

UNIVERSIDADDE ESTADUAL DO PIAUÍ – UESPI
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E APLICADAS – CCSA
CURSO BACHARELADO EM DIREITO

TAMIRIS DANIEL CARVALHO

**DA IMPOSSIBILIDADE DOS NUBENTES MAIORES DE 70 ANOS ESCOLHEREM
O REGIME DE BENS DO CASAMENTO: UMA PRESUNÇÃO DE INCAPACIDADE**

TERESINA
2017

TAMIRIS DANIEL CARVALHO

**DA IMPOSSIBILIDADE DOS NUBENTES MAIORES DE 70 ANOS ESCOLHEREM
O REGIME DE BENS DO CASAMENTO: UMA PRESUNÇÃO DE INCAPACIDADE**

Trabalho de Conclusão do Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Estadual do Piauí, realizado sob a orientação do Prof. Ms. Virgílio Madeira Martins Filho

TERESINA

2017

TAMIRIS DANIEL CARVALHO

**DA IMPOSSIBILIDADE DOS NUBENTES MAIORES DE 70 ANOS ESCOLHEREM
O REGIME DE BENS DO CASAMENTO: UMA PRESUNÇÃO DE INCAPACIDADE**

Trabalho de Conclusão do Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Estadual do Piauí, realizado sob a orientação do Prof. Ms. Virgílio Madeira Martins Filho

Aprovada em: _____ / _____ / _____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Ms. Virgílio Madeira Martins Filho
Orientador

Examinador(a)

Examinador(a)

TERESINA

2017

A Deus que foi meu sustento nos dias
mais difíceis e a meus pais que nunca
mediram esforços para que eu atingisse
todos os meus objetivos.

AGRADECIMENTOS

A Deus por ter me dado força para superar as dificuldades.

Ao meu orientador Virgílio Madeira Martins Filho, pelo suporte no pouco tempo que lhe coube, pelas sugestões e incentivos.

A minha família, pelo amor e incentivo incondicionais.

Ao Tiago pelo carinho e compreensão durante a elaboração desse trabalho.

Aos amigos de UESPI, Ana Luiza, Victor e Maurício pelo apoio nos momentos difíceis.

E a todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigado.

“A coisa mais moderna que existe nessa
vida é envelhecer
A barba vai descendo e os cabelos vão
caindo pra cabeça aparecer
Os filhos vão crescendo e o tempo vai
dizendo que agora é pra valer
Os outros vão morrendo e a gente
aprendendo a esquecer..”

Arnaldo Antunes

RESUMO

A presente pesquisa tem como objeto uma análise do regime de separação obrigatória de bens imposta às pessoas com idade superior a setenta anos trazido pelo artigo 1641, inciso II, do Código Civil Brasileiro, por entender que tal previsão representa não apenas uma presunção de incapacidade unicamente estabelecida por um critério cronológico, o que é inadmissível pelo ordenamento jurídico pátrio, como também uma afronta aos direitos constitucionais da liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana. Seu objetivo geral é avaliar, por meio, principalmente da doutrina, legislação e jurisprudência como o referido dispositivo legal presume que o idoso não é capaz de, por se só, escolher o regime que melhor atente a seus interesses patrimoniais. Por fim, destaca-se que uma vez constatado que tal imposição não é justa e que não corresponde à realidade da sociedade brasileira, propõe-se uma alteração legislativa que vise a revogação do referido dispositivo.

Palavras - Chave: Regime de bens. Separação obrigatória. Idoso. Capacidade.

ABSTRACT

The present research has as object an analysis of the regime of mandatory separation of assets imposed as people over the age of seventy brought by article 1641, II, of the Brazilian Civil Code, because it considers that this provision represents not only a presumption of incapacity, established by a chronological criterion, which is inadmissible by the legal system, as well as an affront to the constitutional rights of the freedom, equality and dignity of the human person. Its general objective is to evaluate, mainly through the doctrine, legislation and jurisprudence as the legal device presumes that the elderly person is not capable of, by itself, the regime the best asset of his patrimonial interests. Finally, it is pointed out that once it is established that it is impossible and not justified and that it does not correspond to the reality of Brazilian society, it is proposed a regulation in force.

Key- words: Property regime. Mandatory separation. Ederly. Capability.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 DO CASAMENTO E DOS REGIMES PATRIMONIAIS NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO	11
1.1 Evolução do Conceito de Casamento	11
1.2 Regimes Convencionais de Bens Previstos no Código Civil.....	12
1.2.1 Regime da Comunhão Parcial de bens	13
1.2.2 Regime de Comunhão Universal de bens	14
1.2.3 Regime de separação convencional de bens.....	16
1.2.4 Regime da separação final dos aquestos.....	17
1.3 Regime de Separação Legal ou Obrigatória de Bens	18
2 CONSIDERAÇÕES RELEVANTES SOBRE CAPACIDADE CIVIL DOS IDOSOS	21
2.1 Da Personalidade Jurídica e da Capacidade Civil	21
2.2 A Teoria das Incapacidades vigente no Código Civil Brasileiro	22
2.3 Da relação entre (in)capacidade e senilidade	27
3 DA IMPOSSIBILIDADE DE OS NUBENTES MAIORES DE SETENTA ANOS ESCOLHEREM O REGIME DE BENS DO CASAMENTO.....	31
3.1 O artigo 1641, Inciso II, do Código Civil e as alterações trazidas pela Lei 12344/2010	31
3.2 O Instituto da Separação Obrigatória de Bens para as pessoas maiores de setenta anos sob a ótica dos Princípios Constitucionais.....	33
3.3 A Presunção de Incapacidade aos Maiores de setenta anos trazidas pelo Artigo 1641, II, e uma possível perspectiva da alteração.....	36
CONSIDERAÇÕES FINAIS	41
REFERÊNCIAS.....	43

INTRODUÇÃO

O código civil ao reger o direito de família destina todo um título ao estudo das relações patrimoniais decorrentes, principalmente, da celebração do casamento. Nesse sentido, a lei civil além de trazer disposições gerais sobre os regimes de bens entre os cônjuges, dispõe detalhadamente sobre cada um dos regimes previstos no direito brasileiro.

Salvo alguns casos especiais, a lei dá aos futuros cônjuges o direito de escolher livremente entre quaisquer dos regimes previstos, modifica-los, combiná-los e até mesmo criar novas espécies, desde que isto não fira o interesse público. A essa regra dá-se o nome de princípio da liberdade de escolha do regime de bens, decorrente do princípio da autonomia privada.

Entretanto, o Código Civil em vigor manteve, mesmo após uma série de alterações legislativas, o conteúdo arcaico e tido por protecionista que vigorava no século passado, restringindo a possibilidade de escolha de determinadas pessoas sobre o regime de bens do casamento. São hipóteses que estabelecem o regime de separação de bens como obrigatório. São elas: aqueles que contraíram matrimônio com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento, pessoa maior de setenta anos e aqueles que dependerem de suprimento judicial para casarem.

A presente pesquisa tem por objetivo o referido dispositivo do código civil, no que diz respeito à situação da pessoa maior de setenta anos de idade, uma vez que outros diplomas legais como o Estatuto do Idoso trazem uma visão mais contemporânea, humanista e identificada com a Constituição Federal, de forma que nessas legislações é garantido ao idoso o exercício de sua autonomia e liberdade em igualdade de condições com os demais indivíduos.

Assim, busca-se confrontar o artigo 1641, inciso II, do Código Civil não apenas com as referidas legislações, mas também com os princípios constitucionais da liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana, pois entende-se que tal restrição não é razoável e representa uma limitação a capacidade das pessoas com idade superior a setenta anos unicamente por um critério cronológico.

O foco questionador da pesquisa será discutir como um preceito considerado de ordem pública pode ser assim compreendido se em verdade ele fere a dignidade

da pessoa humana e ainda aponta uma presunção de incapacidade daquele indivíduo que ele visa proteger.

A metodologia utilizada para atingir os objetivos será a pesquisa bibliográfica e documental, principalmente através do uso de livros e artigos científicos e jurisprudência dos tribunais brasileiros.

Nesse ponto, é necessário destacar que será apresentado um histórico do referido dispositivo com a finalidade de apontar os motivos que fazem com que tal disposição permaneça no ordenamento jurídico brasileiro.

Dessa forma, a presente monografia apresentará, primeiramente conceitos relacionados à família, casamento, regime de bens, em segundo lugar, as noções acerca de capacidade civil e a nova teoria das incapacidades, para enfim discutir o histórico do dispositivo legal em comento, sua relação com alguns princípios constitucionais, tais como o da liberdade e da dignidade da pessoa humana para então discutir se tal restrição imposta a escolha do regime de bens das pessoas maiores de setenta anos é admissível e, caso não seja, apontar propostas de alteração legislativa.

1 DO CASAMENTO E DOS REGIMES PATRIMONIAIS NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

Nesse capítulo inicia-se um breve estudo acerca do conceito e da evolução histórica do casamento e, ainda, uma análise sobre as modalidades de regime de bens previstas no Código Civil de 2002, dando especial destaque ao regime da separação obrigatória de bens, por ser este instituto de fundamental importância para o desenvolvimento desta pesquisa.

1.1 Evolução do conceito de casamento

A primeira Constituição brasileira, a imperial de 25 de março de 1824 entregou completamente à Igreja Católica a incumbência de determinar os critérios para celebração e a realização dos casamentos. Portanto, cabia exclusivamente à igreja regular as condições e formas de casamento e ainda julgar a validade do ato.

O casamento católico tinha sua regulamentação ditada pelo Concílio de Trento e pela Constituição do Arcebispado da Bahia, uma vez que o texto constitucional da época não tratou especificamente dos conceitos de casamento e família, salvo sobre a família imperial e sua sucessão.

