

ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA IMPOSIÇÃO DO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS AOS MAIORES DE 70 ANOS DE IDADE¹

Juliana Simioni Nery²
Maria Carolina Rosa de Souza³

RESUMO: O objetivo da pesquisa realizada foi verificar em que medida a imposição do regime da separação obrigatória de bens para os maiores de 70 anos de idade pelo artigo 1.641, II, do Código Civil viola a Constituição Federal de 1988. Foi realizada uma análise inicial do instituto do casamento e da união estável, seus principais aspectos e requisitos, bem como dos princípios aplicáveis. No seu aspecto patrimonial, os regimes de bens existentes e as peculiaridades de cada um, onde posteriormente centrou-se a pesquisa no regime da separação obrigatória, por imposição legal para os maiores de 70 anos. Utilizou-se partir disso, a posição da doutrina, ou seja, uma pesquisa bibliográfica bem como jurisprudencial, e foi utilizado o método dedutivo. Chegando à conclusão da possibilidade de alteração desse artigo de lei, posto a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade do artigo 1.641, II, do Código Civil.

Palavras-chave: Casamento; regime de bens; pessoas maiores de 70 anos; inconstitucionalidade.

INTRODUÇÃO

O casamento é o vínculo jurídico entre duas pessoas com a finalidade de constituir uma família, buscando assim uma comunhão plena de vida. A partir de sua formação gera direitos e obrigações para ambos os cônjuges, produzindo efeitos pessoais e patrimoniais, os quais se baseiam na liberdade de união, ou seja, de escolher com quem pretende se casar e qual regime de bens aplicar ao casamento.

O que rege o direito patrimonial no casamento é o regime de bens escolhido pelo casal, que terá como finalidade regular as suas relações econômicas, salientando que a escolha do regime influenciará tanto no direito de família como no direito sucessório.

Atualmente, no ordenamento jurídico brasileiro possui quatro tipos de regimes bens: regime da comunhão parcial de bens, regime da comunhão universal de bens, regime da separação de bens e regime da participação final dos aquestos. O regime da separação de bens que se divide em dois: convencional (partes convencionam) e legal (imposição da Lei).

O regime da separação obrigatória por imposição legal é adotado nos casos do artigo 1.641, do Código Civil, ou seja, quando contraído casamento com inobservância das causas suspensivas; das pessoas maiores de 70 anos de idade e de todos que dependerem de suprimento

¹ Artigo científico produzido na Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo/RS, no Campus de Lagoa Vermelha/RS, ano de 2024.

² Aluna da Faculdade de Direito – Universidade de Passo Fundo. Campus Lagoa Vermelha. Contato: 182506@upf.br.

³ Professora da Faculdade de Direito na Universidade de Passo Fundo/RS. Contato: mariacsouza@upf.br.

judicial para se casar.

O enfoque desse artigo será na segunda hipótese da imposição da separação obrigatória para as pessoas maiores de 70 anos, visto como uma forma de proteção do patrimônio da pessoa idosa, contra os famosos “golpes do baú”, mas que por outro lado, essa obrigação pode ser vista como uma restrição aos direitos fundamentais, como por exemplo, os princípios da dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade.

Outro instituto que se relaciona com esse assunto é a união estável, que se trata da união entre duas pessoas desimpedidas, que mantém uma convivência pública, contínua e duradoura, e com objetivo de constituir família. Nesse instituto por analogia ao casamento, a maioria dos Tribunais de Justiça aplicam o regime da separação obrigatória para os maiores de 70 anos que constituem união estável.

A fim de minimizar os efeitos dessa obrigatoriedade surge a súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, que prevê que na separação legal comunicará os bens adquiridos na constância do casamento, ou união estável, desde que comprovado o esforço comum, sendo uma forma de evitar o enriquecimento indevido e, o enunciado 261 da III Jornada do Direito Civil, que trouxe uma exceção para não aplicar o regime para os maiores de 70 anos de idade, quando possuíam união estável anteriormente ao casamento, e a mesma iniciou antes de completar essa idade.

Será assim analisado se o artigo 1.641, II, Código Civil, afronta os sistemas jurídicos, levando em conta as suas legislações e princípios, bem como posicionamento dos doutrinadores, considerando que para ser inconstitucional, deve ser contrário as normativas da Constituição Federal de 1988.

Cabe referir que no Código Civil de 1916 a obrigatoriedade de adotar esse regime era para os homens com idade de sessenta anos e cinquenta anos para as mulheres, com o atual Código de 2002, igualou-se as mulheres para sessenta anos e, em 2010 com a Lei 12.334 aumentou para setenta anos, ou seja, está relacionado com o aumento da expectativa de vida e o princípio da igualdade.

Importante destacar que essa matéria, foi considerada objeto de Recurso Extraordinário, ou seja, teve repercussão geral reconhecida e, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela possibilidade de alteração do regime da separação obrigatória para as pessoas maiores de 70 anos, com aplicação aos casamentos e uniões estáveis.

No primeiro capítulo será abordado os principais aspectos do instituto do casamento, bem como da união estável, através de seus requisitos e princípios aplicáveis.

No segundo capítulo será traçado os regimes de bens, realizando um resgate histórico,

de quais, regimes existiam, e quais estão regulamentados atualmente no ordenamento jurídico brasileiro, para centrar especificadamente no regime da separação obrigatória por imposição legal. Verificando a possibilidade de alteração dos regimes de bens.

No terceiro capítulo, será verificado a constitucionalidade da imposição do regime da separação obrigatória para os maiores de 70 anos de idade, avaliando a posição da doutrina, e jurisprudência, bem como das normas que permitem minimizar os efeitos da restrição imposta pela separação obrigatória, sendo a Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal e o Enunciado 261 da III Jornada do Direito Civil.

Por fim, será analisado a recente decisão do Supremo Tribunal Federal, que permite a alteração do regime de bens por vontade das partes, quando envolve pessoas maiores de 70 anos, verificando os procedimentos necessários.

Para a realização da pesquisa foi utilizado o método dedutivo, e a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

1. Principais aspectos sobre casamento e união estável no Brasil

1.1) Conceito, requisitos e princípios do casamento civil no Brasil

O casamento é a “*união jurídica conjugal entre duas pessoas com o objetivo de constituir uma família gerando responsabilidades e obrigações provenientes do negócio bilateral existente*” (Assis Neto; Jesus; Melo, 2016, p.1574, grifo do autor).

Para os autores, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, “*o casamento é um contrato especial de direito de família, por meio do qual os cônjuges formam uma comunidade de afeto e existência, mediante a instituição de direitos e deveres[...]*” (2022, p.45, grifo do autor).

