

V.8 • N.1 • Novembro 2019 - Fevereiro 2020

ISSN Digital: 2316-381X  
ISSN Impresso: 2316-3321  
DOI: 10.17564/2316-381X.2019v8n1p87-100

DIREITO



## **A OBRIGATORIEDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS AO IDOSO DE SETENTA ANOS: PROTEÇÃO OU DISCRIMINAÇÃO?**

**THE OBLIGATION OF THE SEPARATION SCHEME OF GOODS TO THE AGE OF SEVENTY YEARS: PROTECTION OR DISCRIMINATION?**

**LA OBLIGATORIEDAD DEL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES AL ANCIANO COM SETENTA AÑOS: PROTECCIÓN O DISCRIMINACIÓN?**

Clara Cardoso Machado Jaborandy<sup>1</sup>  
Tatiane Gonçalves Miranda Goldhar<sup>2</sup>  
Carolina Silva Porto<sup>3</sup>

## **RESUMO**

O presente trabalho faz uma análise crítica da imposição do regime da separação legal aos idosos maiores de setenta anos à luz dos princípios da isonomia, liberdade e dignidade da pessoa humana, consagrados na Constituição Federal; analisa-se a (in) constitucionalidade do artigo 1.641, inciso II do Código Civil, bem como a aplicabilidade da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, que dispõe sobre a comunicação de bens adquiridos a título oneroso pelo esforço comum do casal diante da separação obrigatória. A limitação da autonomia privada dos maiores de setenta anos é analisada e problematizada, com a utilização do método explicativo e investigativo bibliográfico, mais especificamente com o uso de fontes doutrinárias impressas e digitadas.

## **PALAVRAS-CHAVE**

Regime de Separação de Bens. Idoso. Princípios Constitucionais. Determinação Legal. Separação Legal.

## ABSTRACT

The present work makes a critical analysis of the imposition of the regime of legal separation on the elderly over seventy years in the light of the principles of isonomy, freedom and dignity of the human person, enshrined in the Federal Constitution; (in) the constitutionality of article 1.641, item II of the Civil Code, as well as the applicability of Supreme Court's Summary 377, which provides for the communication of assets acquired for consideration by the common effort of the couple in the face of compulsory separation. The limitation of the private autonomy of the over seventy years is analyzed and problematized, using the bibliographic explanatory and investigative method, more specifically with the use of printed and typed doctrinal sources.

## KEYWORDS

Separation Regime. Elder. Constitutional Principles. Legal Determination. Legal Separation.

## RESUMEN

El presente trabajo hace un análisis crítico de la imposición del régimen de la separación legal a los ancianos mayores de setenta años a la luz de los principios de la isonomía, libertad y dignidad de la persona humana, consagrados en la Constitución Federal; se analiza la constitucionalidad del artículo 1.641, inciso II del Código Civil, así como la aplicabilidad de la Súmula 377 del Supremo Tribunal Federal, que dispone sobre la comunicación de bienes adquiridos a título oneroso por el esfuerzo común de la pareja ante la separación obligatoria. La limitación de la autonomía privada de los mayores de setenta años es analizada y problematizada, con la utilización del método explicativo e investigativo bibliográfico, más específicamente con el uso de fuentes doctrinarias impresas y digitadas.

## PALABRAS-CLAVE

Régimen de separación de bienes. Personas de edad avanzada. Principios Constitucionales. Determinación Legal. Separación Legal.

## 1 INTRODUÇÃO

Não há dúvidas de que a família é o campo do direito civil em que há maior preservação da privacidade dos indivíduos, pois trata-se do espaço em que o indivíduo e sua intimidade são primordialmente desenvolvidos. Por esse motivo, a tendência atual é o reconhecimento do direito de família como uma esfera social predominantemente privada, em que a interferência estatal deve ser mínima.

Essa autonomia privada, aqui aplicada ao âmbito familiar, nada mais é do que um reflexo da Constituição Federal de 1988, mais especificamente em seu artigo 5º, e da tendência da constitucionalização do direito civil, em que o legislador passa a valorizar o indivíduo, dispondo sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre homens e mulheres, da autonomia privada e da privacidade, de modo que seus direitos e garantias fundamentais sejam assegurados.