Dessa forma, prevalecia o conceito religioso de casamento, no qual prevalece o “caráter de perpetuidade com o dogma da indissolubilidade do vínculo, tendo como finalidade a procriação e criação dos filhos”¹

Com o fim do Império a Constituição republicana de 1891, estabelecendo o distanciamento entre Estado e Igreja, limitou-se a estabelecer que a república apenas reconheceria o casamento civil, e declarou que sua celebração seria gratuita.

Já durante a vigência do código civil de 1916, o casamento assumiu o papel da única forma instituidora da família legítima, sendo as relações de parentesco havidas fora do casamento ilegítimas, não devendo, portanto, receber a proteção do ordenamento jurídico.

¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. 13 ed. Vol.6. São Paulo: Atlas, 2013. p. 10.

É possível perceber que a codificação anterior ainda mantinha forte caráter religioso, pois ainda emprestava ao casamento a noção de algo indissolúvel e eterno. Nesse sentido:

[...] o Código Civil de 1916 também emprestava ao casamento feição eterna, indissolúvel. Incorporava, de certa maneira, a máxima canonista “o que Deus uniu o homem não separa”. Aliás a disciplina normativa do casamento naquela Codificação revelava, sem segredos, a total influência religiosa sobre a relação de família, praticamente repetindo a normatividade canônica.²

Contudo, a Constituição de 1988 trouxe ao instituto do casamento a ideia de instrumento por meio do qual as pessoas envolvidas buscam uma realização e a plena comunhão de vida. O novo ordenamento constitucional consagra valores voltados à dignidade da pessoa humana, a solidariedade social e a liberdade, os quais devem ser completamente respeitados quando da análise dos efeitos jurídicos e sociais do casamento.

Nesse sentido, é possível afirmar que o casamento, atualmente, pode ser visto como a união entre duas pessoas, regulamentada pelo Estado, buscando a plena comunhão de vida, gerando efeitos pessoais e patrimoniais entre os cônjuges, com reflexos em outras pessoas. Esse último efeito, passaremos a expor.

1.2 Regimes Convencionais de bens previstos no Código Civil

Segundo Maria Helena Diniz, o regime matrimonial de bens “é o conjunto de normas aplicáveis às relações de interesses econômicos resultantes do casamento³”. É, dessa forma, regras relacionadas com interesses patrimoniais resultantes de uma entidade familiar.

O código civil trouxe entre os artigos 1639 e 1688 as regras relacionadas aos regimes de bens legalmente previstos. É válido destacar que aqui vale o princípio da autonomia privada, uma vez que podem os futuros cônjuges estipular o regime de bens que mais for conveniente aos seus interesses, conforme se extrai do artigo

² FARIA, C.C; ROSENVALD, N. **Curso de Direito Civil – Famílias.** 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 170-171.

³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 30 ed. São Paulo: Saraiva. 2015, p. 172.

1939, *in verbis*: “É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver”.⁴

O meio legítimo para que se faça a escolha de um regime de bens distinto do legalmente previsto é o pacto antenupcial, contrato solene realizado antes do casamento, por meio do qual as partes dispõe sobre o regime de bens que vigorará após o casamento e no qual além de poder escolherem entre quaisquer dos regimes previstos no código civil, ainda é permitido a criação de um regime misto, combinando as regras dos regimes previstos na lei e até mesmo criar um regimento completamente novo, devendo os nubentes apenas respeitarem as normas de ordem pública.

Apesar de ser possível a criação de regimes não previstos em lei, não é permitido fracionar os regimes em relação aos cônjuges, ou seja, não pode cada consorte ser regido por um regime de bens distinto do outro, diante da isonomia constitucional estabelecida entre homem e mulher.

Após tais conceitos iniciais, passaremos à exposição de cada um dos regimes pelos quais os nubentes poderão escolher, são eles: comunhão parcial de bens, comunhão universal, separação convencional e separação final dos aquestos. O tópico final deste capítulo será exclusivamente destinado ao regime de separação legal de bens.

1.2.1 Regime da Comunhão Parcial de bens

Antes de iniciar-se a pormenorização das características e regras específicas de tal regime de bens, é imperioso destacar que esse é apresentado pela legislação civil brasileira como o regime supletivo de vontade. Para a comunhão parcial será desnecessária a realização de pacto antenupcial, sendo o regime que irá prevalecer em caso de falta ou invalidade de convenção entre os nubentes.

É o regime pelo qual fica estabelecido que se comunicam os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento, com exceção daqueles que sejam incomunicáveis. “É preservada a titularidade exclusiva dos bens particulares e garantida a comunhão do que for adquirido durante o casamento, presumindo a lei,

⁴ BRASIL. Lei n. 10406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Brasília, DF, jan 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm Acesso em: 6 out. 2017.

ter sido adquirido pelo esforço comum do par⁵", segundo as lições de Maria Berenice Dias.

No entanto, alguns bens são excluídos da comunhão tais como os bens recebidos por um dos cônjuges a título gratuito, sendo o exemplo mais comum o dos bens provenientes de herança. Além desses, o artigo 1659 enumera ainda os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em subrogação dos bens particulares, os bens de uso pessoal, os proventos pessoais do trabalho de cada cônjuge, as pensões, meio-soldos e rendas semelhantes e as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo se os frutos forem revertidos em proveito do casal.

O maior objetivo da escolha deste regime como supletivo da vontade dos cônjuges é a presunção absoluta de colaboração entre os ambos na aquisição de bens de forma onerosa durante a constância do casamento, ainda que tal ajuda seja psicológica ou moral, não se exigindo o auxílio econômico.

Os efeitos patrimoniais da escolha do regime de bens do casamento influencia não apenas em uma possível dissolução do vínculo conjugal mas também possuem extrema relevância no âmbito do direito das sucessões, uma vez que o Código Civil estabeleceu que no regime da comunhão parcial de bens o cônjuge supérstite apenas concorrerá com os demais herdeiros do falecido no que diz respeito a seus bens particulares, sendo mero dos bens comuns (adquiridos durante a constância do casamento e a título oneroso).

É importante destacar que esse regime também será o aplicável à união estável, uma vez que também existe nesse instituto a presunção absoluta de colaboração recíproca na aquisição dos bens.

1.2.2 Regime de Comunhão Universal de bens

A regra geral desse regime é a comunicação plena de todos os bens dos cônjuges, ou seja, comunicam-se tanto os bens anteriores, presentes e posteriores à celebração do casamento.

Mais uma vez nas palavras de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Família**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p 507.

Em linhas gerais, através do regime de comunhão universal, cessa a individualidade do patrimônio de cada um, formando-se uma universalidade patrimonial entre os consortes, agregando todos os bens, os créditos e as dívidas de cada um. É uma verdadeira fusão de acervos patrimoniais, constituindo uma única massa que pertence a ambos, igualmente, condomínio e em razão da qual cada participante terá direito à meação sobre todos os bens da universalidade formada⁶ [...]

Até a entrada em vigor da lei do divórcio (lei nº 6515/1977), o regime de comunhão universal de bens era o regime legal supletivo de vontade dos cônjuges. Hoje, entretanto, por ter sido substituído pelo regime de comunhão parcial, depende da celebração de pacto antenupcial.

A comunhão apesar de universal, não é absoluta. O artigo 1668 do código de 2002, enumerou os bens que serão excluídos da comunhão, veja-se:

Art. 1.668. São excluídos da comunhão:

- I — os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os subrogados em seu lugar;
- II — os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva;
- III — as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum; IV — as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade;
- V — Os bens referidos nos incisos V a VII do art. 1.659⁷

Esses bens, portanto, não estão sujeitos à meação em caso de falecimento do titular do patrimônio. Todavia, incidirá o direito à herança.

Vale destacar “quanto aos frutos, eles são comunicáveis, mesmo que sejam retirados de bens incomunicáveis, desde que havidos durante a constância do casamento⁸”. O exemplo mais famoso é o dos aluguéis recebidos de um dos cônjuges advindos de um imóvel recebido com cláusula de incomunicabilidade.

Dessa forma, é importante destacar que a comunhão universal apenas perdura enquanto o casal estiver convivendo e, claro, existir a comunhão recíproca. Assim, em caso de separação de fato do casal, ocorrerá a cessação da comunhão de bens. Mesmo na hipótese de separação de fato temporária, com posterior reconciliação, os bens adquiridos durante o período de não convivência não serão compartilhados, uma vez que não decorrem do esforço comum.

⁶ FARIAS, C.C; ROSENVALD, N. *Curso de Direito Civil – Famílias*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 364.

⁷ BRASIL. Lei n. 10406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Brasília, DF, jan 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm Acesso em: 6 out. 2017.

⁸ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 5 ed. São Paulo: Método, 2015, p. 919.

Por fim, é válido dizer que no regime e comunhão universal de bens não haverá direito sucessório para o cônjuge em concorrência com os descendentes do falecido, uma vez que ao cônjuge supérstite caberá a meação de todos os bens deixados pelo *de cuius*.

1.2.3 Regime de separação convencional de bens

Antes de fazer a explicação sobre as regras gerais desse regime de bens, é importante destacar que existem duas formas de separação de bens, uma legal ou obrigatória e outra convencional. A primeira delas diz respeito à imposição legal estabelecida no artigo 1641, que será discutida no próximo tópico, já a segunda é aquela que parte da escolha dos nubentes, sendo fruto de um pacto antenupcial. Vamos a ela.

Esse regime de bens estatui que, em regra, não haverá a comunicação de qualquer bem, seja ele posterior ou anterior à união, cabendo a cada cônjuge administrar seu próprio patrimônio. Percebe-se, por isso, que se trata do regime mais simplificado de todos os previstos, pois afasta discussões sobre possível partilha de bens. Vejamos a explicação de Flávio Tartuce:

Como regra básica do regime, não haverá a comunicação de qualquer bem, seja posterior ou anterior à união, cabendo a administração desses bens de forma exclusiva a cada um dos cônjuges (art. 1.687 do CC). Justamente por isso, cada um dos cônjuges poderá alienar ou gravar com ônus real os seus bens mesmo sendo imóveis⁹ (...)

