

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE NO REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS PARA MAIORES DE 70 ANOS

Gabriel da Silva Leal¹
Luis Fernando Andrade Chaves²
Walter Moutinho Vieira³
Elisângela Paula do Sacramento Peixe⁴

RESUMO

A Constituição Federal de 1988 consagra a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Nesse sentido, é dever do Estado assegurar a efetivação desse direito, especialmente para as pessoas idosas, que merecem proteção especial em razão da vulnerabilidade decorrente do envelhecimento. No entanto, o Código Civil brasileiro prevê o regime separação obrigatória de bens para pessoas maiores de 70 anos, ou seja, os cônjuges não podem escolher livremente o estatuto patrimonial que desejam adotar em seu casamento. Uma imposição legal que limita a liberdade daqueles cônjuges com idade avançada em poder escolher o regime de bens do casamento mais adequado. Diante disso, é fundamental analisar a constitucionalidade da imposição legal da separação obrigatória de bens para maiores de 70 anos e avaliar a possibilidade de alteração ou revogação dessa norma, a fim de garantir a proteção dos direitos individuais e a igualdade entre os cônjuges. Dessa forma, o presente artigo busca aprofundar o debate sobre a constitucionalidade do regime de separação obrigatória de bens para maiores de 70 anos, examinando a legislação brasileira, bem como as normas internacionais de proteção aos direitos humanos. O objetivo é contribuir para o avanço da proteção dos direitos das pessoas idosas no Brasil, promovendo uma reflexão crítica sobre as normas e práticas que afetam a vida dessas pessoas.

Palavras-chave: Regime de Separação Obrigatória; Idosos; Constitucionalidade.

THE (UN)CONSTITUTIONALITY IN THE MANDATORY SEPARATE PROPERTY REGIME FOR INDIVIDUALS OVER 70 YEARS OLD

ABSTRACT

The Federal Constitution of 1988 enshrines human dignity as one of the foundations of the Federative Republic of Brazil. In this sense, it is the State's duty to ensure the

¹ Discente do curso de Direito do Centro Universitário UniFTC de Vitória da Conquista (UniFTC/VDC), e-mail: gabriel_sl5000@hotmail.com.

² Discente do curso de Direito do Centro Universitário UniFTC de Vitória da Conquista (UniFTC/VDC), e-mail: contato@luischaves.com.br.

³ Discente do curso de Direito do Centro Universitário UniFTC de Vitória da Conquista (UniFTC/VDC), e-mail: wmoutinhovieira@yahoo.com.

⁴ Professora Orientadora do Centro Universitário UniFTC de Vitória da Conquista (UniFTC/VDC), Especialista em Direito Processual Civil, Direito Público e Privado e Letras, e-mail: elisangela.peixe@ftc.edu.br.

realization of this right, especially for elderly persons, who deserve special protection due to the vulnerability resulting from aging. However, the Brazilian Civil Code provides for mandatory separation regime of property for individuals over 70 years of age, meaning that spouses cannot freely choose the property regime they wish to adopt in their marriage. This legal imposition limits the freedom of those elderly spouses to choose the most appropriate property regime for their marriage. In light of this, it is essential to analyze the constitutionality of the mandatory separation of property for individuals over 70 years of age and to evaluate the possibility of altering or revoking this norm, in order to guarantee the protection of individual rights and equality between spouses. Thus, this article seeks to deepen the debate on the constitutionality of the mandatory separation of property regime for individuals over 70 years of age, examining Brazilian legislation, as well as international norms for the protection of human rights. The objective is to contribute to the advancement of the protection of the rights of elderly persons in Brazil, promoting critical reflection on the norms and practices that affect the lives of these individuals.

Keywords: Mandatory Separation Regime; Elderly; Constitutionality.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 estabelece a dignidade da pessoa humana como um fundamento da República Federativa do Brasil, e o Estado tem o dever de garantir esse direito, especialmente para as pessoas idosas, que são mais vulneráveis devido ao envelhecimento.

Entretanto, o Código Civil brasileiro impõe a separação obrigatória de bens para pessoas maiores de 70 anos, o que significa que os cônjuges não podem escolher livremente o regime de bens que desejam adotar em seu casamento. Essa imposição legal restringe a liberdade dos cônjuges mais velhos em escolherem o estatuto patrimonial mais adequado.

Além disso, o envelhecimento da população brasileira torna essa questão ainda mais relevante, pois muitos indivíduos acima de 70 anos têm interesse em se casar, seja para formalizar a união com seus parceiros ou para formar uma nova família.

A metodologia utilizada para estudar a (in)constitucionalidade do regime de separação obrigatória de bens para maiores de 70 anos se deu de forma multidisciplinar, envolvendo fontes bibliográficas, legislação internacional e coleta em bases de dados acadêmicos. Pois, dessa forma, é possível ter uma visão mais completa e crítica do tema, o que pode ser muito útil para o desenvolvimento de políticas públicas e para a solução de controvérsias judiciais envolvendo esta questão.

Assim, este trabalho de conclusão de curso busca aprofundar o debate sobre a constitucionalidade ou não do regime de separação obrigatória de bens para maiores de 70 anos, examinando a legislação brasileira, bem como as normas internacionais de proteção aos direitos humanos. O objetivo é contribuir para o avanço da proteção dos direitos das pessoas idosas no Brasil, promovendo uma reflexão crítica sobre as normas e práticas que afetam a vida dessas pessoas.

