

Regime de bens: cônjuges e conviventes (pessoa maior de 70 anos):

Heraldo Garcia Vitta

Em decorrência do trânsito em julgado da r. decisão (10.04.2024) prolatada pelo Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE 1309642-SP, *repercussão geral reconhecida*, Rel. Min. Luís Barroso), em cuja *sessão de debates* tive oportunidade de fazer *sustentação oral*, na defesa dos *direitos dos herdeiros*, perante o plenário daquela Corte, colaciono sucintos comentários a respeito desse tema importante para o Direito, tendo em vista a repercussão social dos debates e, sobretudo, da própria decisão proferida.

Trata-se do tormentoso problema da (in) constitucionalidade do artigo 1.641, II, do Código Civil Brasileiro (determina o regime obrigatório de separação de bens no casamento quando houver pessoa maior de 70 anos).

Pretendeu, a recorrente, na Corte Suprema, a decretação da inconstitucionalidade da regra da legislação civil, por ofensa à dignidade da pessoa humana, à igualdade, ao Estatuto do Idoso e outras normas jurídicas.

Primeiramente, gostaria de alertar para ponto importante: propugnou-se o provimento do recurso a partir de um *conceito jurídico equivocado*, extraindo-se, assim, consequências jurídicas e sociais enviesadas: referiu-se à *incapacidade da pessoa idosa para reger seus bens*, em virtude da proibição legal, insculpida no artigo 1.641, II, do Código Civil Brasileiro, que determina o regime de separação obrigatória de bens, quando a pessoa for maior de 70 anos (redação da Lei 12.344, 2010).

A incapacidade daria margem a situações de anormalidade, senilidade, imputadas às pessoas maiores de 70 anos, elevando, assim, a temática para maior apelo social, com a conseqüente exploração inadequada, indevida, do termo. Isso induziria ao entendimento desmesurado do conceito, ampliando-o além de seus contornos jurídicos.

No Direito romano, afirmava Savigny:

“os impedimentos da capacidade de agir, ou seja, o uso plenamente livre da razão, pode reduzir-se aos seguintes: *idade imatura, alienação mental, interdição e natureza da pessoa jurídica.*” (Federico Carlo Di Savigny,

Sistema del Diritto Romano Attuale, tradução dall'originale tedesco di Vittorio Scialoja, Vol. III, p.5, 1900. Grifos nossos)

Savigny [Jurist. Methodenlehre, 1951, 37], citado por Emílio Betti, explica:

“No sistema, não se pode expor nenhum conceito sem aplicá-lo a um preceito jurídico; os *conceitos voltam a determinar o sistema: conceitos errôneos são seguidos por interpretações errôneas.*” (Emílio Betti, *Interpretação da Lei e dos Atos Jurídicos*, p.20, rodapé 37, trad. Karina Jannini e Giuliano Crifò, Martins Fontes, 2007. Grifos nossos).

No Direito brasileiro, conforme cediço, os artigos 3º e 4º, do Código Civil, estabelecem as hipóteses de *incapacidade civil; não se veem quaisquer situações ali elencadas enquadráveis no conceito de incapacidade em [apenas] da razão de idade*

‘Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência) I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência) III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência) IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)’

O que o artigo 1.641, II, do Código Civil Brasileiro, contém é mera ‘restrição’ [delimitação da liberdade], para alguns atos, ou atividades, de grupo de pessoas, em vista de interesses públicos, ou de valores, prestigiados na ordem jurídica.

A questão não é incapacidade da pessoa idosa, mas falta de *legitimação para certos atos*.

Vicente Ráo:

“Enquanto a *capacidade* corresponde aptidão natural e genérica das pessoas para prática, por si, dos atos da vida jurídica, a *legitimação* indica a exigência legal, imposta a certas pessoas capazes, de preenchimento de especiais habilitações subjetivas ou objetivas para a celebração determinados atos (...).

