



B1

ISSN: 2595-1661

ARTIGO DE REVISÃO

Listas de conteúdos disponíveis em [Portal de Periódicos CAPES](#)

Revista JRG de Estudos Acadêmicos

Página da revista:

<https://revistajrg.com/index.php/jrg>



Regime de bens nos casamentos de pessoas com setenta anos ou mais de idade e as alterações nas regras de sucessão

Property regime in the marriages of people seventy years of age or older and changes in the rules of succession

DOI: 10.55892/jrg.v7i15.1538

ARK: 57118/JRG.v7i15.1538

Recebido: 29/10/2024 | Aceito: 04/11/2024 | Publicado on-line: 04/11/2024

Fernanda Soares dos Reis¹

<https://orcid.org/0000-0000-0000-0000>

<http://lattes.cnpq.br/9836303041389876>

Universidade Estadual do Tocantins, TO, Brasil

E-mail: reisfernanda.soares@gmail.com

Paulo Beli Moura Stakoviak Júnior²

<https://orcid.org/0000-0002-2696-0152>

<http://lattes.cnpq.br/4177272982205028>

Universidade Estadual do Tocantins, TO, Brasil

E-mail: paulo.bs@unitins.br



Resumo

De acordo com a definição do Código Civil Brasileiro de 2002, o regime de bens no casamento é composto pelo conjunto de regras que definem como se dará a divisão de bens dos conjugues durante a vigência da sociedade conjugal ou ao final desta, seja por separação, divórcio ou morte. O regime vale tanto para os bens adquiridos durante a vigência da união, quanto aqueles cuja aquisição se deu antes desta se iniciar. Neste sentido, este trabalho objetivou a análise do artigo 1.641, II, do Código Civil o qual estipula o regime de separação obrigatória de bens para os septuagenários. Foi feita contraposição do 1.641, II, do Código Civil com a decisão do Supremo Tribunal Federal por meio Agravo em Recurso Extraordinário 1.309.642/SP, Pleno, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. em 1º/02/2024. Como método, fora realizada revisão literária sistemática acerca do tema, por meio da análise de jurisprudências, julgados e doutrinas. O objetivo foi o de compreender os possíveis impactos da referida decisão do Supremo Tribunal Federal nas uniões e no direito sucessório. Assim, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da obrigatoriedade de aplicação do regime legal a todos os nubentes com setenta anos ou mais de idade por entender que violaria os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, além de representar lesão à liberdade de gestão patrimonial da pessoa idosa. Assim, a decisão do Supremo Tribunal Federal declarou que os nubentes ali abarcados podem, por meio de escritura pública feita em cartório, optar

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Estadual do Tocantins

² Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário Luterano de Palmas (2008) e mestrado em Constituição e Sociedade pelo Instituto Brasileiro de Direito Público (2015), Doutorando pela mesma instituição. Atualmente é professor da Universidade do Tocantins e coordenador do Curso de Direito do campus de Palmas. Tem experiência na área de Direito Imobiliário e de Direito Agrário.

por qualquer regime de bens previstos em lei e a este matrimônio se aplicará as regras do regime escolhido, inclusive em seus efeitos sucessórios. A decisão possui efeito modulatório, sendo aplicável para as uniões futuras a esta, contudo nada obsta que aqueles que queira modificar o seu regime de casamento ou união, possa fazê-lo, em respeito ao artigo 1.829, I, do Código Civil.

Palavras-chave: Regime de bens. Sucessões. Tese de repercussão geral.

Abstract

According to the definition of the Brazilian Civil Code of 2002, the property regime in marriage is made up of the set of rules that define how the spouses' assets will be divided during the term of the marital partnership or at the end of it, whether through separation, divorce or death. The regime applies to both assets acquired during the term and those acquired before it began. In this sense, this work aimed to analyze the article 1.641, II, of the Civil Code with the decision of the Federal Supreme Court through ARE 1.309.642/SP, Full, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. em 1º/02/2024. As a method, a systematic literary review was carried out on the topic, through the analysis of jurisprudence, judgments and doctrines. The objective was to understand the possible impacts of the aforementioned the Federal Supreme Court decision on unions and succession law. Thus, the STF recognized the unconstitutionality of the mandatory application of the legal regime to all married couples aged seventy or over, as it understood that it would violate the principles of human dignity, equality and, in addition, represent an injury to the freedom of property management of the elderly. Thus, the the Federal Supreme Court decision declared that the bride and groom covered there may, through a public deed made at a notary's office, opt for any property regime provided for by law and the rules of the chosen regime will apply to this marriage, including its succession effects. The decision has a modulatory effect, being applicable to future unions, however, there is nothing to prevent those who wish to modify their marriage or union regime from doing so, in compliance with articles 1.821, I, of the of the Brazilian Civil Code.

Keywords: Property regime. Successions. Thesis of general repercussion

1. Introdução

O regime de bens no casamento, conforme dispõe o Código Civil brasileiro, nada mais é do que um conjunto de regras as quais definem como será a divisão do patrimônio na vigência da sociedade conjugal, as quais valem tanto para bens previamente adquiridos quanto para aqueles conquistados durante a vigência do casamento ou união estável. Ou seja, o regime de bens entre cônjuges trata de modo mais específico, de uma definição da natureza legal das relações patrimoniais em um relacionamento afetivo acerca da disposição dos bens de um casal.

