



Escola De Magistratura Do Estado Do Rio De Janeiro

Análise Crítica da Imposição Legal do Regime de Separação de Bens aos Maiores de 70 Anos

Laura Maria Hypolito Pentagna

Rio De Janeiro
2015

LAURA MARIA HYPOLITO PENTAGNA

Análise Crítica da Imposição Legal do Regime de Separação de Bens aos Maiores de 70 Anos

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para a obtenção do Título de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rafael Mario Iorio Filho

Rio de Janeiro
2015

ANÁLISE CRÍTICA DA IMPOSIÇÃO LEGAL DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS AOS MAIORES DE 70 ANOS

Laura Maria Hypolito Pentagna

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora - UFJF. Advogada. Pós-graduanda pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ.

Resumo: As relações amorosas travadas com pessoas idosas sempre foi foco de proteção do nosso legislador, a fim de se coibir casamentos motivados, especialmente, por interesses patrimoniais. Com a evolução da sociedade e da Medicina, a expectativa de vida vem apresentando um quadro de crescimento vertiginoso e, cada vez mais, os idosos têm se tornado mais ativos, social, profissional e afetivamente. Diante desse quadro fático, o presente estudo tem por finalidade demonstrar que o artigo 1.641, II, do Código Civil, ao impor o regime de separação de bens aos nubentes septuagenários, está em absoluto descompasso não apenas com as demais regras civilistas acerca da capacidade civil, do casamento e da união estável, mas, sobretudo, com os princípios constitucionais da isonomia e da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Direito de Família. Direito Constitucional. Direito Privado. Regime Legal de Separação de Bens. Maiores de 70 anos. Incapacidade Presumida. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Princípio da Boa-fé. Princípio da Isonomia.

Sumário: Introdução. 1. Breve Histórico, a *Mens Legis* e a Eficácia dos Direitos Fundamentais. 2. A Presunção de Incapacidade dos Maiores de 70 Anos. 3. O Caso dos Maiores de 70 Anos que Vivem em União Estável e o Princípio da Isonomia. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico pretende discutir acerca da validade, ou mesmo da constitucionalidade, da imposição legal aos nubentes septuagenários do regime de separação total dos bens, tendo em vista os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, bem como a sistemática adotada pelo Código Civil de 2002 para estabelecer restrição à liberdade de escolha do regime de bens que regerà o casamento.

Para tanto, serão abordadas as posições doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema, sobretudo aquelas mais vanguardistas, que estudam e enxergam o Direito Civil sob a

ótica constitucional, de forma a garantir maior eficácia aos direitos e princípios insculpidos na Carta Magna, mas também em todo o ordenamento jurídico.

O tema, apesar de não ser um dos mais acalorados na doutrina e jurisprudência, provoca indignação aos afetados pela norma impositiva-restritiva do art. 1.641, II, CC, bem assim aos estudiosos do assunto, seja pela presunção de que os septuagenários não possuiriam capacidade de se autodeterminar e gerir seu patrimônio, seja pela distorção que causa no ordenamento jurídico, frente aos direitos das pessoas que vivem ou pretendem viver em união estável, independentemente de sua idade.

Assim, o primeiro capítulo se presta a demonstrar que as eficácias vertical e horizontal dos direitos fundamentais impõem que a dignidade da pessoa humana seja observada em toda e qualquer situação, inclusive pelo Legislativo, quando resolve editar normas restritivas de direitos – o que não se verifica no caso do art. 1.641, II, CC.

No segundo capítulo, buscar-se-á defender que tamanha restrição à autonomia da vontade somente se justifica quando o(s) nubente(s) não possui (possuem) plena capacidade de discernimento (a exemplo do que ocorre com os incapazes e os relativamente incapazes), ou como forma de sanção àqueles que não observaram o comando da lei no que tange às causas suspensivas do casamento, não sendo legítima, portanto, em razão da idade avançada do sujeito absolutamente capaz.

