o seguinte questionamento: Existe inconstitucionalidade na obrigatoriedade da separação de bens imposta por lei às pessoas maiores de 70 anos? Assim, foi realizada uma análise no ordenamento jurídico brasileiro, levando em conta os princípios que norteiam toda legislação vigente que versa este tema, a Carta Magna brasileira de 1988, analisando-se os diferentes posicionamentos doutrinários a respeito do tema, que serão citados a fim de se estabelecer uma abordagem comparativa. Para tal, serão abordados alguns princípios constitucionais inerentes à pessoa, bem como o Direito de Família, o casamento e o regime de bens. Expondo assim que a presunção de desorganização mental das pessoas com mais de 70 anos é absolutamente arcaica e preconceituosa.

Palavras Chave: Casamento. Separação de Bens. Inconstitucionalidade. Idoso

**ABSTRACT**

The present paper responds to the following question: Is there unconstitutionality in the obligation of separation of assets imposed by law to people over 70? Thus, an analysis was made in the Brazilian legal system, taking into account the principles that guide all legislation in force on this topic, the Brazilian Magna Carta of 1988, analyzing the different doctrinal positions on the subject, which will be cited in order to establish a comparative approach. To do so, we will address some constitutional principles inherent to the person, as well as Family Law, marriage and property regime. Thus exposing the presumption of mental disorganization of people over 70 is absolutely archaic and prejudiced.

Keywords: Marriage. Separation of Goods. Unconstitutionality. Old man

**INTRODUÇÃO**

O artigo 1641, inciso II do Código Civil, que versa sobre o regime de separação obrigatória de bens para pessoas septuagenárias. Na redação original desse artigo do CC/2002, constava a idade de 60 anos. A modificação para 70 anos adveio da lei 12.344, de 9/12/2010, tal modificação ocorreu sob a justificativa do aumento da expectativa de vida no brasileiro. Todavia a imposição arcaica e limitadora sob a justificativa de proteção dos idosos fora mantida.

A associação da velhice à debilidade intelectual é errônea e não deve ser presumida de forma taxativa, como prescreve a lei. Nenhuma pessoa se torna incapaz por tornar-se idoso. Desde sempre casamentos por interesses financeiros existiram, e ocorreram em todas as idades. Relacionamentos destrutivos e paixões descontroladas podem atingir qualquer pessoa. Porém, a vulnerabilidade emocional decorre muito mais do temperamento, da personalidade e da história de vida da pessoa do que propriamente da idade. Por isso, o assunto tratado apresenta grande divergência entre os doutrinadores do Direito.

A obrigatoriedade do regime de separação de bens para pessoas septuagenárias está estabelecida no artigo 1641, II, do Código Civil (2002), que foi alterada pela lei nº 12.344/2010. Neste sentido, será exposto no decorrer do artigo que tal dispositivo legal entra em contradição com as demais normas do ordenamento jurídico, inclusive com a própria lei que o estabelece e viola diversos preceitos e princípios constitucionais.

A aplicação de tal artigo estabelece a impossibilidade de pessoas septuagenárias escolherem o regime de bens que será adotado em seu casamento, restringindo o direito de escolha destes, tratando-os como relativamente incapazes para atos da vida civil.

Em busca de possíveis soluções para a resolução do tema abordado, utilizará de princípios constitucionais, legislações originarias, doutrinas e jurisprudências brasileiras que demonstraram de forma clara o equívoco e a inconstitucionalidade do artigo 1641, II do Código Civil (BRASIL, 2002).

O regime da separação obrigatória de bens, é imposto por lei em determinadas situações, todas elas presentes no rol do artigo 1641, inciso II do Código Civil, lei 12.344, de 9/12/2010, os noivos não poderão escolher o regime de bens que quiserem, por não cumprirem algumas condições.

