

A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA PROIBIÇÃO DA ESCOLHA DO REGIME DE CASAMENTO PARA MAIORES DE 70 ANOS

Frederico Ferri de Resende⁷

Izabella Botelho Santos⁸

Sumário: 1. Introdução; 2. Contexto histórico; 3. Regime da Separação Legal; 4. Princípios pertinentes à matéria; 5. Separação Legal: Impactos na Legislação do direito material (direito sucessório e divórcio) e Legislação extravagante (Estatuto do Idoso); 6. Análise da Doutrina; 7. A jurisprudência e a súmula do STF. 8. Conclusão; 9 . Referências

1. Introdução

Veza por outra, encontram-se normas inseridas no ordenamento jurídico que não se coadunam nos conjuntos de regras e princípios consagrados pelo sistema. O viés protecionista de algumas destas normas esconde certa carga preconceituosa por parte do legislador, como será demonstrado na adoção do regime de casamento da separação legal para os maiores de setenta anos de idade.

A definição do vocábulo Idoso (segundo o dicionário de português, Aurélio (2001, p.371) significa “que(m) tem bastante idade; velho”) é essencialmente de caráter cronológico, o que desconsidera o nível de autodeterminação que estas pessoas possuem e a experiência de vida que apenas a idade traz. É cediço que, com os avanços da ciência, a pessoa idosa adquire cada vez mais independência e qualidade de vida, o que torna indiscutível a necessidade de estudar as normas jurídicas que alcançam estas pessoas, e até que ponto o objetivo protecionista das mesmas esconde elementos preconceituosos.

Neste contexto a pesquisa vai abordar a Separação Legal, perquirindo a sua a (in) constitucionalidade frente aos maiores de 70 (setenta) anos).

⁷ Advogado. Procurador do Conselho Regional de Medicina do Estado de Minas Gerais. Membro da Comissão de Direito Médico da OAB/MG. Especialista em Direito Público pela PUC-MG. Mestre em Direito Privado pela PUC-MG. Professor da Fundação Pedro Leopoldo.

⁸ Bacharela em Direito pela Fundação Pedro Leopoldo. Advogada militante nas Comarcas de Belo Horizonte/MG, Vespasiano/MG e Lagoa Santa/MG.

A pesquisa é estruturada em três etapas. Inicialmente, com o período previamente demarcado, estudar-se-ão as origens da norma, buscando entender o porquê da edição da norma, e se esses motivos subsistem na atualidade.

Posteriormente, através do estudo dos princípios constitucionais, assim como através da legislação vigente, doutrina e jurisprudência, será permitido ao leitor entender e refletir sobre o controverso Regime da Separação Legal para os maiores de 70 (setenta) anos.

Um tópico dedicado à sumula 377 do STF (Supremo Tribunal Federal) e a jurisprudência promete encerrar mais questionamentos ao Regime da Separação Legal para os idosos.

O método empregado na pesquisa consiste em análises doutrinárias e pesquisas na jurisprudência, em especial, nos posicionamentos do TJMG (Tribunal de Justiça de Minas Gerais).

Partindo-se destes pressupostos, pretende-se provar que o regime da Separação Legal é injusto com aqueles a que se destina, é uma norma preconceituosa, sugere que aqueles que detêm a idade acima de 70 anos, apesar da inquestionável experiência de vida, não possuem capacidade para escolha do seu próprio regime de casamento. Será demonstrado que o próprio ordenamento jurídico brasileiro rejeita o regime de casamento dos maiores de setenta anos.

2. Contexto histórico

O contexto histórico a ser estudado inicia-se em 1917, ano da entrada em vigor do Código Civil anterior, diploma legal em que nasceu o instituto da Separação Legal. A família, neste tempo, era essencialmente patriarcal. A análise do contexto histórico parte da família, por ser a base social, conforme elucida Carlos Roberto Gonçalves (2012a, p. 15):

Já se disse, com razão, que a família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social. Em qualquer aspecto em que é considerada, aparece a família como uma instituição necessária e sagrada, que vai merecer a mais ampla proteção do Estado, funciona como um mecanismo de compreensão da norma jurídica visto que por meio desta análise é possível conjugar os fatores sociais presentes na norma em comento.

É possível deduzir que, devido à família ser considerada um fenômeno sociológico, suas normas refletiam a sociedade da época.

A título de exemplo da afirmação acima, e, partindo-se da sociedade à época do Código Civil de 1916, explica Gonçalves (2012a) que o casamento tinha a função de criar a “família legítima” conforme dispunha o artigo 229 do Código de 1916 (BRASIL, 1916)⁹, os filhos concebidos fora do casamento, explica o autor, eram considerados ilegítimos.

As normas do Código Civil de 1916 foram confeccionadas em um contexto essencialmente rural, patriarcal e arcaico e com desigualdade de gênero, guardando-se, como foi dito, as características da sociedade da época, conforme descreve Silvio de Salvo Venosa (2005, p. 31). Foi exatamente neste Código de 1916 que a regra que impõe a Separação Legal foi elaborada.