Ainda no final do segundo capítulo, buscar-se-á confirmar que a má-fé, de acordo com o sistema adotado Código Civil de 2002, não comporta presunção relativa, quanto mais absoluta, pelo que sempre deve ser comprovada, de forma que o legislador deve assumir postura responsável e congruente com o ordenamento jurídico brasileiro.

Já no terceiro e último capítulo, a questão abordada será a flagrante violação à isonomia que o art. 1.641, II, CC, proporciona, criando situações discrepantes, em que sujeitos que vivem em união estável – instituto que, em tese, seria menos abrangente que o

casamento – possuam mais direitos e mais proteção do que aqueles que resolveram se casar, ainda que após os setenta anos.

A presente pesquisa se valerá especialmente da metodologia bibliográfica, haja vista o tema envolver a ponderação de princípios, sem, contudo, abandonar as metodologias qualitativa e exploratória.

1. BREVE HISTÓRICO, A *MENS LEGIS* E A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A imposição do regime de separação de bens aos idosos surgiu no Código Civil de 1916, em seu art. 258, parágrafo único, inciso II. Note-se que a essa época a lei ainda fazia diferença entre homens e mulheres, de sorte que o referido artigo dizia que o regime de separação de bens seria obrigatório no casamento de homens maiores de sessenta anos ou no de mulheres maiores de cinquenta anos¹.

A imposição permaneceu no Código Civil de 2002, que apenas inovou quanto à fixação de uma mesma idade tanto para homens, quanto para mulheres, caindo por terra, pois, a discriminação entre os sexos e passando-se a se coadunar com o espírito da Constituição de 1988. Assim, de acordo com a redação original do inciso II do art. 1.641 do novel Código, o regime da separação de bens seria obrigatório no casamento da pessoa maior de sessenta anos². Não obstante, em 2010, essa idade foi aumentada para setenta anos, pela Lei 12.344/10³.

¹ BRASIL, Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm>. Acesso em: 8 abr. 2015.

² BRASIL, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 8 abr. 2015.

³BRASIL, Lei 12.344, de 9 de dezembro de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12344.htm>. Acesso em: 8 abr. 2015.

Cediço é que a *mens legis* de tal imposição é evitar o chamado “golpe do baú”, em que pessoas de má-fé se casariam com idosos apenas com fim de virem a ser beneficiadas com a morte do cônjuge idoso, seja na condição de meeiro(a), seja na condição de herdeiro(a).

Destarte, como esse golpe se tornou recorrente na sociedade brasileira, legítimo, pois, que o Legislativo atuasse na tentativa de coibir, ou evitar, sua ocorrência. A questão que se põe, contudo, é saber se o meio escolhido (impor aos nubentes idosos o regime de separação de bens) é o mais adequado ou tem sido hábil a alcançar seu intento – questão essa que se pretende responder no decorrer do presente artigo.

A primeira ponderação a ser feita é no que tange às eficácias vertical e horizontal dos direitos fundamentais, sobretudo do super princípio da dignidade da pessoa humana. De modo geral, pode-se dizer que a eficácia vertical dos direitos fundamentais impõe que eles sejam observados e respeitados nas relações travadas entre o Estado e os particulares; enquanto que a eficácia horizontal é relativa às relações interpessoais.

Nesse sentido, no que tange à atuação do Legislativo, a eficácia horizontal deve ser observada pelo Legislativo quando da criação de leis, de forma que deve-se ter em mente que a norma a ser criada dê aplicabilidade aos princípios fundamentais nas relações entre os particulares. Já a eficácia vertical, esta se verifica no momento seguinte, quando da edição de leis, momento em que se estabelece uma relação entre o Estado, criador da norma, e o particular, que deverá agir conforme a lei promulgada. Mister, portanto, que o a atuação do Legislativo pautar-se pelo princípio da dignidade da pessoa humana – erigida a fundamento do Estado Democrático de Direito pelo art. 1º, III, da Constituição da República⁴, e consagrada pela doutrina como princípio supra constitucional–, de forma que crie normas capazes de dar maior efetividade a tal princípio, mormente quando se tratar de norma restritiva de direito(s).

