Os idosos e a autonomia privada na opção do regime de bens do casamento e da união estável

"O correr da vida embrulha tudo,
A vida é assim: esquenta e esfria,
Aperta e afrouxa, sossega e depois desinquieta.
O que ela quer da gente é coragem."
Guimarães Rosa

Uma das maiores mudanças na configuração da sociedade brasileira, de acordo com o Censo de 2022 do IBGE (realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), consiste no envelhecimento populacional.

A chamada "pirâmide populacional" brasileira, que sempre retratara a baixa idade média da nossa população, com o alargamento da figura inversamente proporcional à faixa etária retratada, agora geometricamente mais se assemelha a um pentágono — não obstante se mantenha a tradição da nomenclatura. [1]

O número de pessoas com 65 anos ou mais de idade cresceu 57,4% em apenas 12 anos.[2] A faixa etária em maior volume passou a corresponder aos brasileiros entre 40 e 44 anos de idade, sendo certo que a população dos chamados "superidosos", ou seja, pessoas com mais de 80 anos de idade, tem inequívoca representatividade na estatística.

E, como qualquer outra alteração social significativa, o envelhecimento populacional traz impactos para o Direito, desafiando os operadores a repensar institutos como forma de atender aos anseios emergentes.

Em verdade, as estatísticas divulgadas apenas atestam o que já se constatava nos balcões dos cartórios de Registro Civil de Pessoas Naturais do país. O número de idosos atendidos, especialmente aqueles que almejam dar entrada em processos de habilitação de casamento ou formalizar união estável, aumenta expressivamente ano após ano.

Reprodução

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Com o incremento da expectativa de vida e o avanço da medicina, que propicia aos idosos usufruir das terceira e quarta idades com bem-estar e qualidade de vida, esse segmento da sociedade tem iniciado novos projetos de vida, o que abarca, não raro, a iniciativa de se divorciar ou extinguir união estável e, ao depois, contrair novas núpcias ou formalizar outra união estável. De igual modo, após a viuvez, os idosos se permitem renovar os seus sonhos e se unir a um(a) novo(a) cônjuge ou companheiro(a).

Trata-se da busca da felicidade, que vem sendo considerada, na atualidade, valor social e projeção da dignidade da pessoa humana, a merecer tutela, especialmente nas relações familiares. [3]

Essas mudanças estão influindo diretamente no tratamento dispensado ao regime de bens a ser adotado em casamentos e uniões estáveis envolvendo pessoas idosas.

Embora a liberdade seja um valor fundamental em nosso ordenamento jurídico, prevista no artigo 5º, *caput*, da Constituição de 1988, e a autonomia privada na escolha do regime de bens seja correlatamente prestigiada, como regra, no artigo 1639 do Código Civil em vigor, a legislação infraconstitucional tem previsto, há décadas, restrições (normas de ordem pública) à possibilidade de escolha do regime de bens do casamento em função da idade dos nubentes, como medida voltada à proteção de seus interesses.

Nesse sentido, o artigo 258, inciso II, do Código Civil de 1916, previa a adoção do regime da separação obrigatória de bens, caso o noivo fosse maior de 60 anos de idade ou a noiva fosse maior de 50 anos de idade.

A redação original do Código Civil de 2002, por seu turno, dispunha, no artigo 1.641, inciso II, a obrigatoriedade do regime da separação de bens, caso qualquer dos nubentes fosse maior de 60 anos — ou seja, aumentou, em dez anos, a idade em relação à nubente virago, comparativamente com a codificação anterior.

Em 2010, foi editada a Lei Federal nº 12.344, que alterou a redação do referido inciso, a fim de impor o regime da separação obrigatória de bens aos nubentes com mais de 70 anos de idade — dessa vez, aumentando em dez anos a idade para ambos os nubentes, indistintamente. [4]–[5]

Com o advento dessa alteração legislativa, em 2010, verificamos, em nossa rotina profissional, a mobilização de casais que, por terem contraído núpcias sob a égide da lei anterior, com idade entre 60 anos (completos) e 70 anos (incompletos), se submeteram ao regime da separação obrigatória de bens.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Eles recorreram, com êxito, ao Poder Judiciário, tendo obtido autorização judicial para optar por outro regime de bens. Em cumprimento à sentença de procedência, houve a expedição de mandado judicial ao Registro Civil de Pessoas Naturais para a respectiva averbação à margem do assento de casamento.

O Superior Tribunal de Justiça também passou a autorizar, especialmente a partir de 2016, o afastamento da separação obrigatória de bens para o casamento, caso os nubentes idosos tivessem união estável anterior, iniciada quando ainda não tinham restrição legal à escolha do regime de bens. [6]

Tema 1.236

Recentemente, em 1º de fevereiro de 2024, o Supremo Tribunal Federal (STF) fixou o Tema 1.236 da repercussão geral, nos seguintes termos:

> "Nos casamentos e uniões estáveis envolvendo pessoa maior de 70 anos, o regime de separação de bens previsto no artigo 1,641, II, do Código Civil, pode ser afastado por expressa manifestação de vontade das partes mediante escritura pública." [7]

Em outras palavras, pessoas com mais de 70 anos de idade que pretendam se casar ou formalizar união estável podem livremente escolher o regime de bens de sua preferência, afastando, assim, o regime da separação obrigatória, sendo necessária, para tanto, a lavratura de escritura pública.

