



Maria Fernanda Mendonça Bezerra¹
Orientador: Stanley Marcus de Almeida e Costa²

OBRIGATORIEDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS PARA PESSOAS MAIORES DE 70 ANOS

RESUMO

O presente artigo tem por finalidade abordar a problemática acerca da (in) constitucionalidade do artigo 1.641, inciso II, do Código Civil Brasileiro, principalmente no que diz respeito a exigência do regime da separação obrigatória de bens aos maiores de 70 anos de idade. Quanto questão dos efeitos patrimoniais desta regra para o idoso, foi abordado como parâmetro para demonstrar a (in)constitucionalidade do presente artigo os princípios constitucionais presentes no nosso ordenamento jurídico e diversos julgados, jurisprudências e críticas de diversos doutrinadores renomados. Desta forma, buscou-se colocar em primeiro lugar o idoso, principalmente quanto a sua liberdade de escolha restringida camuflada de proteção. Foi utilizado de posições doutrinarias e científicas para abordagem do tema. Para tanto, utilizar-se-á pesquisa descritivo-explicativa do tipo documental-bibliográfica, com foco em pesquisas aos direitos e garantias fundamentais.

PALAVRAS CHAVE: Regime de bens, Inconstitucionalidade, Idoso.

1 INTRODUÇÃO

A Carta Magna vigente no país, datada de 1988, engloba todo o ordenamento jurídico da nação, desde a propositura dos primeiros atos para a criação de qualquer norma até sua efetivação e aplicação em casos concretos, quando vigentes.

Por essa razão, uma Lei deve ser editada sempre respeitando as regras e princípios esculpidos na Carta Maior. Aquelas que não seguem esse requisito, devem ser submetidas ao controle difuso ou concentrado de constitucionalidade, ferramentas que visam tirar de circulação normas injustas.

O presente estudo visa abordar a imposição do art. 1.641, II do Código Civil, no qual se encontra a obrigatoriedade do regime de separação total de bens para qualquer um dos cônjuges maiores de 70 anos. Salienta-se que o dispositivo reduz totalmente a autonomia da vontade dos cônjuges em escolher o melhor regime que lhes convém, por uma limitação legal. Esta forma é vista pela corrente majoritária dos doutrinadores como uma afronta ao princípio da liberdade de escolha.

¹ Acadêmica do curso de Direito Univag Turma 15/1C. Mat.

² Professor Stanley Marcus de Almeida e Costa. Advogado. E-mail: stanley-marcus@hotmail.com

2 ASPECTOS INTRODUTÓRIOS ACERCA DO REGIME DE BENS

De início, importante frisar que os regimes de bens são encontrados nos artigos 1.658 ao 1688 do Código Civil Brasileiro. O casamento pode ser entendido como a união de duas pessoas em que é regulamentada pelo Estado, tendo como um dos principais objetivos a construção de um seio familiar, no intuito de constituir uma família.

Posto isto, cumpre esclarecer que todo casamento civil é regido por um regime de bens, que pode ser definido como um conjunto de regras que serve para regulamentar as relações patrimoniais decorrentes no matrimônio.

Desta forma, vale ressaltar a definição trazida pelo ilustre Cristiano Chaves:

[...] Em sendo assim, regime de bens é o estatuto que disciplina os interesses econômicos, ativos e passivos de um casamento regulamentando, as consequência em relação aos próprios nubentes e terceiros, desde a celebração até a dissolução do casamento em via ou por morte.(Chaves, 2019)

Sendo assim, pode-se dizer que os regimes de bens são basicamente critérios que serão aplicados aos bens daqueles que desejam contrair um casamento, regulamentando seus bens contraídos anteriormente e posteriormente a sua celebração, inclusive no caso de falecimento de qualquer um dos interessados.

Deste modo, para uma perfeita harmonia quanto as relações econômicas do casal, a vontade dos nubentes deve ser subordinada a alguns princípios basilares. Esses princípios são: a liberdade de estipulação, a variedade de regimes e a mutabilidade justificada e submetida ao crivo judicial.