No ordenamento brasileiro, conforme disposto no Título II, Subtítulo I, Capítulos III, IV, V e VI, do Código Civil, estão presentes um total de 04 (quatro) possíveis regimes de bens nos casamentos ou uniões formalizadas no país, sendo estes: separação total de bens, comunhão parcial de bens, comunhão universal de bens e participação final nos aquestos.

Todavia, ao se falar de casamentos de pessoas com 70 anos ou mais, o art. 1.641, II, do Código Civil, de modo categórico, define o regime de separação total de bens como aquele a ser implementado, afastando a autonomia a autodeterminação destas pessoas acerca da disposição dos seus bens no regime conjugal.

Em contrapartida, o Superior Tribunal Federal (STF), por meio do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 1.309.642/SP e na tese repercussão geral fixada para o Tema 1.236, inova juridicamente ao possibilitar que os casamentos de pessoas com 70 anos ou mais possam ter qualquer regime de separação de bens, à escolha do casal, superando o Art. 1.641, II, do Código Civil.

Em contrapartida, a flexibilização trazida pela tese repercussão geral fixada para o Tema nº 1.236 além de reconhecer a autodeterminação e a autonomia destas pessoas, trouxe aos nubentes com setenta anos ou mais e aos seus familiares algumas questões sensíveis que devem ser levadas em consideração no momento da escolha do regime de casamento, tais como a vulnerabilidade e a exploração financeira, litígios familiares e prejuízos patrimoniais.

Nesta seara, o presente artigo buscou analisar a legislação brasileira a qual trata do assunto supramencionado, jurisprudências e teses acerca do tema abordado, no intuito de identificar possíveis lacunas e controvérsias a fim de compreender como se dará o quesito segurança jurídica destas relações e possíveis impactos da tese repercussão geral fixada para o Tema 1.236 do STF.

Ademais, foi realizado uma revisão sistemática para analisar estudos, leis, doutrinas, jurisprudências e outras matérias relevantes para o assunto regime de bens no casamento de pessoas com 70 anos ou mais, fazendo-se o seccionamento de casos já existentes para o tema.

Destarte, este estudo possui como objetivo compreender e contribuir com o sistema de regime de bens nos casamentos de pessoas com 70 anos de idade ou mais, identificar possíveis impactos na mudança da aplicação do Art. 1.641, II, do Código Civil brasileiro e identificar os possíveis impactos na segurança jurídica destes casamentos ou uniões e a segurança patrimonial dos nubentes.

Neste diapasão, embora a decisão proferida na tese repercussão geral fixada para o Tema 1.236 do STF tenha efeito modulatório prospectivo e não afete situações jurídicas já constituídas, a mesma traz impactos patrimoniais e sucessório significativos em virtude da possibilidade da alteração do regime de bens destes matrimônios ou uniões, e ainda, a possibilidade de escolha de um regime diferente do da separação total de bens, previamente definido no Art. 1.641, II, do Código Civil. A alteração no regime de casamento traz abordagens sensíveis que podem acarretar em impactos sociais e familiares tais como a proteção do patrimônio dos cônjuges e de suas respectivas famílias, de modo a dar origem à desafios e disputas familiares; proteção do cônjuge sobrevivente e a relação patrimonial deste quanto a existência de herdeiros anteriores e ao planejamento sucessório e testamentário; percepções culturais e sociais presentes nestas relações as quais podem trazer conflitos familiares, sociais, dilapidação ou crescimento patrimonial.

Deste modo, a estrutura geral do presente artigo será dividida em tópicos, de modo a permitir uma melhor compreensão do assunto da seguinte forma: a) regime de bens entre cônjuges nos casamentos de pessoas com 70 anos ou mais conforme art. 1.641, II, do Código Civil; b) tese de repercussão geral fixada para o Tema 1.236; c) possíveis impactos da tese de repercussão geral fixada para o Tema 1.236; d) conclusão.

2. Metodologia

Revisão sistemática de literaturas para analisar estudos, leis, doutrinas, jurisprudências e outras matérias relevantes para o assunto regime de bens no casamento de pessoas com 70 anos ou mais, fazendo-se o seccionamento de casos já existentes para o tema.

3. Regime de bens entre cônjuges nos casamentos de pessoas com 70 anos ou mais conforme art. 1.641, II, do Código Civil

Por meio da leitura do artigo 1.641, II, do Código Civil de 2002 (Lei n. 10.406 de 2002) é possível perceber o Estado Brasileiro tem a família como da base da sociedade, fazendo desta forma, que a sua composição por meio do casamento se dê de modo imperativo e, por ser um tema de relevante interesse social, se torna um assunto de ordem pública regulado por lei.