A instituição do casamento civil surgiu por meio do decreto 181 de 1890, e a sua natureza jurídica é tratada por muitos como um instituto social e por outros como um contrato, e tem aqueles que acreditam ser um instituto eclético, ou seja, um instituto misto, sendo que a maioria dos doutrinadores considera o casamento, um contrato especial, tendo como base o afeto e o consentimento (Assis Neto; Jesus; Melo, 2016).

Conforme Silvio de Salvo Venosa (2023), o casamento é um ato pessoal, ou seja, os nubentes devem manifestar sua vontade e, ao mesmo tempo, um ato solene, dotado de formalidades, iniciando com publicação de editais, com a cerimônia de realização e a inscrição

no registro público, estabelecendo um vínculo jurídico entre o casal, objetivando uma convivência de auxílio e de integração, além de criação e amparo da prole.

Os requisitos essenciais para o casamento são: consentimento, que deve ser manifestado de forma clara por ambos os nubentes; a celebração, que deve ser realizada por autoridade competente, e deve estar presente a diversidade de sexos, salientando que houve reconhecimento das uniões homoafetivas pelo Supremo Tribunal Federal, e o casamento homoafetivo pelo Superior Tribunal de Justiça, assim, na falta de algum desses requisitos torna o casamento inexistente (Assis Neto; Jesus; Melo, 2016).

Para o autor Rolf Madaleno (2013), os requisitos para o casamento são: a celebração, que deve ser realizada por uma autoridade competente, ou seja, pelo juiz do local onde foi processada a habilitação, sob pena de anulação da cerimônia, lembrando que trata-se de um conjunto de formalidades e solenidades previstas em lei; o consentimento, visto como uma forma de vontade expressa por cada um dos nubentes, devendo ser livre e espontânea, a qual é indispensável para a validade do casamento e a comunhão plena de vida, uma condição de validade de todo o casamento, sendo a ideia de que ambos os nubentes estão felizes com o matrimônio.

Destacando-se os seguintes requisitos essenciais: a solenidade do ato, a diversidade de sexos e a dissolubilidade, ou seja, o matrimônio é um ato solene, com a presença do representante do Estado que colhe a manifestação de vontade dos nubentes e declara o casamento. Com relação a diversidade de sexos teve algumas mudanças, podendo reconhecer como válida a convivência entre pessoas do mesmo sexo, e a dissolubilidade, sendo considerada a possibilidade de ocorrer o divórcio, após o surgimento da Lei 6.515/77 (Pereira, 2022).

O casamento válido e eficaz é aquele que cumpre seus requisitos, como por exemplo, o consentimento, considerado um requisito imprescindível, pois, no caso de estar viciada a manifestação de vontade, pode ser anulado o casamento (Venosa, 2023).

Conforme o autor Fábio Ulhoa Coelho (2012), é necessário que as partes sejam capazes e devem estar desimpedidas. A partir dos dezesseis anos a pessoa tem capacidade para casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, podendo em caso de divergência ou quando denegada pelos representantes legais, buscar autorização judicial. O segundo requisito é a falta de impedimentos matrimoniais previstos no artigo 1.521 do Código Civil⁴.

⁴ I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; II - os afins em linha reta; III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive; V - o adotado com o filho do adotante; VI - as pessoas casadas; VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

Sendo assim, o processo de casamento civil, compreende duas etapas: a habilitação, com o requerimento perante o oficial do registro civil, publicações de editais e, a celebração, que ocorre na sede do cartório, devendo estar presentes os noivos, as testemunhas, o oficial do registro e o celebrante, é quando ocorre a manifestação de vontade de ambos os nubentes de contrair o matrimônio (Coelho, 2012).

Os efeitos do casamento abrangem a constituição de família, com estabelecimento de vínculo conjugal entre o marido e a mulher, gerando deveres matrimoniais e a comunhão de bens (Coelho, 2012).

Os três princípios do casamento e que são aplicados ao instituto da união estável, seriam: princípio da monogamia, ou seja, não podem casar as pessoas casadas, sendo considerado um impedimento matrimonial e que pode gerar a nulidade absoluta do casamento; o segundo é a liberdade de união, ou seja, é a livre escolha dos nubentes, e por fim o princípio da comunhão plena de vida, onde os cônjuges buscam um bem maior, a família (Tartuce, 2023).

Para o autor Rolf Madaleno (2013) se aplica os seguintes princípios: Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, considerado fundamental pela Constituição Federal de 1988, previsto no seu artigo 226, §7º, estando o planejamento familiar assentado nesse princípio, buscando garantir a todos integrantes do grupo familiar a dignidade da pessoa humana. De acordo com o artigo 230 da Constituição Federal de 1998, a família, sociedade e Estado devem amparar as pessoas idosas, garantindo a dignidade e o bem-estar.

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é o fundante do Estado Democrático de Direito, abrangendo todos os demais: liberdade, autonomia privada, igualdade e solidariedade (Dias, 2021), estando previsto no artigo 1º, III da Constituição Federal de 1988.

Além disso, é importante salientar outros princípios, como o Princípio da Igualdade, que deve estar presente no direito de família, buscando a igualdade de ambos os cônjuges e os integrantes da família, ou seja, que todas as pessoas podem se casar e escolher seu regime de bens conforme a sua livre manifestação de vontade (Madaleno, 2013).

Segundo Maria Berenice Dias (2021), o Princípio da igualdade, diz respeito à liberdade de decisão do casal sobre o planejamento familiar, estritamente ligado ao princípio da solidariedade.

Ademais, o Princípio da autonomia privada, trata da possibilidade de escolha do casal, do regime de bens que irá vigorar durante o casamento, podendo ocorrer a alteração posteriormente, com algumas ressalvas; e a possibilidade de divórcio, estando este princípio em complementação ao princípio da liberdade (Madaleno, 2013).

O Princípio da liberdade, também chamado do livre-arbítrio, é um direito fundamental, de primeira geração, presente na unidade familiar, com a liberdade de escolha, ou seja, da pessoa com quem vai se casar, de qual regime de bens adotar, podendo escolher entre o casamento ou a união estável (Madaleno, 2013).

O Princípio da solidariedade familiar, trata da busca da comunhão plena de vida, imprescindível a todas as relações familiares e afetivas, é considerado um dever entre os cônjuges, de mútua assistência (Madaleno, 2013).

Por fim, prevê o Princípio da proteção do idoso, que não pode ser discriminado em razão da sua idade, estando seus direitos previstos na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto do Idoso, Lei 10.741/2003, ou seja, possuem direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, abrangendo a liberdade e a dignidade (Madaleno, 2013).

No artigo 3º da Constituição Federal de 1988, é expressamente previsto a proibição de discriminação em razão da idade, bem como em seu artigo 5º, garante a todos a igualdade perante a Lei e a inviolabilidade da intimidade e da vida privada (Constituição Federal, 1988).

