

## DA INCONSTITUCIONALIDADE DA IMPOSIÇÃO DO REGIME DA SEPARAÇÃO DE BENS AO MAIOR DE 70 ANOS

### THE UNCONSTITUTIONALITY OF THE IMPOSITION OF THE REGIME OF SEPARATION OF PROPERTY TO PEOPLE OVER 70 YEARS OLD

João Batista de Araújo Júnior<sup>1</sup>

**RESUMO:** O casamento é uma instituição que tem todas as regras já estão prontas, ou seja, os direitos e obrigações estão previamente estabelecidos que, em razão da característica da incondicionalidade que possui o casamento, não podem os nubentes antes de casar alterar essas regras. Uma das poucas matérias no casamento, que a legislação permite a vontade dos nubentes imperar, é em relação ao direito patrimonial no casamento. Todavia, existem situações em que a lei proíbe essa escolha e, uma delas é o casamento do maior de 70 anos que é obrigado a casar pelo regime da Separação Obrigatória de bens. Esse artigo analisar essa intervenção na vontade do idoso.

**Palavras Chaves:** Casamento. Regras Patrimoniais de bens. Maior de 70 anos.

**ABSTRACT:** Marriage is an institution that has all the rules already in place, that is, the rights and obligations are preestablished and, due to the unconditionality that characterizes marriage, the spouses cannot change these rules before getting married. One of the few matters that the law allows the will of the bride and groom to prevail in marriage is the patrimonial right in the marriage. However, there are situations that the law prohibits this choice and, one of them is the marriage of people older than 70. In this situation people must marry by the system of compulsory separation of assets We now analyze this intervention at the will of the elderly.

**Keywords:** Marriage. Property rules. Over 70 years old.

#### 1. DIREITO PATRIMONIAL NO CASAMENTO

O Brasil permite que o casal, ao pretender realizar seu casamento, escolha o direito patrimonial que irá vigorar nele. Assim a legislação estabeleceu e criou modelos dessas regras, dando o nome de Regime de Bens.

Desde 1916 o Brasil sempre possuía 4 conjuntos de regras: Regime da Comunhão Universal de Bens, da Comunhão Parcial de Bens, da Separação de bens e o Regime Dotal.

---

<sup>1</sup>Mestre em Direito Civil pela Universidade de Ribeirão Preto. Graduação: Universidade de Ribeirão Preto ano 1986.

Com o vigente código civil, datado de 2002, substituiu o regime Dotal pelo regime da Comunhão Final de Aquestos que é originário da Alemanha e existente em quase todos os países da América do Sul como Argentina, Chile e Uruguai onde, inclusive, em alguns desses países o elegeram como o regime legal .

Nossa legislação permite aos nubentes assim, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos bens, o que lhes aprouver. A esse respeito é sempre bom lembrar, posto que é desconhecido pela sociedade que, além de escolher um regime de bens, é possível trazer de um outro regime alguma regra que possa valer no seu casamento, ou seja, pode ser escolhido o regime da Comunhão Universal de Bens, mas criar uma regra do Regime da Separação de Bens em um determinado bem imóvel por exemplo.

É uma raridade de vivenciarmos isso na prática, acreditando ser uma falta de conhecimento por parte da sociedade.

Essa possibilidade de poder misturar regras patrimoniais a doutrina chama de regra patrimonial mista.

Essa escolha que o legislador permite escolher regras patrimoniais, deve ocorrer com a solenidade que a legislação determina, ou seja, através de pacto antenupcial (ou convenção antenupcial) e na forma de Escritura Pública, que entendo e fazendo vozes com o Professor Tartuce, representa um negócio jurídico que é perfeito e acabado porém ineficaz, por possuir uma condição suspensiva intrínseca, tendo em vista que sua eficácia está diretamente relacionada à ocorrência da celebração do casamento ( TARTUCE. 2015)

A união estável também recebe as mesmas características em relação ao Direito Patrimonial onde o casal poderá também escolher o conjunto de regras a ser aplicada nessa união, porém estamos aqui diante de uma diferença pois na União essa escolha ocorrerá através de contrato firmado na forma particular ou na pública.

É necessário que as uniões, seja o casamento ou a união estável, possua regras patrimoniais, todavia, o legislador, não só o Brasileiro que por sinal, prevê a situação do casal não realizar o pacto e aplicar as regras, do chamado regime legal ou regime do silêncio que é a aplicação do Regime da comunhão parcial de bens ( após 1977).

Esse regime no Brasil, por influência da tradição portuguesa e pela aplicação das Ordenações do Reino de Portugal, regulamentou em 1916 no Código Civil revogado que, a falta de convenção, vigorava o regime da comunhão Universal de bens, posto

que essa era a regra patrimonial que mais traduzia ou representava o cerne da União Matrimonial.