Partindo-se tempos mais próximos dos atuais, no que diz respeito, especificamente ao regime da Separação Legal, Maria Berenice Dias (2014)¹⁰ explica que a convivência entre a Constituição e o Código Civil de 1916, fez com que os doutrinadores da época fizessem um exercício hermenêutico com o fito de adequar a legislação frente ao novo paradigma constitucional.

Entretanto, pela ausência de uniformidade nas decisões havia muita insegurança jurídica. Neste sentido, a edição da súmula 377 do STF (Supremo Tribunal Federal) “no regime de Separação Legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento” (BRASIL, 2015), seria, uma tentativa de evitar o enriquecimento de um cônjuge em detrimento do outro.

A distinção entre a família do Código de 16 para a concepção atual de família é contruída pelo Afeto. O afeto passa a ser o cerne da família fazendo com que a mesma experimente uma concepção mais plural, ampliando-se a sua proteção, conforme a análise de Cristiano Chaves de Farias (2004, p. 19)¹¹:

Sem dúvida, hoje a família é núcleo descentralizado, igualitário, democrático e, não necessariamente, heterossexual. Trata-se de entidade de afeto e entreatjada, fundada em relações de índole

9Art. 229. Criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos. BRASIL, *Lei Nº 3.071, de 1º de Janeiro de 1916*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em 16 jun 2015.

10 Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/5_-_amor_n%E3o_tem_idade.pdf. Acesso em 02 abr 2014.

11 Disponível em: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:04fj4pYxU-YJ:www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_marco2004/docente/doc04.doc+%&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br 02 abr 2015.

pessoal, voltadas para o desenvolvimento da pessoa humana, que tem como diploma legal regulamentador à Constituição da República de 1988. [...] Ora, elegendo como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana, de forma revolucionária, a Lex Fundamentallis alargou o conceito de família, passando a proteger de forma igualitária todos os membros e descendentes, sejam estes fruto do casamento ou não. Deste modo, a entidade familiar deve, efetivamente, promover a dignidade e a realização da personalidade de seus membros, integrando sentimentos, esperanças e valores, servindo como alicerce fundamental para o alcance da felicidade.

Recapitulando: O ordenamento jurídico, em especial a norma que prevê o instituto da Separação Legal, passou a absolver as mudanças sociais, principalmente com a Constituição de 1988, mas, com dificuldades, devido à falta de uniformidade nos entendimentos doutrinários. Esse cenário provocou verdadeira insegurança jurídica, culminando na edição da referida súmula, como será visto ao longo do artigo. Dentro destes acontecimentos a família, outrora patriarcal, foi mudando de feição, passando a ter o afeto como um de seus objetivos.

O instituto da Separação Legal para os idosos permaneceu no Código Civil de 2002, nos seguintes termos (LOURDES; GUIMARÃES, 2003, p. 716):

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 sessenta anos;

Posteriormente, alterou-se a redação do dispositivo pela lei 12.344/2010 (BRASIL, 2010)¹², acrescentando o patamar para 70 (setenta) anos a fixação do regime da Separação Legal.

3. Regime da Separação Legal

Ultrapassada a análise da origem e do contexto da norma que prevê o instituto da Separação Legal para os maiores de setenta anos, é preciso estudar os desdobramentos jurídicos da norma em comento.

¹² BRASIL. *Lei 12344, de 9 de dezembro de 2010*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12344.htm. Acesso em 01 maio 2015.

A Separação Legal de bens, assim como o regime da separação de bens, como bem elucida Carvalho Neto (2011, p. 6)¹³ tem os mesmos reflexos na órbita jurídica, ou seja, cada cônjuge permanece com o seu próprio patrimônio. Importante frisar que o regime da Separação Legal é imposto pela norma, aos maiores de setenta anos:

Deve se atentar para o fato de que o regime de separação legal de bens é um típico regime de separação, só se diferenciando do regime de separação convencional pelo fato de ser imposto pela lei. Assim, deve-se aplicar ao regime de separação legal todos os princípios do regime de separação convencional. E o principal destes princípios é justamente a não comunicação dos aquestos, que é, na verdade, a característica mais marcante do regime de separação de bens.

Observa-se o conflito da Separação Legal com alguns princípios, a exemplo do Princípio da mutabilidade motivada, que segundo Carlos Roberto Gonçalves (2012b) refere-se à prerrogativa dos cônjuges, mediante justificativa e autorização judicial, de alterar o regime de casamento, claro, resguardando direito de terceiros.

A regra do artigo 1641, inciso II do Código Civil de 2002 (LOURDES; GUIMARÃES, 2003) não dá prerrogativa de escolha aos cônjuges tão pouco permite a alteração do regime, conforme explica Gonçalves (2012a, p. 311):

A modificação do regime de bens não é admitida na hipótese de casamento submetido a regime obrigatório de separação de bens, imposto pelo art. 1.641 do Código Civil: a) às pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; b) a pessoa maior de 70 anos; e c) a todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

Outro Princípio colidente com o instituto da Separação Legal é o Princípio da Livre Estipulação, que nas palavras de Gonçalves (2012a), refere-se à possibilidade dos cônjuges de adotarem qualquer dos regimes de bens previstos em lei, ou mesmo combiná-los.

