

PARECER

1. Introdução

A ASSOCIAÇÃO DE DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES (AD-FAS), por sua Presidente Nacional e seus advogados, nos solicitam o presente parecer, enfocando aspectos de aplicabilidade do art. 1641, II do Código Civil, que dispõe ser obrigatório o regime da separação de bens no casamento da pessoa maior de 70 (setenta) anos.

Essa entidade ingressou como **AMICUS CURIAE** nos autos de Recurso Extraordinário com Agravo (ARE 1309642-SP), apresentando judiciosos fundamentos, com os quais concordamos integralmente. Expõe em resumo:

O Supremo tribunal Federal reconheceu a existência de repercussão geral em decisão colegiada, sob a relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso em referido recurso, em que foi formulado o tema nº 1.236:

Regime de bens aplicável no casamento e na união estável de maiores de setenta anos.

O debate versa sobre a constitucionalidade do regime da separação obrigatória aos que se casam com mais de 70 anos, de acordo com o art. 1.641, II do Código Civil, bem como a aplicação dessa norma às uniões estáveis.

A repercussão geral foi reconhecida a partir de precedente do Tribunal de Justiça de São Paulo (AI 2094514-81.2018.8.26.0000), no qual foi pleiteado o reconhecimento da inconstitucionalidade do citado artigo, sob alegação de afronta à autonomia de vontade dos companheiros na escolha do regime de bens:

“Agravo de instrumento. Inventário. Decisão que determinou a apresentação de plano de partilha pela inventariante, com observância da sistemática introduzida pelo RE nº 846.721/RS, e declarou a inconstitucionalidade do art. 1.641, II do CC. Irresignação. Regime da separação obrigatória e bens que, ao restringir a autonomia de vontade dos nubentes, busca proteger a pessoa idosa de casamentos realizados com exclusiva finalidade patrimonial. Inconstitucionalidade não configurada. Restrição legal que se aplica igualmente ao casamento e união estável. Precedentes do STJ e desta Corte. Companheira que, no enteando, tem direito à metade dos bens adquiridos durante a união estável. Incidência da Súmula nº 377 do STF. Decisão reformada. Agravo provido (TJSP, 3ª

Câmara de Direito privado. AI 2094514-81.2018.8.26.0000, rel. Des. Alexandre Marcondes, j. 25.06.2019).

Como se vê, o tribunal paulista reconheceu a constitucionalidade do art. 1.641, II de nosso estatuto civil.

Por outro lado, o *leading case* extraído do ARE 1309642 está assim descrito:

“Recuso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 1º. III, 3º. IV, 5º, I, X e LIV, 226, §3º e 230 da Constituição Federal, a constitucionalidade do art. 1.641, II do Código Civil, que estabelece ser obrigatório o regime de separação de bens no casamento da pessoa maior de setenta anos, e a aplicação dessa regra às uniões estáveis, considerando o respeito à autonomia e à dignidade humana, a vedação à discriminação contra idosos e a proteção às uniões estáveis.”

Em sua magnífica peça processual a insigne entidade sustenta e comenta com profundidade a presunção de constitucionalidade das normas infraconstitucionais; a proteção da dignidade da pessoa humana bem como a diferenciação protetiva e não discriminatória; a verdadeira salvaguarda da autonomia privada das pessoas maiores de 70 anos; a proteção da união estável equiparável à tutela do casamento na interpretação sistemática do Código Civil; a aplicabilidade do regime de bens da separação obrigatória à união estável e, finalmente, sustenta que a norma infraconstitucional protege a família e privilegia a tutela à pessoa maior de setenta anos, em defesa de sua dignidade e bem-estar.

Em torno dessa problemática apresenta quesitos a seguir respondidos, exacerbando, sem dúvida, os já graúdos e pertinentes argumentos apresentados pela consulente.

2.Quesitos

1. O princípio constitucional da igualdade (CF, art. 5º, *caput*) impede proteção especial à pessoa idosa? O que prevalece no entendimento do Supremo Tribunal Federal: a igualdade formal ou a igualdade material?

O princípio da igualdade, enquanto mandamento constitucional, apresenta-se sob duas acepções: a formal e a material.