Esse cenário vem a mudar com o advento da Lei 6.515/77, pois altera-se o Código Civil vigente, com a redação do artigo 50 daquela lei que estabeleceu: “*Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime de comunhão parcial*”.(Brasil, 1977)

Assim os casamentos no Brasil que não houvesse manifestação do casal, seriam aplicados o regime em questão onde parte da doutrina denomina também como “Regime do Silêncio”

## 2.DO REGIME OBRIGATÓRIO

Nossa legislação prevê a possibilidade do casal não poder exercer seu direito em escolher as regras patrimoniais. Por tratar-se de uma exceção, pois suprime um dos princípios basilares do Direito Patrimonial do Casamento, que é da autonomia da vontade, isso irá ocorrer de forma imposta somente se verificar algumas das situações previstas no artigo 1641 do código Civil.

É um rol é taxativo de motivos, a saber: As pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento, da pessoa maior de 70 (setenta) anos e de todos os que dependerem, para se casar, de suprimento judicial.

Ocorrendo uma dessas hipóteses o casamento ocorrerá, pois não está proibido, todavia, regido pelas regras do regime da Separação Obrigatória, sempre tendo como justificativa do legislador de se tratar de uma norma protecionista, patrimonialmente falando.

As Causas Suspensivas são situações que o legislador acredita que seria aconselhável resolver as situações particulares primeiro, para depois se casar, tanto como observamos a redação do caput no art. 1.523, que estabelece: *Não devem casar*. (BRASIL. 2002)

O mesmo ocorre com aquela situação das pessoas que precisam socorrer do judiciário para conseguir casar-se, assim, toda vez que isso correr será imposto esse regime também. Podemos dar nesse motivo, o exemplo clássico de sala da aula da pessoa que possui 17 anos de idade, tem idade núbil, mas precisa de autorização dos representantes legais para casar-se. Com a negatividade de um deles ou de ambos, é possível o Judiciário autorizar, suprir essa ausência e, autorizar o casamento.

Nessa situação será aplicado o regime da separação obrigatória de bens.

A terceira hipótese trata do fator idade, que é o objetivo desse artigo científico, na ampliação do regime de bens, que dedicaremos no próximo item.

### 3. DA CELEBRAÇÃO DO CASAMENTO DA PESSOA MAIOR DE 70 (SETENTA) ANOS

Sempre houve em nossa legislação, a possibilidade do casal poder perder o direito de escolher o regime de bens em razão da idade, sob o argumento de proteção da Sociedade.

Nosso primeiro Código Civil de 1916, colocava a imposição do regime legal para a mulher maior de 50 anos e para o homem maior de 60 anos.

O Código Civil de 2002 observando a isonomia prolatada pela Constituição estabelece a mesma idade sem a distinção de sexo, trazendo a idade igualitária de 60 anos.

Todavia em 2010, com a lei nº 12.344, foi alterado o inciso II do artigo 1641, elevando a idade para 70 anos.

Na verdade, deveria ter sido subtraído esse inciso.

Está subentendido nas entrelinhas desse inciso e em pleno século 21, que o objetivo é evitar o casamento entre pessoas com uma diferença grande de idade, no qual a mais jovem poderia, eventualmente, servir-se do casamento para conseguir algum tipo de vantagem econômica.

É sabido por todos que o envelhecimento por si só não induz a qualquer incapacidade ao indivíduo, mas foi essa forma encontrada para preservar o patrimônio de quem está na terceira idade e evitando que seja assim uma vítima de interesseiros que, convenhamos, casamentos por interesses patrimoniais podem existir em todas as idades.

De outro giro, não encontramos na parte geral do Código Civil o término da capacidade civil em razão da idade

Todavia evidenciamos no legislador pátrio, uma presunção de desordem mental de que atingi as pessoas com mais de 70 anos. Na minha opinião é descabida, é preconceituosa pelo simples fato de ter apagado 70 velinhas.

Como falo em minhas aulas que, ao completar 18 anos, a pessoa faz o “soninho” da capacidade, por dorme com 17 e, ao acordar com 18, ganhando de presente a capacidade. Aqui é o inverso, ele dorme aos 69 anos e acorda no dia de

seu aniversário com uma desordem mental, com uma vulnerabilidade que o Estado precisa intervir e “proteger”

Mas será que agir dessa forma está correto, juridicamente falando?