Neste sentido, o casamento estabelece plena comunhão de vida (art. 1.511, CC) e impõe deveres e obrigações recíprocos (art. 1.565, CC): pelo casamento, o casal assume, mutuamente, a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da Família, comprovando que o casamento é muito além do que a união pelo afeto, gerando solidariedade entre os cônjuges para com a entidade familiar e assistência mútua, visto que o casal responde igualmente pela criação dos filhos e a manutenção do lar comum. Destarte, ambos são responsáveis pela subsistência da família, arcando financeiramente pelos custos e suprindo os gastos com suas rendas e bens, na medida da disponibilidade de cada um.

Por ser uma instituição regulada por lei, o casamento permite aos nubentes a escolha do regime de bens que lhes convier e formalização do pacto antenupcial onde os noivos defines temas importantes, como a regime de bens, divisão de tarefas domésticas, privacidade em redes sociais, etc.

Porém, o Código Civil faz distinção a aqueles que querem se casar e possuem 70 anos ou mais de idade, impondo como regime de casamento o da separação total de bens, assim os noivos são privados do uso regular da sua autonomia e livre disposição dos seus bens, construídos ao longo da vida, conforme vemos no Art. 1.641, II: é obrigatório o regime da separação de bens no casamento: II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.344, de 2010)

Parte majoritária da doutrina trata o tema como uma tentativa de controle da vida privada, que faz uso de uma justificativa protecionista de um ou de ambos os cônjuges contra uma possível ambição do outro. Corroborando o trecho anterior, Maria Helena Diniz (2015, pág. 326) critica a obrigatoriedade de tal regime no caso aqui discutido ao dizer que este foi o modo encontrado pelo legislador de demonstrar sua insatisfação frente à obstinação de quem desobedece ao conselho legal e insiste em realizar o sonho de casar, impondo sanções patrimoniais, por meio da retirada dos efeitos patrimoniais do casamento.

Quando se trata da constituição de união estável pelo maior de setenta anos, o Código Civil é omissivo e não traz qualquer regulamentação quanto ao tema. Consorte, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), após diversos julgados, editou o enunciado de Súmula nº 655, onde adotou o entendimento de aplicar o regime da separação obrigatória para o caso de união estável do maior de 70 anos, deixando ressalvado que os bens adquiridos com esforço conjunto, após a união, pertencem a ambos. Assim, denota-se que se aplica à união estável contraída por septuagenário o regime da separação obrigatória de bens, comunicando-se os adquiridos na constância, quando comprovado o esforço comum.

Monteiro, 2012, aborda que nestes casos, trata-se de uma “prudência legislativa em favor das pessoas e de suas famílias, considerando a idade dos nubentes. É de lembrar que, conforme os anos passam, a idade avançada acarreta maiores carências afetivas e, portanto, maiores em riscos incorre aquele que tem mais de setenta anos de sujeitar-se a um casamento em que o outro nubente tenha em vista somente vantagens financeiras, ou seja, em que os atrativos matrimoniais sejam pautados em fortuna e não no afeto”.

Tratando-se de uniões que envolvem septuagenários, a obrigatoriedade do regime do regime legal de bens (separação obrigatória), como aponta Flávio Tartuce (2015), se torna um mecanismo de barreira à obtenção de vantagens financeiras por um dos cônjuges, e funciona como barreira para evitar que se comprometa parcialmente os bens que comporiam o espólio deixado aos herdeiros após a morte, para a partilha com um cônjuge ou companheiro superveniente.

A Constituição Federal elenca a proteção dada aos idosos como um direito social. O cuidado com essas pessoas garante-lhes dignidade e proteção contra toda forma de discriminação, constrangimento, violência, abusos etc. Entretanto, na análise de cada caso concreto, muitas vezes é possível verificar que o legislador munuiu-se de um exagero protecionista, o qual restringe a pessoa idosa e capaz de suas vontades. Um exemplo desse excesso de proteção, que acaba por limitar a vida da pessoa idosa, é a previsão contida no artigo 1.641, II do Código Civil Brasileiro, o qual considera os septuagenários, automaticamente, incapazes de dispor de seus bens como lhe convier em caso de casamento, impondo o regime de separação obrigatória.

Nestas situações, o protecionismo passa de um benefício relacionado ao cuidado, para uma restrição e limitação a aquele que de fato, deveria ser protegido. Nesta seara, delimitar o regime de separação total de bens como o único possível para o casamento de pessoas com setenta anos ou mais de idade, além ser um fator limitativo da vida civil, considerando-os indireta e automaticamente incapazes de deliberar sobre o seu futuro com congruidade, lucidez e clareza, também os discrimina e cria um separatismo em razão da idade, não os permitindo decidir o seu próprio amanhã e o que é melhor para si, algo que enquanto adulto é admitido.

Resta salientar que a capacidade do idoso é presumida, conforme podemos verificar por meio da análise conjunta dos artigos 3º e 4º do Código Civil, onde as hipóteses de incapacidade, estão presentes em rol taxativo, vejamos:

Art. 3º - São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.

Art. 4º - São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV - os pródigos.