Desta maneira, por mais que o ordenamento jurídico tenha conferido a liberdade aos cônjuges de escolha, como foi visto, tal previsão é afastada em se tratando do regime da Separação legal, em que os cônjuges não têm escolha.

¹³ Artigo extraído do portal www.flaviotartuce.adv.br. Disponível em: www.flaviotartuce.adv.br/artigos/inacio_sumula.doc. Acesso em 01 maio 2015.

4. Princípios pertinentes à matéria

Não se pode deixar de mencionar a importância dos princípios, vez que orientam as normas jurídicas. É o que se depreende dos ensinamentos de Robert Alexy *apud* Dias (2010, p. 58), ao afirmar que “Os princípios são normas jurídicas que se distinguem das regras não só porque têm alto grau de generalidade, mas também por serem mandados de otimização”.

No que diz respeito aos princípios constitucionais é notório que a Separação Legal afronta a Dignidade da Pessoa Humana, de acordo com as lições de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2012, p. 329):

Efetivamente, trata-se de dispositivo 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.

A Separação Legal atenta contra o Princípio da Isonomia, vez que, segundo o Constitucionalista Alexandre de Moraes (2008, p.36) o Princípio: “veda são diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigência tradicional do próprio conceito de justiça”. Ora, a Separação Legal para os maiores de setenta anos tem cunho preconceituoso ao pressupor que estas pessoas não possuem aptidão para realizarem a escolha do seu próprio regime de casamento.

O princípio da liberdade também é afrontado pela Separação Legal. Maria Berenice Dias (2010, p. 64) explica que o Princípio da Liberdade é um direito fundamental, revelando no contexto do direito de família como liberdade de extinguir ou dissolver casamento e união estável, assim como exercer qualquer relação conjugal, seja união estável hetero ou homossexual, assim como traduz a liberdade de alteração do regime de casamento. Conclui a autora, neste raciocínio, que a Separação Legal é contrária ao princípio da liberdade.

5. Separação Legal: Impactos na legislação do direito material (direito sucessório e divórcio) e legislação extravagante (Estatuto do Idoso)

O regime da Separação Legal é o regime da separação absoluta obrigatório, conforme o doutrinador Fábio Ulhôa Coelho (2012, p. 197) elucida a questão: “Em determinadas hipóteses, o regime de separação absoluta é obrigatório. A lei, nelas, não deixa à livre escolha dos cônjuges as estipulações atinentes à eficácia patrimonial do matrimônio”.

No regime da separação absoluta, de acordo com este autor:

nenhum dos bens anteriores ou posteriores ao casamento se comunicam. A administração e a livre estipulação dos bens, assim como a sua disposição, é titulada exclusivamente ao cônjuge a quem pertence, que prescinde da anuência do outro para alienar ou onerar bens imóveis, assim como para fazer doações. Não há nenhuma comunicação entre os bens de cada cônjuge, no regime da separação absoluta. Salvo no tocante às despesas do casal. Ulhôa (2012, p.195-196)

No que diz respeito à sucessão, verifica-se, mais uma vez, a violação ao Princípio da Isonomia. A escritora Claudia de Almeida Nogueira (2010) elucida que no regime da comunhão parcial de bens há dois tipos de bens, quais sejam: bens particulares e bens comuns (adquiridos na constância do casamento). Na Separação Legal o consorte é excluído da sucessão legítima na concorrência com os descendentes do falecido, gerando a desigualdade de tratamento dos regimes, por que o mesmo não ocorre na comunhão parcial de bens.

O cônjuge apenas poderá receber a totalidade do patrimônio se não houver descendentes ou ascendentes, aponta Gonçalves (2011, p. 56):

A Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal dispõe que no “regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”. Vem a jurisprudência limitando essa comunicação aos adquiridos pelo esforço comum dos cônjuges. Mesmo que não exista meação, defere-se ao cônjuge supérstite a herança. Se morrer ab intestato aquele que se casara pelo regime de separação de bens, o cônjuge por ele deixado recolherá todo o patrimônio (herança), caso não haja herdeiros das classes anteriores. (GONÇALVES, 2011, p.56)

Concluindo: o cônjuge casado no regime da Separação Legal de bens faz jus ao patrimônio adquirido, mediante ao esforço comum, na constância do casamento, mas não goza direito da sucessão legítima, e só herda a totalidade do patrimônio se não houver ascendentes ou descendentes.

O Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741/2003 (BRASIL, 2015) possui vários dispositivos que destacam a proteção da pessoa idosa, a exemplo dos artigos 2º e

4º (BRASIL, 2015) do referido diploma, que dispõem que ao idoso devem ser garantidos os direitos pertinentes à pessoa humana, colocando-a salvo de qualquer forma de preconceito, negligência e violência.

No que diz respeito ao Estatuto do Idoso, a Lei nº10.741/2003 (BRASIL, 2015) preconizou em seu artigo 10 importantes direitos que merecem serem transcritos:

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. § 1º O direito à liberdade compreende, entre outros, os seguintes aspectos: I – faculdade de ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais; II – opinião e expressão; III – crença e culto religioso; IV – prática de esportes e de diversões; V – participação na vida familiar e comunitária; VI – participação na vida política, na forma da lei; VII – faculdade de buscar refúgio, auxílio e orientação. § 2º O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, de valores, idéias e crenças, dos espaços e dos objetos pessoais.