Esta modalidade de regime funcionará da mesma forma que a separação total de bens, já explicada no artigo anterior “Regime da separação Total de Bens”. No entanto, é chamada de obrigatória, pois não caberá aos noivos a escolha do regime de bens, ela é imposta pela Lei. Esta regra está colocada no artigo 1.641 do Código Civil.

A imposição deste regime nestes casos, tem a intenção de evitar o casamento entre pessoas com uma diferença grande de idade, no qual a mais jovem poderia servir-se do casamento para conseguir apropriar-se dos bens do nubente mais velho.

A presunção de desorganização mental das pessoas com mais de 70 anos é absolutamente arcaica e preconceituosa. Associar velhice à debilidade intelectual é incompatível ao que o parlamento brasileiro aprova, pois a Emenda à Constituição 457/05 ampliou de 70 para 75 anos a idade da aposentadoria compulsória dos juízes dos tribunais superiores do Brasil (Conselho Nacional de Justiça, Superior Tribunal de Justiça, Superior Tribunal Militar, Tribunal Superior Eleitoral, Tribunal Superior do Trabalho) e do Tribunal de Contas da União (TCU), logo se há capacidade mental para Ministros e juízes, também deveria haver para pessoas maiores de 70 anos dispor livremente sobre sua vida e sobre seus bens. É importante ressaltar que a idade avançada, por si só, não é causa de incapacidade, não justificando a necessidade de imposição do regime legal. Apesar disso, persiste a previsão legal.

**1 DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS OBRIGATÓRIO AOS SEPTUAGENÁRIOS**

No Brasil, pode-se escolher entre três regimes de bens: a comunhão parcial de bens, a comunhão universal de bens e a separação total de bens. Caso não haja a escolha de um dos regimes, será automaticamente adotado o regime de comunhão parcial de bens.

É vedado a opção de escolha de regime de bens para pessoas septuagenárias, pois obrigatoriamente só podem optar pelo regime de separação total de bens, sendo vedado também poder mudar o regime do seu casamento a qualquer momento, fazendo um pedido judicial sempre quando o outro cônjuge também estiver de acordo.

1.1 DO REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS

No casamento com comunhão parcial de bens, um cônjuge não tem direito sobre os bens adquiridos pelo outro antes do casamento. Se este vender o bem que era seu antes da união e com o dinheiro comprar algo durante o casamento, esse bem fará parte do patrimônio comum do casal, assim como todos os demais bens adquiridos depois da formalização do casamento. Ao se divorciar, cada cônjuge mantém para si o patrimônio que possuía antes, além disso, é feita a partilha sobre os bens adquiridos durante o casamento.

1.2 DO REGIME DA COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS

Quando a pessoa escolhe o regime com comunhão universal de bens, todos os seus bens adquiridos antes da união, junto com os que foram comprados durante o casamento, passa a formar parte do patrimônio do casal. Ou seja, esse patrimônio é formado pelos bens individuais e comuns, heranças e doações de cada um. No caso de um divórcio, a partilha dos bens é feita considerando o total de todo o patrimônio do casal.

1.4 DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS

O regime com separação total de bens é aquele onde todos os bens que foram adquiridos antes ou durante o casamento pertence a somente um dos cônjuges, aquele que o adquiriu. Os bens não formam parte de um patrimônio comum, ou seja, um cônjuge não tem direito sobre o bem adquirido pelo outro, anterior ou durante o casamento. Cada cônjuge tem o seu patrimônio particular. No regime de separação total de bens, a contribuição com as despesas é feita proporcionalmente ao que cada pessoa recebe, exceto quando é acordado de outra forma no contrato pré-nupcial.

No regime de Separação de Bens existem dois tipos de situações: A convencional, que necessita de Escritura Pública de Pacto Antenupcial, constante nos seguintes artigos do Código Civil:

Art. 1.653. É nulo o pacto antenupcial se não for feito por escritura pública, e ineficaz se não lhe seguir o casamento.

Art. 1.654. A eficácia do pacto antenupcial, realizado por menor, fica condicionada à aprovação de seu representante legal, salvo as hipóteses de regime obrigatório de separação de bens.