Destarte podemos analisar, o discernimento e vontade é requisito fundamental da incapacidade, caso esteja presente alguma das possibilidades elencadas nos artigos 3º e 4º do Código Civil. Assim, a pessoa poderá sofrer redução ou supressão no seu discernimento de reger a própria vida, ou seja, poderá sofrer redução ou supressão no seu direito de escolha e responsabilidade por suas ações.

Vemos que mesmo que as limitações capacitárias tenham cunho de proteção, cumpre-nos salientar que tais restrições acabam por reduzir a autonomia da pessoa, o que afeta a prevalência de sua vontade, o que afeta o limite de exercício de seus direitos sociais e fundamentais. Em razão da permanência da dignidade da pessoa humana, princípio constitucional basilar previsto no art. 1º, III, da CRFB/88, as limitações da capacidade civil de uma pessoa devem ser aplicadas de modo restritivo, tendo como pré-requisito a comprovação da redução ou perda de sua capacidade de decisão e escolha.

Neste diapasão, por meio da interpretação contígua dos artigos 3º e 4º do Código Civil vigente, é notável que não há nenhuma associação entre velhice e perda da capacidade civil. Dito isto, a lei não prevê, *a priori*, idade qualquer a partir da qual a pessoa passa a ser, automaticamente, considerada incapaz, advindo a depender de terceiros para a representar ou assumir a administração de sua vida. Assim, conforme a lei, nos resta esclarecer que ninguém se torna parcial ou totalmente incapaz por ter atingido certa idade.

Neste sentido, o idoso preserva sua capacidade para decidir pessoalmente acerca de seus interesses existenciais atinentes as mais diversas questões da vida humana, indo desde a administração do seu patrimônio a questões afetivas, como o casamento, por exemplo. Exatamente por isso, o disposto no art. 1.641, II, do Código Civil, que prevê a obrigatoriedade do regime da separação de bens para o casamento da pessoa maior de 70 anos de idade mostra-se completamente desarrazoado, uma vez que a capacidade civil é presumida.

Distante da realidade vigente, a previsão do art. 1.641, II, do Código Civil revela um arcaísmo paternalista, pois baseia-se na ideia de que o relacionamento conjugal de uma pessoa idosa está fundamentado em interesses patrimoniais, e supõe que o afeto mútuo e o desejo de ter alguém ao lado para construir e viver um projeto de vida comum não existe quando se trata de uma pessoa com setenta anos ou mais de idade. Tudo isso leva a uma certa desconfiança e preconceito contra os idosos de tal modo que estes precisem de uma proteção expressa no Estado para não sofrer eventuais danos patrimoniais e assim o é feito por meio da imposição do regime de separação total de bens.

Contudo, não há para tanto uma justificativa com argumento logico jurídico para tal restrição da liberdade da pessoa maior de 70 anos que queira se casar, o que configura uma arbitrariedade que fere direitos fundamentais da pessoa idosa, em especial o da dignidade, liberdade de decisões e o da privacidade. Aparte, o exposto disposto no art. 1.641, II, do Código Civil não alcança a igualdade matéria prevista na carta magna e configura-se como norma discriminatória que viola diversos instrumentos legais nacionais e internacionais. Configura-se como uma norma inconstitucional que não deve ser aplicada.

3.1. Tese de repercussão geral fixada para o Tema 1.236 do Supremo Tribunal Federal

A primórdio, cumpre-nos abordar que a tese é uma proposição firmada no julgamento de mérito de um tema da repercussão geral e a mesma é firmada tanto nos julgamentos de mérito quanto nas apreciações realizadas no Plenário Virtual nos quais se declara a ausência de repercussão geral. Destarte, o conceito da repercussão geral é assim definido pelo Supremo Tribunal Federal:

É um instituto processual pelo qual se reserva ao STF o julgamento de temas trazidos em recursos extraordinários que apresentem questões relevantes sob o aspecto econômico, político, social ou jurídico e que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. Foi incluído no ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional n. 45/2004 e regulamentado pelos arts. 322 a 329 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e pelos arts. 1.035 a 1.041 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015).

Nesta seara, a tese de repercussão geral faz parte do controle difuso de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal e ocorre no julgamento da espécie recursal designada recurso extraordinário (art. 102, III, CF). Assim, tem-se que a finalidade da repercussão geral é assegurar eficiência e celeridade processual,

por meio da diminuição do número de processos que chegam à Suprema Corte, funcionando como um filtro processual. Ademais, a repercussão geral traz segurança jurídica, pois dá a casos semelhantes decisões semelhantes, uniformizando-as (efeito amplo e vinculante).

Logo, o que acontece é que o STF analisa o mérito da questão, e a decisão proferida para aquele caso será aplicada pelas instâncias inferiores nos casos semelhantes, funcionando como modelos para os demais órgãos do poder judiciário. Na doutrina, essa modalidade de apreciação é conhecida como julgamento por amostragem.

Concernente ao 1.236 do Supremo Tribunal Federal, havia uma discussão repetitiva acerca da constitucionalidade do artigo 1.641, II do Código Civil, que estabelece a obrigatoriedade da separação de bens nos casamentos das pessoas com 70 anos ou mais de idade e seu reflexo nas uniões estáveis destas mesmas pessoas, com fundamento nos artigos 1º, III, 30, IV, 50º, I, X, VIX, 226, § 3º e 230 da Constituição Federal.