A liberdade de estipulação pode ser entendida como a possibilidade do casal, antes mesmo do casamento, de preferir aquele que melhor lhes convém. Quanto ao princípio da variedade de regimes, pode ser resumido nas quatro possibilidades de regime que os nubentes poderão escolher, observando as situações excepcionais.

Por fim, o princípio da mutabilidade motivada, diz respeito basicamente a possibilidade de mudança do regime de bens primeiramente escolhido, devendo obrigatoriamente ser motivada e chancelada por decisão judicial.

Ademais, assim que a escolha do regime for definida, exige-se a lavratura do pacto antenupcial (com exceção da comunhão parcial), sendo definido como um negócio jurídico (contrato nupcial), somente produzindo efeito após a celebração do casamento. Em suma, o pacto antenupcial será o meio pelo qual será estipulado às cláusulas de cunho econômico, além da definição da gestão patrimonial que deverá ser seguida pelo casal.

2 1 DAS ESPÉCIES DE REGIME DE BENS E REGRAS DE COMUNICAÇÃO

2 1 1 Do Regime de Comunhão Parcial de Bens

Este regime define que só ira se comunicar os bens que o casal adquirir na constância do casamento. Deste modo, aqueles bens que já possuíam antes de contrair o matrimônio não poderão ser levados em conta no caso da dissolução do casamento para divisão.

Importante salientar que os bens adquiridos por doação, sucessão de bens ou sub-rogação também não irão se comunicar, sendo considerados como bens particulares de cada um deles.

Frisa-se que estão disciplinados nos artigos 1.658 a 1.666 do Código Civil vigente. Nos casos em que é reconhecida a união estável, aplicar-se-á as regras do regime de comunhão parcial de bens.

2 1 2 Do Regime de Comunhão Universal de Bens

Neste caso, fica ajustado que todos os bens, créditos e dívidas do casal irão se comunicar-se, inclusive os adquiridos antes ou na constância do casamento, formando-se uma massa patrimonial única.

Na comunhão universal não leva-se em importância o momento em que aquele bem foi adquirido pois irá se agregar todos os bens de cada um, inclusive os advindos por meio de doação ou herança (com exceção daqueles que possuem a cláusula de incomunicabilidade).

Nesse meio tempo, quando ocorrer a abertura da sucessão, o cônjuge sobrevivente não será classificado como herdeiro diante deste regime, haja vista que já será meeiro de todo o montante dos bens em que possuírem no momento da abertura da sucessão.

Cabe acrescentar que na comunhão universal poderá haver patrimônio particular, conforme disposto no Art. 1.668 do Código Civil. Senão vejamos:

Art. 1.668. São excluídos da comunhão:

I - os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os subrogados em seu lugar;

II - os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva;

III - as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum;

IV - as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade;

V - Os bens referidos nos incisos V a VII do art. 1.659 .

O Regime de Comunhão Universal de Bens encontra amparo legal nos artigos 1.667 a 1.671, do Código Civil Brasileiro (BRASIL, 2002).

2 1 3 Do Regime de Separação Total de Bens

Já neste regime, não haverá comunicação de bens do casal, ou seja, os bens adquiridos anteriormente ou posteriormente ao casamento serão classificados como particulares, sendo cada um inteiramente responsável pelo seu, podendo dispor ou onerar a qualquer tempo, não necessitando da outorga do parceiro.

Desta feita, os cônjuges terão independência absoluta quanto aos seus bens e obrigações, no presente e no futuro, respondendo individualmente pelas suas dívidas, não vinculando o patrimônio do outro.

Para efeitos de sucessão, neste caso, havendo descendentes, o sobrevivente entrará na partilha, concorrendo com a parte do de cujus. Este regime possui fundamentação nos artigos 1.687 a 1.688, do Código Civil Brasileiro (BRASIL, 2002).

2 1 4 Do Regime de Participação Final nos Aquestos

Este regime é conhecido por ser híbrido, decorrendo de regras especificamente do regime de comunhão parcial de bens e da separação convencional. Nele, cada cônjuge (durante a constância do casamento) possui seu patrimônio particular, ficando submetidos às regras da separação total de bens.