Art. 1.655. É nula a convenção ou cláusula dela que contravenha disposição absoluta de lei.

Art. 1.656. No pacto antenupcial, que adotar o regime de participação final nos aqüestos, poder-se-á convencionar a livre disposição dos bens imóveis, desde que particulares.

Art. 1.657. As convenções antenupciais não terão efeito perante terceiros senão depois de registradas, em livro especial, pelo oficial do Registro de Imóveis do domicílio dos cônjuges. (BRASIL, 2002)

Logo, podendo cada um dos nubentes estipular o que quiser quanto a seus bens, e a separação obrigatória ou legal, que é imposto pela lei, situações que estão elencadas no Art. 1.641 do Código Civil, nos seguintes casos:

a) das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento (Art. 1.523);

b) da pessoa maior de 70 (setenta) anos - sendo este objeto do presente trabalho - e,

c) de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial (Art. 1.517, Art.1.519, Art.1.634, III, Art.1.747, I e Art.1.774).

Nos regimes de comunhão universal e parcial de bens, as dívidas de um nubente recai sobre o patrimônio comum do casal. Fato que não ocorre no regime de separação total de bens, pois cada nubente é responsável por suas finanças. Ficando assim, o outro cônjuge protegido de eventuais dívidas que o outro venha a contrair. Em casos de divórcio em regimes com separação total de bens, a partilha do patrimônio já está previamente acordada. Fato que evita o desgaste emocional causado pelas batalhas jurídicas, em que o casal inicia uma briga pelos bens adquiridos e vê a sua vida exposta durante o processo de divórcio e também evita a dificuldade causada quando um cônjuge quer vender um bem adquirido antes do casamento para comprar outro, sendo que, a partir daí, formará parte do patrimônio comum. Na separação total de bens isso não acontece, pois o bem continua sendo da mesma pessoa.

**2 A UNIÃO ESTÁVEL PARA PESSOA MAIOR DE 70 ANOS**

A norma legal determina que, para a união estável, se devem seguir as mesmas regras, os impedimentos e as suspensões que existem para o casamento, ou seja, para as pessoas com 70 (setenta) anos ou mais, que queiram constituir uma união estável, estarão obrigadas a adotar o regime patrimonial da separação legal de bens, previsto no Código Civil.

Nesta questão especificamente, existem inúmeras decisões judiciais determinando a obrigatoriedade do regime patrimonial da separação obrigatória de bens, senão vejamos:

DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. COMPANHEIRO SEXAGENÁRIO. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. ART. 258, § ÚNICO, INCISO II, DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. 1.Por força do art. 258, § único, inciso II, do Código Civil de 1916 (equivalente, em parte, ao art. 1.641, inciso II, do Código Civil de 2002), ao casamento de sexagenário, se homem, ou cinquentenária, se mulher, é imposto o regime de separação obrigatória de bens. Por esse motivo, às uniões estáveis é aplicável a mesma regra, impondo-se seja observado o regime de separação obrigatória, sendo o homem maior de sessenta anos ou mulher maior de cinquenta. 2. Nesse passo, apenas os bens adquiridos na constância da união estável, e desde que comprovado o esforço comum, devem ser amealhados pela companheira, nos termos da Súmula n.º 377 do STF. 3. Recurso especial provido. RECURSO ESPECIAL 646.259 - RS (2004/0032153-9), 4ª Turma do STJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 22.06.2010.

AC Nº 007.512-4/2 – 2ª CCTJSP – REL. DES. CEZAR PELUZO – J. EM 18.08.1998 – IN RT 758/106-7. (EXEMPLOS: TJSP, AP. CÍVEL 74.788-4/6, 10ª CÂM. DE DIREITO PRIVADO, REL. DES. PAULO MENEZES, JULGADA EM 13 DE ABRIL DE 1999, IN REVISTA DOS TRIBUNAIS, ANO 88, VOL. 767, SETEMBRO 1999, PP. 223/226 e ainda que o Projeto de Lei acima mencionado seja ao final aprovado e sancionado, por manter a mesma lógica do regime atual, será alvo das mesmas críticas (SMARANDESCU[107], 2008, p. 05).

CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. CONTRATO DE CONVIVÊNCIA. 1) ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO CONTRATO. INOCORRÊNCIA. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO NEGÓCIO JURÍDICO. ART. 104 E INCISOS DO CC/02. SENILIDADE E DOENÇA INCURÁVEL, POR SI, NÃO É MOTIVO DE INCAPACIDADE PARA O EXERCÍCIO DE DIREITO. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS INDICATIVOS DE QUE NÃO TINHA O NECESSÁRIO DISCERNIMENTO PARA A PRÁTICA DO NEGÓCIO JURÍDICO. AFIRMADA AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DE VONTADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 7 DO STJ. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 284 DO STF. REGIME OBRIGATÓRIO DE SEPARAÇÃO DE BENS NO CASAMENTO. INCISO II DO ART. 1.641 DO CC/02. APLICAÇÃO NA UNIÃO ESTÁVEL. AFERIÇÃO DA IDADE. ÉPOCA DO INÍCIO DO RELACIONAMENTO. PRECEDENTES. APONTADA VIOLAÇÃO DE SÚMULA. DESCABIMENTO. NÃO SE ENQUADRA NO CONCEITO DE LEGISLAÇÃO FEDERAL. PRECEDENTES. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. RECURSO ESPECIAL DO EX-COMPANHEIRO NÃO PROVIDO. 2) PRETENSÃO DE SE ATRIBUIR EFEITOS RETROATIVOS A CONTRATO DE CONVIVÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL DA EX-COMPANHEIRA NÃO PROVIDO. 1. A condição de idoso e o acometimento de doença incurável à época da celebração do contrato de convivência, por si, não é motivo de incapacidade para o exercício de direito ou empecilho para contrair obrigações, quando não há elementos indicativos da ausência de discernimento para compreensão do negócio jurídico realizado. 2. Com o aumento da expectativa de vida do povo brasileiro, conforme pesquisa do IBGE, com a notória recente melhoria na qualidade de vida dos idosos e, com os avanços da medicina, não é razoável afirmar que a pessoa maior de 60 anos não tenha capacidade para praticar os atos da vida civil. Afirmar o contrário afrontaria diretamente o princípio da dignidade da pessoa humana e o da igualdade. 3. A alteração da conclusão do Tribunal a quo, com base nos elementos probatórios de que não existia um mínimo de prova indicando que não houve livre manifestação da vontade e de que não se comprovou alteração no estado emocional ou ausência de capacidade para a formalização do ajuste, não é possível de ser feita em recurso especial, em razão do óbice contido na Súmula nº 7 do STJ. 4. A deficiência na fundamentação do recurso especial no que tange à alegada ofensa aos arts. 1.641, II, 104, 145 e 171 do CC/02 atrai a incidência da Súmula nº 284 do STF. 5. Apesar do inciso II do art. 1.641 do CC/02 impor o regime da separação obrigatória de bens somente no casamento da pessoa maior de 60 anos (70 anos após a vigência da Lei nº 12.344/2010), a jurisprudência desta egrégia Corte Superior estendeu essa limitação à união estável quando ao menos um dos companheiros contar tal idade à época do início do relacionamento, o que não é o caso. Precedentes. 6. O fato do convivente ter celebrado acordo com mais de sessenta anos de idade não torna nulo contrato de convivência, pois os ex-companheiros, livre e espontaneamente, convencionaram que as relações patrimoniais seriam regidas pelo regime da separação total de bens, que se assemelha ao regime de separação de bens. Observância do disposto no inciso II do art. 1.641 do CC/02. 7. A jurisprudência desta Corte firmou o entendimento de que o apelo nobre não constitui via adequada para análise de eventual ofensa a enunciado sumular por não estar ele compreendido na expressão "lei federal" constante da alínea a do inciso III do art. 105 da CF. Precedentes. Some-se o fato da ausência de demonstração e comprovação do dissídio jurisprudencial na forma legal exigida. 8. No curso do período de convivência, não é lícito aos conviventes atribuírem por contrato efeitos retroativos à união estável elegendo o regime de bens para a sociedade de fato, pois, assim, se estar-se-ia conferindo mais benefícios à união estável que ao casamento. 9. Recursos especiais não providos. (STJ - REsp: 1383624 MG 2013/0146258-6, Relator: Ministro MOURA RIBEIRO, Data de Julgamento: 02/06/2015, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/06/2015)