Conforme Florentino, 2017, essa obrigatoriedade se mostra desarrazoada demonstrada pela inconstitucionalidade de tal inciso do artigo em questão, comportando-se como uma verdadeira violação ao direito do idoso, sua liberdade e autonomia pois impede que este opte pelo regime de bens ao qual quer se submeter ao casar, importante decisão que permeará seu matrimônio e os mais diversos efeitos patrimoniais envolvidos em sede de sucessão. Neste aspecto, o Código Civil preocupa-se tão somente com o direito sucessório dos herdeiros e não com a vontade, o bem-estar e a felicidade do nubente.

Na discussão, que precedeu a tese de repercussão geral, fora abordada o respeito à autonomia do idoso, a proteção às uniões estáveis, a dignidade humana bem como a vedação à discriminação contra idosos. O assunto foi tratado como uma questão de relevante interesse social, jurídico e econômico os quais ultrapassam os interesses subjetivos da causa.

Por meio da interpretação do artigo 1.641, II, do Código civil, fica pressuposto a incapacidade de todos aqueles com setenta anos ou mais de idade de decidir sobre o uso ou destino de seus próprios bens, os impedindo de dispor dos mesmos como bem entender ou necessitar, perpetuando a discriminação contra o idoso, em sede de casamento. Assim, o entendimento que o humano é capaz de se autodeterminar, participar ativa e corresponsável aos atos da própria vida em comunhão com os demais é mitigado em virtude de um mero interesse patrimonial dos herdeiros.

Diante de tantas discussões jurídicas e doutrinárias acerca do tema, no dia 01 de fevereiro de 2024, a Suprema Corte julgou a matéria, por meio do Recurso Extraordinário Com Agravo 1.309.642/São Paulo reconhecendo a inconstitucionalidade do dispositivo ora discutido bem como o reflexo desta regra às uniões estáveis. Deste modo, por unanimidade, na votação fora fixada a seguinte tese de repercussão geral:

Nos casamentos e uniões estáveis envolvendo pessoa maior de 70 anos, o regime de separação de bens previsto no art. 1.641, II, do Código Civil, pode ser afastado por expressa manifestação de vontade das partes, mediante escritura pública.

Foi reconhecida que a obrigatoriedade do regime de separação de bens nos casamentos de pessoas com setenta anos ou mais e seu reflexo nas uniões estáveis, se interpretado de modo absoluto, como norma cogente, viola os princípios da dignidade da pessoa humana e o da igualdade, conforme podemos verificar no trecho extraído das páginas 02 e 03 do inteiro teor do acórdão ARE 1.309.642 / SP:

O princípio da dignidade humana é violado em duas de suas vertentes: (i) da autonomia individual, porque impede que pessoas capazes para praticar atos da vida civil façam suas escolhas existenciais livremente; e (ii) do valor intrínseco de toda pessoa, por tratar idosos como instrumentos para a satisfação do interesse patrimonial dos herdeiros. O princípio da igualdade, por sua vez, é violado por utilizar a idade como elemento de desequiparação entre as pessoas, o que é vedado pelo art. 3º, IV, da Constituição, salvo se pontos da CF de 1988. A exemplo, temos no artigo 3º, IV, o qual possui expressa vedação a qualquer tipo de discriminação proveniente de cor, sexo ou idade, em obediência às bases do Estado democrático de Direito, à cidadania e à dignidade da pessoa humana. Neste aspecto, a idade meramente cronológica não deveria servir como justificativa para restringir a liberdade de escolha e a autonomia da pessoa idosa, vez que o tempo por si só não é limítrofe para a perda das faculdades mentais e capacidades intelectivas, corroborada pela elevada expectativa de vida atual (STF, 2024, pg. 02).

Neste aspecto, o código civil preocupa-se bem mais com os interesses patrimoniais dos herdeiros e do nubente, deixando de lado a dignidade da pessoa humana e os aspectos existenciais que circulam o mesmo panorama. Coadunando com a doutrina, o imperativo encontrado no artigo 1.641, II, do Código Civil é tido por Maria Berenice Dias, 2015, páginas 327 e 328 como uma falsa norma protetiva, que, com efeito, traduz verdadeira sanção, um apenamento de ordem patrimonial.

Diante deste cenário, onde a qualidade a expectativa de vida da população mudou completamente nas últimas décadas, somado à mudança no padrão de comportamento social, visto que é cada vez mais comum casamentos e uniões onde ao menos um dos nubentes possui, à data do casamento ou união setenta anos ou mais de idade. Denota-se cada vez maior o número de ajuizamento judicial de demandas envolvendo estas pessoas em conflitos familiares e, portanto, há um considerável aumento no número de questionamentos acerca da constitucionalidade do artigo 1.641, II, do Código Civil, o que gera insegurança jurídica.