Segundo a concepção formal do princípio, todos são iguais perante a lei, no sentido de se aplicar a lei a todos sem consideração de qualidades ou atributos pessoais dos destinatários da norma jurídica. Nesse sentido Konrad Hesse explica:

“Igualdade jurídica formal é igualdade diante da lei (art. 3º., alínea 1, da Lei Fundamental). Ela pede a realização, sem exceção do direito existente, sem consideração da pessoa: cada um é, em forma igual, obrigado e autorizado pelas normalizações do direito, e, ao contrário, é proibido a todas as autoridades estatais, não aplicar direito existente em favor ou à custa de algumas pessoas. Nesse ponto, o mandamento da igualdade jurídica deixa-se fixar, sem dificuldades, como postulado fundamental do estado de direito” (Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Trad. de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 330.)

Nesse contexto, o imperativo da igualdade exige igual aplicação da mesma lei a todos endereçada.

No tocante a acepção material, isto é, de igualdade na lei, novamente na abalizada lição de citado Hesse,

“Igualdade jurídica material não consiste em um tratamento igual sem distinção de todos em todas as relações. Senão só aquilo que é igual deve ser tratado igualmente. O princípio da igualdade proíbe uma regulação desigual de fatos iguais; casos iguais devem encontrar regra igual. A questão é, quais fatos são iguais e, por isso, não devem ser regulados desigualmente” (op. Cit., p. 330)

A tônica, portanto, da igualdade material para o seu resultado é perceber aquilo que equipara ou diferencia uns dos outros, isto é, identificar as semelhanças e diferenças, investigando o conteúdo, naquilo que se considera relevante para fins de equiparação ou diferenciação.

Sob esse aspecto, os idosos destacam-se como uma categoria de pessoas iguais entre si e com condições especiais em relação às demais pessoas comuns, justificando a necessidade de medidas estatais de proteção sustentáveis racionalmente, como adiante se demonstrará em relação ao art. 1.641, do Código Civil. Ademais, especificamente no caso sob exame, o texto legal se refere apenas aos idosos com mais de 70 anos. Não a outros.

Inclusive, essa categorização mostra-se clara com a edição do Estatuto do Idoso, como assim também ocorre com outras categorias de pessoas as quais se dispensam proteção especial como a criança e o adolescente, que também têm em seu favor Estatuto próprio de proteção de seus direitos. De se salientar, que em 2017, a Lei Federal no. 13.446 inseriu o § 2º no artigo 3º do Estatuto do Idoso criando uma categoria especial de idosos dentro do próprio grupo de idosos: os chamados “super idosos”:

“§ 2º Entre as pessoas idosas, é assegurada prioridade especial aos maiores de 80 (oitenta) anos, atendendo-se suas necessidades sempre preferencialmente em relação às demais pessoas idosas.”

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm se mostrado sensíveis à proteção do idoso, reconhecendo a vulnerabilidade econômica e social desse grupo de pessoas em diversas decisões¹.

¹ EMENTA: MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONVERSÃO EM JULGAMENTO DEFINITIVO. LEI N. 20.276 DO PARANÁ. PROIBIÇÃO A INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS, CORRESPONDENTES BANCÁRIOS E SOCIEDADES DE ARRENDAMENTO MERCANTIL DE REALIZAREM PUBLICIDADE OU ATIVIDADE DE CONVENCIMENTO DE APOSENTADOS E PENSIONISTAS PARA A CONTRATAÇÃO DE EMPRÉSTIMOS. COMPETÊNCIA CONCORRENTE DO ESTADO PARA LEGISLAR SOBRE **PROTEÇÃO AO** CONSUMIDOR. VULNERABILIDADE ECONÔMICA E SOCIAL DE APOSENTADOS E PENSIONISTAS. **PROTEÇÃO INTEGRAL AO IDOSO**. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA IMPROCEDENTE. 1. Proibição da Lei paranaense n. 20.276/2020 a instituições financeiras, correspondentes bancários e sociedades de arrendamento mercantil realizarem telemarketing, oferta comercial, proposta, publicidade ou qualquer tipo de atividade tendente a convencer aposentados e pensionistas a celebrarem contratos de empréstimos resulta do legítimo exercício da competência concorrente do ente federado em matéria de defesa do consumidor, suplementando-se os princípios e as normas do Código de Defesa do Consumidor e reforçando-se a **proteção** de grupo em situação de especial vulnerabilidade econômica e social. 2. Ação direta julgada improcedente. (ADI 2767)