Com base nas jurisprudências acima apresentadas, se uma pessoa tiver 70 (setenta) anos e quiser se casar, terá que fazê-lo sob o regime da separação legal de bens e o mesmo se aplicará a união estável.

Entretanto, essa regra tem sofrido questionamentos e repetidamente sido considerada como inconstitucional. Nesse sentido, o doutrinador Francisco José CAHALI, que atualiza a obra de Silvio RODRIGUES, afirmou que a restrição à escolha do regime de bens imposta aos maiores de 70 (setenta) anos é atentatória à liberdade individual, ponderando que a tutela excessiva do Estado sobre pessoa maior e capaz é descabida e injustificável, de modo que "melhor se teria se o novo Código tivesse previsto como regime legal o da separação, facultada, entretanto, a celebração de pacto para outra opção, ou ao menos a possibilidade de, mediante autorização judicial, ser livremente convencionado o regime". (2004, p. 144-6)

Já existindo jurisprudências nesse sentido.

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE - DIREITO CIVIL - CASAMENTO - CÔNJUGE MAIOR DE SESSENTA 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).

Inventário Arrolamento Sucessão do companheiro União estável iniciada quando o "de cujus" era maior de 60 anos Inconstitucionalidade do art. 1.641, II do Código Civil Precedentes Ausência de herdeiros necessários Aplicação dos arts. 1.829, III e 1.838 do Código Civil, art. 2º, III, da Lei 8.971/94 e art. 226, § 3º, da Constituição Federal Impossibilidade de se aplicar o art. 1.790, III, do Código Civil, sob pena de retrocesso Companheira que tem direito à integralidade da herança Recurso provido. (TJ-SP - APL: 03992867820098260577 SP 0399286-78.2009.8.26.0577, Relator: Fábio Quadros, Data de Julgamento: 19/09/2013, 4ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 26/09/2013)

É importante salientar, que não haverá a obrigatoriedade do regime de separação legal de bens em casos de conversão da união estável em casamento, na hipótese da união estável ter tido início antes que os nubentes tivessem atingido a idade estipulada em lei para a obrigatoriedade do regime obrigatório de separação de bens.

Vejamos:

O regime de separação de bens deixa de ser obrigatório no casamento de idosos se o casal já vivia um relacionamento em união estável, iniciado quando os cônjuges não tinham restrição legal à escolha do regime de bens, segundo decisão unânime da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ, 1999).

Nesse caso, de acordo com o entendimento dos ministros, não há necessidade de proteger o idoso de “relacionamentos fugazes por interesse exclusivamente econômico”, interpretação que “melhor compatibiliza” com o sentido da Constituição Federal, segundo o qual a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento.

A decisão colegiada foi tomada no julgamento do processo que envolvia um casal que viveu em união estável por 15 anos, até 1999, quando se casaram pelo regime de comunhão total de bens. Na época do matrimônio, o marido tinha 61 anos e filhos de outro relacionamento.

Após o falecimento do pai, um dos filhos do primeiro relacionamento foi à Justiça para anular o regime de comunhão universal, sob a alegação de que o artigo 258 do Código Civil de 1916, vigente à época, obrigava o regime de separação total de bens quando o casamento envolvesse noivo maior de 60 ou noiva maior de 50 anos.