A fim de dirimir tal questão, a tese de repercussão geral fixada para o Tema 1.236 do Supremo Tribunal Federal considerou formalmente a inconstitucionalidade do aludido dispositivo e reconheceu que é possível atribuir interpretação no sentido de norma dispositiva ao art. 1.641, II, do Código Civil, ou seja, este deve prevalecer na falta de convenção das partes em sentido diverso, mas que por sua vez, pode ser afastada por vontade dos nubentes, dos cônjuges ou dos companheiros. Em resumo trata-se de regime legal facultativo e não imperativo.

Neste diapasão, a escolha do regime de bens deve ser estendida às uniões estáveis, por compreender que não há legitimidade em distinguir a família composta pelo casamento daquela que foi constituída por meio da união estável, para fins sucessórios (STF, Recurso Extraordinário 878.694 j. em 10.05.2017).

Por fim, a tese de repercussão geral admite a sua efetividade apenas em uniões futuras, não alterando a situação jurídica daquelas já constituídas até o momento, sendo, contudo, possível a mudança consensual do regime adotado desde que esta seja a vontade de ambas as partes, por instrumento legal reconhecido em cartório.

3.2 Impactos no direito sucessório

O regime de bens é a regra que determina como os bens adquiridos na vigência do matrimônio bem como aqueles trazidos antes do seu início serão administrados e divididos caso sobrevenha a separação ou divórcio. Assim, pela análise do no artigo 1.641, II, do Código Civil, para os nubentes que possuam 70 ou

mais anos de idade a regra que se aplica é a da separação obrigatória de bens, ou seja, as posses de ambos os nubentes não se comunicam.

Entretanto, por expressa vontade das partes, ao reconhecer a inconstitucionalidade da norma mencionada no parágrafo anterior, o Supremo Tribunal Federal decidiu, no Agravo em Recurso Extraordinário nº 1.309.642/SP, Pleno, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 1º/02/2024, por unanimidade, que tal obrigatoriedade pode ser afastada por meio de escritura pública onde ambos os cônjuges declaram optar por um regime diferente daquele predeterminado. No entanto, é válido destacar que apesar da declarada inconstitucionalidade da obrigatoriedade do regime de separação obrigatória de bens, este dispositivo ainda está em vigor, com todas as suas particularidades, e se aplica nos casos em que os nubentes não manifestem por um regime diferente deste.

A respeito do tema, Maria do Rosário Nunes Ex-ministra de Estado Chefe da Secretaria de Direitos humanos da presidência da República, 2013 fala o seguinte:

Pôr em prática o respeito aos direitos fundamentais, significa considerá-los desde uma visão integral que estabeleça medidas concretas e o compromisso firme do governo e da sociedade em conjunto, para poder vencer os obstáculos econômicos, sociais, políticos e culturais que podem impedir a sua plena vigência. Neste sentido, o Estado tem o dever de criar as condições para o cumprimento dos direitos, mediante o envolvimento de todas as instâncias governamentais e da sociedade civil, por meio de ações que aportem este propósito. Não se trata de buscar um ideal de envelhecimento, mas sim o objetivo último que é possibilitar às pessoas idosas condições e recursos para que vivam o envelhecer da forma que desejarem (BRASIL, 2013, pág. 11).

Corroborando a fala da ex-ministra e diversos estudos publicados acerca da polêmica temática, o STF entendeu que a obrigatoriedade da separação de bens nos casamentos de maiores de 70 anos viola a liberdade de gestão patrimonial da pessoa idosa, o princípio da dignidade humana e o da igualdade, confirmando expressa violação constitucional. Assim, entendeu que o art. 1.641, II, do CC não é regra cogente, mas sim norma dispositiva ou supletiva.

Neste caso, afastamento do regime da separação legal poderá se dar dos seguintes modos:

- a) *conforme* o art. 1.639, § 2º do Código Civil e art. 734 do Código de Processo Civil, poderão haver mudanças no regime de bens do casamento através de escritura pública de pacto antenupcial ou ainda no curso do casamento, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros (art. 1.639, § 2º, CC; art. 734 do Código de Processo Civil); ou
- b) por meio do instrumento da escritura pública lavrada antes ou no curso da união estável.

Acerca da união estável anteriormente citada, para aqueles com setenta ou mais anos de idade, não se aplica a regra geral do art. 1.725 do Código Civil, o qual admite instrumento particular para a escolha de regime de bens. Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal determina que a mesma seja feita por meio de escritura pública, lavrada por um tabelião de notas.

Nota-se que a exigência de escritura pública nestes casos é decorrente do dever do tabelião de apurar se os declarantes possuem, no momento da lavratura do instrumento, capacidade civil para fazê-lo, consoante o artigo 215, § 1º, II, do Código

Civil, o que reduz os riscos de golpes contra a pessoa idosa, assegurando assim, a sua liberdade patrimonial, a dignidade da pessoa humana e a igualdade ao passo que auferir proteção, nos termos da lei. Trata, portanto, de cautela necessária ante da maior vulnerabilidade a qual o idoso é mais tendente.