2 RESULTADOS E DISCUSSÃO

2.1. Considerações sobre família

O conceito para o termo família pode variar de acordo com a perspectiva a ser estudada. No entanto, de maneira geral, podemos definir a família como um grupo social formado por pessoas com vínculo da consanguinidade, afinidade ou de convivência, este último conforme previsto no art. 1.412, § 2º, do Código Civil (Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002).

O artigo 226, caput, da Constituição Federal de 1988 reconhece que a família é uma instituição social básica, que deve ser valorizada e protegida pelo Estado. Além disso, ao destacar que a família é a base da sociedade, o artigo reforça a ideia de que é na família que são construídos os valores e as relações que orientam a convivência em sociedade.

Atualmente, o reconhecimento da diversidade familiar tem sido cada vez mais valorizado, considerando que a família é uma construção social dinâmica, que se transforma ao longo do tempo e que pode ser constituída de diferentes maneiras. Nesse sentido, é importante que o direito acompanhe essa evolução, reconhecendo e garantindo os direitos e deveres de todos os tipos de família, independentemente de sua composição.

Por fim, mesmo considerando que qualquer tentativa de conceituar família seria ineficaz e desvinculada da nossa realidade, Gagliano e Pamplona Filho (2022, p. 18) arrisca a afirmar que a família é composta por um grupo de pessoas unidas por vínculo socioafetivo, que tem como objetivo permitir a realização plena de seus membros.

2.2. Casamento civil como constituição de família no direito brasileiro

O casamento civil é uma das formas de constituição de uma família reconhecida no ordenamento brasileiro. Está previsto no art. 226 §1 da Constituição Federal, é regulado pelo Código Civil brasileiro e pela Lei 6.515/1977, que dispõem sobre a capacidade para o casamento, os impedimentos, as formalidades da celebração e os efeitos do casamento.

Diniz (2022, p. 23) assegura que o casamento é uma das instituições mais importantes e poderosas do direito privado, sendo considerado uma das bases da família, que por sua vez é a pedra angular da sociedade. De acordo com ela, o matrimônio é uma peça fundamental de todo o sistema social, constituindo o pilar do esquema moral, social e cultural do país.

Após a celebração do casamento civil, os cônjuges adquirem direitos e deveres recíprocos, como o dever de fidelidade, assistência mútua, sustento, guarda e educação dos filhos, dentre outros. Eles também passam a ter direitos patrimoniais, como o direito à herança, à meação e à pensão alimentícia em caso de separação ou divórcio.

2.3. Dos regimes de bens do casamento no ordenamento jurídico

2.3.1. Comunhão parcial de bens

O regime legal da comunhão de bens se aplica automaticamente aos casamentos civis no Brasil quando os noivos não optam por outro estatuto patrimonial. Nesse regime, todos os bens adquiridos na constância do casamento serão considerados patrimônio comum do casal, exceto aqueles adquiridos por herança, legado ou doação com cláusula de incomunicabilidade.

Segundo Ripert (2020 citado por DINIZ, 2022, p. 71), o regime de bens que melhor atende ao espírito da sociedade conjugal é aquele em que os bens adquiridos durante o casamento são considerados comuns, por serem resultado da colaboração mútua entre marido e mulher. No entanto, os bens adquiridos por motivos anteriores ou alheios ao matrimônio permanecem incomunicáveis.

Dias (2021, p. 700) consegue explicar a comunhão parcial de forma clara e simples: “a comunhão do patrimônio comum atende a certa lógica e dispõe de um

componente ético: o que é meu é meu, o que é teu é teu e o que é nosso, metade de cada um.”

Dessa forma, em caso de separação ou divórcio, cada cônjuge terá direito à metade dos bens adquiridos durante o casamento, salvo nos casos de bens excluídos da comunhão. Além disso, cabe ressaltar que as dívidas contraídas individualmente por cada cônjuge antes ou durante o casamento não são consideradas patrimônio comum, sendo que cada um é responsável pelas suas próprias dívidas.

2.3.2. Comunhão universal de bens

Ensina Venosa (2022, p. 318) que a comunhão universal de bens é aplicada aos casamentos civis no Brasil, no qual todos os bens e dívidas existentes tanto os adquiridos anteriormente quanto os adquirido na constância do casamento serão considerados patrimônio comum do casal. Isso significa que os bens que cada um dos cônjuges possuía anterior ao casamento, assim como tudo o que for adquirido na vigência do casamento, pertencerá a ambos.

Quando os noivos desejam transformar o casamento em uma união tanto de vidas quanto de bens, é preciso que formalizem um pacto antenupcial, optando pelo regime de comunhão universal de bens, conforme os artigos 1.667 a 1.671 do CC. Este é o único regime que permite a troca da titularidade do patrimônio sem a necessidade de mudança no registro dos bens ou pagamento de imposto de transmissão, conforme explicado por Dias (2021, p. 704).

Conforme previsto no artigo 1.667 do CC, na comunhão universal de bens, os cônjuges respondem juntos pelas dívidas contraídas antes e durante o casamento. Há desvantagens neste regime nos casos de desigualdade patrimonial entre os cônjuges, ou quando um dos cônjuges possui dívidas anteriores ao casamento, uma vez que poderá afetar o patrimônio do casal como um todo.

2.3.3. Separação convencional de bens

A separação convencional de bens é aplicada aos casamentos civis no Brasil, em que cada cônjuge possui o seu próprio patrimônio, que é mantido separado ao longo do casamento. Conforme previsto no artigo 1.687 do CC, na separação convencional de bens, os bens adquiridos durante o casamento pertencem

unicamente ao cônjuge que os adquiriu, não se comunicando com o patrimônio do outro cônjuge.