A conformação do direito civil à Constituição, também denominado de processo de constitucionalização do direito civil, tem o seu início a partir de 1988, ano do advento da chamada “Constituição Cidadã”, por meio da ação de doutrinadores engajados em uma perspectiva de trabalho voltada à percepção do ser humano enquanto sujeito de direitos e deveres na seara civil, a exemplo de Paulo Luiz Netto Lôbo, Gustavo Tepedino, Luiz Edson Fachin, Maria Celina Bodin de Moraes, Giselda Hiro-naka, Judith Martins-Costa, influenciados, sobretudo, pela doutrina estrangeira e Pietro Perlingieri e Ricardo Luis Lorenzetti, que, em tempo, refletia a influência do movimento constitucionalista nos ordenamentos de seus países.

Com relação à autonomia privada, a lei civil permite desde cedo, antes mesmo de atingida a maioridade, que o indivíduo contraia casamento. No sistema jurídico pátrio, a idade mínima núbil é de dezesseis anos e, quanto ao regime de bens, o legislador prevê que os nubentes devem escolher o que lhes for mais conveniente, deixando claro, apenas que deve haver pacto nupcial e, caso não haja, o regime automaticamente adotado será o de comunhão parcial de bens.

Como todo direito fundamental, a autonomia privada é passível de relativização, principalmente ao esbarrar no interesse público. As exceções à esta autonomia criam um conflito sobre o que realmente deve prevalecer e, assim, entende-se que o direito à privacidade do indivíduo – e nesse conceito incluem-se todas as decisões que um ser humano deve tomar para reger sua vida – só pode ser rompido pelo dever que o Estado possui de proteger seus cidadãos.

O artigo 1.641, inciso II do Código Civil ignora os princípios supracitados e traz em seu texto uma exceção à autonomia privada ao impor o regime de separação de bens no casamento dos maiores de 70 anos, a presumir que o idoso não possui capacidade civil para dispor sobre sua vida afetiva. Diante disto é que surge o problema a ser enfrentado neste artigo: é possível limitar a autonomia privada de uma pessoa maior que 70 anos sob a justificativa de proteção do seu próprio patrimônio?

Este artigo, partindo deste princípio, possui como objetivo central compreender uma das exceções à autonomia privada do indivíduo no âmbito familiar, estudando e analisando de maneira crítica a constitucionalidade da obrigatoriedade do regime de separação de bens para os maiores de 70 anos

A metodologia para a pesquisa baseia-se na utilização de fontes impressas e digitada – artigos científicos, monografias, periódicos, livros e manuais –, bem como na utilização de fontes doutrinárias e

exemplos práticos – jurisprudências e legislações – e terá caráter explicativo, assentando a análise do conteúdo feita de forma crítica, impessoal, científica, descritiva, compreensiva e observatória.

## **2 DOS REGIMES DE BENS: SEPARAÇÃO ABSOLUTA/CONVENCIONAL X SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA/LEGAL.**

A liberdade e a autonomia privada são princípios que regem o momento da escolha do regime de bens. Por este motivo, o Código Civil traz em seu texto quatro hipóteses de regime de bens que podem ser adotados a partir da livre escolha dos nubentes. São eles: comunhão parcial de bens, comunhão universal de bens, separação absoluta e participação final nos aquestos. Nas palavras de Farias (2017, p. 358):

Esses regimes disciplinados por lei representam quatro diferentes modelos que servem como standards, correspondendo às diferentes intenções almejadas pelos noivos. Variam desde a absoluta diáspora patrimonial (a separação de bens) até a plena comunhão patrimonial (a comunhão universal), passando por regimes híbridos.

O regime de bens escolhido pelo casal será responsável por manejar todas as propensões e ambições materiais do casamento e tem como finalidade ditar as formas como serão administrados todos os bens e rendimentos adquiridos antes ou depois do casamento, principalmente para fins de um possível divórcio.

Regime de bens é o estatuto que rege os interesses patrimoniais na constância do casamento, cujos efeitos se fazem notar especialmente em face de eventual ruptura na vida conjugal. O regime dispõe a respeito dos bens existentes à época do consórcio, os adquiridos durante a vida em comum, bem como define o critério de administração dos bens em geral. (NADER, 2016, p. 591).

Não se pode olvidar que, apesar da legislação trazer em seu texto os quatro arquétipos supracitados, outros regimes podem ser criados de acordo com a livre vontade das partes envolvidas. Seria, portanto, um regime misto que se funda na conjunção das regras predefinidas no Código Civil.