Entende-se que a exigência da forma de escritura pública decorre da previsão contida no artigo 1.653 do Código Civil, que considera nulo o pacto antenupcial que não observar essa formalidade, embora, *de lege ferenda*, [8] considere-se de todo recomendável admitir que a opção pelo regime de bens também possa ser realizada por termo perante o Oficial do Registro Civil de Pessoas Naturais, que igualmente ostenta fé pública, no momento da entrada do processo de habilitação de casamento (artigo 1.525 e ss, CC/2002) ou da formalização da união estável (artigo 94-A, da Lei nº 6.015/1973).

De se consignar que o termo de opção lavrado diretamente perante o Oficial Registrador é o instrumento mais frequentemente adotado quando os nubentes optam pela comunhão parcial de bens (artigo 1.640, parágrafo único, CC/2002).

Em acréscimo, o STF modulou os efeitos do Tema 1.236, definindo que, para casamentos ou uniões estáveis contraídos antes do referido julgamento, o casal pode optar pela mudança do regime de bens, judicial ou extrajudicialmente, com efeitos *ex nunc*, ou seja, o novo regime de bens produzirá efeitos apenas a partir da data da formalização de sua opção, sem repercutir no período de tempo anterior, que se mantém sob a regência das regras da separação obrigatória de bens, em homenagem à segurança jurídica.

E o prognóstico é de incremento dessa tendência evolutiva. O anteprojeto de alteração do Código Civil, apresentado pela Comissão de Juristas ao Plenário do Senado em 17 de abril de 2024, propõe a revogação do artigo 1.641, justamente o dispositivo legal que regula as hipóteses de obrigatoriedade do regime da separação de bens no casamento. Portanto, caso a proposta se converta em lei, todas as

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

pessoas, indistintamente, poderão escolher livremente o regime de bens do casamento ou da união estável.

A evolução legislativa e jurisprudencial representa uma nítida resposta à significativa mudança social mencionada ao início deste trabalho. Foi o expressivo envelhecimento populacional no Brasil, aliado às novas aspirações da população idosa, que se mantém ativa e com novos projetos de vida, que mobilizou os Poderes Legislativo e Judiciário a reconhecer que os referenciais etários como fator de limitação da autonomia privada precisariam ser paulatinamente mitigados e que pessoas idosas possuem plenas condições de exercer, também no que tange à escolha do regime de bens, a liberdade constitucionalmente assegurada, passando-se, cada vez mais, a se prestigiar a sua autodeterminação.

Por outro lado, em que pese o inegável avanço da medicina, que propicia a vivência da terceira e da quarta idades com qualidade de vida, forçoso convir que os operadores do Direito devem zelar pela verificação da genuína capacidade de discernimento do idoso, *in concreto*, no momento do exercício da opção do regime de bens. Doenças neurológicas, particularmente Alzheimer, prevalecem em pessoas com 65 anos ou mais, e já acometem 1,2 milhões de brasileiros, segundo o Ministério da Saúde. [9]

Acrescente-se que a Covid-19 colocou em evidência o grave cenário de violência patrimonial e financeira contra idosos em nosso país, perpetrada precipuamente por pessoas próximas a eles. Somente entre março e junho de 2020, houve mais de 25 mil denúncias para o Disque 100, mantido pelo Ministério da Mulher, Família e Direitos Humanos. [10] A dramática estatística persiste, com 22 mil denúncias no primeiro semestre de 2022, segundo a Casa Civil. [11]

Desse modo, providências objetivas e de fácil adoção, como observar o comportamento dos nubentes e solicitar certidão de interdição junto às serventias com atribuição de Interdições e Tutelas, [12] evitam que toda a evolução jurídica ora referida e festejada seja circunstancialmente utilizada em prejuízo da pessoa idosa.

Recomendação do CNJ

Com propriedade, o Conselho Nacional de Justiça editou a Recomendação nº 47, de 12 de março de 2021, recomendando aos serviços notariais e de registro do Brasil, que "adotem medidas preventivas para coibir a prática de abusos contra pessoas idosas, especialmente vulneráveis, realizando diligências se entenderem necessário, a fim de evitar violência patrimonial ou financeira". [13]–[14]

Considera-se recomendável que essa cautela seja adotada por todos os profissionais do Direito, inclusive advogados e magistrados chamados a lidar com a questão.

Aplaude-se, portanto, a evolução legislativa e jurisprudencial em favor da autodeterminação da pessoa idosa na escolha do regime de bens do casamento e da união estável, ressalvando-se, contudo, a necessidade de se adotar um olhar atento e tomar as providências necessárias para coibir, pontualmente, casos de violência patrimonial e financeira contra a pessoa idosa por ocasião da opção do regime de bens. A atuação dos operadores do Direito em geral e dos delegatários de cartórios extrajudiciais, em especial, será o fiel da balança.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

_____

[1] INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Pirâmide Etária.* Disponível em: https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18318-piramide-etaria.html Consulta realizada em 24/04/2024.