Dessa forma, cada cônjuge responde sozinho por suas obrigações, não tendo qualquer vínculo com o patrimônio do outro. Além disso, prevalece a liberdade de disposição patrimonial e administração particular dos bens de cada um dos consortes, restando como único ponto de comunhão patrimonial as despesas com o lar e com a prole comum, se houver.

Com relação aos efeitos sucessórios, é preciso destacar que apenas caberá ao cônjuge supérstite participar da herança do outro em concorrência com os descendentes ou ascendentes, não havendo que se falar, por óbvio, em meação.

⁹ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 5 ed. São Paulo: Método, 2015, p. 922.

1.2.4 O Regime da participação final nos aquestos

Esse regime de bens, inspirado no direito alemão e argentino, é inovação do atual código civil, e caracteriza-se por ser misto, híbrido, decorrendo de uma mistura entre as regras da comunhão parcial de bens e da separação convencional.

Aquestos são os bens adquiridos por ambos os cônjuges a partir do matrimônio. É todo o patrimônio que o casal acumulou durante e a partir do momento que estabeleceram o vínculo matrimonial.

Dito isso, o regime da participação final dos aquestos estabelece que, durante a constância do casamento, os cônjuges ficam submetidos às regras da separação convencional de bens, no entanto, quando da dissolução da sociedade conjugal, incidem as normas atinentes à comunhão parcial, comunicando-se os bens adquiridos onerosamente por cada um durante as núpcias.

Em outras palavras, com o fim da união, cada cônjuge terá direito a uma participação nos bens para os quais concorreu para a aquisição, devendo provar o esforço patrimonial para tanto.

Em verdade, o que ocorre no regime de separação final dos aquestos é uma verdadeira reconstituição contábil do patrimônio após a dissolução conjugal, na qual verifica-se o aumento patrimonial de cada um dos cônjuges no período de vigência do casamento, fazendo-se após um balanço, e aquele que houver enriquecido menos terá direito à metade do saldo encontrado.

A grande vantagem do regime de separação final dos aquestos é o fato de tal regime conferir aos cônjuges a livre administração de seus bens, garantindo-se, por outro lado, a participação de cada um deles no balanço do patrimônio residual, quando da extinção da sociedade conjugal.

No entanto, trata-se de um regime de execução complicada, nos dizeres de Maria Berenice Dias:

[...] necessária a manutenção de uma minuciosa contabilidade, mesmo durante o casamento, para viabilizar a divisão do patrimônio na eventualidade de sua dissolução. Em determinados casos, há a necessidade de realização de perícia para a identificação dos aquestos partilháveis e respectivas avaliações¹⁰. [...]

¹⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Família**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p 514.

Assim, é possível compreender que tal regime é de pouca aplicação prática, uma vez que enseja a realização de cálculos contábeis e, justamente por esse motivo, deixa o patrimônio mais vulnerável a fraudes.

1.3 O regime de separação legal ou obrigatória de bens

Como já explicado anteriormente, um dos princípios norteadores do regime de bens é o de liberdade de escolha, que garante a livre estipulação patrimonial entre os futuros cônjuges. Nada mais justo, uma vez que, como salienta Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald: “(...) os efeitos econômicos de uma entidade familiar dizem respeito a interesses disponíveis, em linha de princípio, é intuitivo afirmar a liberdade de escolha, calcada na autonomia privada”¹¹

No entanto, tal princípio comporta uma exceção, uma vez que o legislador, previu, no artigo 1641, do Código Civil, o regime da separação legal ou obrigatória de bens, que se apresenta como uma imposição legal, proposta por razões de ordem pública e com um questionável objetivo de proteção aos nubentes.

Nesses casos, não cabe falar em vontade das partes, por essa será completamente desconsiderada. Dessa forma, ainda que as partes tenham manifestado suas vontades através de um pacto antenupcial, celebrado por instrumento público e registrado em cartório, esse será considerado completamente ineficaz, uma vez que a proibição legal prevalece sobre a manifestação de vontade das partes.

Essa modalidade de regime de bens funciona de forma bastante semelhante à exposta no item 1.2.3, ou seja, o patrimônio de cada cônjuge é individualizado, havendo a incomunicabilidade não só dos bens que possuíam ao se casar, como também dos que veio a adquirir na constância do casamento.

Superados esses esclarecimentos iniciais, passaremos à breve análise de cada uma das hipóteses de incidência desse regime de bens.

O primeiro caso previsto é o das pessoas que celebram o matrimônio com violação à uma das causas suspensivas previstas no artigo 1523 do Código Civil, são elas: o viúvo ou viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer o inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros, a viúva ou mulher cujo

¹¹ FARIAS, C.C; ROSENVALD, N. **Curso de Direito Civil – Famílias**. 9 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 304.

casamento se desfez por ser nulo ou anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal, do divorciado enquanto não tiver sido realizada a partilha dos bens do casal e o caso do tutor ou curador e os seus parentes com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não houver sido prestadas as respectivas contas.

São casos em que a imposição do regime de separação obrigatória é justificada com propósito de não prejudicar determinados interesses pecuniários de terceiros, tais como o dos filhos do falecido, do divorciado, do tutelado e do curatelado.

Vejamos, mais uma vez, o posicionamento de Maria Berenice Dias:

[...] Trata-se, nada mais, nada menos, de mera tentativa de frear o desejo dos nubentes mediante verdadeira ameaça. A forma encontrada pelo legislador para evidenciar sua insatisfação frente à teimosia de quem desobedece ao conselho legal e insiste em realizar o sonho de casar, é impor sanções patrimoniais, ou melhor, é retirar efeitos patrimoniais ao casamento¹²[...]

Entretanto, é necessário registrar que o parágrafo único do próprio artigo 1523 determina que:

Art. 1.523. Não devem casar: [...]

Parágrafo único. É permitido aos nubentes solicitar ao juiz que não lhes sejam aplicadas as causas suspensivas previstas nos incisos I, III e IV deste artigo, provando-se a inexistência de prejuízo, respectivamente, para o herdeiro, para o ex-cônjuge e para a pessoa tutelada ou curatelada; no caso do inciso II, a nubente deverá provar nascimento de filho, ou inexistência de gravidez, na fluência do prazo¹³.

O segundo caso previsto na lei é o do nubente com idade superior a setenta anos, o qual, é, em realidade o objeto central desta pesquisa e do qual trataremos com todos os detalhes no capítulo final deste trabalho, ao qual remetemos o leitor.

Em terceiro lugar, surge a imposição do regime de separação obrigatória de bens para as pessoas que para celebrarem o casamento necessitaram de autorização (suprimento) judicial. Estão inseridos nessa hipótese os casos de suprimento de idade (menores de dezesseis anos) e de consentimento dos pais

¹² DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Família**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p 519.

¹³ BRASIL. Lei n. 10406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Brasília, DF, jan 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm Acesso em: 6 out. 2017.

(para os nubentes entre dezesseis e dezoito anos de idade). Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho explicam a justificativa para a existência do dispositivo:

Assim, em situações específicas relativas a menores, em que se exige pronunciamento judicial, como em caso de divergência entre os pais ou de não alcance da idade núbil, é vedado aos nubentes a livre escolha do regime de bens. Quer-se, com isso, dada a situação de vulnerabilidade dos noivos, e em virtude de não caber ao juiz fazer uma escolha dessa natureza por eles, proteger-lhes o patrimônio pessoal.¹⁴

Nesse último caso, é possível que as partes interessadas venham a pleitear, em juízo, a modificação do regime de bens para aquele que lhes interessar, quando cessada a causa que originou a restrição à liberdade de escolha, uma vez que não há qualquer óbice legal quanto a isso.

¹⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil.** 2 ed. Vol. 6. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 288.

2 CONSIDERAÇÕES RELEVANTES SOBRE CAPACIDADE CIVIL DOS IDOSOS

Para a compreensão do tema, faz-se necessário um estudo conceitual, abordando, primeiramente, as ideias de personalidade jurídica, capacidade civil e a nova teoria das incapacidades vigente no ordenamento jurídico brasileiro.

2.1 Da Personalidade Jurídica e da Capacidade Civil

Antes apresentar o desenvolvimento do tema de capacidade civil, faz-se necessário explicitar o conceito de personalidade jurídica, a qual pode ser compreendida, em linhas gerais, como a “aptidão genérica para titularizar direitos e contrair obrigações, ou, dito de outro modo, é o atributo necessário para que um indivíduo seja sujeito de direitos¹⁵”.

Adquirida a personalidade, o ente poderá praticar atos e negócios jurídicos de diversas formas e tal aptidão, é necessário destacar, ocorre a partir do nascimento com vida, conforme se infere da leitura do artigo 2º, do Código Civil.

Dessa forma, aliada à concepção de personalidade, o ordenamento jurídico brasileiro reconhece aos indivíduos a capacidade para a aquisição de direitos e para seu exercício.

Nas lições de Caio Mário da Silva Pereira:

Personalidade e capacidade complementam-se: de nada valeria a personalidade sem a capacidade jurídica que se ajusta assim ao conteúdo da personalidade, na mesma e certa medida em que a utilização do direito integra a ideia de ser alguém titular dele. Com esse sentido genérico não há restrições à capacidade, porque todo direito se materializa na efetivação ou está apto a concretizar-se. Quem tem aptidão para adquirir direitos deve ser hábil a gozá-los e exercê-los, por si ou por via de representação¹⁶(...).

Dessa forma, é necessário agora distinguir a chamada capacidade de direito, já descrita nas linhas acima, para a capacidade de fato ou de exercício, a qual é suscintamente apresentada como a aptidão para exercer pessoalmente seus direitos

¹⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 16 ed. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 128.