Esta liberdade de criação deriva do fato de atualmente existir uma certa tendência à criação de exceções nos regimes já consolidados, principalmente no que diz respeito à proteção dos direitos individuais das pessoas envolvidas. Assim, o sistema jurídico tende a encontrar maneiras de excepcionar as regras gerais anteriormente arbitradas, também como forma de oxigenar e atualizar a finalidade de cada um deles ao talante das novidades que a sociedade experimenta.

Ademais, ainda a respeito das generalidades dos regimes de bens, assinala-se a indispensabilidade do pacto antenupcial de natureza tipicamente contratual, se o regime escolhido for diverso da co-

munhão parcial de bens. Portanto, todas as vezes em que os nubentes definirem um regime diferente da comunhão parcial deverão celebrar um pacto antenupcial, por meio de escritura pública.

Ao escolher o regime de separação convencional de bens, previsto pelos artigos 1.687 e 1.688 do Código Civil, os nubentes promoverão um completo isolamento de seus patrimônios individuais, sendo eles onerosos ou não, mesmo que tenham sido adquiridos na constância do casamento. Neste tipo de regime a regra é a independência absoluta do cônjuge quanto aos seus bens e responsabilidades materiais e patrimoniais.

Trata-se de um regime bastante simplório, em que a única regra é a inexistência de comunhão de bens ou dívidas, permanecendo, como já dito, cada cônjuge com seu patrimônio particular. É um tipo bastante adotado na sociedade atual, pois além da individualização e preservação patrimoniais, permite uma maior liberdade e autossuficiência/autonomia por conta do proprietário dos bens, que pode geri-los da forma que melhor lhe convir.

Esta autossuficiência decorre do fato de um cônjuge não precisar da outorga do outro para administrar seus bens, podendo, até mesmo, aliená-los e gravá-los com ônus reais sem que haja a autorização do outro consorte. Desse modo, aquele que possui a titularidade dos bens pode beneficiar-se economicamente, mesmo que inexistente consentimento de seu cônjuge, afinal de contas é um regime, é parte de um equilíbrio patrimonial e financeiro dos cônjuges no qual cada um já tem condições de autodeterminação nesse aspecto.

De igual modo acontece com as dívidas adquiridas antes ou durante o casamento, porquanto estas integrarão o patrimônio do cônjuge que for responsável por criá-las e, assim, se o regime adotado for o de separação absoluta dos bens, não se vincularão ao patrimônio do outro consorte.

Dessa maneira, se houver, por exemplo, uma penhora determinada sobre os bens pertencentes ao cônjuge que não é titular da dívida, esta será considerada sem efeito de pleno direito.

Assim, infere-se que existem três particularidades essenciais do regime de separação convencional de bens, a saber: a) a administração individual dos bens por cada um dos cônjuges, b) a autossuficiência no que diz respeito à disposição desses bens e c) a responsabilidade única e exclusiva do titular pelas dívidas assumidas.

É mister frisar que, apesar de toda a segregação patrimonial, existe um ponto, trazido pelo artigo 1.688 do Código Civil, em que o patrimônio de ambos os cônjuges se funde, já que ambos devem contribuir na proporção de seus rendimentos. Trata-se da manutenção do lar e das despesas com eventual prole. Registre-se que, ainda que no pacto antenupcial exista a previsão de que um dos cônjuges terá que arcar com todas as despesas da união, tal cláusula será considerada nula de acordo com o art. 1655, Código Civil (CC).

Apesar de muitas vezes serem tratados como sinônimos, já que possuem inegáveis semelhanças, os regimes de separação convencional e o de separação obrigatória dos bens possuem algumas peculiaridades e distinções que os particularizam e findam por segregar estes dois institutos.

O regime de separação obrigatória de bens está previsto no artigo 1.641 do Código Civil e trata-se de uma imposição legislativa. Caso os nubentes se enquadrem nos incisos do artigo supracitado (pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;

pessoa maior de 70 (setenta) anos; todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial), ainda que escolham o regime de bens e celebrem pacto antenupcial – quando for o caso –, não poderão efetivamente dispor do regime escolhido.

Deste modo, a liberdade de escolha e a autonomia privada – princípios inerentes aos regimes convencionais de bens – não podem ser exercidas quando há o enquadramento do indivíduo nos incisos do artigo 1.641, pois trata-se de um rol taxativo, *numerus clausus* e uma espécie de penalidade para os nubentes que se encontrarem nas situações dispostas pelo legislador.