Observa-se que o legislador disciplinou diversos direitos como a proteção, conjugando-se, principalmente, com o direito a autonomia de ideias, crenças, ressaltando a cidadania dos idosos e sua capacidade de independência.

6. Análise da doutrina

Quanto à doutrina pertinente ao assunto, chama a atenção o posicionamento dos autores sobre a regra que impõe a Separação Legal para os maiores de setenta anos de idade.

Como foi dito, a Separação Legal é um instituto que afronta a Dignidade da Pessoa Humana, como aponta Carlos Roberto Gonçalves (2012a, p. 44):

A única restrição é a concernente à imposição do regime da separação de bens às maiores de 70 anos, de constitucionalidade duvidosa. Já se decidiu, com efeito, que a referida restrição é incompatível com as cláusulas constitucionais de tutela da dignidade da pessoa humana, da igualdade jurídica e da intimidade, bem como com a garantia do justo processo da lei, tomado na acepção substantiva (CF, arts. 1º, III, e 5º, I, X e LIV).

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2012), por sua vez, comentam que a injustificável restrição imposta pela Separação Legal revela-se uma verdadeira interdição para fins de casamento, sendo que tal instituto deve ser atacado pelo controle de constitucionalidade difuso. Sustenta Farias e Rosenvald (2012) que a Lei 12.344/10 (BRASIL, 2010)¹⁴ que aumentou a idade da proibição da escolha do regime de casamento para 70 anos, repete a violação da dignidade da pessoa humana.

Na mesma linha Maria Berenice Dias (2010, p.466) ressalta que em se tratando de capacidade das pessoas, deve-se ter cuidado, uma vez que “a plena capacidade é adquirida quando do implemento da maioridade é só pode ser afastada em situações extremas e através do processo judicial de interdição”.

Em seu artigo “O amor não tem idade”, Maria Berenice Dias (2010, p.4)¹⁵ explica que a Constituição “veda a discriminação em razão da idade”. No entender da autora a regra que proíbe a escolha do regime de casamento para os maiores de 70 (setenta anos) é discriminatória.

De acordo com Venosa (2005, p.359), a vontade do legislador é “afastar o incentivo patrimonial do casamento de uma pessoa jovem que se consorcia com alguém mais idoso”.

Na análise de Flávio Tartuce (2012, p.1084), o dispositivo que prevê a Separação Legal para os maiores de setenta anos é marcado pela tendência patrimonialista, com vistas a proteção dos herdeiros, veja-se:

A norma é considerada de ordem pública para proteção de determinadas pessoas. Em relação ao seu inc. II, é forte a corrente doutrinária e jurisprudencial que sustenta a sua inconstitucionalidade, por trazer situação discriminatória ao idoso, tratando-o como incapaz. Na verdade tal previsão não protege o idoso, mas seus herdeiros, tendo feição estritamente patrimonialista, na contramão da tendência do Direito Privado contemporâneo, de proteger a pessoa humana (personalização do Direito Civil).

No que diz respeito aos posicionamentos favoráveis a norma em comento, chama a atenção a análise de Roberto Knabb (2015)¹⁶ *apud* Clóvis Beviláqua:

¹⁴ Brasil. Lei 12.344, de 9 de dezembro de 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/LLei/L12344.htm. Acesso em 01 maio 2015.

¹⁵ Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/5_-_amor_n%E3o_tem_idade.pdf. Acesso em 11 maio 2015.

¹⁶ Disponível em: <http://www.robertoknabb.com.br/index.php/notas-tematicas-de-direito/22-casamento-regime-de-bens-idoso>. Acesso em 19 jun 2015.

Essas pessoas já passaram da idade, em que o casamento se realiza por impulso afetivo. Receando que interesses subalternos, ou especulações pouco escrupulosas, arrastem sexagenários e quinquagenárias a enlaces inadequados ou inconvenientes, a lei põe um entrave às ambições não permitindo que os seus haveres passem ao outro cônjuge por comunhão.

Neste mesmo posicionamento, segundo Washington de Barros Monteiro (1979, p.174), as restrições que dizem respeito à idade, quanto à escolha do regime de casamento, existem para colocar os cônjuges a salvo do que em suas palavras “de qualquer propósito subalterno ou menos digno”.