Não legitimados são os que os seus requisitos não se realizaram, ou os que a lei como tais considera por prescrição imperativa, cogente, insuscetível de alteração pela vontade dos agentes, ou contraentes.” (...).

“É a natureza das relações mencionadas que, conjugada com a situação pessoal das partes, justifica a exigência desses requisitos específicos, cujo desrespeito provoca aplicação de sanções de natureza diversa.” (*Ato Jurídico*, pp.119, Max Limonad, 1961. Grifos nossos).

Justamente, o citado jurista exemplifica com a *obrigatoriedade da separação legal de bens*; e a anulabilidade de ato realizado sob certas condições (idem, ibidem, p.120)

Conclusão: não há a dimensão jurídica (incapacidade) pretendida, mas simples *ausência de legitimação jurídica* (outra dimensão jurídica). -A pessoa maior de 70 anos não tem legitimação para certos atos, considerados dignos de proteção jurídica. [homem ou mulher].

Dizer que a pessoa maior de 70 anos de idade é incapaz remete a situações de debilidade, senilidade, arrefece a extensão jurídica do termo (capacidade), e aumenta a sensação de que os limites jurídicos (falta de legitimação) seriam desarrazoados, o que não é o caso.

Trata-se de exploração equivocada do termo ‘incapacidade’, ampliando o debate além da extensão do conceito jurídico de ‘legitimação’; possivelmente, tenha incutido nas pessoas a *reprovabilidade social da ‘proibição’ do artigo 1.641, II*.

O segundo ponto não menos relevante concerne à forma pela qual o legislador tem qualificado, ao longo do tempo, o *regime obrigatório de bens no 'casamento', quando houver pessoa com 'idade avançada'*:

No confronto das legislações, observa-se a seguinte ordem:

a.) O artigo 58, §2º, do Decreto 181, de 1.890, dispunha: 'Art. 58. Também não haverá comunhão de bens: § 2º Si o marido for menor de 16, ou maior de 60.' Já, o artigo 59 do mesmo decreto estipulava: 'Art. 59. Em cada um dos casos dos parágrafos do artigo antecedente, todos os bens da mulher, presentes e futuros, serão considerados dotaes, e como taes garantidos na fôrma do direito civil.'

b.) O artigo 258, parágrafo único, II, do Código Civil de 1.916, estabelecia: 'Art. 258. Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens, entre os cônjuges, o regime da comunhão universal. Parágrafo único. É, porém, obrigatório o da separação de bens no casamento: II. Do maior de sessenta e da maior de cinquenta anos.'

Clóvis Bevilacqua, ao fazer paralelo do regime anterior [1.890] ao Código Civil de 1916, afirma:

“Quanto ao parágrafo único [do art.258], há três diferenças principais entre o que estabelecia o direito anterior e o que, agora, prescreve o Código [1916]: o regime obrigatório para as pessoas mencionadas neste artigo [art.258, parágrafo único, CCB 1916] é o da separação; o direito anterior dera preferência ao dotal (dec. cit., art.59)” (Clóvis Bevilacqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, Vol. II, p.163-4, 1928, Livraria Francisco Alves. Grifos nossos)

c.) Finalmente, o atual Código Civil: Art. 1.640. Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial. (...). Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos (Redação dada pela Lei nº 12.344, de 2010)

Logo, no Direito brasileiro, é tradição jurídica, no caso de pessoa idosa, o legislador estabelecer regime de bens entre cônjuges [companheiros] diferente

do regime legal, básico, fundamental: em 1.890, do regime universal para o dotal; em 1.916, do regime universal para o da separação; em 2.002, do regime parcial para o da separação.

Outrora, a obrigatoriedade do regime dotal (1.890); após, o de separação obrigatória (Código Civil de 1.916; Código Civil de 2002). Essa situação, portanto, remonta, ao que se tem conhecimento, ao ano de 1.890!!!!, quando foi editado o Decreto 181, que determinou o regime dotal de bens, quando um dos cônjuges [no caso, o marido] tivesse idade superior a 60 anos.