Assim, temos a principal diferença entre a separação convencional de bens, aquela em que os nubentes têm a liberalidade de escolha e a separação obrigatória de bens, prevista no artigo 1.641, em que os nubentes não possuem escolha e obrigatoriamente se sujeitam ao que o texto legislativo dispõe.

Além da evidente falta de liberalidade, outra particularidade da separação obrigatória de bens advém da incidência da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, que possibilita a comunicação dos bens adquiridos onerosamente na constância do casamento (comunhão dos aquestos), evidenciando, desta maneira, que a separação obrigatória de bens não é uma separação total do patrimônio dos consortes, como ocorre na separação convencional ou absoluta dos bens (FARIAS, 2017, p. 369-370).

Importa ressaltar que, apesar de haver alguma divergência doutrinária nesse aspecto, acredita-se que a Súmula 377 não restringe a comunicação dos bens ao esforço comum dos cônjuges. Isto é, entende-se que, para que haja a comunicação dos aquestos ao fim do casamento, não é necessário que ambos os consortes tenham contribuído para a aquisição. Paulo Nader filia-se à corrente demonstrada acima.

Embora a Lei Civil defina a separação de bens como o regime legal obrigatório à vista de uma das hipóteses do art. 1.641, a Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal estabelece: “No regime de separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.” Note-se que a Súmula não condiciona a comunicação dos bens à participação de ambos os cônjuges na sua aquisição. (NADER, 2016, p. 686. Grifo nosso).

Flávio Tartuce (2017, p. 97), por sua vez, adota a posição contrária, acreditando, por diversos motivos que é necessário esforço comum para a aplicação da Súmula 377, *in verbis*:

Com o devido respeito, o presente autor pensa de forma diferente. Primeiro, porque a falta da prova do esforço comum transforma o regime da separação de bens em uma comunhão parcial, o que não parece ter sido o objetivo da sumular. Segundo, diante da vedação do enriquecimento sem causa, constante do art. 884 do Código Civil, eis que a comunicação automática ocorreria sem qualquer razão plausível, em decorrência do mero casamento. Terceiro, porque o presente autor tem suas ressalvas quanto à eficiência atual do regime da comunhão parcial de bens. Quarto, pois o melhor caminho para o nosso Direito é extinguir definitivamente a separação legal e não transformá-la em outro regime, o que seria uma solução temporária.

Demonstrada a divergência, torna-se importante afirmar que a tese da jurisprudência atual, adotada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), é firme em afastar a necessidade do esforço co-

mum para a comunicação de bens na incidência da Súmula 377, filiando-se e dando força à corrente doutrinária majoritária. Outro desacordo doutrinário em torno da Súmula 377 – este já afastado e com posicionamento consolidado nos Tribunais – dizia respeito à aplicação ou não da Súmula em nosso ordenamento; isto ocorria porque ela foi editada em 3 de abril de 1964, antes do Código Civil atual e antes da Constituição vigente.

A corrente contrária à permanência da súmula, minoritária em nosso ordenamento, acreditava que ela deveria ser presumidamente cancelada, já que o Código Civil de 2002 não reproduzia o artigo 259 do Código Civil de 1916, que, em tese, dava fundamento à sumula aqui discutida. Em sentido oposto, a corrente majoritária, adota o posicionamento de que a Súmula 377 não merece ser cancelada, haja vista a clara vedação ao enriquecimento ilícito trazida pelos artigos 884 e 886.

Do exposto, infere-se que, assim como a separação convencional de bens, a separação obrigatória possui peculiaridades que a torna um instituto único. Destas, ressaltam-se as principais: a inexistência de livre escolha para os indivíduos constantes no rol do artigo 1.641 e a comunicação dos aquestos, isto é, dos bens adquiridos onerosamente na constância do casamento.

### **3 INCAPACIDADE PRESUMIDA DOS MAIORES DE 70 ANOS: A INCONSTITUCIONALIDADE DO INCISO II.**

Como visto, o artigo 1.641 do Código Civil procura relativizar a liberdade de escolha e a própria autonomia privada dos nubentes, pois lhes impõem um regime de bens específico, sem que estes tenham qualquer liberalidade sobre o que irá acontecer e de que forma irão gerir seus bens após o casamento. Trata-se de uma verdadeira proibição e sanção, em que o legislador veda o poder de escolha e restringe a disponibilidade patrimonial dos envolvidos.