De acordo com Diniz (2022, p. 78), a separação convencional de bens é um regime que permite que cada cônjuge tenha independência patrimonial, sem compartilhar as dívidas e obrigações do outro cônjuge. Isso significa que, caso um dos cônjuges possua dívidas, o patrimônio do outro cônjuge não será afetado.

Embora haja uma independência patrimonial e a ausência de comunicabilidade existe a possibilidade de um dos cônjuges, que colaborou financeiramente na aquisição de um determinado bem durante o casamento, como por exemplo a compra da casa de praia do casal, obter direito a uma indenização correspondente ou até mesmo à divisão proporcional deste bem, não com base no regime de bens escolhido, mas sim com base no princípio proibitivo do enriquecimento sem causa (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2022, p. 134).

É importante ressaltar que a aplicação deste princípio dependerá das circunstâncias específicas de cada caso, e que a colaboração econômica do cônjuge deverá ser comprovada de forma clara e objetiva.

2.3.4. Separação obrigatória de bens

A separação obrigatória de bens é aplicada automaticamente em algumas situações previstas em lei, independente da vontade dos cônjuges. Conforme estabelecido no artigo 1.641 do CC, a separação obrigatória de bens é obrigatória nos seguintes casos:

- a) das pessoas que contraírem o casamento com inobservância das causas suspensivas da celebração do mesmo;
- b) de pessoas maiores de 70 anos;
- c) de todos aqueles que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

A separação obrigatória de bens é uma medida imposta pelo legislador como forma de coibir o desejo dos nubentes que desobedecem ao conselho legal e insistem em se casar. Essa medida consiste em retirar os efeitos patrimoniais do casamento e impor sanções patrimoniais aos cônjuges, que não podem contratar sociedade entre si ou com terceiros, mas podem sozinhos alienar e gravar seus bens, agir em juízo

sem a vênia conjugal, prestar fiança e aval, e até mesmo vender bens de ascendentes a descendentes sem o consentimento do cônjuge (DIAS, 2021, p. 713).

No entanto, acerca da imposição de separação obrigatória de bens para as pessoas que possuem mais de 70 anos, adverte Diniz (2022, p. 79):

“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”.

Tal ponto, cerne da discussão do presente estudo, será devidamente aprofundada mais à frente.

2.3.5. Participação final dos aquestos

O regime de participação final nos aquestos pode ser escolhido pelos noivos no momento do casamento, no qual cada cônjuge mantém a propriedade dos bens que adquiriu antes do casamento e, durante o casamento, os bens adquiridos em conjunto são divididos igualmente em caso de divórcio.

Isso significa que, se o casal se divorciar, cada cônjuge manterá seus próprios bens que possuíam antes do casamento, bem como aqueles que adquiriram individualmente durante o casamento. No entanto, os bens adquiridos em conjunto durante o casamento serão divididos igualmente entre o casal, independentemente de quem os adquiriu ou contribuiu financeiramente para a sua aquisição.

Figueredo (2020 citado por DIAS, 2021, p. 707) explica que “o regime da participação final nos aquestos é um regime misto, híbrido. Na constância do casamento as regras são do regime da separação de bens e, quando da dissolução, o regime é o da comunhão parcial.”

Diniz (2022, p. 76) argumenta que o regime de participação final nos aquestos tem se tornado mais frequente em países desenvolvidos como a Alemanha, Suécia, França e Dinamarca, especialmente quando os cônjuges exercem atividades empresariais distintas, permitindo-lhes maior liberdade no manuseio de seus pertences e na condução de seus negócios profissionais. Segundo a autora, esse regime matrimonial é especialmente útil para casais que possuem um considerável

patrimônio ou que exercem atividades empresariais ao se casarem, pois lhes proporciona maior liberdade de ação no mundo dos negócios.

2.4. Regime de separação de bens obrigatória para maiores de 70 anos no direito comparado

O estudo do direito comparado é importante porque permite a comparação e a análise dos diferentes sistemas jurídicos em todo o mundo. Isso é particularmente valioso em um mundo cada vez mais globalizado, onde os países e suas leis estão interconectados em muitas áreas, incluindo os regimes de bens.

2.4.1. Regime de bens nos Estados Unidos

De acordo com o artigo intitulado "A cultura norte-americana dos acordos pré-nupciais" disponível no site Migalhas, nos Estados Unidos, existem dois tipos principais de regimes de bens que um casal pode escolher ao se casar: o regime de comunhão parcial de bens (community property) e o regime de separação de bens (equitable distribution). Dentre esses, nenhum exige idade mínima ou realiza qualquer tipo de imposição a pessoa idosa maior de 70 anos.

No regime de comunhão parcial de bens, todo o patrimônio construído durante a vigência do casamento será considerado propriedades comuns do casal e devem ser divididos igualmente em caso de divórcio, enquanto no regime de separação de bens, cada cônjuge mantém a propriedade de seus próprios bens adquiridos antes e durante o casamento e a divisão de bens é baseada em fatores como a duração do casamento, a contribuição de cada cônjuge para a aquisição de bens.

Conforme o artigo, a maioria dos estados dos Estados Unidos adota um sistema de "equitable distribution" ou separação de bens. Alguns estados, no entanto, adotam o sistema de "community property" ou comunhão de bens, como é o caso do Arizona, Idaho, Califórnia, Louisiana, Novo México, Nevada, Texas, Washington e Wisconsin.