⁴ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acesso em: 8 abr. 2015.

Não é o que se verifica, porém, no art. 1.641, II, do CC, em que o legislador não atentou para o fato de que, ao impor o regime de separação de bens ao septuagenário, irrestritamente, acabou por presumir sua incapacidade de gerir seu patrimônio, bem como de discernir a índole das pessoas com quem se relacionam, violando flagrantemente a dignidade dos idosos.

Ora, a sociedade de hoje vive um quadro em que a expectativa de vida aumenta cada vez mais, o que fez (e faz) com que os idosos tenham se tornado parcela significativa e crescente da população. Não raro, encontram-se septuagenários em plena atividade física, intelectual, profissional, acadêmica e (por que não?), também, amorosa e afetiva. Nesse contexto, tal intervenção do Estado na vida do idoso não se justifica por si só.

A dignidade da pessoa humana é princípio que permeia todo o Direito de Família, conforme bem salienta Rolf Madaleno⁵, *in verbis*:

De acordo com o artigo 230 da Constituição Federal, têm a família, a sociedade e o Estado o dever de amparar as pessoas idosas, assegurar sua participação na comunidade, defender sua dignidade e bem-estar e garantir-lhes o direito à vida. Pertinente à inserção do idoso no âmbito de proteção fundamental de sua dignidade humana, não sendo do desconhecimento público que as pessoas de mais idade têm sido vítimas da omissão de seus familiares, da sociedade e do Estado. [...]

[...]

Em verdade a grande reviravolta surgida no Direito de Família com o advento da Constituição Federal foi a defesa intransigente dos componentes que formulam a inata estrutura humana, passando a prevalecer o respeito à personalização do homem e de sua família, preocupado o Estado Democrático de Direito com a defesa de cada um dos cidadãos.

Destarte, cristalina se mostra a violação à dignidade da pessoa humana dos maiores de setenta anos ante a obrigatoriedade do regime de separação de bens caso venham a se casar, tendo em vista que o único critério adotado foi o etário, revelando, pois, o caráter preconceituoso do legislador e, portanto, da norma.

⁵ MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 5.ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 45/46.

2. A PRESUNÇÃO DE INCAPACIDADE DOS MAIORES DE 70 ANOS

Como dito alhures, a violação que o art. 1.641, II, causa à dignidade dos septuagenários se deve ao fato de discriminar seu tratamento única e exclusivamente com base no critério etário, o que não ocorre com as outras duas hipóteses de imposição do regime de separação de bens. Explica-se.

O artigo 1641 do Código Civil traz as hipóteses em que a lei impõe aos nubentes o regime de separação de bens⁶:

Art. 1.641. É obrigatório o regime de separação de bens no casamento:
I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;
II - da pessoa maior de 70 (setenta) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.344, de 2010)
III - de todos os que dependerem, para casar, se suprimento judicial.

Da análise de tal dispositivo, é possível perceber que o inciso II, que trata dos septuagenários, destoa da lógica do artigo. Isso, porque fica claro que a imposição do regime de separação de bens se justifica na medida em que os nubentes estão descumprindo determinações legais – seja não respeitando as causas de suspensão para o casamento (art. 1.523, CC), seja ignorando a necessidade de suprimento judicial de consentimento dos pais ou responsáveis (arts. 1.517; 1.519; e 1.634, II, todos do CC – hipótese em que os nubentes possuem entre 16 e 17 anos) –, de sorte que o simples atingimento de determinada idade por um dos noivos, ou ambos, não pode lhes servir como punição.