Além disso, como já dito, o artigo em questão fere os princípios preconizados pela Constituição, ignorando o fato de que nos dias de hoje a família perdeu seu caráter patriarcal e materializado e que hoje o que se valoriza são os laços de afeto e o carinho existente entre o casal, não sendo possível aceitar que todos os casamentos realizados entre os maiores de 70 anos são eivados em puro interesse. Trata-se de um preconceito pejorativo cuja origem legal deve ser repudiada e eventuais prejuízos, tratados casuisticamente.

Teoricamente, a intenção do legislador é proteger o interesse material da parte considerada hipossuficiente na relação de um possível golpe ou da dilapidação patrimonial irresponsável. Em todos os incisos do artigo aqui discutido há uma clara preocupação na proteção econômica de algum indivíduo. Pretende-se, portanto, principalmente no caso do inciso I, impedir uma possível confusão entre os patrimônios dos cônjuges. Flávio Tartuce (2017, p. 94) lembra a “hipótese da viúva que não fez inventário dos bens que tinha com o ex-marido e que pretende se casar com terceiro”. Nesse caso o regime de separação legal protege os direitos dos herdeiros.

O inciso III, em sentido parecido, impede a escolha do regime de bens para os menores de 16 anos e para aqueles que necessitam de suprimento de consentimento para que ocorra o casamento. Importa ressaltar que, com relação a este inciso, as partes podem pleitear a modificação do regime de

bens quando cessada a causa que gerou a restrição. Isto é, quando o cônjuge menor de idade, atingir a maior idade, a doutrina não encontra nenhum óbice para que seja modificado o regime de bens.

Por fim, discute-se o inciso II, alvo principal deste estudo, que visa vedar a liberdade de escolha dos maiores de 70 anos de idade com relação ao regime de bens que assumirão ao se casarem. Como exposto, o objetivo principal do legislador ao assumir este posicionamento seria, em tese, a proteção ao idoso, considerado por muitos a parte “hipossuficiente” em qualquer relação conjugal.

De acordo com o art. 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988, são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando-se direito a indenização por eventuais danos materiais ou morais causados pela violação destes.

A Constituição traz, tanto em seu preâmbulo, quanto em seus artigos gerais, uma humanidade latente, tratando de uma ordem constitucional voltada ao desenvolvimento da personalidade humana e à liberdade do indivíduo. Em seu texto, especificamente no artigo 1º, III, a dignidade da pessoa humana foi expressamente prevista como fundamento do Estado Democrático de Direito.

É cediço que o Direito das Famílias integra o direito civil e, portanto, o ramo dos direitos privados. Essa assimilação é vista por Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2017, p. 47), da seguinte forma: “o direito das famílias contemporâneo se apresenta como a expressão mais pura da relação jurídica privada, submetida, por conseguinte, ao exercício da autonomia privada dos indivíduos”.

Se no direito civil prevalece a autonomia privada sob a ingerência estatal, assim também acontecerá no direito das famílias, pois este é parte integrante e inseparável do direito civil privado – visto que o legislador o colocou nesta posição ao conceber o Código Civil – e, portanto, deve ser interpretado como tal.

Desta feita, toda e qualquer interferência do Estado nas famílias somente é justificável se possuir como base a defesa dos interesses e da pessoa física dos próprios indivíduos, principalmente daqueles que, por motivo permanente ou transitório, não puderem se defender ou representarem a si mesmos. Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2017, p.47) destacam que nesses casos o “Estado somente deverá atuar nas relações privadas para assegurar garantias mínimas, fundamentais ao titular”.

Com já dito em momento prévio, a necessidade de controlar e traçar limites na proteção estatal sob a família faz referência aos períodos em que o Estado exercia domínio com máxima sob a vida privada dos indivíduos. As constituições e legislações dos períodos ditatoriais permitiam, explicitamente, a autoridade do Estado no campo privado, de modo que se faz preciso, hoje em dia, para evitar o retrocesso social e político, limitar o que a Constituição de 1988 chamou de “proteção”.

A perfeita compreensão do tema exige a referência a tempos remotos, nos quais a atuação do Estado nas relações familiares era abundante, especialmente através da edição de normas jurídicas limitando a vontade do titular. O Estado penetrava nas relações familiares com o propósito de estabelecer comportamentos padronizados que deveriam ser cumpridos por todos os membros do grupo. Chegou-se mesmo a afirmar que “dentro do Direito de Família o interesse do Estado é maior do que o individual”. (FARIAS, 2017, p. 47).