Importante destacar que em alguns estados dos EUA, pode haver restrições ou requisitos especiais em relação à escolha do regime de bens pelo casal, como a exigência de um acordo pré-nupcial ou pós-nupcial para certos tipos de propriedades ou o reconhecimento legal do regime de comunhão parcial de bens em casos

específicos. Necessitando, assim, verificar as leis do estado onde o casal reside ou pretende se casar para determinar quais são as opções disponíveis e quais são as restrições aplicáveis.

2.4.2. Regime de bens na Alemanha

O Código Civil Alemão (BGB) é a lei principal que regula questões de direito civil na Alemanha, incluindo questões relacionadas à separação de bens e proteção financeira das pessoas idosas.

No entanto, não existe um artigo específico na Alemanha que exige a separação de bens para pessoas idosas. Sendo o sistema de separação de bens padrão na Alemanha a "Zugewinnngemeinschaft", que é aplicável a todos os casais, independentemente da idade, caso não haja convenção em contrária por meio de contrato matrimonial, conforme previsão no § 1363, (1) e (2), em tradução livre para o português:

Código Civil (BGB)

§ 1363 Comunhão de Bens Acumulado

(1) Os cônjuges vivem em regime de bens conjugais da comunhão de bens adquiridos, salvo convenção nupcial em contrário.

(2) Os respectivos bens dos cônjuges não se tornam bens de propriedade comuns, isso também se aplica à propriedade que o cônjuge adquirir após o casamento. No entanto, o ganho que os cônjuges obtêm no casamento torna-se equilibrado quando da Comunhão de Bens Acumulado termina.

Na "Zugewinnngemeinschaft" significa que durante o casamento cada cônjuge mantém seus próprios bens e propriedades, mas ambos compartilham o aumento de valor de seus bens durante o casamento. No caso de um divórcio ou falecimento de um dos cônjuges, os bens que foram adquiridos durante o casamento são divididos de forma justa. O estatuto patrimonial equivalente para "Zugewinnngemeinschaft" é a participação final nos aquestos, regime introduzido no ordenamento com a nova codificação do código civil em 2002.

Em resumo, a Alemanha não trata a separação de bens como obrigatória para pessoas idosas. No entanto, existem opções disponíveis para pessoas idosas que desejam proteger seus bens e patrimônio, incluindo, assim, a possibilidade de adotar um regime de separação total de bens através de um contrato pré-nupcial.

2.4.3. Regime de bens na Espanha

O Código Civil da Espanha é a lei que estabelece as normas e regras que regem as relações jurídicas entre as pessoas na Espanha. O atual Código Civil espanhol foi aprovado em 1889 e passou por diversas reformas ao longo dos anos.

O Regime de Bens espanhol está regulamentado nos artigos 1315 e seguintes do Código Civil da Espanha (CCE), sendo três as possibilidades de estatuto patrimonial: “Régimen de sociedad de gananciales”, equivalente a comunhão parcial; “Régimen de participación”, equivalente à participação final nos aquestos; e “Régimen de separación de bienes”, equivalente a separação de bens.

Conforme expresso no artigo 1316 do CCE, na ausência de convenção dos cônjuges ou na situação em que for ineficaz, será considerado o regime de “sociedad de gananciales”, aplicação semelhante ao previsto no artigo 1640 do CC no qual estabelece a Comunhão Parcial.

O regime de “Sociedad de Gananciales” é um dos regimes de bens existentes na legislação espanhola, que pode ser escolhido pelos cônjuges no momento do casamento ou alterado posteriormente por acordo entre as partes (1325 e 1326 do CCE). Nesse regime, todos os bens e obrigações adquiridos pelos cônjuges durante o casamento são considerados comuns ao casal (1347 e seguintes do CCE), salvo algumas exceções previstas em lei, como heranças e doações exclusivas a um dos cônjuges (1353 do CCE). Em caso de divórcio ou falecimento de um dos cônjuges, os bens comuns são divididos entre eles ou entre o cônjuge sobrevivente e os herdeiros (1396 e seguintes do CCE). Este regime é muito semelhante a comunhão parcial brasileira.

O “Régimen de separación de bienes”, somente será adotado em caso de (1) concordância entre os cônjuges, (2) nos casos em que estipularem que a sociedade conjugal não será gerida pela “Sociedad de Gananciales” ou (3) nos casos em que os outros dois regimes de bens sejam considerados extintos, salvo convenção em contrário pelos interessados. Nesse regime, cada cônjuge mantém a individualidade patrimonial, ou seja, cada um tem seus bens próprios e suas dívidas pessoais (1440 do CCE). Entretanto, os cônjuges deverão contribuir para a manutenção dos encargos da sociedade conjugal (1438 do CCE) e quando não for possível provar a propriedade de um bem, esse será considerado de ambos (1441 do CCE).

Isso significa que, durante o casamento, os bens adquiridos por cada cônjuge permanecem em sua propriedade individual e não se misturam com o patrimônio do outro cônjuge. Em caso de divórcio, cada um dos cônjuges mantém seus bens próprios e somente os bens adquiridos em comum durante o casamento são divididos entre eles.

Já no “Régimen de participación”, (1411 e seguintes do CCE) trata-se de uma mistura entre os outros dois tipos de regime de bens, no qual cada cônjuge possui patrimônio próprio (1418 do CCE) e, durante o casamento, poderá administrar e desfrutar livremente dos bens adquiridos a qualquer título pelo casal, mantendo-se a individualidade patrimonial de cada um (1412 do CCE). No entanto, ao final do casamento, ocorre a partilha dos bens adquiridos pelos cônjuges durante a vigência do casamento. Nesse momento, cada cônjuge tem direito a metade do patrimônio adquirido pelo casal durante o casamento, ou seja, a participação nos ganhos comuns (1417 e seguintes do CCE).