A autora Maria Berenice Dias (2021), trata da proibição do retrocesso social, ou seja, ao garantir direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988, não pode ocorrer a abstenção de efetivá-los, nem tratamentos diferenciados, o que seria considerado inconstitucional.

Importante salientar, que estes princípios mencionados se aplicam analogicamente ao instituto da União Estável, o qual apresenta requisitos necessários para sua constituição, como a seguir veremos.

1.2) Aspectos Terminológicos e características da união estável

A união estável, outro importante instituto, está prevista no artigo 226, parágrafo 3º da Constituição Federal de 1988, sendo reconhecida a união entre homem e mulher como entidade familiar, e podendo ser realizada a sua conversão em casamento (Madaleno, 2013).

Os requisitos necessários para configurar a união estável abrangem: diversidade de sexos, com ressalva as uniões homoafetivas reconhecidas pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça; a coabitação, em que o casal vive no mesmo domicílio conjugal, mas que para muitos doutrinadores não é requisito obrigatório; o tempo de convivência, no entanto não tem artigo de lei prevendo um prazo específico; a convivência pública, mantendo a vida em comum perante a sociedade; a continuidade da convivência, ou seja, uma relação estável, assim, breves rompimentos seguido de reconciliação não afeta a constituição da união estável e por fim o objetivo de constituir família (Madaleno, 2013).

A união estável para Paulo Nader (2015), difere do concubinato, pois naquela as partes são livres para constituir uma união, enquanto nesta tem algum impedimento matrimonial. E quanto ao casamento, difere por não ter sido celebrado um negócio jurídico, pois a união estável é informal e para que seja formalizada é necessário um instrumento público ou particular, ou seja, *“por meio de um contrato de convivência entre as partes, que servirá como marco de sua existência além de propiciar regulamentação do regime de bens que venham a ser adquiridos no seu curso”* (Oliveira, apud Nader, 2015, p.561, grifo do autor).

As principais características da união estável abrangem: a ausência de formalismo para sua constituição, bastando o fato da vida comum, sendo necessário apenas a convivência como casal; o objetivo de constituir família; a diversidade de sexos, atualmente tem-se reconhecido as uniões homoafetivas; a notoriedade, ou seja, a relação deve ser pública perante a sociedade; deve ser estável com duração prolongada; inexistência de impedimento patrimonial e deve ser uma relação monogâmica, não podendo uma pessoa constituir duas uniões estáveis ao mesmo tempo (Gonçalves, 2022).

Conforme o autor Caio Mário da Silva Pereira (2022), não existe previsão de um prazo mínimo para se constituir a entidade familiar e, que a base da união estável não está no registro cartorial, mas, sim, no afeto e na busca de constituir uma família. Na questão da coabitação, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento, de não ser elemento indispensável, devendo centrar-se nos seguintes fatores: intenção de constituir família, continuidade da união e participação de esforços.

A união estável é um fato jurídico, ou seja, um fato social que gera efeitos jurídicos. Após a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002, trata-se de companheiros os casais que vivem em união estável, sem impedimento para o matrimônio, o que difere do concubinato, tratado como impuro ou adúltero (Venosa, 2023).

Os requisitos necessários para constituição da união estável segundo Silvio de Salvo Venosa (2023) são: a estabilidade, ou seja, duradoura, que possa ser convertida em casamento; a continuidade, como complemento do primeiro requisito; a publicidade perante a sociedade da união do casal e, o principal, o objetivo de constituir família, buscando uma comunhão plena de vida e de interesses. A relação do casal deve estar pautada na lealdade, respeito e assistência.

A união estável tem como principal objetivo a constituição da família, possuindo a mesma proteção que o Estado concede ao casamento, a única diferença diz respeito a prova do vínculo, sendo mais fácil de provar no casamento, com a certidão, pois na união estável depende de prova testemunhal e de documentos. Salienta o autor Fábio Ulhoa Coelho (2012) que todos os impedimentos do casamento se aplicam a união estável.

Dessa forma, após as análises conceituais, das regras e princípios aplicáveis a União Estável e ao Casamento, analisaremos, os regimes de bens aplicados a estes institutos com as suas peculiaridades e características.

2. Regime de Bens no ordenamento jurídico brasileiro

2.1) Visão histórica e conceitual

O regime de bens, é o conjunto de regras que disciplina as relações econômicas entre os cônjuges durante o casamento (Gonçalves, 2022).

Os regimes de bens são classificados quanto à sua origem e ao seu objeto. Podendo ser convencional, em que as partes definem o regime de bens que irá vigorar durante o casamento ou legal, que advém da Lei com caráter de obrigatoriedade, e quanto ao seu objeto, tem como base o fato de comunicação ou separação dos bens (Pereira, 2022).

O Código Civil prevê quatro tipos de regimes: o regime da comunhão parcial; regime da comunhão universal de bens; regime de separação de bens e o regime da participação final dos aquestos. O regime oficial, que prevalecerá no silêncio das partes é o da comunhão parcial de bens, chamado de regime legal ou supletivo. O Regime de bens começa a vigorar a partir da data do casamento (Gonçalves, 2022).

No Código Civil de 1916, havia o regime dotal, que estabelecia uma desigualdade entre homem e mulher e tinha como base o dote, o qual, era os bens que a mulher transferia ao marido ao casar-se, para que ele os administrasse, esse regime foi eliminado com o atual Código Civil de 2002 (Gonçalves, 2022).

Conforme Silvio de Salvo Venosa (2023), o dote era transferido ao marido para retirar os recursos necessários ao encargo do lar, e quando ocorresse a dissolução da sociedade conjugal, era restituído à mulher, este regime dotal foi suprimido, não sendo mais previsto na legislação.

Os princípios aplicáveis aos regimes de bens: imutabilidade ou irrevogabilidade; variedade de regimes e livre estipulação (Gonçalves, 2022).

O Código Civil de 1916, previa a imutabilidade dos regimes de bens, ou seja, antes da celebração poderia ser alterado o regime através do pacto antenupcial e, depois de celebrado o casamento se tornava imutável. Com o atual Código Civil de 2002, se tornou mutável conforme o artigo 1.639, parágrafo 2º, admitindo alteração se estiver presente os seguintes requisitos:

pedido formulado por ambos os cônjuges, com autorização judicial, apresentando razões relevantes e com ressalva de direitos de terceiros (Gonçalves, 2022).

Segundo o autor Paulo Nader (2015), o juiz pode ouvir cada cônjuge ou companheiro separadamente, para certificar da espontaneidade das declarações e de que não haverá prejuízo para terceiros.