Isto posto, entende-se que a atuação estatal no campo privado deve ter como norte, ou seja, como base, a dignidade da pessoa humana, de modo que quaisquer condutas atentatórias do Estado, a este

princípio constitucional básico, devem ser repudiadas e veementemente condenadas. Não se pode admitir qualquer atitude repressiva/invasiva por parte do Estado à intimidade e privacidade do indivíduo a não ser em favor do próprio indivíduo.

A regra, portanto, deve ser o Estado respeitando os limites da autonomia privada, como forma de dar margem ao livre arbítrio de cada indivíduo, ou, nas palavras de Leonardo Barreto Moreira Alves (2010, p. 141), a autonomia privada é dar margem para “[...] que cada indivíduo cultive e desenvolva uma relação afetiva da maneira que mais lhe interessa”.

Neste sentido, a vertente doutrinária composta por Cristiano Chaves, Nelson Roselvald, Pablo Stolze Gagliano, Flávio Tartuce e tantos outros é firme ao declarar a inconstitucionalidade deste inciso, com base na mácula ao princípio da dignidade da pessoa humana, constitucionalmente previsto, porquanto a norma retrata, a pretexto de uma proteção estatal, um preconceito etário intolerável num Estado Democrático de Direito, no qual cada vez mais a tecnologia e a acessibilidade ganham espaço e força a capacitar cada vez mais o indivíduo em qualquer idade.

Dessa forma, se há presunção de desorganização/confusão mental das pessoas com mais de 70 anos de idade, ela é deveras descabida porquanto discriminatória. A associação da velhice à debilidade intelectual é equivocada e não pode ser presumida de forma absoluta, como prescreve a lei no infeliz inciso comentado. Ninguém se torna incapaz exclusivamente por causa da idade avançada. Casamentos e uniões estáveis por interesses patrimoniais podem existir em todas as idades. Deslumbres e paixões descontroladas fazem parte da história amorosa de muitas pessoas na hodierna sociedade. Porém, a vulnerabilidade emocional decorre muito mais do temperamento, da personalidade e da história de vida particular da pessoa do que propriamente da idade. Por isso, o Código Civil precisa ser modificado ou, no mínimo, reinterpretado nesse aspecto.

Os já citados Cristiano Chaves e Flávio Tartuce, por exemplo, sustentam a inconstitucionalidade do dispositivo principalmente porque a Constituição Federal não admite discriminação por causa da idade. A par de não ser pacífica a afirmação de desrespeito ao princípio da isonomia entre indivíduos menores e maiores de 70 anos, é razoável concluir que a norma flagrantemente fere os princípios da dignidade da pessoa humana e da liberdade, por uma simples questão de interpretação sistêmica e teleológica.

Ora, poderia o legislador ter salvaguardado o direito do idoso na elaboração, por exemplo, de um pacto antenupcial, prevendo outro regime de bens, ou até a alteração do regime após o casamento.

Há de se observar que o regime da separação obrigatória não impede o casamento por interesse, ou o chamado “golpe do baú”. A presumível vítima considerada como hipossuficiente poder gerar uma série de outros benefícios a seu cônjuge, inclusive o de contemplá-lo em testamento com o disponível.

Trata-se de uma forma clara e evidente de tornar incapaz presumidamente o ser humano maior de 70 anos de idade, a princípio capaz, visto que idade por si só não leva nenhum indivíduo à incapacidade/insanidade/imaturidade, devendo esta circunstância, por exemplo, ser provada pela família ou pelo Ministério Público a fim de que demonstre prevalecer a regra inadequada. Neste caso, seria o caso até de uma interdição, ou autointerdição, como prevê no novo Estatuto das pessoas com Deficiência (LBI – Lei n. 13.146). Pelo novo regramento:

Art. 2º: Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

É dizer: o art. 1.641, II do CC e a restrição descabida somente poderia ser aplicável para os casos de pessoas com alguma deficiência devidamente comprovada que obstruísse a autonomia decisória ou sua participação plena e efetiva na sociedade tendo como referência as outras pessoas desta (cidadão médio). Qualquer entendimento contrário a este raciocínio reproduz uma ingerência descabida e desarrazoada, não merecendo ser adotada pelos civilistas e pelos nossos Tribunais Superiores.