Importante destacar o entendimento do civilista Zeno Veloso citado por Ramon Gama Figueiredo e Hideliza Lacerda Tinoco Boechat Cabral (2012, p. 15)¹⁷, para os quais a regra da Separação Legal para os maiores de setenta anos é protetiva:

De nossa parte, advogados, para o tema, uma solução intermediária. Embora reconheçamos que as pessoas de idade alta ou avançada não estão destituídas de impulsos afetivos e da possibilidade de sentirem amor, ternura, pretendendo, desinteressadamente, unir-se matrimonialmente com outrem, devemos também concordar que, na prática, será muito difícil acreditar-se que uma jovem de 18, 20 anos, esteja sinceramente apaixonada por um homem maior de 60 anos, nem, muito menos, que um rapaz de 20 anos venha a sentir amor e pura ou verdadeira atração por uma senhora de mais de 50 anos. Tirando as honrosas exceções de praxe, na maioria dos casos, é razoável suspeitar-se de um casamento por interesse. [...] Achamos, porém, que a regra protetiva – o casamento sob o regime imperativo da separação – deve ser mantida. Os amores crepusculares tornam as pessoas presas fáceis de gente esperta e velhaca, que quer enriquecer por via de um casamento de conveniência, o que na linguagem popular se conhece por “golpe do baú”.

A maior parte da doutrina, como foi ressaltado, defende a não permanência da norma que prevê a Separação Legal para os maiores de setenta anos, já os escassos entendimentos favoráveis a norma, que são carregados de preconceito e até mesmo certa presunção de má fé daqueles que se aproximam daqueles os quais a norma atinge.

7. A jurisprudência e a Súmula do STF

¹⁷ Disponível em:

http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/15_02_2012%20regime%20de%20bens%20inconstitucionalidade.pdf. Acesso em 22 set 2015

A seguir será demonstrado como a jurisprudência trata do assunto, assim como o entendimento sumulado pelo STF. Antes de passar à análise da jurisprudência do STF, veja-se o teor e os fundamentos da súmula 377 do STF.

A Súmula N° 377 do STF (BRASIL, 2015) tem a seguinte redação “no regime da separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”, que interfere na discussão do tema problema proposto.

Cabe destacar, a princípio, o entendimento do professor Cristiano Chaves de Faria (2012, p.391):

A nosso viso, o cabimento do referido entendimento sumular está restrito ao âmbito do regime da separação obrigatória, garantindo justiça social e tratamento igualitário, considerando não ter sido o regime escolhido pelas partes. No entanto, diferentemente, a separação convencional decorre da vontade expressa e livre das partes, motivo pelo qual não nos parece razoável permitir a comunhão de qualquer bem, mantendo-se integralmente, a individualidade patrimonial. Incidir a referida súmula no regime de separação convencional seria, na prática aniquilar a separação de bens, banindo do sistema tal possibilidade.

O autor Francisco José Cahali (2015)¹⁸ utiliza das palavras de Silvio Rodrigues para explicar a origem da súmula 377 do STF. Segundo os citados autores, o artigo 259 do antigo Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916)¹⁹ disciplinava que, mesmo que os cônjuges adotem o regime da separação convencional de bens, há a comunicação dos bens adquiridos com esforço comum. Além disso, explicam os autores que o artigo 259 do antigo Código Civil (BRASIL, 1916)²⁰ passou a ter aplicação ao regime da Separação Legal sendo o entendimento difundido pelos julgados dos tribunais, o que culminou com a edição da súmula 377 (BRASIL, 2015) do STF.

Por outro lado, embora houvesse vários julgados estendendo a aplicação do artigo 259 do Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916)²¹, sustenta Washington de

18 Disponível em: http://www.professorchristiano.com.br/artigosleis/silvio_05_12.pdf. Acesso em 13 maio 2015

19 Art. 259 “Embora o regime não seja o da comunhão de bens, prevalecerão, no silêncio do contrato, os princípios dela, quanto à comunicação dos adquiridos na constância do casamento BRASIL, *Lei N° 3.071, de 1° de Janeiro de 1916*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em 16 jun 2015.

20 BRASIL, *Lei N° 3.071, de 1° de Janeiro de 1916*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em 16 jun 2015.

21 BRASIL, *Lei N° 3.071, de 1° de Janeiro de 1916*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em 16 jun 2015.

Barros Monteiro (1979), que havia decisões que sustentavam o contrário, tendo em vista que a aplicação do dispositivo se restringia ao silêncio do contrato.

De forma controvertida Washington de Barros Monteiro (1979, p. 71) que é um autor que, como foi demonstrado, defensor da constitucionalidade da norma objeto de estudo, entende que deve haver partilha dos bens, adquiridos por mútuo esforço, nos casos de Separação Legal. “Não há razão para que os bens fiquem pertencendo exclusivamente a um deles, desde que representam trabalho e economia de ambos.”.

Segundo explica Gonçalves (2012a), a citada a súmula 377 do STF (BRASIL, 2015) foi, em princípio, aplicada sem restrição, posteriormente, o reconhecimento da comunicação ficou vinculado ao esforço comum.

Argumenta Maria Berenice Dias (2010) que, no que diz respeito à Separação Legal, a súmula pretendeu evitar o enriquecimento ilícito de um dos consortes. Salaria Dias (2010, p.250):

A jurisprudência, considerando que a convivência leva à presunção do esforço comum na aquisição de bens, procedeu à alteração do dispositivo legal que impunha o regime da separação obrigatória. Determinou a adoção do regime da comunhão parcial para impedir o locupletamento ilícito de um dos consortes em detrimento do outro. Nítido o conteúdo ético do enunciado, que de forma salutar assegura a meação sobre o patrimônio construído durante o matrimônio, gerando a impossibilidade da ocorrência de enriquecimento injustificado.