O legislador inovou ao permitir a alteração do regime de bens, não impondo um tempo mínimo de casamento, apenas trazendo o requisito de que o pedido deve ser formulado por ambos os cônjuges, devendo ser fundado em motivos relevantes e ressalvado o direito de terceiros, significando que serão respeitados os negócios jurídicos realizados pelos cônjuges durante a vigência do regime anterior, preservando os atos anteriores e os bens particulares (Pereira, 2022).

A possibilidade de alteração do regime bens não alcançava aqueles que possuem a restrição imposta pela Lei, da adoção do regime da separação obrigatória em razão da idade, no entanto, com a recente decisão do Supremo Tribunal Federal é possível, como a seguir veremos.

A mudança do regime de bens deve ser sob manifestação de vontade de ambos os cônjuges, por isso, necessita da autorização judicial, que pode verificar se decorre de vontade das partes e que nenhum terceiro seja prejudicado, como por exemplo, um credor dos cônjuges (Coelho, 2012).

A variedade de regimes, trata-se dos quatro regimes anteriormente citados, que estão previstos na Lei, ou seja, o regime da comunhão parcial; regime da comunhão universal de bens; regime de separação de bens e o regime da participação final dos aquestos (Gonçalves, 2022).

A livre estipulação, é a ideia de que os nubentes podem escolher seu regime de bens através do pacto antenupcial, um contrato solene, feito por escritura pública, onde dispõe qual regime de bens irá vigorar durante o casamento, conforme artigo 1.640 do Código Civil. A exceção encontra-se no artigo 1.641 do Código Civil, que trata da imposição legal do regime da separação obrigatória (Gonçalves, 2022).

A livre escolha também existe na união estável e uniões homoafetivas, embora o artigo se refira apenas ao casamento, as normas sobre os regimes se aplicam no que for compatível com as uniões (Nader, 2015).

O pacto antenupcial é celebrado por escritura pública, antes da cerimônia do casamento, podendo os nubentes livremente dispor acerca dos efeitos patrimoniais, desde que não contrarie disposição legal e, para que tenha efeitos perante terceiros deve ser registrado no Registro de Imóveis (Coelho, 2012).

O autor Flávio Tartuce (2023), acrescenta o princípio da indivisibilidade, em que não é possível fracionar os regimes entre os cônjuges, ou seja, aplica-se o mesmo para ambos.

Após análise histórica e conceitual, verificaremos como se classificam os quatro regimes de bens, com as suas principais características.

2.2) Classificação dos Regimes de Bens

O regime da separação de bens, pode ser por imposição legal, estando previsto no artigo 1.641 do Código Civil, trazendo as seguintes hipóteses: das pessoas que contraírem casamento com inobservância das causas suspensivas; da pessoa maior de 70 anos e de todos que dependerem de suprimento judicial para se casar.

As quatro causas suspensivas do casamento estão previstas no artigo 1.523 do Código Civil⁵. Segundo o autor Paulo Nader (2015), essas causas suspensivas visam resguardar os interesses financeiros de herdeiros e ex-cônjuge, podendo nesses casos por pedido dos nubentes e com apresentação de justificativa, de que não tem risco patrimonial para os interessados, o juiz autorizar a não aplicação das causas suspensivas.

Em relação às pessoas maiores de 70 anos de idade, trata-se de uma restrição imposta em razão da idade, que será adiante comentado com avaliação da posição doutrinária e jurisprudencial.

A última hipótese trata-se dos menores que obtêm suprimento judicial para poderem casar-se, ocorre quando tutores ou curadores denegam a autorização para o casamento, e o juiz entende que foi uma denegação injusta e concede autorização, que terá o mesmo efeito do consentimento do representante legal, assim, essa imposição tem intuito protetivo (Nader, 2015).

Neste regime cada cônjuge administra seus bens, não havendo comunicação antes e após a dissolução do vínculo conjugal (Nader, 2015).

A segunda hipótese da separação total de bens é a convencional, ou seja, por vontade dos nubentes, sendo realizado por meio do pacto antenupcial, assim cada um é administrador exclusivamente de seus bens (Gonçalves, 2022).

⁵I – o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros; II – a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal; III – o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal; IV – o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas.

Segundo o autor Caio Mário da Silva Pereira (2022), com a dissolução da sociedade conjugal, sob o regime da separação total convencional, cabe a cada um o seu patrimônio separado. As dívidas anteriores e posteriores cabem individualmente a cada um.

No regime da separação legal ou convencional, há duas massas patrimoniais, ou seja, os bens de um e os bens do outro cônjuge, cada um é titular de seu próprio patrimônio, mesmo que adquirido antes ou durante a constância do casamento. Quando da separação, nada divide, e cada um fica com seus bens (Dias, 2021).

O regime da comunhão parcial de bens é considerado o regime oficial, que na hipótese de silêncio dos nubentes e, que não haja pacto antenupcial, irá prevalecer, caracteriza-se por estabelecer a separação quanto aos bens do passado e quanto ao futuro gerando três tipos de massas de bens: do marido, da mulher e os comuns (Gonçalves, 2022).

É um regime misto, da comunhão universal e da separação: excluem-se da comunhão os bens anteriores ao casamento e os que venham adquirir por doação ou sucessão e irá entrar na comunhão os bens adquiridos onerosamente durante a união (Gonçalves, 2022).

Neste regime, segundo o autor Caio Mário da Silva Pereira (2022), os bens que cada cônjuge trazer para o casamento é de sua propriedade exclusiva e, os que forem adquiridos na constância do casamento, serão os bens comuns, que pertencerão a ambos. E as dívidas contraídas antes do casamento são de responsabilidade individual de cada um, salvo quando adquiridos na constância do casamento, para atender aos encargos da família, que obrigarão o patrimônio comum.

Ademais, não necessita de pacto antenupcial, salvo alguma disposição especial. E cada cônjuge possui liberdade de administração dos bens que lhe pertencem e cabendo a ambos autonomia da gestão dos que integram a comunhão (Nader, 2015).

Conforme Silvio de Salvo Venosa (2023), alguns bens são excluídos da comunhão, conforme artigo 1.659 do Código Civil⁶, enquanto outros são comunicados, como os bens adquiridos onerosamente na constância do casamento, assim como os recebidos por doação, herança ou legado quando em favor de ambos os cônjuges, segundo o artigo 1.660 do Código Civil. Ademais, na união estável, o regime que irá vigorar é o da comunhão parcial, salvo contrato escrito pelo casal dispondo outro regime.

⁶I – os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do matrimônio por doação ou por sucessão, e os sub-rogados em seu lugar; II – os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges, em sub-rogação dos bens particulares; III – as obrigações anteriores ao casamento; IV – as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal; V – os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão; VI – os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge; VII – as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes;

Determinados atos ou negócios jurídicos não podem ser praticados por um só cônjuge quando casado sob comunhão de bens, sem autorização do outro, segundo artigo 1.647 do Código Civil, como por exemplo, alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis, prestar fiança ou aval ou ainda fazer doação de bens comuns, e daqueles que possam integrar a futura meação (Coelho, 2012).