Outrossim, a própria Lei de Inclusão brasileira, conhecida como um marco na história do país pela avançada técnica de auxílio e viabilização de autonomia proposta aos ditos “incapazes” apregoa no seu artigo 6º que:

Art. 6º: A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

I - casar-se e constituir união estável;

II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;

III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;

IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;

V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária;

VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Nesse sentir, se a deficiência eventual não afeta a capacidade civil e, portanto, sua autonomia o que tange ao planejamento familiar, tendo a adoção do regime de bens como um dos seus elementos, como se pode admitir uma interpretação literal do art. 1.641, II do CC? Ora, idade nunca será um limitador da pessoa humana, de sua capacidade civil ou autoderminação, a soçobrar qualquer argumento “jurídico” ou “racional” para se manter a proteção que camufla discriminação encetada naquele dispositivo.

Se a deficiência do indivíduo deve ser sempre que possível amenizada e assistida quanto mais uma pessoa maior de 70 anos de idade ser protegida por um argumento vitimista rompe claramente com os paradigmas fraternos, solidários e humanos estabelecidos pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e da nossa aclamada Constituição Cidadã.

Outra injustiça que decorre do referido texto normativo é facilmente detectada quando ambos os nubentes têm mais de 70 anos. A situação etária de ambos nessa situação é a mesma e não se pode presumir necessariamente o interesse de um no patrimônio do outro. Por que então lhes impor o regime da separação obrigatória? Não seria mais justo o regime legal da comunhão parcial, por exemplo?

O Estatuto do Idoso, no art. 2º, prescreve que o idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em

condições de liberdade e dignidade. A norma, por sua vez, preceitua no artigo 4º que “nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei”.

O diálogo das fontes traz ao ordenamento jurídico a ideia de que o Direito deve ser interpretado de forma una e indivisível, admitindo-se sua divisão apenas para fins acadêmicos. É, portanto, a teoria que baseia a ideia de que, frente a uma antinomia jurídica, ou um conflito de leis, as normas devem se complementar e não se excluir. No caso exposto, a aplicação desta teoria revela-se como uma das alternativas para a declaração de inconstitucionalidade do inciso II do artigo 1.641, uma vez que, como já demonstrado, o Estatuto do Idoso e a própria Constituição Federal, contradizem e se opõem fortemente à norma aqui desvendada.

Assim, com a aplicação da Teoria do Diálogo das Fontes, é fácil chegar à conclusão que a norma do artigo 1.641, II é inconstitucional e deve ser afastada na aplicação do caso concreto, devendo-se reconhecer judicialmente a violação a autonomia existencial pautada na dignidade humana e no respeito à igualdade na diferença.

## 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo do artigo foi analisar a obrigatoriedade do regime da separação obrigatória de bens aos idosos maiores de setenta anos, uma vez que o indivíduo jovem, sem muita experiência de vida, possui toda liberdade para reger seu casamento e definir seu planejamento familiar, enquanto que a Lei impediu os mais idosos exercer esse mesmo direito ao fundamento de proteger seu patrimônio.

A justificativa de preservação do patrimônio não se sustenta diante da necessidade de se permitir ao indivíduo o exercício integral de seus direitos existenciais e de personalidade, como é o direito de ser igual, sem discriminações aos outros indivíduos, salvo condições constatadas de incapacidade civil.

Além da igualdade, tem-se a própria dignidade do homem que se mostra atingida pela dita norma protetiva inserta no art. 1.641, II do CC. Se o Direito Civil permite que haja doação, adiantamento da legítima, permitindo ao indivíduo maior de setenta anos dispor de seus bens como bem intencionar, como pode impedir que ele disponha sobre o regime de bens?

A lei tentou tratar uma situação muito típica que é de relacionamentos entre jovens e velhos, mais precisamente entre moças jovens e homens maduros, reproduzindo um preconceito social e a ideia cravada na história da cultura brasileira de que a moça mais jovem se aproveita do homem mais velho, pensamento utilitarista e machista, fruto de situações que embora aconteçam já não mais podem serem tidas como regra geral e tratadas com o intuito de proteger o patrimônio do homem. Afinal, quem poderia dizer que a norma quis proteger as mulheres?

Todos possuem o direito de reconstruírem suas vidas, seja com que idade for, e com isso, devem ter a liberdade de se unirem na forma que desejarem e disporem de seus bens como assim o quiserem.