Ocorre que, no caso de haver uma dissolução, irá incidir as regras do regime de comunhão parcial, ou seja, irá comunicar os bens que o casal adquiriu onerosamente na vigência do casamento.

Vale ressaltar que não haverá partilha dos bens adquiridos por doação ou sucessão. Este regime está disposto nos artigos 1.672 a 1.686 do nosso Código Civil Brasileiro.

2 2 DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS

Para algumas situações taxativamente previstas, o legislador pátrio, retirando a autonomia dos nubentes, impõe o regime de separação obrigatória de bens, considerando nula a escolha de qualquer outro regime, por infração a uma norma de ordem pública.

O atual art. 1.641 do CC, impõe, de forma obrigatória, o regime da separação de bens, nos casos em que:

I – Das pessoas que contraírem o casamento com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento, constantes do art. 1.523 do CC. II – Da pessoa que tenha idade superior a 70 anos, o que vale tanto para o homem quanto para a mulher. Destaque-se que a norma foi alterada pela Lei 12.344, de 9 de dezembro de 2010, uma vez que a idade antes prevista era de 60 anos. III – De todos os que dependerem de suprimento judicial para casar, inclusive nos casos de ausência de autorização dos representantes legais.

Tartuce (2019, p. 220) afirma que o objetivo desta norma é proteger a esses grupos de pessoas específicas, especialmente quanto ao seu patrimônio.

Com relação à hipótese no inciso I, as causas suspensivas ali mencionadas são aquelas tipificadas no artigo 1.523 do Código Civil, situações em que o legislador aconselha a não celebração do casamento, mas não o proíbe, de modo que o descumprimento desta recomendação impõe a aplicação do regime de separação obrigatória, mas não invalida o matrimônio. Diferentemente, ressalta-se que a inobservância de alguma das causas impeditivas previstas no artigo 1.521 do Código Civil, situação muito mais gravosa, gerando nulidade no casamento.

Já em relação ao inciso II, o legislador impõe o regime da separação obrigatória ao casamento da pessoa maior de 70 (setenta) anos. Analisaremos este dispositivo em tópico específico, por se tratar do objeto imediato deste trabalho.

Por derradeiro, no que tange ao inciso III, o legislador obriga a separação de bens àqueles que dependem de decisão judicial para casar, como será o caso do menor de 18 e maior de 16 anos quando não tiver o consentimento dos pais ou responsáveis.

2 3 A SÚMULA 377 DO STF E A INTERPRETAÇÃO ATUAL DAS CORTES SUPERIORES

Com relação aos efeitos e regras de comunicação, no que diz respeito ao regime de separação obrigatória, insta mencionar um dos direitos positivados mais importantes no nosso ordenamento jurídico esta contida na Súmula 377 do STF que diz “no regime da separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.

Eventualmente, cumpre esclarecer algumas questões que norteiam este dispositivo sumulado, isto porque não é pacífica a questão quanto à necessidade ou não de prova de esforço comum quanto a comunicação que menciona a súmula. Nesse cenário:

A alegação é que o Código atual simplesmente desprezou a orientação da justiça e derogou a súmula. Assim, para determinar a repartição dos aquestos, seria necessária a prova da efetiva colaboração na aquisição do patrimônio. Porém, a súmula não havia sido editada em razão de indigitada previsão legal. Seu fundamento é que a convivência leva à presunção do esforço comum na aquisição de

bens. Procurou a justiça amenizar os efeitos nefastos da lei que pune quem desobedece à injustificável recomendação de não casar. (DIAS, 2015, p. 332).

Por conseguinte, o nosso diploma brasileiro foi inaugurado posteriormente de forma contraditória a este entendimento, não permanecendo até os dias atuais qualquer certeza quanto a aplicabilidade desta súmula. Ocorre que o atual posicionamento do Superior Tribunal de Justiça prolatou o seguinte entendimento:

No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento, desde que comprovado o esforço comum para sua aquisição.
STJ. 2ª Seção. EREsp 1.623.858-MG, Rel. Min. Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região), julgado em 23/05/2018 (**Info 628**).