¹⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva, **Instituições de Direito Civil – Vol.I**.30 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.p. 235.

e obrigações, sem a necessidade de representação ou assistência. Reunidos os dois atributos pode-se afirmar que o ente possui capacidade civil plena.

César Fiúza explica com clareza tal distinção:

Esta aptidão pode ser mero potencial ou poder efetivo. Se for mero potencial, teremos a capacidade de Direito, também chamada de capacidade jurídica, legal ou civil. Se for poder efetivo, teremos a capacidade de fato, também chamada de capacidade geral ou plena.¹⁷

Nesse sentido, é importante ressaltar que a capacidade de direito jamais poderá ser negada ao indivíduo, sob pena de perda dos atributos da personalidade.

No que concerne à capacidade de fato, é necessário destacar que existem indivíduos que não a exercem de maneira direta, pois lhes faltam requisitos materiais para dirigirem-se com autonomia no mundo civil, o que ocasiona, portanto, a necessidade de intervenção de outra pessoa, a qual representará ou assistirá seus interesses. Dessa descrição surge o conceito de incapacidade.

Em resumo, aqueles que se encontram em pleno exercício de seus direitos são capazes, portanto, possuem capacidade de fato ou de exercício e aquele ao qual falta a aptidão para agir não a possui. Assim, é possível afirmar que toda pessoa tem capacidade de direito, mas nem todas possuem capacidade de fato. Todos podem adquirir direitos, mas nem todos podem usá-los pessoalmente ou transmiti-los por ato de vontade.

Justamente por esse motivo é que se afirma que a regra é a capacidade, e a incapacidade exceção, pois apenas se admite recusar ao indivíduo sua capacidade de fato, quando ela for expressamente prevista em lei, sendo vetado também a faculdade de abdicar da sua capacidade, declarar-se incapaz ou de reduzida capacidade.

2.2 A Teoria das Incapacidades vigente no Código Civil Brasileiro

Iniciando o raciocínio pela ideia de que a capacidade é a regra e a incapacidade é a exceção, a lei, veio a contemplar de forma objetiva as hipóteses em que se permite a restrição da capacidade plena, esclarecendo sempre que tal limitação ao exercício dos direitos civis possui caráter excepcional. Nesse ponto, apresentamos a explicação de Caio Mário da Silva Pereira:

¹⁷ FIUZA, César, **Direito Civil**. 18 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 81.

Toda incapacidade é legal, independentemente da indagação de sua causa próxima ou remota. É sempre a lei que estabelece, com caráter de ordem pública, os casos em que o indivíduo é privado, total ou parcialmente, do poder de ação pessoal, abrindo, na presunção de capacidade genérica a exceção correspondente às hipóteses previstas.¹⁸

De forma sucinta pode-se afirmar que incapacidade é a inexistência em uma pessoa, dos requisitos que a lei acha indispensáveis para que ela exerça seus direitos de forma direta e pessoalmente, sem que isso signifique ou resulte em alguém tipo de prejuízo a este indivíduo.

Por conta disso, os aqueles que forem declarados incapazes necessitam de um tratamento diferenciado, uma vez que não possuem o mesmo nível de compreensão da vida, da realidade e dos atos cotidianos das pessoas plenamente capacitadas.

Tal premissa decorre diretamente da aplicação do Princípio da Igualdade, consagrado no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, mas não apenas sob uma ótica de igualdade formal e sim, material ou substancial, a qual permite um tratamento diferenciado àqueles que estão em posição de desigualdade. Nesse exato sentido são as lições da Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

(...) importa perceber que o incapaz reclama um tratamento diferenciado, na medida em que não possui o mesmo quadro de compreensão da vida e dos atos cotidianos das pessoas plenamente capacitadas. É a simples aplicação da conhecida regra de que a igualdade se consubstancia tratando desigualmente quem está em posição desigual¹⁹.

Dessa forma, é possível afirmar que o instituto da Teoria das Incapacidades foi formulado com a finalidade de proteger os interesses das pessoas que possuem algum tipo de limitação à sua capacidade plena.

A instituição de lei prevendo o regime de incapacidades jamais possuiu caráter prejudicial a tais pessoas, muito pelo contrário, surgiu com a efetiva necessidade de oferecer proteção a elas, uma vez que sua condição precisa de um tratamento especial, através do qual o ordenamento jurídico busca reestabelecer um equilíbrio psíquico, rompido em decorrência de suas condições peculiares.

Assim, uma vez que se declara a incapacidade de alguém, uma série de medidas protetivas são determinadas em seu favor. Dentre elas: a não ocorrência do prazo de prescrição ou de decadência contra os absolutamente incapazes (CC, arts.

¹⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições de Direito Civil – Vol.I.30 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 227.

¹⁹ FARIA, C.C; ROSENVOLD, N. **Curso de Direito Civil – Famílias.** 9 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 906

198, I e 208), o mútuo feito a pessoa menor, sem prévia autorização do responsável, que não poderá ser reavido (CC, art. 588), a proibição de reclamar o que por obrigação anulada, pagou a um incapaz, se não provar que reverteu em proveito dele a importância paga (CC, art. 181), a obrigatoriedade da partilha de bens de forma judicial em processo de inventário, quando neste houver interesse de incapaz, sendo totalmente vedada a partilha amigável ou em cartório (CC, art. 2015) e a atuação obrigatória do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica (*custus iuris*) em qualquer processo judicial que versar sobre interesse de incapazes (CPC, art. 178).

A proteção jurídica dispensada aos incapazes, portanto, verifica-se na concessão de direitos diferenciados e não na através da retirada completa de sua capacidade. Dessa forma, aponta-se os dizeres de Vitor Frederico Kumpel e Bruno Ávila Borgarelli:

A lei não pode ser insensível a essas situações particulares que desautorizam já – e faticamente – a prática de atos jurídicos em igualdade de condições com o resto dos indivíduos. Daí estabelecer o sistema de incapacidades, pelo qual o direito reconhece que certas pessoas não podem agir em sociedade de forma totalmente livre. De sorte que, para além do raciocínio relativo à própria capacidade de agir e seus pressupostos, vêm as incapacidades como verdadeira medida protetiva daqueles que são abraçados pela norma.²⁰

O Código Civil estatui em seus artigos 3º e 4º, a aptidão genérica para a prática de atos da vida civil pessoalmente, restringindo a capacidade plena de alguns grupos de pessoas e estabelecendo a falta de capacidade total para outros, de modo a criar uma graduação ao exercício da capacidade de fato.

É importante destacar que além das enfermidades mentais e outras formas de deficiência que podem restringir a compreensão da realidade e, assim, determinar que certo indivíduo é incapaz, a idade também é fator determinante da incapacidade, porquanto que todas as pessoas com menos de dezesseis anos são, por força de lei, consideradas incapazes.

Dessa forma, observando-se a diversidade das condições pessoais dos menores e a profundidade da redução do discernimento para as pessoas com alguns tipos de enfermidade, o Código Civil separou aqueles que são inaptos para os atos da vida civil em sua totalidade, daqueles que são incapazes apenas quanto

²⁰ KUMPEL, Vitor Frederico; BORGARELLI, Bruno de Ávila. **A destruição da teoria da incapacidades e o fim da proteção aos deficientes**. Disponível em:<<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI225012,101048-A+destruicao+da+teoria+das+incapacidades+e+o+fim+da+protecao+aos+s>> Acesso em: 14 dez. 2017

a alguns direitos e a forma de seu exercício. E, de acordo com essa graduação, graduou também a forma de proteção, reservando aos primeiros a representação, uma vez que são totalmente impedidos de agir juridicamente, e para os últimos a modalidade da assistência.

Os primeiros são chamados absolutamente incapazes e os últimos relativamente incapazes.

Uma vez que a incapacidade representa limitações ao livre exercício da aptidão para praticar atos jurídicos pessoalmente, é necessário destacar que essas restrições devem compreendidas de forma excepcional²¹.

Os absolutamente incapazes, apesar de serem detentores de direitos e de poder adquiri-los, não podem exercê-los, encontram-se apartados das atividades civis, não sendo possível que participem de qualquer negócio jurídico de maneira direta e pessoal. Como já dito acima, a ligação entre as pessoas absolutamente incapazes e os atos civis e jurídicos ocorre de maneira indireta, por intermédio de um instituto chamado representação. Ou seja, nos atos em que precisam exercer seus direitos e interesses, procedem por meio de representantes, que agem em seu nome.

A representação poderá ocorrer de forma automática, quando se der em razão das relações de parentesco, como nos casos de poder familiar e de tutela legal, por exemplo. Nessas hipóteses, o representante do incapaz não precisará de qualquer ato de investidura ou designação para que desempenhe suas funções; ou pode se dar de por nomeação ou designação da autoridade judiciária; nestes casos (curatela, tutela dativa), o representante adquire essa qualidade por meio de um ato judicial.

Por outro lado, aqueles considerados relativamente incapazes não são totalmente privados da sua capacidade de fato. Essas pessoas não são privadas da participação na vida jurídica, muito pelo contrário, a prática de seus direitos somente se realiza com sua presença.

No entanto, como tais pessoas possuem limitação à prática de determinados atos ou à maneira de exercê-los, elas precisam ser assistidas. O ordenamento jurídico determina a entrega desse ofício, em razão de parentesco, por relação de ordem civil ou por designação judicial.

²¹ FARIAS, C.C; ROSENVALD, N. **Curso de Direito Civil – Famílias**. 9 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 908.

É importante destacar que a prática de um ato jurídico tanto pelo absolutamente quanto pelo relativamente incapaz é causa de invalidade do negócio jurídico. No caso de absolutamente incapazes, o ato será nulo, não sendo apto a produzir qualquer efeito jurídico; enquanto que os atos praticados pelo relativamente incapaz são anuláveis e dessa forma, produzem efeitos até o reconhecimento da invalidade por decisão judicial.