Segundo Maria Berenice Dias (2021), neste regime, são três blocos: os bens particulares de um, os bens particulares do outro cônjuge e os bens comuns adquiridos após o casamento, por ambos ou apenas um, e, quando ocorre a dissolução, cada um fica com seus bens particulares e metade do patrimônio comum.

O regime da comunhão universal é aquele regime que se comunicam todos os bens, atuais e futuros, salvo os expressamente excluídos pela Lei ou pela vontade dos nubentes, esse regime deve ser estipulado por pacto antenupcial. Ademais, a administração dos bens compete a ambos os cônjuges (Gonçalves, 2022).

No Código Civil de 1916, o regime da comunhão universal era o regime oficial na falta de estipulação dos nubentes no pacto antenupcial. Com o atual Código Civil de 2002, é necessário o pacto antenupcial para adoção deste regime, o qual ocorre a comunicação dos bens móveis e imóveis que cada cônjuge traz para a sociedade conjugal, bem como os adquiridos na constância do casamento. As dívidas igualmente se comunicam, as anteriores e posteriores ao casamento (Pereira, 2022).

Conforme Silvio de Salvo Venosa (2023), alguns bens são excluídos da comunhão universal, segundo artigo 1.668 do Código Civil⁷.

Neste regime forma-se um conjunto único, de todo acervo patrimonial, tanto de bens anteriores ao casamento e tudo que for adquirido durante a sua vigência e, ao ocorrer a dissolução, será dividido a título de meação para cada um dos cônjuges (Dias, 2021).

O regime da participação final dos aquestos trata-se de um regime híbrido, pois durante o casamento aplicam-se as regras da separação total e, após sua dissolução, o da comunhão parcial, sendo necessário nesse regime o pacto antenupcial. Cada cônjuge possui patrimônio próprio, tendo exclusiva administração de seu patrimônio pessoal e, na dissolução da sociedade conjugal, cada um terá direito a metade dos bens adquiridos onerosamente durante a união, o qual será verificado o montante na data de cessação da convivência (Gonçalves, 2022).

⁷I – os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados 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 atual Código Civil de 2002, inovou com essa opção de regime para os nubentes, pois a característica fundamental deste regime é que na constância do casamento, vivem os cônjuges sob a separação de bens, cada um com seu patrimônio separado. Ocorrendo a dissolução da sociedade conjugal, forma-se uma comunhão dos aquestos, sendo um regime misto de separação e comunhão (Pereira, 2022).

Segundo Silvio de Salvo Venosa (2023), nesse regime existem somente duas massas de bens, do marido e da mulher, e quando ocorrer a dissolução da sociedade conjugal, conforme artigo 1.674 do Código Civil, irá apurar-se os aquestos:

Apurar-se-á o montante dos aquestos, excluindo-se da soma dos patrimônios próprios:
I – os bens anteriores ao casamento e os que em seu lugar se sub-rogaram;
II – os que sobrevieram a cada cônjuge por sucessão ou liberalidade;
III – as dívidas relativas a esses bens. Parágrafo único. Salvo prova em contrário, presumem-se adquiridos durante o casamento os bens móveis (Venosa, 2023, p.339).

Este regime possui cinco universalidades de bens, ou seja, os bens particulares de um, os bens particulares do outro cônjuge, e após o casamento, os bens adquiridos em nome próprio de cada um e os bens comuns do casal. No caso de dissolução, cada um fica com seus bens particulares e com metade dos bens comuns (Dias, 2021).

Verificado cada especificidade dos regimes de bens, centraremos a análise no regime da separação obrigatória para as pessoas maiores de 70 anos.

3. Separação obrigatória de bens: a constitucionalidade do artigo 1.641, II, do Código Civil

3.1) Análise da Súmula 377 e o Enunciado 261, III, da Jornada de Direito Civil em relação aos princípios constitucionais

A súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, busca minimizar os efeitos da restrição imposta pelo regime da separação obrigatória prevendo: “no regime da separação legal comunica-se os bens adquiridos na constância do casamento” (Tartuce, 2023, p.150), ou seja, mesmo se tratando de regime da separação, os bens adquiridos onerosamente na constância do casamento irão se comunicar, sendo uma questão não pacífica, a prova do esforço comum, o qual, para o autor Tartuce (2023), é imprescindível, pois acabaria se transformando no regime da comunhão parcial, no entanto, para alguns doutrinadores, não deveria ser necessária a comprovação, tratando-se de uma presunção.

Segundo o autor Caio Mário da Silva Pereira (2022), o Supremo Tribunal Federal orientou-se no sentido, de que sendo o regime da separação obrigatória por imposição legal, ocorre a comunicação dos aquestos. A maior discussão se encontra na necessidade de comprovar o esforço comum dos cônjuges, que para esse autor deve ser presumida:

[...] O que vale é a vida em comum, não sendo significativo avaliar a contribuição financeira, mas, sim, a participação direta e indireta representada pela solidariedade que deve unir o casal, medida pela comunhão de vida, na presença em todos os momentos da convivência, base da família, fonte do êxito pessoal e profissional dos seus membros (Pereira, 2022, p.233)

Os cônjuges que pactuaram o regime da separação obrigatória sem imposição legal, podem afastar a incidência dessa súmula através de pacto antenupcial (Tartuce, 2023).

Essa possibilidade de flexibilização do regime da separação obrigatória, permite os efeitos ficarem próximos ao regime da participação final dos aquestos, coibindo o enriquecimento indevido, visto a possibilidade de formar um patrimônio comum na constância da união (Coelho, 2012).

Segue no mesmo pensamento o autor Rolf Madaleno (2013), ao manifestar que tal possibilidade de flexibilização é necessária para evitar o enriquecimento ilícito, porque o patrimônio adquirido na constância do casamento pelo esforço comum terminava com apenas um dos cônjuges.

O casamento gera plena comunhão de vidas, em decorrência do dever de mútua assistência e do vínculo de solidariedade. Durante o período de convívio adquirem patrimônio comum, assim, para evitar o enriquecimento injustificado de apenas um cônjuge, elaborou-se essa súmula em comento, buscando minimizar os efeitos da restrição imposta pela Lei aos maiores de 70 anos, conforme entende a autora Maria Berenice Dias (2021).