Senão vejamos:

Nossa sempre festejada professora Maria Berenice Dias, a esse respeito e novamente com grande clareza explica:

Trata-se de presunção *juris et de jure* de incapacidade mental para um só fim: casar. De forma aleatória e sem buscar sequer algum subsídio probatório, o legislador limita a capacidade de alguém exclusivamente para um único fim: subtrair a liberdade de escolher o regime de bens quando do casamento (DIAS. 2017)

Os idosos, possuem direitos contidos na nossa Carta Magna, fundamentado em princípios como a liberdade, cidadania, igualdade e a dignidade da pessoa humana, sem contar com sua cartilha própria de caráter protetivo e criando prerrogativas que é Lei 10.741/2003, denominada de Estatuto do Idoso que, trata-se de um conjunto de regras em prol da defesa dos idosos que, entre outras funções, preza por oferecer aos idosos um envelhecimento digno.

Se a preocupação é patrimonial, vejam que interessante: Imaginemos que a pessoa idosa é menos afortunada financeiramente que a outra pessoa que é mais nova, temos um com 71 anos e uma outra pessoa com 50 anos. Seu casamento trará para o idoso uma tranquilidade patrimonial e financeira. Mas a lei vai lhe proteger (“desproteger”), pois terá que casar pelo regime da separação de bens....

Faz sentido ?

A lei ainda, não permite que esse casal, mova uma ação pedindo para o juiz não aplicar o regime obrigatória como faz nas causas suspensivas no parágrafo único do art. 1523 do Código Civil.

Não vejo a mesma preocupação dessa vulnerabilidade patrimonial do maior de 70 anos, por exemplo, no instituto da doação, como também não vejo na sucessão testamentaria.

Então temos que proteger o patrimônio do maior de 70 anos, apenas quando ele desejar casar-se?

Não teremos essa preocupação quando ele queira fazer uma doação ? Ele pode doar um de seus imóveis para sua “namorada” mas, casar com ela e escolher um dos regimes de bens não pode?

E ainda, ele pode fazer um testamento, em não tendo herdeiros necessários, deixando todo seu patrimônio para sua “noiva”. Mas casar pelo regime da comunhão não pode?

E, possuindo herdeiros necessários, o testamento do maior de 70 anos, pode versar sobre a metade de todo o patrimônio que possui em favor da “namorada” mas, casar pelo regime da comunhão parcial de bens, não pode ?

Entendo desproporcional essa proteção, essa intervenção nos direitos fundamentais e nos direitos proclamados também no Estatuto para o maior de 70 anos.

Com essa restrição, a lei está oferecendo aos idosos um envelhecimento digno, como proclama o Estatuto?

A resposta creio que seja NÃO...

A ilegalidade dessa restrição de direito é tão latente que I Jornada de Direito Civil do Conselho Federal de Justiça – CFJ, com a proposta da revogação do inciso II do artigo 1641, através do enunciado 125 com a seguinte justificativa:

A norma que torna obrigatório o regime da separação absoluta de bens em razão da idade dos nubentes não leva em consideração a alteração da expectativa de vida com qualidade, que se tem alterado drasticamente nos últimos anos. Também mantém um preconceito quanto às pessoas idosas que, somente pelo fato de ultrapassarem determinado patamar etário, passam a gozar da presunção absoluta de incapacidade para alguns atos, como contrair matrimônio pelo regime de bens que melhor consultar seus interesses. (Brasil, 2012)

É muito evidente essa ilegalidade de intervenção que, a III da mesma Jornada de Direito Civil do CFJ, resultou no enunciado 261 que contém a seguinte redação A obrigatoriedade do regime da separação de bens não se aplica a pessoa maior de sessenta anos, quando o casamento for precedido de união estável iniciada antes dessa idade.

Vejam como é evidente a inconstitucionalidade ente os próprios maiores de 70 anos. A referida jornada que teve como coordenador geral o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, permite que se o maior de 70 anos pretende casar mas, vindo de um união estável que ele começou, por exemplo, com 68 anos, poderá escolher o regime da comunhão de bens mas, sair de um namoro e ir para o casamento não??

É desigual ou não o direito, o tratamento que é dado para duas pessoas com 70 anos?

Estamos falando em casamento, mas, e a União Estável? Será imposto esse regime? Tenho para mim que não.

## CONCLUSÃO

Já é hora da reforma do artigo 1641, em seu inciso II.

É nítido que essa imposição de um regime em razão da idade, pressupõe uma incapacidade que não é sempre que exista

Fica claro que sua redação é inconstitucional e que fere o Estatuto de Idoso.

Fere o princípio constitucional da Igualdade que para mim é uma forma justa em sociedade e, com ele que cessamos com todos os tipos de discriminação perante qualquer pessoa.

E o maior de 70 está sendo discriminado.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Lei 6.515/77 – Lei que regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências

BRASIL. LEI N o 10.406/02 – Institui o Código Civil

DIAS. Maria Bereneci. Manual de direito das famílias. Edityora Revista dos Tribunais. São Paulo. 12ª ed. 2017. P. 342)

Enunciados - <https://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf/view>

TARTUCE, F. Manual de Direito Civil: Volume Único. São Paulo: Método. 2015. 5ª ed.