Superada as tais considerações, faz-se necessário apresentar o rol trazido pela lei de quem poderá ser reconhecido como relativamente ou absolutamente incapaz.

Ocorre que com o advento da lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) o Código Civil sofreu profundas alterações no que diz respeito a esse quesito, trazendo em verdade, uma nova teoria das incapacidades.

Em linhas gerais, com a nova lei não é mais possível conceber a ideia de que uma pessoa com alguém tipo de deficiência, seja ela da natureza física ou mental possa ser considerada incapaz em razão de tal limitação.

No entanto, não é o objetivo dessa pesquisa tecer longas explicações acerca desse novo diploma legal, interessando, apenas, traçar as alterações provocadas no instituto das incapacidades.

Os artigos 3º e 4º do Código Civil receberam novas redações para retirar do rol dos absolutamente incapazes os deficientes mentais e aqueles que por causa transitória ou permanente não puder expressar sua vontade e dos relativamente incapazes os que por deficiência mental tenham discernimento reduzido e aqueles sem desenvolvimento mental incompleto. Abaixo, as novas redações dos referidos dispositivos legais:

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 ebrios habituais e os viciados em tóxico;

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

IV - os pródigos.²²

Assim, é possível perceber claramente que não mais existe incapacidade absoluta por deficiência física, psíquica ou intelectual, tendo sido o critério clínico

²² BRASIL. Lei n. 10406, de 10 de Janeiro de 2002. **Código Civil**. Brasília, DF, jan 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em 04 dez. 2017.

substituído pelo critério puramente etário, qual seja, a incapacidade daqueles menores de dezesseis anos.

2.3 Da relação entre (in) Capacidade e Senilidade

Como estudado acima, a capacidade civil plena diz respeito à possibilidade de um indivíduo exercer, pessoalmente, seus direitos e resolver suas obrigações. Portanto, apontou-se que a regra para o ordenamento jurídico brasileiro é de que todo indivíduo é plenamente capaz, sendo a incapacidade exceção.

Nesse ponto, destaca-se que tal conclusão está intimamente relacionada, dentre outros, aos princípios constitucionais da liberdade e da dignidade da pessoa humana, uma vez que admitir levianamente que determinada pessoa não está apta a exercer sua capacidade civil plena, resultará em tolhimento de seus direitos.

Justamente por esse motivo é que não se pode admitir de maneira nenhuma que qualquer tipo de incapacidade venha a ser presumida, ou seja, que por características específicas, possa-se afirmar categoricamente que uma pessoa não pode ser considerada capaz, sob pena de se incorrer em flagrante desrespeito, primeiramente, a sua dignidade pessoal e, ainda, em violação ao seu direito de liberdade.

Portanto, nos casos previstos no Código Civil que ainda se admitem a declaração de incapacidade (importante relembrar que aqui se excluem os casos das pessoas com deficiência), dependerão de um processo judicial e, consequentemente de uma decisão (sentença). Dessa forma, incapacidade só existe quando expressamente prevista em lei e quando for judicialmente declarada, ressalvado apenas os casos de incapacidade (tanto absoluta quanto relativa) em razão da idade inferior a dezoito anos.

Nesse sentido, Caio Mário da Silva Pereira:

(...). Toda incapacidade é legal, independentemente da indagação de sua causa próxima ou remota. É sempre a lei que estabelece, com caráter de ordem pública, os casos em que o indivíduo é privado, total ou parcialmente, do poder de ação pessoal, abrindo na presunção de capacidade genérica, exceção correspondente estritamente às hipóteses previstas²³(...).

²³ PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições de Direito Civil – Vol.I.30 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 227.

Dito isso, é fácil chegar à conclusão de que não é possível admitir que uma pessoa seja considerada incapaz, seja de forma absoluta, seja de forma relativa única e exclusivamente em razão do decurso do tempo, ou seja, por ser idoso.

É de fundamental importância ressaltar nesse ponto, que idoso é toda pessoa com idade superior a sessenta anos, e que no Brasil, o Estatuto do Idoso (lei nº 10741/2003) reforça a esses indivíduos todos direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal de forma mais específica e enfática, destaca-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 dignidade²⁴.

(...)

Art. 10. É obrigação do Estado e da sociedade, assegurar à pessoa idosa a liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis.

Dessa forma, não é cabível aceitar que a senilidade, por si só, seja causa de restrição da capacidade plena de uma pessoa, uma vez que a lei garante a todas as pessoas idosas, tenham elas sessenta, setenta ou cem anos, todas as oportunidades para seu aperfeiçoamento moral, intelectual, social e ainda respeito a sua dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos civis, individuais e sociais.

Assim, não é possível encarar a senilidade “equivalente a um estado psicopatológico, por maior que seja a longevidade²⁵”. A incapacidade do idoso apenas se declara em caso de doenças psicológicas que comprovadamente afetem a sua capacidade de discernimento, como por exemplo a doença de *Alzheimer*. Nesses casos, a declaração de incapacidade resultava de um fator psíquico, e não da velhice. Com as inovações do Estatuto da Pessoa com Deficiência até tais situações devem ser vistas com reservas.

Nesse sentido, destaca-se mais uma vez as lições de Caio Mário da Silva Pereira: “por maioria de razão, na lógica das reformas promovidas pelo Estatuto da

²⁴ BRASIL, Lei n. 10741, de 1 de out. 2003. **Estatuto do Idoso**. Brasília, DF, OUT DE 2003. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 14 dez. 2017.

²⁵ Ibidem, p. 235

Pessoa com Deficiência, a senilidade não configurará, em regra, uma causa de incapacidade²⁶.

Esse entendimento além de ser o predominante na doutrina e do que se pode depreender da interpretação da lei, é ainda a compreensão da jurisprudência, conforme pode-se depreender de alguns julgados, como esse do Tribunal de Justiça de São Paulo:

APELAÇÃO. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE TESTAMENTO. ALEGAÇÃO DE SENILIDADE DO FALECIDO DONATÁRIO. SUPosta INCAPACIDADE PARA ATOS DA VIDA CIVIL. A CAPACIDADE SE PRESUME, A INCAPACIDADE DEVE SER COMPROVADA. A SENILIDADE, POR SI SÓ, NÃO É CAUSA DE RESTRIÇÃO DA CAPACIDADE DE FATO, PORQUE NÃO PODE SER CONSIDERADA EQUIVALENTE A UM ESTADO PSICOPÁTICO. PERÍCIA REALIZADA EM SEDE DE AÇÃO CAUTELAR NÃO PERMITE DIZER QUE À ÉPOCA DOS FATOS O AUTOR ERA INCAPAZ PARA OS ATOS DA VIDA CIVIL. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO.²⁷

Pelo teor do julgado acima é possível perceber que o Tribunal entendeu que a idade avançada do testador não é motivo suficiente para que se determinasse a anulação do testamento em virtude de incapacidade do sujeito. Entendeu os julgadores que a senilidade do autor da herança não é equivalente a um estado psicopático, esse sim capaz de ensejar a declaração de incapacidade do indivíduo e posterior anulação das disposições de última vontade.

Da mesma forma manifestou-se o Tribunal de Justiça de Minas Gerais em sede de Apelação Civil:

INTERDIÇÃO. PESSOA IDOSA. DEFICIÊNCIA AUDITIVA E VISUAL. INCAPACIDADE PARA EXERCER PESSOALMENTE OS ATOS DA VIDA CIVIL. AUSÊNCIA DE PROVA. A interdição, como se sabe, traduz-se em restrição ao princípio da dignidade humana e, por isso mesmo, deve ser analisada com cautela, para que não haja afronta aos princípios constitucionais garantidos a todos os cidadãos. A interdição de pessoa idosa é medida excepcional e somente pode ser efetivada em decorrência de comprometimento mental que a impeça de discernir ou expressar sua vontade. A deficiência auditiva e visual, bem como a senilidade, não são motivos suficientes ao acolhimento do pedido de interdição, quando comprovada a preservação da capacidade mental e volitiva do interditando - e não são hábeis a torná-lo incapaz para os atos da vida civil. Ao idoso somente será nomeado curador se apresentar problemas hábeis a enquadrá-lo no disposto no art. 1.767 do Código Civil. Caso contrário, é de

²⁶ Ibidem, p. 234.

²⁷ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (5. Câmara de Direito Privado). Apelação Cível nº 00015043420088260431. Apelante (s) I.LB, M.C.L.B – Apelado (s) P.L, O.P.L. Relator: Fábio Podestá, São Paulo, julgamento em 19/06/2013, publicação da súmula em 24/06/2013. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/116344505/apelacao-apl-15043420088260431-sp-0001504-3420088260431/inteiro-teor-116344565?ref=juris-tabs>. Acesso em 03/12/2017.

se lhe reconhecer a plena capacidade civil. A finalidade da prova pericial é, sem dúvida, o fornecimento de conhecimento técnico abalizado, mas, no sistema do livre conhecimento motivado adotado pela lei instrumental, não está o Juiz adstrito ao seu resultado, facultando-se-lhe decidir com base nos demais elementos probatórios existentes nos autos²⁸.

Nessa decisão chama atenção o fato de que o julgador ressaltou que nem a senilidade nem a deficiência auditiva e visual são causas suficientes que justificam a declaração de incapacidade em processo de interdição, pois não são hábeis, por si só de interferir na capacidade do idoso manifestar sua vontade.

Ainda no mesmo sentido, o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE DOAÇÃO. ALEGAÇÃO DE INCAPACIDADE DA DOADORA. ATESTADO MÉDICO ACOSTADO ÀS ESCRITURAS DE DOAÇÃO DANDO CONTA DE QUE A DOADORA GOZAVA DE PLENA CAPACIDADE PARA OS ATOS DA VIDA CIVIL. SENILIDADE QUE NÃO ENSEJA, POR SI SÓ, REDUÇÃO DA CAPACIDADE CIVIL. ACERTO DA SENTENÇA. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO²⁹.