Inúmeros são os exemplos de pessoas com mais de setenta anos, em plena atividade, lúcidos e completamente capazes para todos os atos da vida civil. Não restam dúvidas que a longevidade no

Brasil alcançou patamares inesperados graças ao acesso das pessoas à saúde e educação, tornando a vida da maioria de qualidade e dilatando, felizmente, a expectativa de vida dos brasileiros. Dessa forma e por todo o exposto, não se pode presumir da sua incapacidade civil de maior de 70 anos, nem deduzir que a união visa somente os bens que este possui.

Cabe ao intérprete extrair da norma o sentido que mais se adequa à proteção da pessoa do idoso e não somente do seu patrimônio, permitindo que situações de desrespeito aos seus bens sejam tratadas pontualmente pelo Judiciário, mas não declarando à nação, via regramento civil, uma falsa e rejeitada ideia de proteção ao idoso quando na verdade se quer limitar o exercício do seu direito existência e de personalidade, atingindo assim a sua dignidade enquanto cidadão brasileiro e do mundo.

Por todos os lados hermenêuticos, concluímos que a norma do artigo 1.641, II ora em análise é inconstitucional sendo necessária a interpretação nos moldes aqui propostos, à luz dos princípios vetores da Carta Magna.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de família mínimo**: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no Direito de Família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FACHIN, L. E. Virada de Copérnico: um convite à reflexão sobre o Direito Civil brasileiro contemporâneo. In: FACHIN, L. E. (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FARIAS, C. C. de; ROSENVALD, N. **Curso de direito civil**: famílias. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

GAGLIANO, P. S.; FILHO, R. P. **Manual de direito civil**: volume único. São Paulo: Saraiva, 2017.

HIRONAKA, G. M. F. N. Tendências do direito civil no século XXI. In: FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; FIÚZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Direito Civil**: Atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

LÔBO, P. L. N. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 36, n. 141, p. 103, jan./mar. 1999.

LORENZETTI, R. L. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: RT, 1998.

MARTINS-COSTA, J. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MORAES, M. C. B. de. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de Direito Civil**,

**Imobiliário, Agrário e Empresarial**, v. 17, n. 65, p. 21-32, jul./set. de 1993.

NADER, P. **Curso de direito civil: direito de família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PERLINGIERI, P. **Perfis do direito civil – introdução ao direito civil constitucional**. Tradução Maria Cristina De Circo. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

TARTUCE, F. **Direito civil: direito de família**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TEPEDINO, G. O código civil e o direito civil-constitucional. In: **Temas de direito civil, t. II**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

**Recebido em:** 23 de Agosto de 2018

**Avaliado em:** 23 de Agosto de 2018

**Aceito em:** 23 de Agosto de 2018



A autenticidade desse artigo pode ser conferida no site <https://periodicos.set.edu.br>

1 Doutora em Direito pela Universidade Federal da Bahia; Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia; Pós-graduada em direito público pela Uniderp; Graduada em Direito pela Universidade Federal de Sergipe; Professora do Mestrado em Direitos Humanos da UNIT e de cursos de Graduação e pós-graduação da UNIT, Ciclo Renovando Conhecimentos e EJUSE; Coordenadora do grupo de pesquisa "Direitos Fundamentais, novos direitos e evolução social" presente no diretório do CNPQ; Advogada militante em Direito Público; Vice-presidente da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB/SE. E-mail: claracardo-somachado@gmail.com

2 Advogada; Mestre em Direito Civil pela Universidade Federal de Pernambuco; Especialista em Processo Civil pela FANESE/JusPodivm; Professora Universitária de Graduação e Pós-Graduação; Conselheira da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB/SE; Diretora do Núcleo de Pós Graduação da Escola Superior de Advocacia de Sergipe – ESA/SE; Presidente da Associação Jurídica do Estado de Sergipe – AJE-SE. E-mail: tatianegoldhar@gmail.com

3 Acadêmica do curso de Direito na Universidade Tiradentes – UNIT. E-mail: carolsilvaporito@gmail.com

#### Como citar este artigo:

ROMEO, Andrea. Lo special account del fenomeno religioso nel dibattito nordamericano. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho – PR, Brasil, n. 29., 2018, p. 15-48. DOI: 10.17564/2316-3828.2018v7n1p13-24



Este artigo é licenciado na modalidade acesso abertosob a Atribuição-CompartilhaIgual CC BY-SA