FGTS. LEVANTAMENTO DOS SALDOS DE FGTS E PIS/PASEP A BENEFICIÁRIO DE AMPARO ASSISTENCIAL, NÃO ELENCADO NO ART. 20 DA LEI Nº 8.036/90. POSSIBILIDADE. 1. A enumeração do art. 20, da Lei 8.036/90, não é taxativa, admitindo-se, em casos excepcionais, o deferimento da liberação dos saldos do

Da mesma forma, a comunidade internacional reconhece as particularidades desse grupo, dispensando instrumentos internacionais de direitos dos idosos, que reforçam a capacidade, autonomia e participação social, tais como a Carta de Princípios para Pessoas Idosas elaborada pela ONU em 1991; o Plano de Ação Internacional de Madrid sobre o Envelhecimento e a Convenção Interamericana sobre Direitos das Pessoas Idosas. Ou seja, em todo o mundo há medidas de proteção do idoso, especialmente para garantir a não-discriminação do grupo e fortalecer a sua autonomia, liberdade e dignidade.

Assim, não há que se confundir a validade do exercício desse critério de diferenciação com discriminação, porquanto são conceitos absolutamente diferentes. Na bem urdida lição de Celso Antônio Bandeira de Mello,

“As discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida e residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição” (O conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3ª. Ed. São Paulo :Malheiros, 1993, p. 17)

Ou seja, o que se veda são desequiparações fortuitas ou injustificadas, que importariam aí em discriminação; do contrário, havendo justificativa racional,

FGTS em situação não elencada no mencionado preceito legal, como no caso dos autos. Precedentes.2. Ao aplicar a lei, o julgador se restringe à subsunção do fato à norma. Deve atentar para princípios maiores que regem o ordenamento jurídico e aos fins sociais a que a lei se destina (art. 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil).3. Possibilidade de liberação do saldo do FGTS não elencada na lei de regência, mas que se justifica, por ser o direito à vida, à saúde e à dignidade do ser humano garantias fundamentais asseguradas constitucionalmente. 4. À luz da ratio essendi do FGTS, que tem como escopo maior atender às necessidades básicas do trabalhador nas ocasiões em que, por si só, não poderia ele arcar com essas despesas, sem prejuízo da sua estabilidade financeira, não há como indeferir-se o pleito, máxime às pessoas idosas, cuja expectativa de utilização do quantum restringe-se em face da faixa etária que se encontram. Exegese que se coaduna com as cláusulas constitucionais de proteção ao idoso e à dignidade da pessoa humana.5. Recurso especial improvido. (REsp n. 647.698/RS, relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 21/9/2004, DJ de 25/10/2004, p. 258.)

estar-se-á diante do exercício da igualdade material que é o norte das decisões do Supremo Tribunal Federal, uma vez que corresponde ao ideal de justiça social e distributiva.

2. O ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional oferece proteção à pessoa idosa em razão do princípio da igualdade material?

Conforme apontado no quesito anterior, os idosos configuram um grupo de indivíduos posicionados em igual situação de maior vulnerabilidade, tanto que gozam de estatuto próprio, como destacado. O avanço da civilização não significou para o idoso o avanço da humanidade, pois o que vemos são vulnerabilidades potencializadas e frequente banalização do retrato do idoso na sociedade, levando-os a um papel desmerecedor dos seus direitos até mesmo dentro de suas próprias casas e seio familiar. Daí a necessidade de um reforço dos direitos dessa categoria emoldurados com o Estatuto do Idoso.

Se assim não fosse, não necessitariam os idosos de um microsistema próprio. Essa é uma manifestação, sem dúvida, do conteúdo da igualdade material, que atenta para as condições concretas de vida de cada realidade, as quais não podem ser encobertas pelas igualdades formais. A consideração da igualdade jurídica material requer, a cada momento histórico, a determinação de critérios de valoração entre aspectos envolvidos neste juízo. No ordenamento jurídico brasileiro, o aumento da idade de 60 e 50 para 70 anos para a aplicação da regra de separação total de bens em razão do aumento da expectativa de vida, é uma manifestação incontroversa da aplicação da igualdade material contemporânea, para essa limitação aplicável a essa categoria especial de indivíduos com maior vulnerabilidade.