Por outro lado, entende Dias (2010) que a exclusão da norma prevista no artigo 259 do antigo Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916)²² determinou, para alguns autores, a derrogação da súmula 377 do STF (BRASIL, 2015). Dessa maneira, argumenta a autora que, na verdade, a súmula havia sido editada para minimizar os efeitos da Separação Legal, tendo em vista que a convivência leva a presunção do esforço comum.

Através destas análises, é possível verificar que era controvertida a aplicação do artigo 259 (BRASIL, 1916)²³ do Código Civil de 1916 para o regime da Separação Legal de bens.

22 Art. 259 “Embora o regime não seja o da comunhão de bens, prevalecerão, no silêncio do contrato, os princípios dela, quanto à comunicação dos adquiridos na constância do casamento BRASIL, *Lei Nº 3.071, de 1º de Janeiro de 1916*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em 16 jun 2015.

23 BRASIL, *Lei Nº 3.071, de 1º de Janeiro de 1916*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em 16 jun 2015.

Segundo o Professor Flávio Tartuce (2014, p. 140), existem duas correntes que tratam da vigência da súmula: a primeira defende o cancelamento da súmula, tendo em vista a não reprodução do artigo que fundamenta a súmula no novo Código Civil; e a segunda corrente que sustenta a vigência da súmula com base na proibição do enriquecimento sem causa.

Analisada a fundamentação da súmula 377 do STF (BRASIL, 2015), será feita a análise do tema no âmbito dos Tribunais.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais (BRASIL, 2015)²⁴ entende que para existir a comunicação dos bens é preciso a prova de comunhão de esforços dos cônjuges:

EMENTA: INVENTÁRIO - SUCESSÃO - USUFRUTO VIDUAL - CASAMENTO REALIZADO SOB O REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS (ART. 1641, II, CC) - SÚMULA 377 DO STF - INTELIGÊNCIA - EXIGÊNCIA DA PROVA DO ESFORÇO COMUM PARA A COMUNICABILIDADE DOS AQUESTOS - AUSÊNCIA NO CASO - INEXISTÊNCIA DO DIREITO DE MEAÇÃO. PARTILHA - USUFRUTO VIDUAL - DIREITO INCIDENTE SOBRE QUARTA PARTE DOS BENS DO FALECIDO. RECURSOS DESPROVIDOS.

- Em que pese a existência de entendimento em sentido contrário, a interpretação que se faz do Enunciado 377 da Súmula do STF é no sentido que a prova da comunhão de esforços é imprescindível para a comunicabilidade dos bens adquiridos onerosamente depois do casamento, pois, caso contrário, os efeitos do regime da separação legal de bens tornar-se-iam idênticos aos do regime da comunhão parcial, em desvirtuamento da opção legislativa, bem como porque tal orientação é a que melhor se compatibiliza com o escopo de impedir o enriquecimento ilícito de um dos consortes em detrimento do outro - o qual norteou a edição da referida súmula.

- O direito de usufruto da viúva, reconhecido no código de 1916, incide apenas sobre a quarta parte dos bens deixados pelo de cujus, razão pela qual a manutenção do espólio do falecido na posse exclusiva do imóvel no qual reside a cônjuge supérstite é a medida que melhor atende o seu interesse de permanecer habitando o mesmo.

- À inteligência do artigo 1.043 do Código de Processo Civil, falecendo o cônjuge meeiro supérstite antes da partilha dos bens do pré-morto, as duas heranças serão cumulativamente inventariadas e partilhadas, apenas se os herdeiros de ambos forem os mesmos, não sendo este o caso dos autos (Agravo de Instrumento-

²⁴ Disponível em:

[119](http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=4&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&palavras=Em%20que%20pese%20a%20exist%EAncia%20de%20entendimento%20em%20sentido%20contr%20rio,%20a%20interpreta%20E7%E3o%20que%20se%20faz%20do%20Enunciado%20377%20da%20S%20F%20Amula%20do%20STF%20%E9%20no%20sentido%20que%20a%20prova%20da%20comunh%20E3o%20de%20esfor%20E7os%20%E9%20imprescind%20vel%20para%20a%20comunicabilidade%20&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar& Acesso em 15 maio 2015.</p></div><div data-bbox=)

Cv 1.0620.03.005230-7/005 0711857-77.2014.8.13.0000 (1),
Relator (a) Des.(a) Eduardo Andrade, Julgamento em: 03/03/2015,
publicação da súmula em 11/03/2015).

A jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais parece ser firme quanto à divisão dos bens adquiridos mediante ao mútuo esforço na Separação Legal. Por outro lado, o mesmo tribunal já decidiu, no ano de 2014 (BRASIL, 2014)²⁵, a inaplicabilidade do regime da Separação Legal dos maiores de 60 anos por ferir a dignidade da pessoa humana:

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE - DIREITO CIVIL - CASAMENTO - CÔNJUGE MAIOR DE SESSENTA ANOS - REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS - ART. 258, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI 3.071/16 - INCONSTITUCIONALIDADE - VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA DIGNIDADE HUMANA. - É inconstitucional a imposição do regime de separação obrigatória de bens no casamento do maior de sessenta anos, por violação aos princípios da igualdade e dignidade humana. (Arg Inconstitucionalidade 1.0702.09.649733-5/002 6497335-28.2009.8.13.0702 (2). Relator (a) Des.(a) José Antonino Baía Borges, Julgamento em 12/03/2014, publicação da súmula 21/03/2014)

O posicionamento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais encontra guarida no Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2014)²⁶. Segundo aquele Colendo Tribunal, a importância da aplicação do regime da Separação Legal à união estável se justifica pelo não desestímulo do casamento:

RECURSO ESPECIAL - UNIÃO ESTÁVEL - APLICAÇÃO DO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS, EM RAZÃO DA SENILIDADE DE UM DOS CONSORTESES, CONSTANTE DO ARTIGO 1641, II, DO CÓDIGO CIVIL, À UNIÃO ESTÁVEL - NECESSIDADE - COMPANHEIRO SUPÉRSTITE - PARTICIPAÇÃO NA SUCESSÃO DO COMPANHEIRO FALECIDO QUANTO AOS BENS ADQUIRIDOS NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL -

²⁵ Disponível em:

[²⁶ Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=2008%2F0207350-2+ou+200802073502&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em 17 maio 2015.](http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=1&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&palavras=%C9%20inconstitucional%20a%20imposi%20E7%E3o%20do%20regime%20de%20separa%20E7%E3o%20obrigat%20F3ria%20de%20bens%20no%20casamento%20do%20maior%20de%20sessenta%20anos,%20por%20viola%20E7%E3o%20aos%20princ%20EDpios%20da%20igualdade%20e%20dignidade%20humana&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&orderByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar& . Acesso em 15 maio 2015.</p></div><div data-bbox=)

OBSERVÂNCIA - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 1790, CC - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I - O artigo 1725 do Código Civil preconiza que, na união estável, o regime de bens vigente é o da comunhão parcial. Contudo, referido preceito legal não encerra um comando absoluto, já que, além de conter inequívoca cláusula restritiva ("no que couber"), permite aos companheiros contratarem, por escrito, de forma diversa; II - A não extensão do regime da separação obrigatória de bens, em razão da senilidade do de cujus, constante do artigo 1641, II, do Código Civil, à união estável equivaleria, em tais situações, ao desestímulo ao casamento, o que, certamente, discrepa da finalidade arraigada no ordenamento jurídico nacional, o qual se propõe a facilitar a convalidação da união estável em casamento, e não o contrário; IV - Ressalte-se, contudo, que a aplicação de tal regime deve inequivocamente sofrer a contemporização do Enunciado n. 377/STF, pois os bens adquiridos na constância, no caso, da união estável, devem comunicar-se, independente da prova de que tais bens são provenientes do esforço comum, já que a solidariedade, inerente à vida comum do casal, por si só, é fator contributivo para a aquisição dos frutos na constância de tal convivência; V - Excluída a meação, nos termos postos na presente decisão, a companheira supérstite participará da sucessão do companheiro falecido em relação aos bens adquiridos onerosamente na constância da convivência (período que não se inicia com a declaração judicial que reconhece a união estável, mas, sim, com a efetiva convivência), em concorrência com os outros parentes sucessíveis (inciso III, do artigo 1790, CC). VI - Recurso parcialmente provido. (REsp 1090722 / SP RECURSO ESPECIAL 2008/0207350-2, Relator (a) Ministro MASSAMI UYEDA (1129) julgamento 02/03/2010, data da publicação DJe 30/08/2010

Por meio destes julgados é possível perceber que não há uniformidade quanto a aplicação do regime da Separação Legal nos tribunais. Os tribunais, ao mesmo tempo em que defendem a inconstitucionalidade da norma, também convalidam a sua aplicação à união estável. Certo é que, por mais que envolvam situações jurídicas distintas, é um parâmetro para demonstrar que a Separação Legal para os maiores de 70 (setenta) anos ainda é controvertida.

Da mesma forma, a doutrina parece divergir no que diz respeito aos fundamentos os quais se basearam a súmula 377 do STF (BRASIL, 2015), o que parece tornar a discussão ainda mais polêmica do ponto de vista jurídico.

8. Conclusão

A Separação Legal para os maiores de setenta anos é uma norma que é contraditória com o ordenamento jurídico brasileiro. Como foi visto, o regramento

visa à proteção daqueles que tem idade igual ou superior a setenta anos, mas, tal objetivo legitima a presunção de má fé daqueles que se aproximam destas pessoas. Até mesmo na origem da norma, houve questionamentos quanto à repercussão jurídica da norma, ocasionando a edição da Sumula 377 do STF.

Tal regramento vai contra os princípios, como o da Dignidade da Pessoa Humana, que em ultimas palavras, se revela pela capacidade do indivíduo de se autodeterminar perante a sociedade. Outros Princípios, como foi visto, são violados, como a isonomia, mesmo porque a Separação Legal, diferente de outros regimes, é imposta.