Na Espanha não há imposição do regime de separação de bens para pessoas idosas, os nubentes possuem liberdade para determinar seu regime matrimonial, desde que em suas convenções antenupciais não infrinjam as leis, a moral ou restrinjam a igualdade de direitos (1328 do CCE).

Diante do exposto, verifica-se que a legislação espanhola permite que os casais escolham, independentemente da idade, entre diferentes regimes de bens para reger suas relações econômicas durante o casamento, como a comunhão de bens, a separação de bens e a participação nos lucros.

2.4.4. Regime de bens em Portugal

Assim como no Brasil, em Portugal é o Código Civil o responsável pelo regramento do regime de bens e os requisitos que devem ser observados. Dentre os países pesquisados, Portugal foi o único que possui uma restrição na escolha do estatuto patrimonial tendo como requisito a observância a idade do nubente.

O Artigo 1720 do Código Civil Português estabelece em duas situações específicas no qual o regime patrimonial obrigatório em um casamento será o da separação de bens: quando o casamento é realizado sem a realização do processo preliminar de casamento e quando os cônjuges têm sessenta anos ou mais. No

entanto, em todas as outras situações, os cônjuges têm liberdade para escolher o regime de bens que desejam adotar, desde que esteja dentro dos limites da lei aplicável.

De acordo com Amaral (2015, citado por NETA, 2021, p. 38) a imposição do regime da separação de bens para o casamento de pessoas idosas ou entre idosos é justificada pela crença de que, na maioria das vezes, esses casamentos não são baseados no afeto, mas sim em interesses. Essa medida é vista como uma forma de evitar casamentos por motivos financeiros ou patrimoniais, e assim proteger o patrimônio de cada um dos cônjuges.

Lembra, ainda, Neta (2021, p. 41) que no casamento em Portugal em que o regime de separação de bens é imposto, o cônjuge não tem a liberdade de fazer doações em favor do seu parceiro. Se uma doação for feita, ela será considerada nula de acordo com o Artigo 1762 do Código Civil Português, que proíbe doações durante o matrimônio. No entanto, é importante notar que o Artigo 1720 do mesmo Código Civil permite doações entre noivos antes do casamento. Dessa forma, embora a proibição de doações durante o casamento tenha como objetivo proteger o patrimônio dos cônjuges, ela acaba sendo falha, pois um casal pode fazer uma convenção antenupcial antes do casamento, que pode incluir doações.

Em resumo, o Artigo 1720 do Código Civil Português é importante para definir as regras que regem o regime de bens no casamento em Portugal, e estabelece as situações em que o regime de separação de bens é obrigatório, além de permitir exceções à regra geral de nulidade de doações feitas durante o casamento.

2.5. (In)constitucionalidade do regime de separação de bens obrigatório para maiores de 70 anos

O artigo 1.641 do Código Civil brasileiro determina que o regime da separação de bens é obrigatório em certos casos de casamento, dentre eles, para os nubentes com idade superior a 70 (setenta) anos, conforme a redação dada pela Lei nº 12.344/2010. Essa medida tem como objetivo proteger o patrimônio do cônjuge idoso, evitando que seus bens possam ser utilizados de forma abusiva ou desproporcional pelo outro cônjuge. Assim, o regime da separação de bens busca ser uma importante

medida de proteção patrimonial para pessoas que já alcançaram uma certa idade e estão em um momento mais vulnerável de suas vidas.

De acordo com Bevilaqua (1943, p. 169), o legislador compreendeu que algumas pessoas já passaram da idade em que o casamento é realizado por impulso afetivo e por esse motivo é que a lei deveria colocar obstáculos às suas ambições, para evitar que interesses secundários ou especulações pouco escrupulosas levassem “septuagenários” a casamentos inadequados ou inconvenientes, impedindo que seus bens sejam transferidos ao outro cônjuge por meio da comunhão. Por consequência, vedado aos cônjuges submetidos ao regime da separação obrigatória de bens a realização de doações *inter vivos* entre si, pois isso possibilitaria a violação fácil da lei, sendo está uma conclusão óbvia que não requer maiores explicações.

No entanto, o que se questiona é se essa interferência do Estado, mesmo que com boas intenções, seria mesmo necessário uma vez que desconsidera a liberdade de escolha dos nubentes e a capacidade civil das pessoas idosas apenas para o casamento, visto que em nenhuma outra parte do Código Civil é imposta qualquer outro tipo de restrição aos idosos.

Em 30 de setembro de 2022, o plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), considerou a criação do Tema 1236, devido a incidência de Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com agravo de instrumento 1.309.642, feito no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por haver uma controvérsia de caráter constitucional em relação à validade do artigo 1.641, II, do Código Civil de 2002, que torna obrigatório o regime de separação de bens no casamento de pessoas com mais de setenta anos, bem como em relação à aplicação dessa regra às uniões estáveis.

Na ocasião o Relator Ministro Luís Roberto Barroso destacou dois pontos de vista opostos sobre a constitucionalidade da norma que obriga a separação de bens no casamento de pessoas maiores de setenta anos. Por um lado, argumenta-se que a norma protege o direito de propriedade dos idosos e evita uniões familiares baseadas em interesses econômicos. Já por outro lado, a norma é vista como uma interferência na autonomia desses indivíduos e contraria dispositivos constitucionais que vedam a discriminação contra idosos e protegem as uniões estáveis.