No plano jurisprudencial ocorre a aplicação da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal conforme decisão e, com necessidade da comprovação de esforço comum, segundo a Súmula 655 do Superior Tribunal de Justiça:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE DIVÓRCIO. 1. REVELIA. EFEITOS MITIGADOS EM FACE DA NATUREZA DA MATÉRIA E DA PROVA COLIGIDA. 2. PARTILHA DE BENS. REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA. ART. 1.641, II, DO CC/2002. SÚMULA Nº 377 DO STF E SÚMULA Nº 655 DO STJ. IMPRESCINDIBILIDADE DA PROVA DO ESFORÇO COMUM PARA A PARTILHA DE BENS ADQUIRIDOS ONEROSAMENTE NA CONSTÂNCIA DO MATRIMÔNIO. 2.1. NO CASO EM COMENTO, CONSIDERANDO A AUSÊNCIA DE PROVA DO ESFORÇO COMUM, ALIADA AS PROVAS PRODUZIDAS PELO AUTOR, INVIÁVEL A PARTILHA DAS PRESTAÇÕES DO FINANCIAMENTO DO IMÓVEL, DA RESIDÊNCIA EDIFICADA SOBRE O BEM E DOS BENS MÓVEIS CONSISTENTES NA

CAMA DE CASAL, CÔMODA E TELEVISÃO. 3. SENTENÇA MANTIDA. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível, Nº 50148340620208210019, Sétima Câmara Cível, Relator: Sandra Brisolará Medeiros, Julgado em: 25-03-2024).

O enunciado nº 261, da III Jornada de Direito Civil prevê: “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” (Tartuce, 2023, p.149). O enunciado foi proposto pelo Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 3.^a Região Cotrim Guimarães.

No plano jurisprudencial têm-se adotado tal enunciado conforme decisão:

APELAÇÃO. ALTERAÇÃO DE REGIME. DEFERIMENTO. Caso no qual duas pessoas casadas há quase 50 anos, uma delas com mais de 70 anos, pretendem alterar o regime do casamento para comunhão universal. No presente caso, ao casar, o varão não tinha 70 anos. Ao revés, tinha apenas 29. E inexistente vedação para alteração de regime de quem casou com a idade que ele casou. A norma que impõe a adoção do regime da separação obrigatória aos maiores de 70 anos não se aplica aos litigantes, porque diz respeito apenas a quem vai casar e tem mais de 70 anos. Apelantes casados há 47 anos, que constituíram família com 02 filhos maiores de idade, e vivem em estado de comunhão durante todo o tempo, de forma que a alteração no registro só vai transformar em realidade jurídica aquilo que já é a realidade de fato. DERAM PARCIAL PROVIMENTO. (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível, Nº 70070107396, Oitava Câmara Cível. Relator: Rui Portanova, Julgado em: 28-07-2016).

A jurisprudência tem se posicionado pelo afastamento da obrigatoriedade do regime da separação obrigatória nos casos em que o casamento seja precedido da união estável, ou seja, iniciada antes de completar a idade da restrição imposta pela Lei (Pereira, 2022).

Segundo Rolf Madaleno (2013), essa flexibilização prevê o princípio de vedação do enriquecimento ilícito, sendo ao mesmo tempo, uma iniciativa de resgate ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, mas que ainda permanece a inconstitucionalidade com a imposição do artigo 1.641, II, do Código Civil.

A existência dessas flexibilizações é fundamentada pelos modernos princípios do Direito de Família, conforme Sergio Gischkow Pereira (Pereira apud Madaleno, 2013).

3.2) Aspectos favoráveis e contrários à imposição do regime de separação obrigatória de bens aos maiores de 70 anos de idade

A imposição do regime da separação obrigatória para os maiores de 70 anos é uma restrição de caráter protetivo, no entanto é de duvidosa constitucionalidade, por ofender a

dignidade da pessoa humana, a igualdade jurídica, a intimidade, bem como da garantia do justo processo da Lei. O Superior Tribunal de Justiça, tem decidido que na União Estável adota-se o regime da separação obrigatória aos maiores de 70 anos por analogia ao casamento, com exceção se houve início da união antes de completar essa idade (Gonçalves, 2022).

Para Regina Beatriz Tavares da Silva, a imposição do regime da separação obrigatória é uma medida de prudência legislativa, que com o avanço da idade maiores riscos teriam de se envolver com alguém, que busca apenas interesse financeiro (Silvia apud Madaleno, 2013).

O inciso II, do artigo 1.641 do Código Civil, visa a proteção da pessoa idosa, dos chamados “golpes do baú”, no entender do autor Flávio Tartuce (2023), pois a proteção buscada é dos interesses patrimoniais dos herdeiros, sendo que o casamento não trará prejuízos afetivos a pessoa idosa e, conforme os juristas que participaram da I Jornada de Direito Civil com Enunciado 125 CJF/STJ foi proposta a revogação desse artigo:

A norma que torna obrigatório o regime da separação absoluta de bens em razão da idade dos nubentes (qualquer que seja ela) é manifestamente inconstitucional, malferindo o princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República, inscrito no pórtico da Carta Magna (art.1º, III, da CF). Isso, porque introduz um preconceito quanto às pessoas idosas que, somente pelo fato de ultrapassarem determinado patamar etário, passam gozar da presunção absoluta de incapacidade para alguns atos, como contrair matrimônio pelo regime de bens que melhor consultar seus interesses (Tartuce, 2023, p.147).

Ademais, mesmo com o aumento de idade para setenta anos com a Lei 12.334/2010, baseado no aumento da expectativa de vida, a inconstitucionalidade persiste, ou seja, do preconceito com as pessoas de idade avançada (Tartuce, 2023).

Na mesma ideia, os autores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, consideram: “o que notamos é uma violência ao princípio da isonomia por conta de um estabelecimento de uma velada forma de interdição parcial do idoso” (Gagliano; Filho apud Tartuce, 2023, p.147).

Essa imposição legal, tem a finalidade de proteger os interesses da família e, com o aumento da expectativa de vida elevou a idade para setenta anos, se aplicando o mesmo para o instituto da união estável, salvo se iniciada antes de completar a idade, conforme III Jornada de Direito Civil (Nader, 2015).

Considerando, assim, tratar-se de uma obrigação do Estado e da sociedade assegurar ao idoso a liberdade, o respeito e a dignidade, como valores intrínsecos da pessoa humana, sendo essa imposição sustentada na discriminação cronológica, de presunção de incapacidade em razão da idade avançada, desconsiderando-os como sujeitos de direito, para o autor Rolf

Madaleno (2013), é inconstitucional essa previsão legal por ferir o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, pois essa restrição cria uma nova modalidade de incapacidade relativa da pessoa e causa dano irreparável à cidadania do idoso.

Essa imposição legal, para o autor Caio Mário da Silva Pereira (2022), é uma forma de discriminação das pessoas idosas, ferindo os princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da igualdade, não encontrando justificativa econômica nem moral, pois o interesse financeiro no matrimônio poderia ocorrer em qualquer idade, não justificando uma proteção ao patrimônio, mas, sim, uma incoerência.