Determinar, pura e simplesmente, que o maior de 70 anos é obrigado a casar-se sob o regime de separação de bens é presumir-lhe a incapacidade total não só para administrar seu patrimônio, mas, sobretudo, para discernir acerca da integridade com quem se relaciona, pressupondo, dessa forma, que os idosos, com toda sua experiência de vida, não possuem condições de gerir sua vida afetiva.

⁶ BRASIL, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 10 jun. 2015.

Note-se, que se um ou ambos os noivos são menores civilmente, mas possuem o consentimento de seus pais ou responsáveis, ou ainda quando contam com o aval judicial para o casamento, eles poderão escolher livremente o regime de bens que regerá o casamento, o que é um contrassenso.

Ora, através de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro é possível se concluir facilmente que o legislador sempre pressupõe a incapacidade relativa dessas pessoas (jovens de 16 a 18 anos), considerando que são sujeitos em formação, cujo discernimento ainda não está de todo completo, portanto. E, no mais das vezes, tampouco possuem experiência de vida capaz de suprir o *déficit* que ainda possuem (naturalmente, pela própria idade) no que tange ao seu amadurecimento pessoal e psicológico.

Não obstante, no que tange aos menores em idade núbil, andou melhor o legislador na medida em que previu hipóteses nas quais o regime de separação de bens não lhes seria cogente. Trata-se dos seguintes casos: **(i)** celebração de pacto antenupcial, submetido à aprovação dos pais e/ou responsáveis pelo(s) menor(es), em consonância com o art. 1.654 do CC; ou **(ii)** requerimento justificado, ao juiz, de dispensa de aplicação das causas suspensivas para celebração do casamento, comprovando-se a ausência de prejuízo caso o regime de bens venha a ser outro que não o de separação, de acordo com o art. 1.523, p. único, do CC⁷.

Note-se que tais dispositivos pretendem abrandar o rigor da lei para o casamento dos menores núbis, conferindo-lhes alternativas legais para exercerem sua liberdade de escolha do regime de bens que mais se coaduna com a vida conjugal que pretendem ter, privilegiando, assim, a autonomia da vontade.

Sob esse prisma, pois, mais desarrazoada soa a imposição legal do regime de separação de bens aos maiores de 70 anos, uma vez que, esses sim, já atingiram a maioridade há tempos e não dependem de consentimento de quem quer que seja para se casarem, e mais:

⁷FIGUEIREDO, Luciano; FIGUEIREDO, Roberto. *Coleção Sinopses para Concursos: Direito Civil – Família e Sucessões*. Coord. GARCIA, Leonardo de Madeiros. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 211.

em regra, a essa altura da vida, já passaram por todo o tipo de situação, já trilharam um longo caminho na vida profissional, formaram suas famílias, criaram seus filhos e estão a ver o crescimento de seus netos.

Prever para aqueles que a própria lei define como relativamente incapaz uma saída legal para a imposição do regime de separação de bens e não conceder o mesmo mecanismo para os maiores de setenta anos é reforçar a ideia de que o legislador os enxerga como absolutamente incapazes, revelando uma postural altamente preconceituosa e que vai de encontro com a proteção integral a que fazem *jus*.

O idoso deve ser visto pela sociedade, no mínimo, como uma pessoa que traz consigo uma longa bagagem; merece o respeito e a consideração como qualquer outro sujeito de direitos e, porque não, até mais.

Não foi por acaso que a Constituição Federal dispensou aos idosos um artigo exclusivo (art. 230), determinando que a família, a sociedade e também o Estado devem lhes assegurar a participação na comunidade, defender sua dignidade e bem-estar e lhes garantir o direito à vida⁸.

Assim também o Estatuto do Idoso⁹ o fez, sobretudo nos arts. 2º, 3º e 4º. Veja-se:

Art. 2º O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, 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.

Art. 3º É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária. (...)

Art. 4º 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. (...)

⁸ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 jun. 2015.

⁹ BRASIL, Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em 10 jun. 2015.