De acordo com Dias (2021, p. 715), dentre as diversas previsões que têm como objetivo negar os efeitos patrimoniais do casamento, a mais desarrazoada é aquela

que é imposta aos cônjuges que tenham mais de 70 anos de idade, o que claramente viola o Estatuto do Idoso. Essa previsão restringe a capacidade de autodeterminação dos idosos e também entra em conflito com o princípio de intervenção mínima do Estado, prejudicando a autonomia privada.

Dessa forma, ao reconhecer a habilidade dos indivíduos de se autoadministrarem e, conseqüentemente, limitar o poder do Estado, a autonomia e as decisões das partes envolvidas deveriam ser respeitadas sem qualquer interferência, uma vez que o Estado não teria autoridade para ditar ou gerenciar questões de natureza privada. Essa determinação está presente no artigo 1.513 do Código Civil e no artigo 226, §7º da Constituição Federal, e pode ser observada nas garantias concedidas a todas as formas de constituição familiar.

A ideia de que ao atingir certa idade a pessoa idosa perca a capacidade de realizar uma melhor escolha de um regime de bens é nitidamente uma norma discriminatória herdada do Código Civil de 1916, no qual a realidade brasileira era uma completamente diferente da atual. A elevação da expectativa de vida da população torna ainda mais importante garantir a capacidade de decisão dos idosos.

De acordo com o estudo realizado por Tábua Completa de Mortalidade para o Brasil – 2018, divulgada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em 1940, de cada mil indivíduos que alcançavam os 65 anos de idade, apenas 259 viveriam até os 80 anos de idade ou mais. Em contrapartida, em 2018, esse número aumentou para 637. Além disso, as expectativas de vida ao atingir 80 anos em 2018 foram de 10,4 anos para mulheres e 8,6 anos para homens, enquanto em 1940 esses valores eram de apenas 4,5 anos para mulheres e 4,0 anos para homens.

A violação da dignidade da pessoa idosa ocorre quando ela é impedida de exercer seu direito de escolher o estatuto patrimonial que melhor se adequa à sua realidade e necessidades. A imposição de um regime sem considerar as peculiaridades do casal pode gerar prejuízos financeiros e emocionais, comprometendo a qualidade de vida dos cônjuges. Além disso, essa limitação fere a autonomia da pessoa idosa e a trata de forma desigual em relação aos demais cidadãos, o que configura uma clara violação dos direitos fundamentais.

Embora traga consigo a ideia de proteção patrimonial, a regra estipulada no inciso II do artigo 1641 deixa de observar o tratamento justo e respeitoso ao

preconceber que idosos maiores de 70 anos não teriam a capacidade e discernimento para a escolher o regime de bens com o parceiro sem que fosse induzido a armadilhas patrimoniais. Dessa forma, tal medida pode ser considerada discriminatória e limitadora da liberdade individual dessas pessoas, que podem ser impedidas de gerir seus próprios bens e escolher o que fazer com eles.

O artigo 2º do Estatuto do Idoso estabelece que os idosos possuem os mesmos direitos fundamentais que todas as pessoas, garantindo a eles oportunidades e facilidades para preservar a sua saúde física e mental, bem como para se desenvolverem moral, intelectual, espiritual e socialmente, em condições de liberdade e dignidade. Sendo assim, contraditório que ao mesmo passo que assegura a pessoa idosa o direito de igualdade e dignidade, seja-lhe retirada a possibilidade de escolha do regime matrimonial, tendo como único parâmetro a idade. Clara violação ao direito à dignidade, à liberdade, à igualdade e à integridade moral da pessoa idosa.

O princípio da isonomia, previsto no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, é um dos pilares fundamentais da democracia e do Estado de Direito, pois garante que todas as pessoas tenham os mesmos direitos e deveres, e que a lei seja aplicada de forma imparcial e justa para todos. No entanto, o legislador ao colocar o critério como sendo a idade no texto do inciso II do artigo 1641, acaba por incorrer em uma inconstitucionalidade material, visto que é uma afronta direta ao princípio da isonomia/igualdade, no qual estabelece que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

Conforme afirmou Caio Mário da Silva Pereira, a separação obrigatória para maiores de 70 anos "não encontra justificativa econômica ou moral, pois a desconfiança contra o casamento dessas pessoas não tem razão para subsistir. Se é certo que podem ocorrer esses matrimônios por interesse nessas faixas etárias, certo também que em todas as idades o mesmo pode existir" (PEREIRA, 2001 em FARIAS & ROSENVALD, 2016, p.310). Essa posição reforça a ideia de que a restrição à autonomia das pessoas com base na idade é discriminatória e não encontra respaldo em argumentos sólidos.

De acordo com Farias e Rosenvald (2016, p. 310-311), a presunção absoluta de incapacidade decorrente da senilidade é um absurdo que afronta os direitos e garantias fundamentais constitucionais, violando a dignidade do titular e a

razoabilidade entre a finalidade almejada pela norma e os valores por ela comprometidos. Nesse sentido, a interdição compulsória parcial para fins nupciais seria indevida e injustificada.

Em uma tentativa de contornar a vedação legal imposta pelo artigo 1641, II, do Código Civil, o Enunciado 261, da III Jornada de Direito Civil, dispôs que a obrigatoriedade do regime da separação de bens não se aplicaria para os casos em que o casamento fosse precedido de união estável iniciada anterior a idade de 70 anos. Em 2016, o REsp 1318281/PE, recurso especial julgado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), tratou exatamente dessa questão.