Mais uma jurisprudência apontando que senilidade não pode ser compreendida como incapacidade. No caso, buscava-se a anulação de uma doação realizada por pessoa idosa. Destaca-se mais uma vez que a interdição de uma pessoa e a consequente anulação de negócios jurídicos em razão de ausência de capacidade não pode ser determinada exclusivamente por causa de sua idade avançada.

Dessa forma, é fácil perceber que o entendimento majoritário tanto da doutrina como da jurisprudência é no sentido da impossibilidade de se presumir a incapacidade das pessoas idosas exclusivamente em razão da senilidade.

²⁸ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (7. Câmara Cível). Apelação Cível nº 10481110012525001. Apelante (s): R.N.G, R.N.G.P, R.N.G.S – Apelado: A.G.N. Relator: Wander Marotta, Patrocínio, julgamento em 28/02/2014, publicação da súmula em 07/02/2014. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/119394220/apelacao-civel-ac-10481110012525001-mg/inteiro-teor-119394265?ref=juris-tabs>. Acesso em 03/12/2017.

²⁹ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (2. Câmara Cível). Apelação Cível nº 02050458120098190001. Apelante (s): E.W.D – Apelado: R.B.S, J.N.C, D.S.Z. Relator (a): Des. Cláudia Telles, Rio de Janeiro, julgamento em 18/12/2013, publicação da súmula em 19/12/2013. Disponível em: <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/378886987/apelacao-apl-2050458120098190001-rio-de-janeiro-capital-51-vara-civil/inteiro-teor-378886999?ref=juris-tabs>. Acesso em 04/12/2017.

3 DA IMPOSSIBILIDADE DE OS NUBENTES MAIORES DE SETENTA ANOS ESCOLHEREM O REGIME DE BENS DO CASAMENTO

Nesse capítulo, busca-se discorrer de forma mais detalhada acerca da aplicação do regime de separação obrigatória de bens para os nubentes com idade superior a setenta anos e demonstrar como tal previsão pode ser entendida como uma forma de incapacidade presumida.

3.1 O artigo 1641, inciso II, do código Civil e as alterações trazidas pela lei 12344/2010

Como já dito alhures, o atual código civil brasileiro consagra o princípio da liberdade de escolha dos regimes de bens do casamento. Tal regra está exposta no artigo 1639, *caput*: “É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver”.³⁰

No entanto, por conta de razões, ditas de ordem pública e que visam, em tese a proteção de determinadas pessoas e situações, tal princípio sofre mitigações, isto é, a referida regra comporta exceções, impondo aos nubentes um regime específico, qual seja: a separação obrigatória de bens.

Nesse regime, ocorre uma incomunicabilidade patrimonial, ou seja, cada cônjuge conserva seu acervo e pode administrá-lo livremente. Não há comumhão de quaisquer bens, sejam eles anteriores ou posteriores à celebração do casamento.

As hipóteses de separação legal (ou obrigatória de bens) estão previstas no artigo 1641 do atual código civil. São elas:

- Art. 1.641. É obrigatório o regime da 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;
 - III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

Dentre as hipóteses apresentadas, chama a atenção a regra disposta pelo inciso II, transcrito acima, que demonstra ser obrigatória a separação de bens a todos aqueles com idade superior a setenta anos que pretendem contrair núpcias.

³⁰ BRASIL. lei 10406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Brasília, DF, jan 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm Acesso em: 6 out. 2017.

Mas antes de tecer críticas a sua legalidade e, por que não, constitucionalidade é interessante compreender suas origens.

Em verdade, o referido dispositivo legal foi introduzido ao atual Código Civil em nítida replicação do que era previsto no artigo 258, parágrafo único, inciso II, da codificação de 1916, no qual era obrigatório a separação de bens para o homem maior de sessenta anos e para a mulher com mais de cinquenta anos.

Já redação original do artigo 1641, apresentava a idade de sessenta anos como o limite para a liberdade de escolha do regime de bens para os nubentes de ambos os sexos. Entretanto, a lei 12344/2010 modificou a previsão original do dispositivo em comento, alterando a idade de sessenta para setenta anos.

A justificativa apresentada pelos parlamentares à época da promulgação da lei nada mais era do que o aumento da expectativa de vida do brasileiro o que trouxe a necessidade de adequação da lei à realidade da sociedade. Nas palavras da deputada Solange Amaral, que apresentou o Projeto de lei à Câmara dos Deputados:

Hoje, no entanto, em pleno Século XXI, essa exigência não mais se justifica, na medida em que se contrapõe às contemporâneas condições de vida usufruídas pelos cidadãos brasileiros, beneficiados pela melhoria das condições de vida urbana e rural, graças aos investimentos realizados em projetos de saúde, saneamento básico, educação, eletrificação e telefonia. Iniciativas que se traduzem em uma expectativa média de vida, caracterizada pela higidez física e mental, superior a 70 anos.³¹

A referida alteração legislativa não foi vista com bons olhos para maioria dos estudiosos do Direito de Família, recebendo inúmeras críticas daqueles que defendem em verdade a retirada do dispositivo do ordenamento jurídico. Vejamos as considerações de Pérola Melissa Viana Braga, citada por Indyanara Cristina Pini:

Ao invés de revogar este artigo, o legislador federal mais uma vez expropriou o idoso de seu direito de escolha do regime de bens, pressupondo sua incapacidade civil e contrariando o artigo 1º do Código Civil de 2002. Esta pressuposição é que é totalmente ilegal e inconstitucional, uma vez que o idoso, em razão de sua idade de 70 anos, não está incluído em nenhuma das previsões de incapacidade contidas nos artigos 2º e 3º do atual Código Civil³²

³¹ Trecho citado por: CASSETTARI, Christiano. **As consequências da Lei 12.344/10 que aumentou para 70 anos a idade em que se torna obrigatório o regime da separação de bens no casamento: avanço ou retrocesso [online].** Disponível na Internet via <https://www.26notas.com.br/blog/?p=2854>. 27 dez. 2010.

³² PINI, Indianara Cristina. A separação obrigatória de bens no casamento de maiores de 70 anos.

Âmbito Jurídico. Disponível em: <

http://www.ambitorjuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16797&revisa_caderno=14#>. Acesso em: 09 dez. 2017.

Resta claro, portanto, que ao contrário do defendido pelos parlamentares quando da aprovação da lei nº 12344/2010, os motivos expostos para a alteração do 1641, inciso II, não revelaram uma necessidade de adequação do instituto da separação obrigatória de bens à realidade dos idosos do Brasil, muito pelo contrário, o dispositivo apenas manteve o já existente cerceamento à liberdade da pessoa de idade avançada no que diz respeito à disposição de seu patrimônio quando da celebração do casamento, revelando-se como uma ideia de presunção de incapacidade de tais pessoas.

3.2 O instituto da separação obrigatória de bens para as pessoas maiores de setenta anos sob a ótica dos princípios constitucionais

Como já apontado de maneira superficial em outros locais desta pesquisa, o impedimento imposto às pessoas maiores de setenta anos quanto a escolha do regime de bens do casamento reflete, em verdade, uma verdadeira afronta aos princípios constitucionais da liberdade, da igualdade e, consequentemente, à dignidade da pessoa humana. Destaca-se nesse ponto as lições de Rolf Madaleno:

Manter a punição da adoção obrigatória de um regime sem comunicação de bens porque pessoas casaram sem observarem as causas suspensivas do casamento ou porque contavam com mais de sessenta anos de idade (agora, setenta anos) ou ainda porque casaram olvidando-se do necessário suprimento judicial, é ignorar princípios elementares do Direito Constitucional³³ (...)

Primeiramente, é importante destacar o fundamento legal de tais princípios, qual seja, o artigo 5º, caput, da Constituição Federal:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade³⁴[...]

³³ MADALENO, Rolf. Do regime de bens entre os cônjuges. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (Coord.) **Direito de Família e o novo Código Civil**. 4 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p 190-191.

³⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988 . Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm Acesso em: 6 out. 2017.

É fácil perceber, de início, que a restrição prevista pelo artigo 1641, inciso II, viola a liberdade individual, consagrada no artigo 5º da Constituição Federal. Nas palavras de Sílvio Rodrigues: “a tutela excessiva do Estado, sobre pessoa maior e capaz, decerto é descabida e injustificável³⁵”.

Não é diferente a concepção de violação ao princípio da igualdade que veda, em uma de suas acepções a diferenciação dos indivíduos em razão de sexo, raça, idade, convicções filosóficas, políticas e religiosas, classe social, etc. Os renomados doutrinadores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho afirmam: “o que notamos é uma violência escancarada ao princípio da isonomia, por conta do estabelecimento de uma velada forma de interdição parcial do idoso³⁶”.

Já no que tange ao princípio da dignidade da pessoa humana, apontado como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito pela Carta Magna, comprehende-se que ele denota a qualidade de todo ser humano de ser merecedor de respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, garantindo-lhe o mínimo existencial e a promoção de uma participação ativa na própria existência e na vida em sociedade. Nesse contexto, é fácil perceber que a previsão do regime de separação legal de bens aos nubentes com idade superior a setenta anos mostra-se como uma clara violação a este princípio, por tolher a capacidade de auto gerência quanto ao seu patrimônio.

Nesse sentido, destaca-se o entendimento de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

Efetivamente, trata-se de dispositivo legal inconstitucional às escâncaras, ferindo frontalmente o fundamental princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), por reduzir sua autonomia como pessoa e constrange-lo pessoal e socialmente, impondo uma restrição que a norma constitucional não previu.³⁷

Mais adiante, na mesma obra os autores ainda destacam:

Promovendo a exegese da referida intervenção estatal na esfera de interesses privados, é fácil concluir que, a partir da valorização da pessoa humana e de suas garantias constitucionais, a regra legal se põe em rota

³⁵ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**: Direito de Família. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.v.6.p. 183.

³⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012,

³⁷ FARIAS, C.C; ROSENVALD, N. **Curso de Direito Civil- Famílias**. 9 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 309.

direta de colisão com os princípios da igualdade substancial, da liberdade e da própria dignidade humana.³⁸

O entendimento consolidado da doutrina em considerar o artigo 1641, inciso II, do Código Civil uma afronta aos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal encontra eco na jurisprudência de vários tribunais no Brasil, que reconheceram a constitucionalidade (por via incidental) do dispositivo (ainda que em sua redação original). Veja-se:

INCIDENTE DE INCOSNTITUCIONALIDADE - REGIME DE BENS -
SEPARAÇÃO LEGAL OBRIGATÓRIA - NUBENTE SEXAGENÁRIO (agora,
septuagenário) - INCISO II, DO ART. 1.641, DO CÓDIGO CIVIL -
DISPOSITIVO QUE FERE O DIREITO FUNDAMENTAL DO CÔNJUGE DE
DECIDIR QUANTO À SORTE DE SEU PATRIMÔNIO DISPONÍVEL -
PRESUNÇÃO DE INCAPACIDADE POR IMPLEMENTO DE IDADE -
INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA. - O disposto no inciso II, do art.
1.641, do CC exprime exigência legal que irradia afronta à dignidade
humana abarcando sem critérios válidos cidadãos plenamente capazes e
com extrema carga de experiência de vida, igualando-os às pessoas sem
capacidade civil.³⁹

É interessante destacar que em casos em que o dispositivo é considerado inconstitucional, como o demonstrado acima, a sua incidência no caso concreto é afastada, e, por via de consequência, é dado ao nubente maior de setenta anos a possibilidade de escolher o regime de bens de seu casamento.

O dispositivo legal é alvo de tantas críticas e questionamentos perante os tribunais que, ainda sob o regimento do Código Civil de 1916 (quando as idades para a determinação do regime de separação legal eram de sessenta anos para homens e cinquenta para mulher), o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 377, a qual determina que “no regime de separação obrigatória de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”. Em outras palavras, entende o Supremo que os bens adquiridos durante a constância do casamento, presumem-se contraídos com esforço comum de ambos os cônjuges e, por esse motivo, devem ser considerados passíveis de divisão.

Dessa forma, é possível perceber que a Corte Suprema também discorda com o regime obrigatório imposto às pessoas idosas apenas por um critério cronológico,

³⁸ Ibidem, p. 313

³⁹ SERGIPE. Tribunal de Justiça de Sergipe (Tribunal Pleno). Incidente de Inconstitucionalidade nº 20101017802. Requerente: Regina Tereza Mendes da Silva. Requeridos: Espolio de Hunaldo Mendes da Silva. Relator: Des. Osório de Araújo Ramos Filho, Aracaju, Julgamento em 17/11/2010. Disponível em: <<https://tj-se.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18120797/incidente-de-inconstitucionalidade-iin-20101017802-se-tjse>>. Acesso em 7 dez. 2017.

uma vez que determinou entendimento que dá nova interpretação e aplicabilidade ao dispositivo.

Merece destaque também o artigo 230 da Constituição Federal que, de modo específico trata da assistência às pessoas idosas, estatuindo que a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na sociedade, defendendo sua dignidade e bem-estar.

O grande problema do dispositivo legal, em verdade, é deixar transparecer que a pessoa maior de setenta anos não possui discernimento e racionalidade suficiente para decidir qual o regime de bens que melhor atente a seus interesses, aspecto esse de clara violação aos princípios da liberdade individual, da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

3.3 A presunção de incapacidade aos maiores de setenta anos trazidas pelo artigo 1641, II, e uma possível perspectiva de alteração

Como já comentado em outra parte desta pesquisa, o Código Civil estabelece que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”, o que em outras palavras significa que a capacidade civil é a regra e a incapacidade exceção.

Esta última apenas existe em casos expressos na lei e necessita ser declarada judicialmente em um processo que contará com a intervenção do Ministério Público e no qual ocorrerá interrogatório e exame pericial da pessoa que poderá ser submetida à curatela.

Vale relembrar nesse ponto que curatela é o encargo conferido a uma pessoa para que, segundo os limites determinados juridicamente, determinados em lei, cuide dos interesses de alguém que não possa licitamente administrá-lo.⁴⁰

Dessa forma, observa-se que o procedimento de curatela é bastante criterioso e o fundamento para tanto é a impossibilidade de se declarar a incapacidade de uma pessoa levianamente, uma vez que dele resultam o tolhimento ao exercício dos direitos civis de forma pessoal e direta.

No entanto, o artigo 1641 do Código Civil ao impor em seu inciso II, o regime de separação legal de bens para as pessoas com idade superior a setenta anos feriu essa lógica, apresentando um critério puramente cronológico para justificar a

⁴⁰ Normas Legais, Curatela. Disponível em:<<http://www.normaslegais.com.br/guia/clientes/curatela.htm>>. Acesso em 12 de dezembro de 2017.

determinação de um regime de bens obrigatório o que representa, em verdade, uma restrição a autonomia da vontade.

Logo, é fácil concluir que, nesse ponto, a lei considerou a idade avançada como causa que justifica a impossibilidade de praticar um direito civil, o que nada mais é do que presumir sua incapacidade para a prática de tal ato. Esse é exatamente nesse o posicionamento de Maria Berenice Dias:

Trata-se de presunção *juris et de jure* de total incapacidade mental. De forma aleatória e sem buscar sequer algum subsídio probatório, o legislador limita a capacidade de alguém exclusivamente para um único fim: subtrair a liberdade de escolher o regime de bens quando do casamento.⁴¹

A renomada autora ainda acrescenta que a “nas demais hipóteses em que a lei impõe esse regime de bens, ao menos existem justificativas de ordem patrimonial. Consegue-se identificar a tentativa de proteger o interesse de alguém”⁴² (CC 1.641 I). Além disso, é dada às pessoas (que casam com inobservância a causas suspensivas) a possibilidade de afastar a incidência da restrição, se comprovarem a inexistência do prejuízo (previsão no artigo 1523, parágrafo único). Entretanto, essa chance não é dada aos noivos com idade acima de setenta anos.

Além desse terrível atentado ao próprio ordenamento jurídico brasileiro, tanto em termos constitucionais, como já discutido no tópico anterior, como em relação a outras leis, o dispositivo ainda traz uma noção de casamento preconceituosa e essencialmente patrimonialista.

Em primeiro lugar, o referido dispositivo legal traz a consideração de que os idosos não são dignos de terem um relacionamento desinteressado de proveitos econômicos, antevendo que outras pessoas só se interessariam por alguém com idade avançada com a finalidade de receber seus bens quando do divórcio ou por ocasião de seu falecimento.

Nesse sentido destacamos o posicionamento de Adriano Feriani:

A presunção de desorganização mental das pessoas com mais de 70 anos é absolutamente descabida. É preconceituosa. A associação da velhice à debilidade intelectual é equivocada e não pode ser presumida de forma absoluta, como prescreve a lei. Ninguém se torna incapaz exclusivamente por causa da idade avançada. Casamentos por

⁴¹ DIAS, Maria Berenice, op. cit., p. 520

⁴² Idem

interesses patrimoniais podem existir em todas as idades. Deslumbramentos e paixões descontroladas podem atingir a todos.⁴³

Além disso, a previsão do dispositivo é excessivamente patrimonialista, resguardando muito mais os interesses econômicos dos herdeiros do idoso do que o do futuro nubente em si, uma vez que resguardando o patrimônio de uma possível comunhão de bens (quando do divórcio ou da morte do autor da herança) restarão mais bens disponíveis para a partilha entre os herdeiros e não há que se falar em meação do cônjuge.

Dessa forma, após evidenciar que a restrição à escolha do regime de bens ao nubente idoso apresenta-se como uma afronta a princípios constitucionais e também demonstra uma presunção de incapacidade, passa-se a analisar perspectivas de alterações na legislação civilista brasileira a fim de que tal previsão deixe de existir. Muitos são os argumentos que embasam tal defesa.

Primeiramente, como apresentado a pouco nesta pesquisa, a doutrina majoritária entende que tal previsão é, de fato uma presunção de incapacidade e, ainda há aqueles que defendem até mesmo a constitucionalidade do dispositivo. Podemos citar, neste ponto, autores como Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho, Caio Mário da Silva Pereira, Flávio Tartuce e a já citada Maria Berenice Dias.

No que tange a jurisprudência, o dispositivo já foi objeto de controle de constitucionalidade por via incidental em alguns Tribunais de Justiça do país, como o exemplo apresentado no tópico anterior deste capítulo, o que corrobora com o entendimento que o disposto no artigo 1641, inciso II, do Código Civil não é mais digno de aplicabilidade. E, em que pese o assunto nunca ter tido um entendimento consolidado pelos tribunais superiores, duas decisões merecem destaque.

A primeira delas é a súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, já comentada anteriormente, a qual estabelece a comunicabilidade dos bens adquiridos na constância do casamento quando o casamento for celebrado no regime de separação obrigatória de bens.

Pelo enunciado da referida súmula, é possível perceber que o Supremo buscou determinar que durante a constância do casamento é presumido que um cônjuge concorreu para o acréscimo patrimonial do outro, sendo justo, portanto, que tenha

⁴³ FERIANI, Adriano. **A obrigação de casar no regime de separação de bens por causa da idade.** Migalhas, 2012. Disponível na internet em: <http://www.migalhas.com.br/Civilizalhas/94,MI152653,51045-A+obrigacao+de+casar+no+regime+da+separacao+de+bens+por+causa+da+idade>. Acesso em: 13 dez. 2017

direito a uma parcela do bem quando do fim do matrimônio. Dessa forma, é fácil perceber que esse entendimento reduz em grande parte a produção dos efeitos pretendidos pelo legislador ao estabelecer as hipóteses de separação obrigatória de bens.