Desta forma, permanece no espaço jurídico discussões acerca de sua verdadeira aplicabilidade, abrindo diversos leques de entendimentos doutrinários e jurisprudências quanto ao assunto, principalmente quando a comunicabilidade ou não dos bens adquiridos na constância do casamento.

2 4 (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO INCISO II DO ARTIGO 1.641 DO CÓDIGO CIVIL

Não obstante, os responsáveis pelo Poder Legislativo, com o desejo de cada vez mais de blindar essa liberdade de escolha de cada indivíduo quanto ao regime de bens que pretendem adotar, vem apresentando diversos projetos de lei ao Congresso Nacional objetivando a revogação deste Dispositivo constante no nosso Código Civil por estar em controvérsia com a nossa Constituição Federal vigente.

Pensando nisso, o PL 189/2015 do Deputado Federal Cleber Verde vem fundamentada de forma bem ampla no sentido de demonstrar claramente as diversas ofensas que o art 1.641, II do Código Civil de 2002 em relação as princípios basilares dos direitos humanos, tais como ao princípio da dignidade da pessoa humana, da autonomia de vontade, da isonomia e da liberdade. Inclusive afirma que essa norma não foi recepcionada pela atual Constituição Federal, pois, em suas palavras do Deputado:

Atribuir ao idoso condição de incapaz, impedindo-o de estipular sobre o Regime de Bens que vigorará em seu casamento viola o princípio da isonomia, da liberdade e da autonomia privada. Discriminar as pessoas em razão da autonomia privada. Discriminar as pessoas em razão da idade ofende o princípio da igualdade. Deduzir que aqueles acima de sessenta anos não são mais alvo de amor verdadeiro atenta contra a dignidade da pessoa humana. A norma que padece de vício material de constitucionalidade termina por violar o princípio da razoabilidade. E, portanto, o artigo 1.641, em seu inciso II, não está em conformidade com uma hermenêutica voltada à eficácia dos direitos fundamentais, como é a hermenêutica contemporânea. Conforme se depreende da exposição dos projetos de leis referidos, o Poder Legislativo se mostra favorável à revogação do art. 1641, II do Código Civil atual

A decisão de maior importância que colabora com este mesmo domínio foi proferida pelo então Desembargador Relator do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo Antonio Cesar Peluso, no julgamento da Apelação Cível nº 007.512-4/2-00, da 2.ª Câmara de Direito Privado no dia 18.08.1998. Destaca-se parte da ementa desse julgamento:

CASAMENTO. Regime de bens. Separação legal obrigatória. Nubente sexagenário. Doação à consorte. Validez. Inaplicabilidade do art 258, § único, II, do Código Civil, que não foi recepcionado pela ordem jurídica atual. Norma jurídica

incompatível com os arts. 1º, III, e 5º, I, X e LIV, da Constituição Federal em vigor. Improcedência da ação anulatória. Improvimento aos recursos. É válida toda doação feita ao outro pelo cônjuge que se casou sexagenário, porque, sendo incompatível com as cláusulas constitucionais de tutela da dignidade da pessoa humana, da igualdade jurídica e da intimidade, bem como com a garantia do justo processo da lei, tomado na acepção substantiva (substantive due process of law), já não vige a restrição constante do art. 258, § único, II, do Código Civil. (<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do;jsessionid=BCE983D62296070905510C9366B4984B.cjsg2?cdAcordao=1224658&cdForo=&vI=Captcha=nDJbR>).

Em conformidade com isso, encontra-se arquivado, o PL 209/2006, de autoria do Senador José Maranhão, no qual pretendia a revogação do mencionado dispositivo, constatando inclusive que trata-se de intervenção estatal completamente abusiva no seio familiar. Finaliza dizendo “por ter atingido determinada idade tem sua capacidade de raciocínio e de discernimento comprometida, implica incorrer em patente discriminação, bem assim em ofensa ao princípio da dignidade humana”.

No âmbito doutrinário, para Pereira (2013) esse dispositivo é hostil por sua afronta princípios constitucionais importantes, conforme exposto abaixo:

[...] esta regra não encontra justificativa econômica ou moral, pois que a desconfiança contra o casamento dessas pessoas não tem razão para subsistir. Se é certo que podem ocorrer esses matrimônios por interesse nestas faixas etárias, certo também que em todas as idades o mesmo pode existir. Trata-se de discriminação dos idosos, ferindo os princípios da dignidade humana e da igualdade.