Feitos esses apontamentos preliminares, relatarei, resumidamente, os fatos concretos, que redundaram na fixação da tese do Supremo Tribunal Federal.

O autor da herança foi *casado* por mais de 50 anos, tendo constituído patrimônio substancial, especialmente imóveis; da *relação conjugal*, advieram *filhos e netos*.

Após o falecimento da esposa, o autor da herança, com 72 anos de idade, passou a conviver com outra pessoa, mais jovem, cuja relação durou cerca de 11 anos (sentença judicial da *união estável*). Não tiveram filhos.

Nesse interregno, isto é, durante a união estável, o autor da herança fez *testamento público*, conferindo a um neto parte do patrimônio disponível (art.1.789, Código Civil Brasileiro).

No processo de inventário para divisão dos bens entre os herdeiros, atribuiu-se à companheira *os bens adquiridos na convivência* com o *de cujus*, conforme entendimento, na época, do Superior Tribunal de Justiça (Súmula 655: “Aplica-se à união estável contraída por septuagenário o regime da separação obrigatória de bens, comunicando-se os adquiridos na constância, quando comprovado o esforço comum”).

Além do mais, dentre outros bens, a companheira possui imóvel em nome próprio (adquirido na constância da união estável), e pensão do Instituto Nacional do Seguro Social, em decorrência do falecimento do autor da herança; a 'meação' importa no valor aproximado de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) [Cf. últimas declarações e partilha].

Apesar disso, o magistrado de primeiro grau declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 1.641, II, do Código Civil Brasileiro – regime obrigatório de separação de bens no casamento, quando houver pessoa maior de 70 anos - , ao considerar aplicável à união estável o regime supletivo da comunhão parcial de bens (art. 1.725 do Código Civil): reconheceu à companheira sobrevivente o direito de participar da sucessão hereditária em concurso com os descendentes do autor da herança,

Em face da interposição de agravo de instrumento, pelos herdeiros, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reformou a r. sentença, firmando a tese - consagrada nos Tribunais Estaduais - no sentido de que, por conta da vedação do artigo 1.641, II, do Código Civil [regime de separação obrigatória de bens no caso de cônjuge maior de 70 anos] à companheira compete apenas os bens adquiridos na relação de convivência [súmula 377, STF: 'no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento'].

Referida 'proibição' (art.1.641, II), reconhecida na Corte Paulista, estendeu-se à *união estável*. Com efeito, acertada a decisão da segunda instância, conforme se observa desses excertos: “não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável” (RE 878.694, Rel. Min. Luís Barroso, j. 10.05.2017); tema 809: “é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002. (A mesma tese foi fixada para o Tema 498).

Irresignada, a companheira interpôs Recurso Extraordinário, no bojo do qual o Supremo Tribunal Federal acolheu a *repercussão geral do tema [1236]*, visando efeitos vinculantes aos demais membros do Poder Judiciário (art.1.029 e ss, do Código de Processo Civil).

Com o parecer do Ministério Público Federal (no sentido de *improvemento do recurso extraordinário*), e com as sustentações orais (dos herdeiros - por mim representados - e dos *amici curae*), nos termos do brilhante voto do Relator Ministro Luís Barroso, o Supremo Tribunal Federal fixou a seguinte tese:

“Nos casamentos e uniões estáveis envolvendo pessoa maior de 70 anos, o regime de separação de bens previsto no art. 1.641, II, do Código Civil, pode ser afastado por expressa manifestação de vontade das partes, mediante escritura pública”.