O supremo tribunal federal decidiu ainda que, nos casamentos anteriores à decisão prolatada em 01 de fevereiro de 2024 (Supremo Tribunal Federal, Agravo em Recurso Extraordinário nº 1.309.642/SP, Pleno, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 1º/02/2024), as uniões ou casamentos pretéritos a esta data sob o regime de separação obrigatória de bens, podem ser mudados auferido pelo direito de escolha dos consortes, optando por aquele que melhor se adequar a suas respectivas realidades.

Contudo, há alguns pontos sensíveis que afetam o direito sucessório e que devem ser enfrentados diante do citado julgamento.

a) no regime de separação legal de bens, o viúvo ou viúva não concorre com os descendentes pela partilha da herança deixada, ou seja, não concorre no espólio, ao contrário do que ocorre nos casos da separação convencional (art. 1.829, Código Civil). Assim, muitas vezes o cônjuge sobrevivente é a pessoa que acompanha o outro em tratamentos de saúde, no dia-a-dia, quem lhe presta cuidados, afeto e companhia em um dos momentos mais delicados da vida humana – a velhice. Neste caso, não seria justo que a pessoa abdique de sua vida para cuidar da outra e em caso de morte desta, não possuir direito a nenhum valor deixado ou ao menos um calção que lhe proporcione alguma garantia futura.

b) a outorga conjugal do art. 1.647 do Código Civil é requisito do regime da separação legal. Então caso o maior de setenta anos opte por um regime diferente do da separação obrigatória de bens, não poderá conforme o referido artigo:

- a) alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis;
- b) pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos;
- c) prestar fiança ou aval;
- d) fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação.

Quando o idoso possui patrimônio, na maioria das vezes, este o obteve no decorrer da vida, ou seja, antes da união ou casamento. Assim, se neste momento ele optar por um regime diferente do previsto no art. 1.641, II, do Código Civil, este dependerá da vontade de seu cônjuge ou companheiro, o que pode no futuro representar um empecilho administrativo, especialmente, diante dos herdeiros necessários, aos quais tendem a administrar os bens de seus entes em casos de superveniente incapacidade.

c) os aquestos se comunicam no *regime da separação obrigatória* desde que haja comprovado esforço comum junto a inexistência de pacto antenupcial em dispondo do contrário, conforme Súmula nº 655 do Superior Tribunal de Justiça, Vejamos:

Aplica-se à união estável contraída por septuagenário o regime da separação obrigatória de bens, comunicando-se os adquiridos na constância, quando comprovado o esforço comum (STJ. 2ª Seção. Aprovada em 09/11/2022).

Outro ponto a ser levando em consideração diz que, ao se afastar a separação universal de bens pelo septuagenário, os conjugues podem optar por qualquer outro regime, seja ele típico ou atípico, até mesmo o da separação convencional de bens, consoante disposto no artigo nº 1.639, do Código Civil. Assim, a única diferença entre o septuagenário e os demais diz respeito ao regime legal de bens: enquanto o maior de 70 anos casa pelo da separação obrigatória (art. 1.641, II, Código Civil), os demais,

ressalvado a imposição do artigo nº 1.641, I, II e III, do Código Civil, na hipótese de não haja convenção, casam-se pelo da comunhão parcial (art. 1.640, Código Civil).

Ademais, caso o septuagenário escolha qualquer outro regime de bens diferente do previsto no art. 1.641, II, do Código Civil, esta deverá se aplicar a todos os fins, inclusive no que tange a sucessão, conforme impõe o art. 1.829, I, do mesmo código de normas, conforme podemos ler:

Art. 1.829, I - Aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares

Assim, a depender do regime escolhido, este será aplicado conforme disposições legais e regras de cada caso. Antes da decisão do Supremo Tribunal Federal, não era possível que o viúvo que se casou com um septuagenário concorresse com os descendentes na herança, o que gerava muitas ações judiciais pedindo pela descaracterização do regime legal aplicável.

Assim, a interpretação do art. 1.829, II do Código Civil deve levar em conta o regime de bens escolhido pelo nubente maior de setenta anos, pois interpretação distinta divergiria da previsão legal e restringiria a liberdade de escolha de regime escolhido, afrontando o referido julgado do Supremo Tribunal Federal, o qual em seu efeito modulatório não altera a coisa julgada e, a não ser por vontade expressa das partes de maneira instrumentalizada por escritura pública, como anteriormente falado, não altera a situação das uniões ou casamentos anteriores a 01/02/2024 as quais são regidas pela separação obrigatória de bens.

Resta esclarecer que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal se aplica apenas à hipótese elencada no art. 1.641, II, Código Civil, não sendo a mesma cabível nas demais hipóteses de separação legal, ou seja, não se aplica nos casamentos: a) das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; b) de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

4. Conclusão

Grande discussão permeava a determinação legal artigo 1.641, II, Código Civil vigente, por compreender que a previsão da separação obrigatória de bens é injustificada e poda o idoso, o qual possui plena capacidade civil, visto que a idade avançada não é objeto para presunção de incapacidade seja esta absoluta ou relativa. Neste sentido, a pessoa com setenta anos ou mais, conforme a legislação brasileira é apta para realizar qualquer ato civil, como por exemplo, atuar na administração de suas posses, celebrar contratos, fazer compras e vendas. Contudo, por restrição da lei, não poderia escolher o regime de seu casamento ou união estável. Assim, denota-se um arcaísmo paternalista que não possui qualquer argumento lógico jurídico.