O segundo ponto que merece destaque diz respeito a decisão da Quarta Turma⁴⁴do Superior Tribunal de Justiça que determinou que a separação de bens não é obrigatória para os casamentos que são precedidos de união estável. A decisão dos ministros foi no sentido de que nesses casos “não há necessidade de proteger o idoso de relacionamentos fugazes por interesse exclusivamente econômico” e que essa é a interpretação que “melhor compatibiliza” com a Constituição Federal, pois a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento.

Apesar das justificativas apresentadas pelos ministros demonstrarem certo conservadorismo e filiação à interpretação literal do artigo 1641, do Código Civil, a análise do teor completo da decisão leva à conclusão de que, na verdade, formulou-se mais uma causa que restringe a aplicação do regime de separação obrigatória de bens aos noivos idosos.

De forma mais direta e precisa o Conselho da Justiça Federal, na I Jornada de Direito Civil, estabeleceu enunciado que trouxe proposta de alteração do Código Civil em vigor, apontando claramente a necessidade de revogação do dispositivo em comento, eis o teor do referido enunciado:

Proposição sobre o art. 1.641, inc. II: Redação atual: “da pessoa maior de sessenta anos”. Proposta: **revogar o dispositivo**. Justificativa: “A norma que torna obrigatório o regime da separação absoluta de bens em razão da idade dos nubentes não leva em consideração a alteração da expectativa de vida com qualidade, que se tem alterado drasticamente nos últimos anos. Também mantém um preconceito quanto às pessoas idosas que, somente pelo fato de ultrapassarem determinado patamar etário, passam a gozar da presunção absoluta de incapacidade para alguns atos, como contrair matrimônio pelo regime de bens que melhor consultar seus interesses”.⁴⁵

⁴⁴ Não foi possível acesso ao teor do julgado em razão deste ser protegido pelo segredo de justiça. Informações obtidas via internet, disponível em http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Separa%C3%A7%C3%A3o-de-bens-n%C3%A3o-%C3%A9-obrigat%C3%B3ria-para-idosos-quando-casamento-%C3%A9-precedido-de-uni%C3%A3o-est%C3%A1vel

⁴⁵ Jornadas de direito civil I, III, IV e V : enunciados aprovados / coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. – Brasília : Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012.

Assim, o Conselho da Justiça Federal demonstrou que seu posicionamento em relação a imposição do regime da separação obrigatória de bens para as pessoas idosas, unicamente em razão da idade configura, de fato, uma presunção de incapacidade para determinados atos e, ainda manifesta o entendimento de que a referida previsão é mantém uma visão preconceituosa em relação ao idoso.

Em virtude de tudo o que foi apresentado neste capítulo e ainda com base nas explicações e esclarecimentos apontados em partes anteriores desta pesquisa, é possível afirmar, de fato, que uma alteração legislativa no artigo 1641 do Código Civil é necessária. E, diferentemente da proposta pela lei 12344/2010, não é mais razoável admitir apenas uma alteração no padrão etário a partir do qual o regime de separação de bens será imposto. Será necessário na verdade uma revogação do dispositivo, apagando-se por completo a estipulação de um regime de bens obrigatório a um determinado grupo de pessoas unicamente em razão da idade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa tratou de discutir a imposição do regime de separação obrigatória de bens às pessoas maiores de setenta anos, prevista no artigo 1641,

inciso II, do Código Civil Brasileiro, analisando os motivos pelos quais tal determinação pode ser considerada como uma presunção de incapacidade.

Inicialmente, mostrou-se necessário destacar conceitos gerais a cerca de Direito de Família, principalmente quanto a casamento e regime de bens. Nesse último ponto, buscou-se apresentar que no direito brasileiro há uma pluralidade de regimes e que aos nubentes é dada liberdade de escolha entre quaisquer deles e ainda a possibilidade de modificação, combinação e até mesmo criação de novas espécies.

Em seguida, buscou-se apontar os conceitos de personalidade jurídica e de capacidade civil, com o intuito de compreender melhor quais os critérios necessários para alguém ser considerado incapaz, visando, dessa forma, descartar por completo a possibilidade de decretação de incapacidade unicamente em razão de um critério etário, cronológico.

Esse posicionamento encontra fundamento não só na própria lei civil, que destaca logo em seu primeiro artigo que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”, como também em outros diplomas legais tais como o Estatuto do Idoso que defende a autonomia e liberdade dessas pessoas como também no recente Estatuto da Pessoa com Deficiência que restringiu ainda mais o rol das hipóteses de incapacidade.

Porém, o argumento que mais depõe contra o dispositivo do código civil que determina um regime de separação obrigatória de bens às pessoas com mais de setenta anos ainda é o fato de que tal previsão vai de encontro aos direitos fundamentais da liberdade e igualdade garantidos expressamente na Constituição Federal e ainda fere brutalmente a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

O entendimento da doutrina e da jurisprudência majoritária é exatamente nesse sentido. Apontou-se vários autores e alguns julgados afirmando que o inciso II do artigo 1641 do Código Civil mostra uma visão preconceituosa e extremamente patrimonialista em relação ao casamento das pessoas idosas, o que deveria ter sido evitado pelo legislador.

Dessa forma, é possível perceber a relevância desse trabalho não só para o meio acadêmico como também para a sociedade, uma vez que aponta para uma discussão acerca de importante direitos civis de uma parcela significativa da população brasileira, qual seja, os idosos com idade superior a setenta anos.

Por todo o exposto, comprehende-se que a fixação de um regime de bens como o obrigatório a uma parcela da sociedade em virtude apenas de uma característica etária não é razoável. Sendo necessário, dessa forma, buscar-se uma alteração legislativa que vise a revogação de tal dispositivo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei 10406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Brasília, DF, jan 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm Acesso em: 6 out. 2017.

BRASIL. Lei n. 10741, de 1 de out. 2003. **Estatuto do Idoso**. Brasília, DF, OUT DE 2003. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 14 dez. 2017.

CASSETTARI, Christiano. **As consequências da Lei 12.344/10 que aumentou para 70 anos a idade em que se torna obrigatório o regime da separação de**

bens no casamento: avanço ou retrocesso [online]. Disponível na Internet via <https://www.26notas.com.br/blog/?p=2854>. 27 dez. 2010. Acesso em: 04 dez. 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Família.** 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** 30 ed. São Paulo: Saraiva. 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil – Famílias.** 9 ed. Vol. 6 Salvador: Juspodivm, 2016.

FERIANI, Adriano. **A obrigação de casar no regime de separação de bens por causa da idade.** Migalhas, 2012. Disponível na internet em: <http://www.migalhas.com.br/Civilizalhas/94,MI152653,51045-A+obrigacao+de+casar+no+regime+da+separacao+de+bens+por+causa+da+idade>. Acesso em: 13 dez. 2017

FIUZA, César. **Direito Civil.** 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 81.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil.** 16. ed. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 128.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil.** 2 ed. Vol. 6. São Paulo: Saraiva, 2012.

KUMPEL, Vitor Frederico; BORGARELLI, Bruno de Ávila. **A destruição da teoria da incapacidades e o fim da proteção aos deficiente.** Disponível em:<<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI225012,101048-A+destruicao+da+teoria+das+incapacidades+e+o+fim+da+protecao+aos>> Acesso em: 14 dez. 2017

MADALENO, Rolf. Do regime de bens entre os cônjuges. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (Coord.) **Direito de Família e o novo Código Civil.** 4 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (7. Câmara Cível). **Apelação Cível nº 10481110012525001.** Apelante (s): R.N.G, R.N.G.P, R.N.G.S – Apelado: A.G.N. Relator: Wander Marotta, Patrocínio, julgamento em 28/02/2014, publicação da súmula em 07/02/2014. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/119394220/apelacao-civel-ac-10481110012525001-mg/inteiro-teor-119394265?ref=juris-tabs>. Acesso em 03/12/2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil .** 30 ed. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil.** 30 ed. Vol. 6 Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PINI, Indianara Cristina. A separação obrigatória de bens no casamento de maiores de 70 anos. **Âmbito Jurídico**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16797&revista_caderno=14#>>. Acesso em: 09 dez. 2017.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (2. Câmara Cível). Apelação Cível nº 02050458120098190001. Apelante (s): E.W.D – Apelado: R.B.S, J.N.C, D.S.Z. Relator (a): Des. Cláudia Telles, Rio de Janeiro, julgamento em 18/12/2013, publicação da súmula em 19/12/2013. Disponível em: <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/378886987/apelacao-apl-2050458120098190001-rio-de-janeiro-capital-51-vara-civel/inteiro-teor-378886999?ref=juris-tabs>. Acesso em 04/12/2017.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Direito de Família**. 25. ed. Vol. 6 São Paulo: Saraiva, 2000.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (5. Câmara de Direito Privado). Apelação Cível nº 00015043420088260431. Apelante (s) I.LB, M.C.L.B – Apelado (s) P.L, O.P.L. Relator: Fábio Podestá, São Paulo, julgamento em 19/06/2013, publicação da súmula em 24/06/2013. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/116344505/apelacao-apl-15043420088260431-sp-0001504-3420088260431/inteiro-teor-116344565?ref=juris-tabs>. Acesso em 03/12/2017.

SERGIPE. Tribunal de Justiça de Sergipe (Tribunal Pleno). Incidente de Inconstitucionalidade nº 20101017802. Requerente: Regina Tereza Mendes da Silva. Requeridos: Espolio de Hunaldo Mendes da Silva. Relator: Des. Osório de Araújo Ramos Filho, Aracajú, Julgamento em 17/11/2010. Disponível em: <<https://tj-se.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18120797/incidente-de-inconstitucionalidade-iin-2010107802-se-tjse>>. Acesso em 7 dez. 2017.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 5 ed. São Paulo: Método, 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. 13 ed. Vol.6. São Paulo: Atlas, 2013.