Da mesma forma o Estatuto da Pessoa Idosa é uma manifestação da igualdade material, porquanto o Estado de Direito Material concretizou nesse microsistema medidas de proteção a esse grupo social vulnerável^[1]. E, ainda, não

se pode olvidar o reconhecimento, em sede constitucional, da proteção aos idosos inserta nos artigos 229² e 230.

3. A obrigatoriedade do regime de separação no casamento da pessoa com mais de setenta anos viola o direito fundamental da liberdade, da dignidade e priva a pessoa idosa de seus bens (CF. art. 5º., LIV)? Ou, por outro lado, esse regime confere maior autonomia na administração do patrimônio pelo idoso e consagra a plena possibilidade de agir conforme sua vontade e seus interesses, com maior proteção aos interesses de seus futuros herdeiros?

² PROCESSO PENAL. EXECUÇÃO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL DA DECISÃO QUE NÃO CONHECEU DO HABEAS CORPUS. PRISÃO DOMICILIAR HUMANITÁRIA. CUIDADO. FAMILIAR. DOENÇA GRAVE. IMPRESCINDIBILIDADE. NÃO DEMONSTRADA. FLAGRANTE ILEGALIDADE. INEXISTENTE. DILAÇÃO PROBATÓRIA. INVIÁVEL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - O agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a decisão vergastada por seus próprios fundamentos.

II - Sem embargo da ausência de previsão legal, admite-se a concessão da prisão domiciliar também para o condenado em cumprimento de pena em regime semiaberto ou fechado, quando as circunstâncias particulares do caso o recomendarem.

III - O deferimento da prisão domiciliar humanitária para cuidados de terceiros jamais dispensa a comprovação da imprescindibilidade da benesse, mesmo nos casos em que existe expressa previsão normativa.

IV - In casu, embora a esposa do recorrente esteja acometida de grave doença incurável, depreende-se dos autos que sua família possui condições financeiras suficientes para propiciar-lhe o acompanhamento médico e profissional necessário para os cuidados especiais que a sua condição exige, com assistência integral e diuturna. Embora o auxílio prestado por terceiros estranhos ao círculo familiar não supra idealmente as necessidades afetivas e emocionais do familiar vulnerável, não se pode ignorar que o casal possui dois filhos maiores que, pela prescrição do art. 229 da Constituição Federal, têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, na carência e na enfermidade. V - A especial conversão da prisão preventiva ou da pena privativa de liberdade cumprida em regime semiaberto ou fechado por prisão domiciliar humanitária para cuidado de familiar exige mais do que o sofrimento moral e emocional que o afastamento do encarcerado faz nascer nos demais membros da família, comum em todos os casos, mas, em particular, exige a imprescindibilidade da sua presença no ambiente doméstico, a qual é atestada pela inexistência de terceiro que possa fornecer os cuidados indispensáveis de que o familiar necessita.

VI - Não demonstrada a imprescindibilidade da benesse executória e não constatada nenhuma flagrante ilegalidade, rever o entendimento já firmado nas decisões combatidas demandaria inevitável dilação probatória, o que é inviável na estreita via do habeas corpus.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 528.833/SP, relator Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador Convocado do TJ/PE), Quinta Turma, julgado em 19/11/2019, DJe de 26/11/2019.)

Preliminarmente, é importante estabelecer que a obrigatoriedade do regime de separação no casamento de pessoa com mais de setenta anos, apresenta-se como uma limitação patrimonial ao regime de bens do casamento e não uma restrição ao direito de contrair matrimônio, nem se refere a qualquer outro direito.

A limitação inserta no art. 1.641, do Código Civil, não subtrai das pessoas com mais de setenta anos o direito de se casar, de exercer seu direito fundamental da liberdade de agir, gerir e administrar seus bens, apenas estabelece o regime da separação nesses casamentos por razões justificáveis, tratando-se, assim, de medida protetiva e não discriminatória.