A relatora do caso no STJ, ministra Isabel Gallotti, ressaltou no voto que essa restrição também foi incluída no artigo 1.641 do atual Código Civil para nubentes de ambos os sexos maiores de 60 anos, posteriormente alterada para alcançar apenas os maiores de 70 anos:

Como sabido, a intenção do legislador foi proteger o idoso e seus herdeiros necessários dos casamentos realizados por interesse estritamente econômico”, disse a ministra, ao ressaltar que, no caso em julgamento, o casal já vivia em união estável por 15 anos, “não havendo que se falar, portanto, na necessidade de proteção do idoso em relação a relacionamentos havidos de última hora por interesse exclusivamente econômico. (STJ, 1999)

Seguindo a vertente das exceções e hipóteses que fogem a curva, vale fazer a seguinte observação:

Nos casos de união estável de pessoa maior de setenta anos (art. 1.641, II, do CC/02), impõe-se o regime da separação obrigatória, sendo possível a partilha de bens adquiridos na constância da relação, desde que comprovado o esforço comum.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. COMPANHEIRO SEXAGENÁRIO. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS (CC/1916, ART. 258, II; CC/2002, ART. 1.641, II). DISSOLUÇÃO. BENS ADQUIRIDOS ONEROSAMENTE. PARTILHA. NECESSIDADE DE PROVA DO ESFORÇO COMUM. PRESSUPOSTO DA PRETENSÃO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PROVIDOS.

1. Nos moldes do art. 258, II, do Código Civil de 1916, vigente à época dos fatos (matéria atualmente regida pelo art. 1.641, II, do Código Civil de 2002), à união estável de sexagenário, se homem, ou cinquentenária, se mulher, impõe-se o regime da separação obrigatória de bens.

2. Nessa hipótese, apenas os bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, e desde que comprovado o esforço comum na sua aquisição, devem ser objeto de partilha.

3. Embargos de divergência conhecidos e providos para negar seguimento ao recurso especial.

(EREsp 1171820/PR, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/08/2015, DJe 21/09/2015)

Logo, apesar da imposição do regime de separação de bens é possível a partilha dos bens adquiridos na constância da relação, desde que comprovado o esforço comum.

**3** **A ASSOCIAÇÃO DA INCAPACIDADE CIVIL AS PESSOAS COM MAIS DE 70 ANOS**

A presunção de desorganização mental das pessoas septuagenárias é absurda, inadequada e preconceituosa. Associar velhice à debilidade intelectual é errado e não pode ser presumida de forma taxativa, como prescreve a lei. Ninguém se torna incapaz exclusivamente por completar 70 anos. Casamentos por interesses patrimoniais podem existir em todas as idades. Relacionamentos perigosos, paixões descontroladas podem ocorrer com qualquer pessoa. Porém, a vulnerabilidade emocional decorre muito mais da personalidade e temperamento e da história de vida de uma pessoa do que propriamente da idade. Por isso, o Código Civil precisa ser modificado neste quesito.

Doutrinadores civilistas sustentam até mesmo a inconstitucionalidade do dispositivo porque a Constituição Federal não admite discriminação por causa da idade. Se por um lado não é pacífica a afirmação de desrespeito ao princípio da isonomia, por outro lado, parece não ser possível negar que a norma flagrantemente fere os princípios da dignidade da pessoa humana e da liberdade. Principalmente por não admitir sequer pacto antenupcial prevendo outro regime de bens, tampouco alteração do regime após o casamento, ainda que justificado.

Igualmente Maria Berenice Dias (2007, p. 02), sobre a questão da isonomia evidencia que:

A limitação, além de odiosa, é inconstitucional, pois, ao se falar no estado da pessoa, toda cautela é pouca. A plena capacidade é adquirida quando do implemento da maioridade e só pode ser afastada em situações extremas e por meio do processo judicial de interdição, que dispõe de rito especial (arts. 1.177 a 1.186 do CPC). É indispensável não só a realização de perícia, mas também é obrigatória audiência onde o interditando é interrogado pelo magistrado. Raros processos são revestidos de tantos requisitos formais, sendo imperiosa a publicação da sentença na imprensa por três vezes. Tal rigorismo denota o extremo cuidado do legislador quando trata da capacidade da pessoa.