No caso específico do REsp 1318281/PE, o tribunal decidiu que o regime de separação obrigatória de bens não se aplica aos casamentos celebrados antes da vigência da Lei 12.344/2010, que incluiu a referida norma no Código Civil. Essa decisão do STJ está em consonância com o Enunciado 261 da III Jornada de Direito Civil, que orienta que o regime não é aplicável retroativamente. No entanto, tal medida paliativa corrobora para admitir a ideia de que a vedação imposta pelo Código Civil é aceitável, assim, presente ainda a violação à dignidade das pessoas idosas.

Intrigante é que em mesmo evento foi proposto o Enunciado 262 que criou a óbice à mutabilidade de alteração do regime às pessoas maiores de 70 anos, ao passo que determinou que apenas nas hipóteses previstas nos incs. I e III do art. 1.641 do Código Civil é que não haveria impedimento a alteração do regime, desde que superada a causa que o impôs. Assim, ao dar um passo à frente retrocedeu um passo atrás, permanecendo a violação ao direito à dignidade, à liberdade, à igualdade e à integridade moral da pessoa idosa.

Segundo Silva (2021, p. 35) ainda não há unanimidade na jurisprudência sobre a possibilidade de alteração do estatuto patrimonial em questão e que o princípio da mutabilidade do regime de bens não é observado pelo artigo 1.641, inciso II do Código Civil, o que acaba por limitar a atuação do julgador, mesmo em casos em que há consenso entre as partes em buscar a alteração do regime patrimonial, como foi o caso de uma decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

APELAÇÃO CÍVEL. ALTERAÇÃO CONSENSUAL DE REGIME DE BENS DE CASAMENTO. PRETENSÃO DE MODIFICAÇÃO DO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. PESSOAS MAIORES DE 70 (SETENTA) ANOS. IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO. Não há como modificar o regime de bens da separação

obrigatória, quando a causa que o impôs foi o fato de a pessoa ser maior de 70 anos, pois, nesta hipótese, a causa não poderá ser superada. Enunciado nº 262 da III Jornada de Direito Civil promovida pelo CEJ do CJP. Precedentes deste E. Tribunal. (TJ-SP - AC: 10028967020198260248 SP 1002896-70.2019.8.26.0248, Relator: Maria do Carmo Honório, Data de Julgamento: 12/11/2019, 3ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 12/11/2019)

Outro ponto é a Súmula 377 do STF que estabelece que "no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento". Essa súmula tem como objetivo definir a regra aplicável aos casos em que o regime de separação legal de bens é adotado no casamento. Em 2018, o Embargos de Divergência em Recurso Especial 1623858/MG tratou acerca da controvérsia sobre a aplicação da Súmula 377 do STF no sentido de modernizar o seu entendimento para alcançar a eficácia do regime de separação legal de bens. Na ocasião, o STJ, em destaque, observou a necessidade de comprovação de esforço comum para a aquisição dos bens adquiridos na constância do casamento.

Para Farias e Rosendal (2016, p. 311), é necessário desvincular a idade das restrições impostas à escolha do regime de bens, através da interpretação civil-constitucional. Eles argumentam que uma pessoa com setenta anos pode ser responsável por escolher os destinos econômicos de uma nação, mas estranhamente não pode escolher o seu próprio estatuto patrimonial.

Além disso, é relevante fazer um contraponto acerca da fixação da idade como único critério objetivo para impor o regime de separação obrigatório de bens e a sua desconexão com a realidade brasileira. A corte atual do STF, que julgará se é ou não constitucional o inciso segundo do artigo 1641 do Código Civil, é composta majoritariamente por pessoas idosas, com alguns possuindo mais de 70 anos de idade, como é o caso da Min. Rosa Weber (74 anos), e do Min. Luiz Fux (70 anos).

O Regime de Separação Obrigatória de bens para maiores de 70 anos é criticado por impor restrições com base exclusivamente na idade, o que é considerado inconstitucional e violador de direitos individuais. Essa imposição desconsidera a autonomia e capacidade de escolha dos indivíduos, ferindo o princípio da igualdade e dignidade da pessoa humana.

Além disso, ignora a diversidade das circunstâncias pessoais e financeiras dos casais, já que a idade não deve ser o único critério para determinar a capacidade de escolher o regime patrimonial do casamento. Impor uma restrição arbitrária baseada

na idade é negar a individualidade e autonomia dos cônjuges, limitando seu direito de decidir livremente sobre suas relações patrimoniais.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vimos que a família é o grupo social de pessoas com vínculo de consanguinidade, afinidade ou convivência, sendo que nossa constituição a reconhece como a base da sociedade e o casamento civil é o pilar da constituição desta família, porém não é a única forma, pois temos a união estável entre homem e mulher e entre as pessoas do mesmo sexo.

Pesquisamos também sobre os regimes de bens do casamento no Brasil, analisando cada um com suas particularidades, dando ênfase ao da separação obrigatória de bens, pois este foi objeto de nossa pesquisa, em especial se é ou não constitucional a obrigatoriedade deste regime aos maiores de 70 (setenta) anos ao se casar.

Ademais, procuramos nas leis de outros países, tais quais Estados Unidos da América, Alemanha e Espanha, se existe tal obrigatoriedade legal a determinada faixa etária no regime de bens do casamento. Em nossa pesquisa não foi encontrada nenhuma norma protecionista em se tratando de pessoas com idade avançada, demonstrando que os países supracitados prezam pela autonomia e pela dignidade da pessoa humana neste quesito.

Somente, dentre os ordenamentos estrangeiros pesquisados, em Portugal existe norma parecida com a brasileira, restringindo a escolha do regime de bens aos maiores de 60 (sessenta) anos para se casar.