Da análise de todo o arcabouço jurídico ora apresentado, é de se concluir que, como dito alhures, o critério unicamente etário não é o bastante para justificar a negativa à liberdade de escolha do regime de bens aos nubentes septuagenários que estejam gozando plenamente de suas faculdades mentais, sob pena de se violar frontalmente o princípio da dignidade da pessoa humana, já abordado em capítulo anterior.

Nesse sentido, o Enunciado 125 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, *in verbis*:

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

Ademais, a respeito da presunção (também) de má-fé, há que se observar que ela tampouco se coaduna com o sistema do ordenamento jurídico pátrio. Sabe-se que o princípio da boa-fé é o que vige no direito brasileiro, de forma que busca seu fundamento no dever de confiança. E, segundo Maria Helena Diniz¹⁰, sob o seu viés objetivo, a boa-fé “impõe deveres de lealdade e respeito à confiança recíproca entre as partes de uma relação jurídica”.

Nesse passo, a ilustre jurista, seguindo o entendimento esposado por Christiano Chaves de Farias, aponta que “a constatação do abuso passa, obrigatoriamente, pelo reconhecimento do uso antifuncional do direito aferido objetivamente, com base no conflito entre a sua finalidade própria e a atuação concreta da parte”¹¹ – é dizer, enquanto a boa-fé é a conduta esperada das partes e, por isso mesmo, presumida, a má-fé deve ser provada diante do contexto fático do caso concreto.

Destarte, se o legislador pretende mesmo manter sua postura protetiva quanto aos idosos, de forma a coibir o famigerado “golpe do baú”, deve adotar medidas que, em primeiro

¹⁰ DIAS, Maria Berenice, *Manual de Direito das Famílias*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 59.

¹¹Ibid., p. 59.

lugar assegurem a dignidade do nubente idoso, antes de pressupor sua incapacidade e, conjuntamente, a má-fé daquele que com o septuagenário pretende se casar – a exemplo do que fez com os menores em idade núbil (conforme arts. 1.654 e 1.523, p. único, do CC, já explanados).

3. O CASO DOS MAIORES DE 70 ANOS QUE VIVEM EM UNIÃO ESTÁVEL E O PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Na trilha de demonstrar o quão desarrazoada é a imposição legal do regime de bens àqueles maiores de 70 anos que pretendem se casar, é preciso analisar a situação dos septuagenários que vivem em união estável.

Sabe-se que, no silêncio dos companheiros, vigorará na união estável a regra geral do regime de bens, qual seja, o da comunhão parcial. Ou seja, se os companheiros não manifestarem expressamente sua vontade, através de um contrato de convivência, por exemplo, que pretendem adotar determinado regime de bens, a lei diz que a união estável será regida pelo regime de comunhão parcial de bens, vide art. 1.725 do Código Civil¹²:

Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

Note-se que o artigo não faz qualquer ressalva quanto à idade dos companheiros, sendo, ao contrário, taxativo – salvo estipulação em contrário, vigorará o regime de comunhão parcial de bens. Desta sorte, possível concluir que a idade dos companheiros não interfere no regime de bens da união estável, pelo que plenamente válido que pessoas maiores de 70 anos que decidam viver em união estável tenham-na regida pelo regime de comunhão parcial.

Não obstante, já é possível encontrar decisões que são verdadeiras aberrações jurídicas, nas quais se entendeu que como no casamento com um maior de 70 anos o regime

¹² BRASIL, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 16 set. 2015.

de separação de bens é obrigatório, no caso de uma união estável nas mesmas circunstâncias, o regime de separação de bens também deveria ser cogente. Esse já foi, inclusive, o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça em um caso levado a seu exame. A propósito, veja-se a ementa do REsp 1.403.419/MG, de relatoria do Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 11/11/14¹³:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA DE BENS. COMPANHEIRO SEXAGENÁRIO. ART. 1.641, II, DO CÓDIGO CIVIL (REDAÇÃO ANTERIOR À LEI Nº 12.344/2010). REGIME DE BENS. SEPARAÇÃO LEGAL. NECESSIDADE DE PROVA DO ESFORÇO COMUM. COMPROVAÇÃO.