Ante todo o exposto, no decorrer deste artigo foi explanado que a previsão constante no artigo 1.641, II, do Código Civil, após anos de discussões jurídicas e doutrinárias fora considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal por entender que este viola a liberdade de gestão patrimonial da pessoa idosa, o princípio da igualdade e o da dignidade humana, em caso de aplicação obrigatória a todos os nubentes que se enquadrem na situação ali descrita. Ademais, estes princípios são basilares da sociedade brasileira e estão presentes na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A decisão pela inconstitucionalidade ocorreu por meio

do Agravo em Recurso Extraordinário nº 1.309.642/SP, Pleno, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. em 1º/02/2024.

Vale ressaltar que apesar da declarada inconstitucionalidade da obrigatoriedade do regime de separação obrigatória de bens, este dispositivo ainda está em vigor, com todas as suas particularidades, e se aplica nos casos em que os nubentes não manifestem por um regime diferente daquele. Ou seja, a inconstitucionalidade consiste na obrigatoriedade da separação de bens. Assim, restou estabelecido que a norma prevista ali, será aplicada nos casos em que o nubente com setenta anos ou mais não dê preferência a nenhum outro regime de bens em detrimento daquele.

Assim, o entendimento do Supremo Tribunal Federal na referida decisão foi o de que a previsão constante no artigo 1.641, II, Código Civil não é regra cogente, mas sim norma dispositiva ou supletiva. Ou seja, o septuagenário poderá, no momento do casamento ou da constituição de união estável optar, por meio de escritura pública, por um regime distinto do da separação obrigatória de bens. Ademais, a decisão do supremo tribunal traz que, para as uniões constituídas antes da decisão ser proferida, caso seja a vontade das partes, os consortes poderão alterar o regime de bens instituídos, optando por qualquer um dos outros, nestes casos, passa a se aplicar o disposto no artigo 1.829, I, do Código Civil.

Neste sentido, para fins de sucessão, caso os nubentes optem por um regime diferente do previsto no artigo 1.641, II, Código Civil, se aplicará as regras do regime escolhido para todos os fins, como se aplica nas uniões das demais pessoas, salvo os casos previstos no artigo 1.641, I e III, do Código Civil.

Referências

Lei nº 10.406, De 10 de janeiro De 2002. Código Civil. Brasília, 10 de janeiro de 2002; 181º da Independência e 114º da República. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm> acesso em: 22 de mai. 2024.

LEI nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto da Pessoa Idosa e dá outras providências. Brasília, 1º de outubro de 2003; 182º da Independência e 115º da República. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm>. Acesso em: 22 de mai. De 2024.

Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil, Brasília, 16 de março de 2015; 194º da Independência e 127º da República. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> acesso em: 22 de mai. 2024.

BRASIL. Constituição Federal. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> . Acesso em: 22 de mai. De 2024.

BRASIL. Estatuto do idoso (2003). 2. Idosos - Estatuto legal, leis, etc. I. Stepansky, Daizy Valmorbida. II. Costa Filho, Waldir Macieira da. III. Muller, Neusa Pivatto. IV. Brasil. Secretaria de Direitos Humanos.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 327- 328.

Estatuto do Idoso. Dignidade humana como foco / Daizy ValmorbidaStepansky, Waldir Macieira da Costa Filho, Neusa Pivatto Muller (Orgs.), - Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, 2013.

FLORENTINO, Beatriz Portilho. Art. 1641, li Vs. Art. 1725, Código Civil: A (In)Adequação Do Regime De Separação Obrigatória De Bens À União Estável. Escola Da Magistratura Do Estado Do Rio De Janeiro, Rio de Janeiro, 2017; 18 pg.
GORI, et. al. Casamento Entre Idosos E O Regime Obrigatório De Bens: Inconstitucionalidade Ou Protecionismo? V. 1, n. 1, Anuário do Congresso Intercontinental de Direito Civil ISSN: 2595-1602. Disponível em: <file:///C:/Users/Marcelo/Downloads/Casamento-entre-idosos-e-o-regime-obrigat%C3%B3rio-de-bens-Inconstitucionalidade-ou-Protenciomismo..pdf>. Acesso em 10/05/2024.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil: direito de família. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 295.

PONTES, et. al. A Formação das “Novas” Famílias e o Ordenamento Jurídico Brasileiro, V. 1, n. 1, Anuário do Congresso Intercontinental de Direito Civil, ISSN: 2595-1602. Disponível em: <https://www.abdireitocivil.com.br/wp-content/uploads/2018/06/A-forma%C3%A7%C3%A3o-de-novas-fam%C3%ADias-e-o-ordenamento-juridico-brasileiro.pdf>. Acesso em 10/05/2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL; Recurso Extraordinário Com Agravo 1.309.642 São Paulo, 162 pg. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15365774108&ext=.pdf>. Acesso em 14/05/2024.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. 5. ed. Rio de Janeiro: Método, 2015.