A autora Maria Berenice Dias, considera tal imposição legal uma afronta ao Estatuto do Idoso, com restrição da autodeterminação da pessoa idosa. Ocorre uma colisão da intervenção mínima do Estado com a autonomia privada: *“trata-se de uma indevida e injustificada interdição compulsória parcial, para fins nupciais”* (Dias, 2021, p.715, grifo do autor). Trata-se de uma presunção relativa de incapacidade, sem subsídio probatório.

Segundo esta autora, a imposição do regime da separação obrigatória para as pessoas maiores de 70 anos é inconstitucional, por ferir o Princípio da Dignidade Pessoa Humana, igualdade e liberdade, não podendo haver discriminação em função da idade, como se fosse incapacidade civil (Dias, 2021).

No plano jurisprudencial, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul apresentou decisão com manutenção do regime da separação obrigatória:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. ALTERAÇÃO DE REGIME DE BENS. DE SEPARAÇÃO LEGAL (OBRIGATÓRIA) PARA COMUNHÃO UNIVERSAL. IMPOSSIBILIDADE. NUBENTES MAIORES DE 60 ANOS. SENTENÇA MANTIDA. 1. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA. Havendo nos autos elementos suficientes ao convencimento do juízo, cabe ao julgador decidir pela necessidade ou não de provas além das que acompanham a petição inicial, prerrogativa amparada por lei e que de modo algum configura lesão ao direito das partes. Ademais, tratando-se de matéria exclusivamente de direito, dispensável a dilação probatória. 2. MÉRITO. O regime específico da separação de bens incidiu ao caso por imposição legal, posta em regra cogente, em face de contar o varão mais de sessenta anos à época de celebração do casamento (o ano de 2006). 3. E não há qualquer hipótese no § 2º do art. 1.639 da codificação em vigor que excepcione aquela normativa permitindo a alteração do regime de bens, daquele obrigatório, para o que quer o casal (comunhão universal). 4. Outro poderia ser o entendimento se eventualmente cessada causa transitória que, ao tempo do casamento, exigia regime obrigatório da separação patrimonial - mas não é este o caso dos autos. NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO. UNÂNIME. (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível, Nº 70040404667, Oitava Câmara Cível. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em: 24-02-2011).

No entanto, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já apresentou decisão entendendo pela inconstitucionalidade da previsão do artigo 1.641, II, do Código Civil, por violar a dignidade da pessoa humana:

ANULAÇÃO DE DOAÇÃO. REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. Descabe a anulação de doação entre cônjuges casados pelo regime da separação obrigatória de bens, quando o casamento tenha sido precedido de união estável. Outrossim, o art. 312 do Código Civil de 1916 veda tão-somente as doações realizadas por pacto antenupcial. A restrição imposta no inciso II do art. 1641 do Código vigente, correspondente do inciso II do art. 258 do Código Civil de 1916, é inconstitucional, ante o atual sistema jurídico que tutela a dignidade da pessoa humana como cânone maior da Constituição Federal, revelando-se de todo descabida a presunção de incapacidade por implemento de idade. Apelo, à unanimidade, desprovido no mérito, e, por maioria, afastada a preliminar de incompetência, vencido o Em. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70004348769, Sétima Câmara Cível. Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 27/08/2003).

O Estatuto do Idoso, Lei 10.741/2003, é uma carta de direitos, que busca impor condições de dignidade as pessoas idosas, e, no seu artigo 10º, prevê alguns direitos a pessoa idosa, como a liberdade de ir e vir, de opinião, participação na vida política, dentre outras, bem como no seu artigo 4º tem a expressa previsão que nenhuma pessoa idosa, poderá sofrer discriminação (Estatuto do Idoso, 2003).

Conforme Rolf Madaleno (2013), as pessoas maiores de 70 anos de idade são consideradas sujeitos de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos pela Constituição Federal de 1988, e com a imposição legal do regime da separação obrigatória, tais direitos são ignorados.

Analisado a posição doutrinária e jurisprudencial da imposição do regime da separação obrigatória para os maiores de 70 anos, verifica-se a possibilidade de alteração do artigo 1.641, II do Código Civil.

3.3 Análise da decisão do Supremo Tribunal Federal quanto a obrigatoriedade do regime da separação obrigatória para pessoas maiores de 70 anos.

Em outubro de 2022, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral, quanto a obrigatoriedade do regime da separação obrigatória para pessoas maiores de 70 anos, nos casamentos e uniões estáveis, o qual se deu nos autos do Agravo no Recurso Extraordinário n. 1.309.642/SP, com a Relatoria do Ministro Luis Roberto Barroso (Tartuce, 2023).

O caso trata-se de uma ação de inventário, em que se discute qual regime de bens deve ser aplicado à união estável que se iniciou quando o falecido já possuía mais de setenta anos, ou seja, a companheira busca o reconhecimento da união estável e de sua condição de herdeira do companheiro falecido. Em primeira instância, o juízo reconheceu a mulher como herdeira, com o entendimento de que não poderia haver distinção entre cônjuges e companheiros (Supremo Tribunal Federal, 2024).

No entanto os filhos do falecido recorreram para o Tribunal de Justiça de São Paulo, através do Agravo de Instrumento, o qual reformou a decisão, aplicando o regime da separação obrigatória de bens, visto o falecido ter iniciado a união com mais de 70 anos. Os embargos de declaração interpostos pela companheira foram rejeitados. Os autos foram encaminhados para o Superior Tribunal de Justiça e posteriormente para o Supremo Tribunal Federal (Supremo Tribunal Federal, 2024).

O Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral, Tema 1236, em que se discutiu a luz dos artigos 1º, III; 30º, IV; 50, I, X, LIV; 226, §3º e 230 ambos da Constituição Federal de 1988 (Supremo Tribunal Federal, 2024).

Em 01 de fevereiro de 2024, o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão por unanimidade, permitindo nos casamentos e uniões estáveis envolvendo pessoas maiores de 70 anos, afastar o regime da separação de bens previsto no artigo 1641, II do Código Civil, mediante Escritura Pública, através de manifestação de vontade das partes (Supremo Tribunal Federal, 2024).

Dessa forma, caso não haja manifestação dos cônjuges ou companheiros por escritura pública, continua sendo aplicado o regime da separação obrigatória de bens previsto no artigo 1.641, II do Código Civil (Supremo Tribunal Federal, 2024).

Essa decisão é um avanço significativo, ao permitir que as pessoas idosas possam escolher o regime de bens para seu casamento ou união estável, de forma que promove a igualdade entre as pessoas, independentemente da idade. Garantindo assim a autonomia e liberdade aos indivíduos (Supremo Tribunal Federal, 2024).