Diante do exposto, constata-se que o inciso II do art. 1641 do Código Civil brasileiro, mesmo tendo em sua concepção proteger o patrimônio dos idosos contra pessoas de má fé, hoje não deve mais prosperar diante do aumento da expectativa de vida dos brasileiros e por conta de uma maior autonomia por parte das pessoas desta faixa etária, que nos dias atuais mesmo septuagenárias são ativas e assumem cada vez mais posições de destaque e liderança na sociedade.

Portanto, o idoso deve ser sujeito de direitos para que uma lei nascida em outra realidade com o escopo de protegê-lo não acabe retirando direitos constitucionais como a sua autonomia de escolha e sua dignidade humana.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. CÓDIGO CIVIL (*Bürgerliches Gesetzbuch* - BGB). **Artigo 1363**.

Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_1363.html>. Acesso em: 10 de mar. de 2023.

BEVILAQUA, Clóvis. **Direito da família**. 7. ed. Rio de Janeiro, 1943. 469 p., 23 cm.

BRASIL. [Código Civil (2002)]. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em:

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em 14 de mar. de 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 14 de mar. de 2023.

BRASIL. [Estatuto do Idoso (2003)]. **Lei 10.741, 1º de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto da Pessoa Idosa e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm>. Acesso em 14 de mar. de 2023.

BRASIL. Cristina Índio do. **Expectativa de vida aumenta mais de três meses e chega a 76,3 anos**. Agência Brasil, 2019. Disponível em:

<<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2019-11/expectativa-de-vida-aumenta-mais-de-tres-meses-e-chega-763-anos>>. Acesso em 21 de mar. de 2023

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial: REsp 1.318.281 PE**.

Relatora: Maria Isabel Gallotti. DJe: 07/12/2016. Disponível em: <

[https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre="REsp"+com+"1318281">](https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=). Acesso em: 19 de jun. de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência em Recurso Especial: EREsp 1.623.858 MG**. Relator: Lázaro Guimarães. DJe: 30/08/2018.

Disponível em: <

[https://scon.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre="ER Esp"+com+"1623858">](https://scon.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=). Acesso em: 19 de jun. de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no AI RE nº 1.309.642**,

Relator Min. Luís Roberto Barroso. DJE 06/03/2023. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=6096433&numeroProcesso=1309642&classeProcesso=ARE&numeroTema=1236>> Acesso em 21 de mar. de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 377**. No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento. Sessão Plenária de 03/04/1964. DJ de 12/05/1964, p. 1277. Disponível em:

<<https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=4022>>. Acesso 19 jun. 2023.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. Maria Berenice Dias - 14. ed. rev. ampl. e atual. — Salvador: Editora JusPodivm, 2021. 1056 p.

DINIZ, Maria H. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família. v.5.** [Digite o Local da Editora]: Editora Saraiva, 2022. *E-book*. ISBN 9786555598681. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598681/>>. Acesso em: 11 mar. de 2023.

Enunciado 261. III Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/509>>. Acesso em 21 de mar. de 2023.

Enunciado 262. III Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/513>>. Acesso em 01 de abr. de 2023.

ESPAÑA. [Código Civil (1889)]. **Ley 1/1889, de 8 de julio de 1889.** Boletín Oficial del Estado. Ministro de Gracia y Justicia. San Ildefonso, Segovia. Disponível em: <[https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con)>. Acesso em 14 de mar. de 2023.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias** - 9. ed. rev. e atual - Salvador: Ed JusPodlvm, 2016. 1.024 p.

GAGLIANO, Pablo S.; FILHO, Rodolfo P. **Novo curso de direito civil: direito de família. v.6.** [Digite o Local da Editora]: Editora Saraiva, 2022. *E-book*. ISBN 9786553622258. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553622258/>>. Acesso em: 11 de mar. de 2023.

NETA, Iolanda França. **A imposição do regime de separação de bens às pessoas idosas versus a autonomia privada no direito luso-brasileiro.** 2021. P. 110 f. Tese (Mestrado em Direito) - Universidade Autónoma de Lisboa "Luís de Camões", Lisboa, 2021. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/11144/5583>>. Acesso em 30 de mar. de 2023.

SILVA, Wilber Souza. **(In)constitucionalidade do regime de separação de bens obrigatório para maiores de 70 anos.** 2021. p. 47 f. Monografia (Bacharelado em Direito) - Universidade de Rio Verde, Goiás, 2021. Disponível em: <[https://www.unirv.edu.br/conteudos/fckfiles/files/\(IN\)%20CONSTITUCIONALIDADE%20DO%20REGIME%20DE%20SEPARAÇÃO%20DE%20BENS%20%20OBRIGATÓRIO%20PARA%20MAIORES%20DE%2070%20ANOS.pdf](https://www.unirv.edu.br/conteudos/fckfiles/files/(IN)%20CONSTITUCIONALIDADE%20DO%20REGIME%20DE%20SEPARAÇÃO%20DE%20BENS%20%20OBRIGATÓRIO%20PARA%20MAIORES%20DE%2070%20ANOS.pdf)>. Acesso em 01 de abr. de 2023.

VENOSA, Sílvio de S. **Direito Civil: Família e Sucessões. v.5.** [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2022. *E-book*. ISBN 9786559773039. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559773039/>>. Acesso em: 11 de mar. de 2023.

VENTURI, Thaís G. Pascoaloto. **A cultura norte-americana dos acordos pré-nupciais.** Migalhas, São Paulo, 23 mai. 2022. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/direito-privado-no-common-law/366463/a-cultura-norte-americana-dos-acordos-pre-nupciais>>. Acesso em 10 de mar. de 2023.