[2] INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Censo 2022: número de pessoas com 65 anos ou mais de idade cresceu 57,% em 12 anos.* Disponível em: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/38186-censo-2022-numero-de-pessoas-com-65-anos-ou-mais-de-idade-cresceu-57-4-em-12-anos#:~:text=A%20idade%20mediana%20da%20popula%C3%A7%C3%A3o,de%200%20a%2014%20anc . Consulta em 24/04/2024.

[3] ALVES, Jones Figueirêdo. “Direito à felicidade deve ter a família como base normativa”. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2013-dez-01/jones-figueiredo-direito-felicidade-familia-base-normativa/ Consulta realizada em 24/04/2024.

[4] De se consignar que o Enunciado 125, da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal considera preconceituosa qualquer restrição à liberdade de escolha do regime do casamento ou da união estável em virtude da idade do casal. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Enunciado 125.* Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/i-jornada-de-direito-civil.pdf Consulta em 24/04/2024.

[5] Flavio Tartuce reputa inconstitucional qualquer previsão legal que restrinja a autonomia privada na escolha do regime de bens em virtude da idade do interessado, considerando tal previsão com “feição estritamente patrimonialista” e “discriminatória”, que “não protege o idoso, mas seus herdeiros”. TARTUCE, Flavio. *Manual de Direito Civil. Volume Único*. 11. Ed. Rio de Janeiro: Forense Método. 2021. p. 1226.

[6] SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Separação de bens não é obrigatória para idosos quando casamento é precedido de união estável*. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2016/2016-12-16_08-02_Separacao-de-bens-nao-e-obrigatoria-para-idosos-quando-casamento-e-precedido-de-uniao-estavel.aspx Consulta em 24/04/2024.

[7] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ARE 1.309.642. Tema 1.236. Tribunal Pleno. Julgamento em 01/02/2024.

[8] Infelizmente, o Anteprojeto de alteração do Código Civil mantém a exigência de escritura pública para a opção por regime de bens diverso da comunhão parcial, no artigo 1640, §1º. Espera-se que, durante a tramitação do projeto, o legislador altere o referido dispositivo, para admitir a formalização da opção por qualquer regime de bens por termo perante o Oficial Registrador, como já ocorre em relação à

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

comunhão parcial.

[9] EMPRESA BRASILEIRA DE COMUNICAÇÃO. *Alzheimer: condição afeta 1,2 milhão de pessoas no Brasil*. Disponível em: https://agenciagov.ebc.com.br/noticias/202310/alzheimer-condicao-afeta-1-2-milhao-de-pessoas-no-brasil Consulta realizada em 24/04/2024.

[10] G1. Bem estar. *Cresce 50% o número de denúncias de violência contra o idoso no Brasil durante a pandemia da Covid-19*. Disponível em: https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/10/29/cresce-59percent-o-numero-de-denuncias-de-violencia-contra-o-idoso-no-brasil-durante-a-pandemia-da-covid-19.ghtml Consulta em 24/02024.4

[11] REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. CASAL CIVIL. *Violência patrimonial e financeira: pessoas idosas são as maiores vítimas no Brasil.* Disponível em: https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/noticias/2022/setembro/violencia-patrimonial-e-financeira-pessoas-idosas-sao-as-maiores-vitimas-no-brasil Consulta em 24/04/2024.

[12] Cf. Artigo 89, da Lei Federal nº 6.10/1973 (Lei de Registros Públicos).

[13] Entende-se que a observação, pelo delegatário do serviço extrajudicial, do comportamento do idoso em cada caso concreto é fundamental para que se detectem potenciais casos de abuso patrimonial e financeiro e se verifique a necessidade de adotar diligências adicionais para coibi-la, como, de fato, constou da Recomendação do CNJ ao adotar a expressão “se entenderem necessário”. Por tal razão, considera-se inadequada, embora aspirando a valores nobres, a medida adotada pela E. Corregedoria-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que, ao editar o Provimento CGJ 69/2021, determinou que todos os atos notariais envolvendo pessoas maiores de 80 anos de idade sejam gravados em vídeo, com o registro em imagem da presença de, no mínimo, dois integrantes da serventia. Isso porque, conforme exposto ao longo deste trabalho, a idade, por si só, não mais pode ser tida isoladamente como fator de comprometimento da capacidade de discernimento da pessoa. É de todo importante alcançar um ponto de equilíbrio, em que a falta de discernimento da pessoa idosa não seja tida como regra e que a tentativa de proteção não acabe por gerar desnecessário constrangimento e parecer, aos olhos do interessado idoso, uma medida etarista.

[14] CORREGEDOIA-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Provimento nº 69, de 05 de agosto de 2021*. Disponível em: https://www3.tjrj.jus.br/consultadje/consultaDJE.aspx?dtPub=05/08/2021&caderno=A&pagina=21 Consulta em 24/04/2024.

Meta Fields

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.