BENFEITORIA E CONSTRUÇÃO INCLUÍDAS NA PARTILHA. SÚMULA Nº 7/STJ.

1. É obrigatório o regime de separação legal de bens na união estável quando um dos companheiros, no início da relação, conta com mais de sessenta anos, à luz da redação originária do art. 1.641, II, do Código Civil, a fim de realizar a isonomia no sistema, evitando-se prestigiar a união estável no lugar do casamento.

2. No regime de separação obrigatória, apenas se comunicam os bens adquiridos na constância do casamento pelo esforço comum, sob pena de se desvirtuar a opção legislativa, imposta por motivo de ordem pública.

3. Rever as conclusões das instâncias ordinárias no sentido de que devidamente comprovado o esforço da autora na construção e realização de benfeitorias no terreno de propriedade exclusiva do recorrente, impondo-se a partilha, demandaria o reexame de matéria fático-probatória, o que é inviável em sede de recurso especial, nos termos da Súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça.

4. Recurso especial não provido.

A decisão supra, a pretexto de conferir isonomia, acabou por causar uma distorção da legislação, pois tal posicionamento não se coaduna com as normas que regulam a união estável. Sabe-se, ademais, que segundo o postulado de que ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei¹⁴, só é possível restringir a liberdade dos indivíduos através da lei e, nesse caso, a lei não faz qualquer restrição à autonomia da vontade aos conviventes septuagenários, pelo que não cabe ao interprete e aplicador do direito fazê-la.

A respeito, veja-se o comentário de Maria Berenice Dias¹⁵:

¹³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.403.419, Terceira Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 11 de novembro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=41008993&num_registro=201303047576&data=20141114&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em 16 set. 2015.

¹⁴ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, art. 5º, inciso II. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 16 set. 2015.

¹⁵ DIAS, op. cit., p. 297.

Na união estável também foi adotado o regime da comunhão parcial. Os companheiros podem optar por outro regime via contrato de convivência, nada mais do que um pacto antenupcial, com acentuadas vantagens. Apesar de não imposta à união estável o injustificável regime da separação obrigatória de bens, de tal façanha encarregou-se a justiça, que passou a subtrair efeitos patrimoniais à união estável constituída por quem tem mais de 70 anos.

E segue a jurista¹⁶:

[...] na união estável, plena é a liberdade dos companheiros para estabelecerem, em contrato escrito, tudo o que desejarem. Somente no silêncio dos conviventes é que se aplica o regime da comunhão parcial (CC, 1.725). No momento em que a Constituição Federal concedeu o mesmo status ao casamento e à união estável, não há como dar tratamento mais benéfico a qualquer das entidades familiares. Assim, é necessário reconhecer como inconstitucionais limitações à liberdade de decidir questões patrimoniais no casamento (CC, 1.641) , sem que exista qualquer restrição na união estável. Não há como chegar a outra conclusão. Mas esta não é a posição do STJ , que impõe a mesma regra restritiva à união estável.

Tratam-se, pois, de decisões *contra legem*, que, sob o pretexto de conferir isonomia aos casos, acabam por criar restrições não impostas pela lei, afrontando diretamente o imperativo constitucional que diz que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”¹⁷.

Sabe-se que em um Estado Democrático de Direito, como é o Brasil, as decisões *contra legem* devem ser evitadas, somente sendo admitidas quando a visarem proporcionar maior proteção a um direito ou garantia já resguardado do sujeito. Ora, em sendo assim, não se pode admitir como legítima uma decisão que ignora e vai de encontro com o comando legal, sobretudo quando se presta a restringir (ou, no caso, aniquilar) direitos conferidos por lei e, especialmente, pela Constituição da República (art. 5º, II)¹⁸.