Discursos inflamados da doutrina defendendo a violação da liberdade e da dignidade da pessoa idosa pela limitação imposta pelo regime de separação total de bens demonstram que há uma romantização imposta ao estado da “melhor idade” (sic). Nesse discurso, as pessoas acreditam que não vão passar pelo processo de envelhecimento ou, mesmo aqueles que vislumbram essa época da vida acreditam que a medicina impedirá o retardo natural do envelhecimento do corpo e da mente. A negação a esse estágio da vida é a regra. É como se as pessoas estivessem desprezando as inclemências do tempo que só passa para os outros. A idade, é verdade, não importa em automática inabilidade da pessoa para o livre exercício dos atos da vida civil, mas, certamente, torna a pessoa mais suscetível emocional e socialmente. Só não concordam aqueles que não aceitam essa realidade e defendem apenas formalmente a vulnerabilidade social dessa faixa etária e não a situação patrimonial e psicológica.

Nesse sentido, garantir o controle total sobre os bens do idoso acima de 70 anos, sem que seu cônjuge possa interferir na administração do patrimônio representa, em verdade, uma forma relevante de proteção à pessoa idosa e não uma medida de discriminação e violação a seus direitos fundamentais da liberdade e dignidade.

Mais do que isso, falta àqueles que assim discursam, e sugerem excluir o texto na próxima reforma do Código Civil, uma visão menos míope da questão, porquanto, essa medida limitativa não tem uma única finalidade, senão, plúrimas, como ao resguardar o patrimônio do idoso o legislador está mesmo assegurando que ele possa gozar desse patrimônio para fins assistenciais se assim necessitar, garantindo-lhe melhor qualidade de vida, o que é uma manifestação

de garantia da sua dignidade e liberdade (de não depender de assistencialismo social) e não perda dela. Ainda, visa à proteção de terceiros e dos futuros herdeiros.

De se lembrar, ainda, que a Lei Civil já estabelece outras limitações quanto a liberdade individual no campo da família, como os impedimentos matrimoniais, a vedação de práticas sexuais fora do casamento e, assim, da mesma forma, impõe um limite legal nos casamentos das pessoas maiores de 70 anos, que é o regime da separação.

Trazendo, ainda, à colação a posição do Tribunal Federal Alemão, citado por Robert Alexy e perfeitamente aplicável ao caso em análise,

“O indivíduo tem que se conformar com as restrições à sua liberdade de ação, impostas pelo legislador com o objetivo de manter e fomentar a convivência social dentro dos limites daquilo que é razoavelmente exigível diante das circunstâncias e desde que a independência da pessoa seja preservada” (Teoria dos direitos fundamentais. Trad. De Virgílio Afonso da Silva. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 357)

Nessa perspectiva, resta claro que a liberdade não é, e nunca pode ser, um direito absoluto, e, assim, a liberdade e dignidade da pessoa com mais de setenta anos que deseja se casar não são violadas, porquanto mantém seu livre arbítrio em optar por contrair matrimônio e ter vida própria, independente de familiares. Não há perda do patrimônio e sim sua preservação como acima apontado, para que ele seja gerido da melhor forma em seu próprio bem.

Inclusive, essa proteção estatal tem efeitos que ultrapassam a categoria a que é destinada, porquanto tal medida projeta efeitos sobre o direito sucessório, já que preserva o patrimônio para os futuros herdeiros, esses, legítimos destinatários da sucessão.

Ademais, o enunciado da Súmula nº 377 do STF coloca essa restrição nos devidos termos ao estabelecer que se comunicam os bens adquiridos na constância do casamento pelo esforço comum. Nada mais justo, sem que se atente frontalmente contra o texto legal, chegando alguns autores, que aqui não vou citar, a sustentar que se trata de “punição” pelo casamento do idoso. Punição?!

Não há punição alguma nesse texto, mas a mais lúdima intenção de proteção, inclusive da dignidade do idoso. A literatura e a vida real estão plenas de exemplos de idosos(as) vítimas de aventureiros(as) ou dos(as) vulgarmente denominados(as) “caça-dotes”.