No mesmo sentido, Diniz (2010) afirma que juridicamente não há razão para tal imposição para aqueles considerados idosos por conta de sua idade ao regime de separação obrigatória de bens, pois são plenamente capazes de exercer todos os atos da vida civil, possuindo maturidade para discernir o futuro de seus bens materiais. Além disso, a aludida doutrinadora assevera que a senilidade não é, por si só, uma causa de incapacidade.

A senilidade, por si só, não é causa de restrição da capacidade de fato porque não pode ser considerada equivalente a um estado psicopático. Poderá haver interdição se a senectude originar um estado patológico, como a arteriosclerose, que afete a faculdade mental, retirando do idoso o necessário discernimento ou a clareza de razão para praticar atos negociais, em que a incapacidade absoluta resulta do estado psíquico e não da velhice (DINIZ, 2012, p. 176).

Conforme Tartuce (2010, p. 164) “A razão de ser da regra é a proteção daqueles que, por algum motivo, podem se ludibriados pelo outro cônjuge, sofrendo severos prejuízos em razão do regime de bens adotado, ou, ainda, prejudicar terceiros em razão do regime.”

Já Gonçalves (2011, p. 465) “A restrição é eminentemente de caráter protetivo. Objetiva obstar a realização de casamento exclusivamente por interesse econômico”

No entanto, Stolze (2011, p. 325) “O que notamos é uma violência escancarada ao princípio da isonomia, por conta do estabelecimento e uma velada forma de interdição parcial do idoso”.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho de conclusão de curso teve como objetivo colocar em questionamento quanto ao dispositivo constante no Art. 1.641, inciso II do nosso Código Civil vigente, colocando em prova sua constitucionalidade. Restou demonstrado a clara afronta a pessoa idosa, pautada unicamente na característica peculiar que é sua idade, sendo usado

como argumento para incapacidade de externar sua vontade quanto a escolha do regime de bens. A par disso, foram estudados brevemente cada regime de bens constantes no nosso ordenamento jurídico e suas peculiaridades como introdução ao estudo. Ao final, foi expostos fundamentos de diversos doutrinadores que defendem a inconstitucionalidade do regime obrigatório de separação de bens ao idoso pois, inegavelmente, a pela premissa de que são vulneráveis a tomar decisões não pode ser levada como justificativa. Claramente esta intervenção estatal é abusiva, não podendo ser fundada pelo fato de proteção a pessoa idosa pois, obviamente, entra no âmbito privado de escolhas exclusivamente particulares sem qualquer motivo relevante que justifique tal ato.

REFERÊNCIAS

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: 03/09/2019.

BRASIL. Lei Nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 20/09/2019.

CONTEÚDO JURÍDICO. **Inconstitucionalidade do Regime Obrigatório da Separação de Bens**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51765/ainconstitucionalidade-do-regime-obrigatorio-da-separacao-de-bens-aspessoasmaiores-de-70-anos>. Acesso em: 21 set. 2019.

DINIZ, ; HELENA, Maria. Curso de direito civil: **Direito de família**. 29 ed. [S.L.]: Saraiva, 2014.

FARIAS, C. C. D; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias**: Direito de Família. 11. ed. [S.L.]: JusPodivm, 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil: **direito de família**. 2 ed. [S.L.]: Saraiva, 2011.

GOLÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 8 ed. [S.L.]: Saraiva, 2011.

Regime de Separação Obrigatória Para Maiores de 70 anos. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/62518/regimedeseparacaoobligatoriaparamaiores-de-70-anos-reflexoes-constitucionais>. Acesso em: 21 set. 2019.

SENADO. Atividade legislativa. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/78350>. Acesso em: 15 mai. 2019.

TARTUCE, Flavio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil: direito de família**. 54 ed. [S.L.]: **Metodo, 2010**.

Vade mecum Exame da Ordem & concursos / obra da Editora Saraiva. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019.