¹⁶ Ibid., p. 301.

¹⁷ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, art. 5º, inciso II. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 16 set. 2015.

¹⁸ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 16 set. 2015.

Interessante notar que a Constituição da República (art.226, §3º)¹⁹ dispõe que a lei deverá facilitar a conversão da união estável em casamento (o que foi feito pelo art.1.726 do CC²⁰ e pela Lei nº 9.278/96, em seu art.8º²¹), dando a ideia de que a união estável seria uma preparação para o casamento.

Nesse sentido, torna-se estranho constatar que um instituto jurídico que, em tese, seria menos abrangente que o casamento possa conferir aos sujeitos, que a ele se submetem, uma maior proteção, pelo menos no que se refere ao regime de bens.

Idêntica conclusão chegou o Superior Tribunal de Justiça, em recente julgado acerca da união estável – decisão essa que se encontra publicada no Informativo de nº 563 (maio/2015)²² –, onde concluiu que o contrato de convivência celebrado entre companheiros “não pode conceder mais benefícios à união estável do que ao casamento, pois o legislador constitucional, apesar de reconhecer os dois institutos como entidade familiar e lhes conferir proteção, não os colocou no mesmo patamar, pois expressamente dispôs que a lei facilitará a conversão daquele neste (§ 3º do art. 226 da CF)”

Nesse quadro, a legislação civilista gera, quanto aos septuagenários, um “contra fluxo” à determinação constitucional de que a lei deva facilitar a conversão da união estável em casamento, já que para essas pessoas (maiores de 70 anos) é mais interessante estabelecer uma união estável do que se casar, subvertendo, pois, a ordem natural dos acontecimentos.

Há que se ressaltar, ainda, o princípio da isonomia, consagrado pela Carta Magna/88 em seu art. 5º, *caput*²³, o qual possui uma dimensão formal e outra material. E, sob o aspecto

¹⁹ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 16 set. 2015.

²⁰ BRASIL, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 16 set. 2015.

²¹ BRASIL, Lei 9.278, de 10 de maio de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/LEIS/L9278.htm>. Acesso em 16 set. 2015.

²² BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Inf. nº 563, período de 29 de maio a 14 de junho de 2015, REsp 1.383.624-MG, Rel. Min. Moura Ribeiro, julgado em 2/6/2015, DJe 12/6/2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>. Acesso em 29 nov. 2015.

²³ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 16 set. 2015.

material, o princípio da isonomia garante que deve-se “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade”²⁴.

Ora, evidente que, de acordo com a legislação em vigor, duas pessoas maiores de setenta anos, uma que decida se casar e outra que opte por viver em união estável, apesar de serem iguais quanto à faixa etária e quanto à vontade de constituírem nova relação amorosa, afetiva e familiar, não possuem o tratamento isonômico garantido constitucionalmente. Pois, no primeiro caso, a lei imporá o regime de separação de bens para o casamento, enquanto que aquele que optar pela união estável estará livre para escolher seu regime de bens (ou não, caso em que vigorará o da comunhão parcial, como dito) – o que não pode ser tolerado.

Destarte, flagrante a violação à isonomia que o art.1.641, II, do CC, proporciona, já que acarreta situações discrepantes, em que sujeitos que vivem, em união estável possuem mais direitos e mais proteção do que aqueles que resolvem se casar, ainda que após os setenta anos.

CONCLUSÃO.

O regime obrigatório de separação de bens surgiu ainda na vigência do Código Civil de 1916 (art. 258, II) e persiste ainda hoje no ordenamento brasileiro, conforme art.1.641, II, do Novo Código Civil.

A *mens legis* do instituto seria a de evitar golpes a pessoas idosas e seus patrimônios por sujeitos de má-fé, que se casariam com essas pessoas apenas com o intuito de adquirir o *status* de herdeiro e, assim, participar da partilha dos bens do *de cuius*.