Reflexão interessante foi no que diz respeito ao direito sucessório, visto que no citado regime de casamento o consorte é excluído da sucessão legítima na concorrência com os descendentes do falecido. O cônjuge, nesta situação, só herda a totalidade do patrimônio quando não há descendentes ou ascendentes. Observa-se que o argumento daqueles que defendem a permanência da norma no sistema, baseiam-se na necessidade de coibir que pessoas de má fé casem-se com o propósito de enriquecer-se. Entretanto, partindo de outro ponto de vista, da pessoa idosa que se casa com outro idoso, nesta mesma situação, com base na argumentação dos autores que defendem a norma, não é possível que haja propósito de vantagem por parte destas pessoas. A presença desta norma apenas legitima uma situação injusta para aqueles que se casam com os maiores de setenta anos.

Cabe ressaltar que alguns autores chegam a argumentar que casamentos nesta faixa etária se dão por interesse. Afinal, ao próprio idoso lhe é retirado a capacidade de avaliar a pertinência ou não deste casamento, como bem elucida a doutrina. É uma verdadeira interdição.

Certo é que esta norma deve ser retirada do ordenamento jurídico, até porque a jurisprudência, à luz do artigo 259 do Código Civil de 1916, já estendia, como foi dito, a aplicação da regra para a Separação Legal. Com vistas a impedir o enriquecimento ilícito, foi editada a sumula 377 do STF, que, embora encerra controvérsias a respeito de sua vigência, já denota a rejeição do instituto da Separação Legal.

Não há dúvidas, assim, que a adoção obrigatória do regime da separação legal de bens para os maiores de setenta anos afigura-se inconstitucional.

9. Referências.

BRASIL, *Lei Nº 3.071, de 1º de Janeiro de 1916*. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em 16 jun 2015;

Brasil. *Lei 12344, de 9 de dezembro de 2010*. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12344.htm.

Acesso em 01 maio 2015.

BRASIL, *Tribunal de Justiça de Minas Gerais*. Disponível em

<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=4&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&palavras=Em%20que%20pese%20a%20exist%EAncia%20de%20entendimento%20em%20sentido%20contr%EArio,%20a%20interpreta%E7%E3o%20que%20se%20faz%20do%20Enuunciado%20377%20da%20S%20F%20Amula%20do%20STF%20%E9%20no%20sentido%20que%20a%20prova%20da%20comunh%E3o%20de%20esfor%E7os%20%E9%20imprescind%EDvel%20para%20a%20comunicabilidade%20&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar&> Acesso em 15 maio 2015.

BRASIL. *Tribunal de Justiça de Minas Gerais*. Disponível em:

<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=1&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&palavras=%C9%20inconstitucional%20a%20imposi%E7%E3o%20do%20regime%20de%20separa%E7%E3o%20obrigat%20F3ria%20de%20bens%20no%20casamento%20do%20maior%20de%20sessenta%20anos,%20por%20viola%E7%E3o%20aos%20princ%EDpios%20da%20igualdade%20e%20dignidade%20humana&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar&>. Acesso em 15 maio 2015.

BRASIL, *Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=2008%2F0207350-2+ou+200802073502&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em 17 maio 2015.

BRASIL. *Vade Mecum*. 20. ed. São Paulo. Ridel, 2015;

CARVALHO NETO, Inácio de. *A Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal e o Novo Código Civil*. Disponível em < www.flaviotartuce.adv.br/artigos/inacio_sumula.doc >. Acesso em 01 maio 2015.

COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de direito civil: Família e sucessões*. 5. ed. rev. Atual. São Paulo: Saraiva. 2012.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 6. ed. rev., atual. amp. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2010.

DIAS, Maria Berenice . *Amor não tem idade*. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/5_-_amor_n%E3o_tem_idade.pdf. Acesso em: 02 abr 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso De Direito Civil: direito das famílias*. 4. ed. Salvador: JusPodium, 2012. v. 6;

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito À Família*. Disponível em http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:04fj4pYxU-YJ:www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_marco2004/docente/doc04.doc+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br .Acesso em 04 abr 2015;

FERREIRA, Aurélio B. de Hollanda. *Mini Aurélio Século XXI Escolar: O minidicionário da língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001. 371 p.

FIGUEIREDO, Ramon Gama e CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco. *a (in) constitucionalidade da imposição do regime da separação de bens às pessoas com idade superior a setenta anos*. Disponível em http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/15_02_2012%20regime%20de%20bens%20in%20constitucionalidade.pdf. Acesso em 22 set 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, direito de família. 9.ed. São Paulo : Saraiva, 2012a. V. 6;

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: direito de família sinopses jurídicas*. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2012b

LOURDES, José Costa; GUIMARÃES, Taís Maria Loures Dolabela, *Novo Código Civil Comentado*. 2. ed. rev. Atual. Belo Horizonte: Del Rei: 2003.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2008;

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: direito de família*. 18.ed São Paulo: Saraiva, 1979;

NOGUEIRA, Claudia de Almeida. *Direito das Sucessões: Comentários à Parte Geral e à Sucessão Legítima*. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 2.ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012;

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito de Família*. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014;

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005.

Recebido em 23/01/2017.

Aprovado em 28/03/2017.