

## Opinião: Validade do testamento deixado por pessoa maior de 70 anos

Ainda que sejam assegurados todos os direitos e garantias aos idosos, mantém-se contra eles



Isso porque, de acordo com o inciso II do artigo 1.641 do

Código Civil, é obrigatório o regime da separação de bens no casamento da pessoa maior de 70 anos.

A redação instituída no referido artigo é fortemente criticada por parte da doutrina, uma vez que, na prática, as pessoas maiores de 70 anos têm a sua capacidade civil — que deveria, em tese, ser plena — reduzida, consoante explica Maria Berenice Dias:

*"Quem pretender casar após completar 70 anos tem subtraída a plenitude de sua capacidade, pois não pode eleger o regime de bens que lhe aprouver. Absurdamente é imposto o regime da separação legal, que gera a incomunicabilidade para o passado e para o futuro (CC 1.641 II). Ou seja, o casamento não produz efeitos patrimoniais" [\[1\]](#).*

Nesse sentido, a mencionada doutrinadora defende que o correto seria estabelecer, de forma obrigatória, o regime da comunhão parcial, que é o vigente quando os nubentes nada convencionam por meio do pacto nupcial.

Até porque, desde o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015), os absolutamente incapazes são apenas os menores de 16 anos e, em regra, obtém-se a plena capacidade civil aos 18 anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil (artigo 5º, *caput*, do Código Civil).

Ou seja, a plena capacidade é adquirida quando do implemento da maioridade e só pode ser afastada, em situações extremas, por meio do processo judicial de curatela.

O artigo 6º do Estatuto da Pessoa com Deficiência dispõe expressamente que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para se casar e constituir união estável.

As pessoas maiores de 70 anos, porém, têm sua capacidade e a sua liberdade reduzida, conforme pondera Maria Berenice Dias:

"O mais curioso é que pessoas com deficiência podem casar (CC 1.550 §2º), manifestando sua vontade por meio de seu representante, sem qualquer restrição quanto ao regime de bens. Mas o fato de alguém ter mais de 70 anos, ainda que seja absolutamente capaz, não tem a mesma liberdade" [2].

Para a doutrinadora, essa limitação à autonomia da vontade, além de odiosa, é inconstitucional, afrontando-se a dignidade da pessoa humana [3].

E, com relação ao testamento, pergunta-se: as pessoas maiores de 70 anos, casadas sob o regime da separação obrigatória de bens, podem deixar parte do seu patrimônio, por meio de testamento, para o(a) seu(sua) companheiro(a)?

Entendemos que sim, desde que seja em relação à parte disponível do patrimônio.

Por exemplo, um idoso, maior de 70 anos, casa-se sob o regime da separação obrigatória de bens. Durante a vida em comum, gozando de plena capacidade, o marido resolve dispor, por testamento, da parte disponível de seus bens em favor da esposa.

Ainda que a esposa não seja herdeira legítima, ela pode ser nomeada herdeira ou legatária em testamento, desde que: 1) não se encaixe em nenhuma das hipóteses descritas nos artigos 1.801, 1.802 e 1.900 do Código Civil; 2) os bens, objeto do testamento, sejam referentes à parte disponível, respeitando-se a legítima dos herdeiros necessários.

Este entendimento, inclusive, encontra respaldo em julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo. Veja-se:

*"TESTAMENTO PARTICULAR Declaratória Ação ajuizada por filha em face da ex-mulher do falecido Genitor que deixou a parte disponível de seu patrimônio para a consorte Casamento realizado sob o regime da separação obrigatória de bens Irrelevância Pretensão de exclusão de imóvel adquirido por sucessão pelo de cujus Inadmissibilidade Legado que envolve todo patrimônio do falecido Inexistência de dispositivo legal que exclua o cônjuge sobrevivente de ser beneficiário de testamento Disposição de última vontade que deve ser respeitada Improcedência mantida Recurso desprovido"*  
(Apelação nº 1084369-76.2015.8.26.0100, TJSP/9ª Câmara de Direito Privado, relator desembargador Galdino Toledo Júnior, j. 18/9/2018).

*"ANULAÇÃO DE TESTAMENTO. INDEFERIMENTO DA TUTELA DE URGÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO. Anulação de testamento. Insurgência contra decisão que indeferiu o pedido de tutela de urgência para suspender os efeitos do testamento e a tramitação do inventário. Efeito ativo indeferido. Artigos 1.801 e 1.802 do CPC que não impedem, a princípio, que a companheira sobrevivente do falecido seja nomeada sua herdeira testamentária ou legatária, ainda que o regime da união estável fosse o da separação obrigatória de bens. Impossibilidade de se aferir desde logo a alegada violação da legítima. Oportuno aguardar a citação dos agravados e a dilação probatória. Decisão mantida. Recurso desprovido"* (Agravo de Instrumento nº 2206511-64.2021.8.26.0000, TJSP/10ª Câmara de Direito Privado, relator desembargador J. B. Paula Lima, j. 16/9/2021).

As pessoas maiores de 70 anos, casadas sob o regime da separação obrigatória de bens, podem deixar parte do seu patrimônio por meio de testamento, portanto, desde que não se encaixem em nenhuma das hipóteses descritas nos artigos 1.801, 1.802 e 1.900 do Código Civil, e os bens, objetos do testamento, sejam referentes à parte disponível, respeitando-se a legítima dos herdeiros necessários.

[1] Dias, Maria Berenice. Manual de direito das famílias, 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 1107.

[2] Dias, Maria Berenice. Manual de direito das famílias, 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 1108.

[3] Idem.

**Date Created**

15/02/2022