Assim, da referida decisão, extraem-se conclusões: (a) aplicam-se as regras básicas do regime do casamento à união estável – posição essa admitida antes pelo STF; (b) tendo havido manifestação de vontade das partes (no casamento ou na união estável, mediante escritura pública), o regime de separação obrigatória de bens, quando envolver maior de 70 anos (art.1.641, II, CCB), poderá ser afastado: logo, a mencionada regra da lei civil (mera restrição), ao contrário de sua expressão literal, passou a ser considerada *dispositiva*, não obrigatória, podendo ser rechaçada por manifestação das partes, em virtude da interpretação *conforme à Constituição dada pela Corte ao artigo 1.641, II* [como mencionado no substancial voto do Relator e nos votos dos demais Ministros da Corte].

Quanto à garantia da *segurança jurídica*, a pedido do Ministro Cristiano Zanin, o Supremo Tribunal Federal atribuiu *efeitos prospectivos* (‘para o futuro’) à r. decisão, a fim de evitar abertura de sucessões findas, ou outras questões sociais de relevo (modulação dos efeitos da decisão).

Finalmente, considerou-se a *situação concreta* (*não houve* manifestação de vontade das partes visando à modificação do regime de separação obrigatória); e *negou-se provimento ao recurso extraordinário, por unanimidade*.

Logo, o Supremo Tribunal Federal decidiu com acerto, ao manter a norma civil impugnada, embora com outra feição interpretativa, modular os efeitos da decisão e, especialmente, *respeitar os direitos dos herdeiros*.

Pois, a omissão (*não manifestação de vontade* dos conviventes visando modificação do regime de separação obrigatória) tem relevo para o Direito; como diz Kelsen, a função tanto positiva como negativa da permissão [normativa] está ligada essencialmente com a prescrição [normativa]. (*Teoria Pura do Direito*, p.18, 5ªed., Martins Fontes, 1996).

Por outro lado, houve manifestação de vontade, por parte do autor da herança; porém, *não para modificação do regime de bens entre os conviventes*, e sim para *transferir bens a herdeiro*: testamento público, em benefício do *neto* (legatário), documento esse firmado durante a união estável. Conforme se observa, *a companheira não fora aquinhoadada pelo testador*.

De acordo com Orlando Gomes, o *princípio da autonomia da vontade*:

“significa o poder dos indivíduos de suscitar, mediante declaração de vontade, efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica. (...). A produção de efeitos jurídicos pode ser determinada assim pela vontade unilateral [testamento], como pelo concurso de vontades [contratos].” (Orlando Gomes, *Contratos*, p.31, 5ªed., 1975, Forense. Grifos não originais).

O exercício da autonomia da vontade evidencia a *intenção prática, real*, da pessoa; por isso, há entendimento de que a autonomia da vontade se apresenta “como uma operação distinta e preliminar quanto à identificação do tipo de ato jurídico, ao qual o ato concreto corresponde.” (Emílio Betti, ob.cit., p.183).

A questão da interpretação do ato de vontade é prejudicial à qualificação jurídica (Idem, ibidem, mesma página); ou seja, antes da qualificação jurídica, o intérprete deve interpretar o ato de vontade da parte, ou o negócio jurídico entabulado.

Assim, a decisão da Corte pareceu-me justa, pois as partes poderão, na constância da relação, casamento ou união estável, afastar a regra restritiva do artigo 1.641, II [não fora abolida da ordem jurídica], a fim de regular o regime de bens que melhor se afeiçoe aos seus interesses, *desde que haja manifestação expressa em ato jurídico formal, escritura pública (autonomia da vontade)*.

Sem embargo, a r. decisão garantiu (a) a *estabilidade das relações sociais (segurança jurídica)*, tendo em vista os efeitos prospectivos da decisão, e (b) os *direitos dos herdeiros (herança)*, ao considerar a hipótese concreta, com as nuances da realidade.

Heraldo Garcia Vitta. Advogado e Consultor Jurídico. Juiz Federal aposentado. Ex-Promotor de Justiça (SP). Professor de Direito. Especialista, Mestre e Doutor em Direito.