Para Smarandescu (2008, p. 01):

No que tange ao regime de separação obrigatória para os maiores de sessenta anos de idade, é clara e evidente a ofensa ao princípio da isonomia, uma vez que o idoso é uma pessoa como qualquer outra, um sujeito de direitos e de deveres, como qualquer cidadão normal. Sua simples condição de atingir um determinado limite de idade não é motivo suficiente para que determinados direitos lhes sejam podados, como a privação da escolha do regime de bens. A isonomia prevista pela Carta Magna estende-se a todos os brasileiros, protegendo-os de discriminações de sexo, idade, cor, raça, religião, dentre muitas outras. Direcionando-se para a Lei mais específica, disciplina o Estatuto do Idoso, em seu art. 2º, que “o idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes a pessoa humana (...)”; e reza o art. 4º que “nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação (...)”.

Além disso tudo, o regime da separação obrigatória não impede o casamento por interesse, ou o chamado "golpe do baú". A presumível vítima poder gerar uma série de outros benefícios a seu cônjuge, pois caso o nubente septuagenário queira, mesmo sendo casado em regime de separação de bens, poderá deixar herança, registrando em testamento o correspondente a 50% de seus bens, já que o restante é direito dos herdeiros obrigatórios, outro ponto que reforça a inconsistência da intenção de proteger as pessoas maiores de 70 anos de casamentos por interesse econômico, é a pensão por morte paga pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), pois o benefício é mantido caso o viúvo (ou viúva) adquirir novo matrimônio. Conforme a lei 8.213/91, quem recebe o direito não o perde mesmo quando realiza novas núpcias. Havendo o falecimento do segundo cônjuge, se este deixar direito previdenciário, poderá a viúva (ou viúvo) optar por receber uma ou outra. Não haverá cumulação, mas poderá optar pela melhor.

Outra incoerência que referida norma não soluciona são nos casos em que ambos os nubentes possuem mais de 70 anos. A idade de ambos nessa situação é a mesma e não se pode conjecturar, absolutamente o interesse de um no patrimônio do outro. O mais correto seria a aplicação do regime legal de comunhão parcial de bens, uma vez que ambos apresentam a mesma idade e o mesmo patrimônio.

Ou caso pratico que não faz sentido é caso no qual o nubente mais velho for o menos abastado (possuir menos dinheiro) que o nubente mais novo, a injustiça é ainda mais evidente. O mais velho deixa de ter direito aos bens adquiridos onerosamente pelo mais novo, presumivelmente situado em faixa de idade mais produtiva, prejudicando-o em momentos mais difíceis.

Há pessoas septuagenárias que realmente não têm discernimento. Para isso existe a interdição. A senilidade não pode ser presumida, principalmente sem admitir prova em sentido contrário.

Segundo o art. 2º do Estatuto do Idoso, a pessoa idosa goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas 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. Nestes termos, igualá-lo a um incapaz é antagônico a lei 10.741/03.

**CONCLUSÃO**

Diante ao exposto, não restam dúvidas acerca do quão autoritário é o regime obrigatório da separação de bens, previsto no artigo 1.641, do Código Civil Brasileiro, que apesar de ter sido feito com a intenção de proteger os idosos e seu patrimônio de casamentos por interesses financeiros - o famoso “golpe do baú”, todavia como foi visto a preocupação de proteção fora exclusivamente patrimonial, ignorando características da lei civilista que versam sobre a capacidade civil, contrariando princípios constitucionais e colocando em questionamento os pilares interpretativos da atual legislação civil vigente no Brasil.