Não obstante, conforme explanado, a norma não vem alcançando seu objetivo. A razão não é uma só, pois, além de existirem outros meios de se efetivar o referido golpe,

²⁴ Conceito desenvolvido por Aristóteles, na Grécia Antiga.

muitas vezes, o casamento com pessoa maior de setenta não se dá por interesse patrimonial, mas por pura vontade das partes de constituírem uma nova vida, ou mesmo de formalizarem uma união estável que já perdurava há algum, ou muito, tempo. Ademais, o próprio ordenamento jurídico possui lacunas que permitem que a união por interesse com pessoa maior de 70 anos possa vir a acontecer legitimamente, como é o caso da união estável, que, como analisado alhures, será regida pelo regime de comunhão parcial dos bens, ainda que um, ou ambos, dos nubentes tenha mais de setenta anos.

De outro lado, há ainda o fato de a imposição legal presumir incapacidade do idoso para gerir não só seu patrimônio, mas, sobretudo, sua vida sentimental e afetiva, violando, dessa forma, o princípio da dignidade da pessoa humana. Quadro, esse, que se agrava se comparado com a situação do casamento de menores núbeis, pois, esses sim, possuem sua incapacidade relativa taxativamente reconhecida pela própria lei e, ainda assim, o legislador lhes conferiu a possibilidade de que o regime de separação legal não lhes fosse aplicado (exceções ao art. 1.641, I e III, do CC), a exemplo do que ocorre com os artigos 1.654 e 1.523, p. único, do CC, analisados no segundo capítulo.

Outra distorção que gera é no que tange à comparação com os septuagenários que vivem em união estável, já que, no caso de falecimento do maior de setenta anos, o(a) companheiro(a) terá direito à meação dos bens adquiridos na constância da união, enquanto que se tiverem sido casados sob a égide do regime de separação legal, então o cônjuge sobrevivente só virá a receber a herança se não houverem ascendentes e/ou descendentes, conforme interpretação literal do art. 1.829, CC/02.

E, no que tange a esse último ponto, há que se ressaltar que a edição da súmula 377 do STJ buscou abrandar o rigor do art. 1.829 do CC ao determinar que, havendo bens adquiridos na constância do casamento celebrado sob o regime da separação legal, o acervo deve ser dividido, ficando a sua metade com o cônjuge sobrevivente e a outra parte devendo

ser repartida com os demais herdeiros, a fim de se evitar o seu (dos demais herdeiros) enriquecimento sem causa. Entendeu a jurisprudência que nesses casos presume-se o esforço comum do casal, ante o fato de terem partilhado suas vidas durante o casamento e levando-se em conta o princípio da solidariedade que deve regê-lo.

Não obstante a súmula 377 do STJ resolva a iniquidade da questão sucessória, ela não tem o condão de afastar as demais incongruências com as normas civilistas (em especial os arts. 1.654 e 1.523, p. único, do CC) e, muito menos, com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da isonomia.

Destarte, mister reconhecer a absoluta inconstitucionalidade do art. 1.641, II, do CC, pois além de violar os já referidos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da isonomia, tampouco se coaduna com o princípio da proporcionalidade, seja no seu viés da vedação ao excesso, seja sob o prisma da proteção deficiente do Estado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>.

_____. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm>.

_____. Lei n. 12.344, de 9 de dezembro de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12344.htm>.

_____. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm>.

_____. Lei 9.278, de 10 de maio de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/LEIS/L9278.htm>

_____. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>

_____. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em:< <http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>

DIAS, Maria Berenice, *Manual de Direito das Famílias*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FIGUEIREDO, Luciano; FIGUEIREDO, Roberto. *Coleção Sinopses para Concursos: Direito Civil – Família e Sucessões*. Coord. GARCIA, Leonardo de Madeiros. JusPodivum: 2014

MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 5.ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013