Para os casais acima de 70 anos, que já estão casados por este regime e, desejam alterá-lo, é necessário de autorização judicial, no caso do casamento ou manifestação em Escritura Pública, nas uniões estáveis (Supremo Tribunal Federal, 2024).

Ademais, esta decisão, produz efeitos somente para casos futuros, a fim de resguardar a segurança jurídica de processos de herança e divisão de bens que já estavam em andamento, ou seja, terá impactos na divisão do patrimônio a partir da mudança, não afetando o período anterior do relacionamento (Supremo Tribunal Federal, 2024).

Dessa forma, vem se reconhecendo os direitos da pessoa idosa, frente a discriminação sofrida, considerado assim um grande avanço, posto a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade do artigo 1641, II, do Código Civil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme o exposto, a imposição do regime da separação obrigatória para as pessoas maiores de 70 anos acaba ferindo os princípios da Dignidade da Pessoa Humana, liberdade, autonomia da vontade e igualdade previstos na Constituição Federal de 1988.

Ofende, também, o princípio de devido processo legal, pois para que seja reconhecido a incapacidade relativa de uma pessoa, é imprescindível o processo de interdição.

Os argumentos que alegam que essa restrição é uma proteção ao patrimônio, demonstram que a preocupação maior é patrimonial e não proteção do idoso. A obrigação da pessoa idosa se casar pelo regime da separação obrigatória reduz a sua capacidade, no entanto as hipóteses de incapacidade estão previstas no artigo 3º e 4º do Código Civil e não abrangem as pessoas de idade avançada, visto assim, como uma forma de discriminação.

A proteção ao patrimônio da pessoa idosa não pode ser dar de modo coercitivo, desconsiderando a vontade da pessoa, entendendo-se que o artigo 1.641, II, Código Civil, não está em consonância com os dispositivos constitucionais, devendo sofrer alteração, pois uma pessoa com 70 anos, pode ser plenamente capaz e ter discernimento para assumir obrigações legais, assim, como para contrair matrimônio, escolhendo o regime que melhor representar os interesses de ambos os nubentes.

O ordenamento jurídico tem por base princípios de um Estado Democrático de Direito, dentre eles, a igualdade, liberdade e a dignidade da pessoa humana, essenciais para construir uma sociedade livre, sem preconceitos e distinções. O legislador ao impor limitação etária para escolha do regime de bens, impôs um efeito sancionatório, que acabou ferindo tais princípios, consequentemente a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto do Idoso.

As pessoas maiores de 70 anos, já adquiriram grau elevado de maturidade de conhecimentos da vida pessoal, familiar e profissional, devendo serem valorizadas quanto à sua capacidade de tomar decisões, assim, diminuir sua liberdade é uma forma de discriminação.

Salienta-se que a pessoa maior de 70 anos pode ocupar cargos importantes como da Presidência da República e de Tribunais Superiores, decidindo a vida de outras pessoas, mas não podendo escolher seu regime de bens, é uma forma de violação da liberdade de escolha da pessoa idosa.

O Estado deve atender ao princípio da intervenção mínima no Direito de Família, conforme artigo 1.513 do Código Civil, não podendo interferir na autonomia da vontade das pessoas, considerando-as incapazes sem o devido processo legal, ou seja, de interdição.

Da análise das correntes doutrinárias majoritárias e, frente a recente decisão do Supremo Tribunal Federal, permitindo a alteração do regime de bens para pessoas maiores de 70 anos, conclui-se que manter essa imposição legal, reflete uma violação aos princípios constitucionais, salientando que a família atual ocupa um lugar de proteção à felicidade e à liberdade de escolha dos nubentes, sendo então possível a declaração de inconstitucionalidade do artigo 1.641, II, Código Civil.

REFERÊNCIAS

ASSIS NETO, Sebastião de; JESUS, Marcelo de; MELO, Maria Izabel de. **Manual de direito civil**. 5ª.ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

BRASIL. **Código Civil**: Lei nº 10.406, 10 de janeiro de 2002. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 de jan. 2002. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em 14 mai.2023.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 mai.2023.

BRASIL. **Estatuto do idoso**: Lei Federal nº 10.741, de 01 de outubro de 2003. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm>. Acesso em 12 abr.2024.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Apelação Cível nº 50148340620208210019, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandra Brisolará Medeiros, julgado em 24 mar.2024. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/novo/>> Acesso em 12 abr.2024.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Apelação Cível nº 70004348769, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, julgado em 27 ago.2003. Disponível em: < <https://www.tjrs.jus.br/novo/>> Acesso em 12 abr.2024.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Apelação Cível nº 7004040667, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, julgado em 24 fev.2011. Disponível em: < <https://www.tjrs.jus.br/novo/>> Acesso em 12 abr.2024.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Apelação Cível nº 70070107396, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, julgado em 28 jul.2016. Disponível em: < <https://www.tjrs.jus.br/novo/>> Acesso em 12 abr.2024.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Repercussão Geral no RE nº 1.309.642, Relator Min. Luís Roberto Barroso, julgado em 01 de fevereiro de 2024, DJ: 09 de fevereiro de 2024. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br>> Acesso em: 12 abr.2024.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil, família, sucessões**. 5ª.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 14ª.ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil: direito de família**. In: Biblioteca Virtual UPF. 12ª.ed. São Paulo: Editora Saraiva, vol.6, 2022. *E- book*. ISBN 9786553622258 Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553622258/>. Acesso em: 14 mai. 2023.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. In: Biblioteca Virtual UPF. 19ª.ed. São Paulo: Editora Saraiva. vol.6, 2022. *E-book*. ISBN 9786555596106. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596106/>. Acesso em: 14 mai. 2023.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 5ª.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. In: Biblioteca Virtual UPF. 7ª.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense: Grupo GEN, vol.5, 2015. *E- book*. ISBN9788530968687. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530968687/>. Acesso em: 14 mai. 2023.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. In: Biblioteca Virtual UPF. 29ª.ed. Rio de Janeiro. Editora Forense: Grupo GEN, vol.5, 2022. *E- book*. ISBN 9786559643417. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559643417/>. Acesso em: 12 abr. 2024.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil:** Direito de família. In: Biblioteca Virtual UPF. 18ª.ed. Rio de Janeiro. Editora Forense: Grupo GEN, vol.5, 2023. *E-book*. ISBN9786559647132. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559647132/>. Acesso em: 14 mai. 2023.

Venosa, Sílvio de Salvo. **Direito Civil:** Família e Sucessões. In: Biblioteca Virtual UPF.23ª.ed. Rio de Janeiro. Editora Atlas: Grupo GEN, vol.5, 2023. *E-book*. ISBN 9786559774715. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559774715/>. Acesso em: 12 abr. 2024.