Uma vez que a imposição do referido regime aos septuagenários configura um ultraje direto à livre escolha do regime de bens que vigora no código civil e anula previsões constitucionais. Há que se defender que cada caso merece ser estudado de forma separada. Logo, a possibilidade ou não de escolha do regime de bens estaria condicionada à saúde mental dos nubentes no momento que optarem pelo matrimônio, devendo aos nubentes serem submetidos a um parecer técnico de um profissional devidamente qualificado. Assim, uma parte dos septuagenários teria autonomia suficiente para escolher o regime que julgasse pertinente, desde que fosse comprovada sua total capacidade de discernimento, como também haveria casos contrários, onde os laudos comprovem uma relativa incapacidade no discernimento por parte dos nubentes que desejassem se casar em comunhão universal de bens ou comunhão parcial de bens.

Além do mais, a imposição feita aos septuagenários constitui uma verdadeira espécie de discriminação motivada tão somente pela idade, restringindo a capacidade dos maiores de 70 anos, tratando-o como se incapaz fosse pelo simples fato de terem envelhecido. Não levando em conta os parâmetros e desconsiderando a individualidade do ser humano, a lei entende que ao atingir esta idade, a pessoa deixa de ter discernimento e não pode mais escolher o regime da relação patrimonial de seu casamento.

O regime obrigatório da separação de bens neste caso revela-se de um paternalismo desacerbado, o qual fere a autodeterminação pessoal e deixa de considerar o afeto, o amor e a vontade como pilares das relações familiares, o que não condiz com a aplicação dos princípios constitucionais.

Posto isto, é possível concluir que a limitação em tela imposta aos septuagenários é inconstitucional, especialmente por privilegiar a tutela patrimonial em prejuízo da dignidade da pessoa humana. Além do mais, gera um preconceito discriminatório inaceitável em razão da idade, constrangendo a pessoa septenária em um nível pessoal e socialmente e tornando-o incapaz em face de um patrimônio construído e preservado pelo mesmo até esta idade.

**REFERÊNCIAS**

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

Emenda à Constituição 457/05 - BRASIL. Constituição da República Federativa Do Brasil De 1988. Brasília: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/constituicao/ constituicao.htm>. Acesso em: 30 mai 2019.

EREsp 1171820/PR, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/08/2015, DJe 21/09/2015

Fábio Quadros, Data de Julgamento: 19/09/2013, 4ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 26/09/2013

LEI No 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002 (Código Civil Brasileiro) Disponível em:// www.senado.gov.br/web/relatorios/destaques>. Acesso em 18 mai. 2019.

LEI No 10.741, DE 1º DE OUTUBRO DE 2003 (Estatuto do Idoso) Disponível em:// www.senado.gov.br/web/relatorios/destaques>. Acesso em 18 mai. 2019.

Silvio RODRIGUES, atualizado por Francisco José CAHALI, (2004, p. 144-6)

SMARANDESCU, Juliana. A inconstitucionalidade do regime de separação obrigatória de bens para os maiores de sessenta anos como ofensa ao princípio da isonomia

TJ-SP - APL: 03992867820098260577 SP 0399286-78.2009.8.26.0577, Relator:

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

SMARANDESCU, Juliana. A inconstitucionalidade do regime de separação obrigatória de bens para os maiores de sessenta anos como ofensa ao princípio da isonomia

1. Acadêmico do 10º Período do Curso de Direito da Faculdade Doctum de Vitória – ES. E-mail: tpds2015@yahoo.com.br [↑](#footnote-ref-1)
2. Advogado e Docente, graduação em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (1982) e mestrado em Relações de Direito Privado e Constituição pelo Centro Universitário Fluminense (2009). Atualmente é professor horista do Centro Universitário do Espírito Santo. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Privado e Constituição. E-mail: ademircostalonga@hotmail.com [↑](#footnote-ref-2)
3. Advogada, Mestre em Direito e Garantias Fundamentais pela FDV. Professora Universitária. E-mail: mriosmartins@terra.com.br [↑](#footnote-ref-3)