Para os dignos membros da comissão de reforma do Código Civil que se batem pela simples exclusão desse dispositivo, basta que o mantenha, com o acréscimo dos dizeres da referida súmula, que já é antiga.

4. A exclusividade patrimonial na dissolução em vida do casamento, decorrente do regime de separação de bens de quem se casa com mais de setenta anos, é adequada à proteção da pessoa idosa em vista da maior longevidade nos tempos atuais?

Certamente. Consoante já anotado nos quesitos anteriores, boa parte da humanidade esquece-se que chegará à terceira ou *melhor idade* (sic), (agora com nomenclatura romantizada). O curso natural da vida é de declínio físico, emocional e social. Envelhecer é processo inevitável que só pode ser evitado com a morte precoce. Muitas pessoas não se preparam para esse estágio da vida exatamente porque fantasiam que não vão envelhecer e enfrentar os reflexos desse estágio de vida.

O progresso na longevidade do ser humano é incontestável e não seria interessante esse progresso se não fosse acompanhado de uma concomitante melhor qualidade de vida. Por mais essa razão, é necessária a proteção dispensada ao regime de bens daquele que contrai núpcias após os setenta anos. Não há qualquer garantia de duração em qualquer tipo de matrimônio, mas para o idoso, essa ruptura significaria dividir um patrimônio já solidamente constituído e que na sua falta não haveria tempo hábil (sem hipocrisia) de ser novamente constituído, com raras exceções. Desnecessário lembrar tantas e tantas histórias reais e concretas trazidas pela imprensa, vividas em detrimento dos idosos em situações que tocam diretamente a presente problemática.

A situação poderia ser agravada, ainda, se comunhão houvesse e seu cônjuge contraísse dívidas durante a constância do casamento. Obviamente que o patrimônio sofreria um desfalque injustificável em detrimento do idoso.

Portanto, não resta dúvidas que a separação de bens nessa perspectiva também é plenamente justificável. Protege-se o idoso de eventual dispersão do patrimônio por parte do outro cônjuge.

5. O art. 1.641, II, do Código Civil, que estabelece a obrigatoriedade do regime de separação de bens no casamento da pessoa maior de setenta anos, importa incapacidade da pessoa idosa? Pode esta norma ser considerada como uma interdição parcial de quem tem mais do que setenta anos?

De maneira alguma. Não se trata, em absoluto, de uma *capitis deminutio*. As incapacidades são restrições à aptidão para agir, implicando que as pessoas atingidas fiquem diminuídas ou até impossibilitadas de atuar no universo social e negocial, o que não ocorre no caso da limitação imposta pelo regime de separação de bens. Isso porque o idoso mantém para si a totalidade do seu patrimônio, não lhe causando, nem a terceiros, qualquer prejuízo essa incomunicabilidade.

O que a lei veda é a comunicabilidade dos bens ao cônjuge, mas não o livre uso e gozo desse patrimônio pelo casal. A incapacidade, seja ela total ou parcial, importa em não ter a livre administração e disposição dos bens que compõem o patrimônio, o que em absoluto não ocorre nesse caso em análise.

Essa limitação pode-se comparar à limitação de disposição testamentária a cinquenta por cento do patrimônio disponível e não atribuído aos legítimos herdeiros. Seria essa situação interdição parcial também? Obviamente que não. Há outros exemplos pontilhados na lei com a mesma natureza. Veja, por exemplo, o descrito na sucessão dos irmãos, quando os irmãos unilaterais do falecido recebem somente a metade da herança do que couber aos irmãos bilaterais (art.1.841.). Poder-se-ia justificar aí também uma restrição de capacidade? E se formos para a responsabilidade civil, quando, pelo art. 944, parágrafo único, se

dispõe que “*se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização*”. Seria esse dispositivo também ilegal, a exemplo dos demais exemplos, inconstitucional ou injusto, ou atende a realidades sociais, ao deixar a vítima sem a plena indenização? Ora, ora, o Direito deve atender as realidades sociais. Sem dúvida, cuida-se de uma realidade social na matéria aqui comentada, sem qualquer reбуço, sobressalto ou infringência do conceito maior de Justiça e Ética. As desigualdades devem ser examinadas caso a caso. É isso que cabe ao legislador em todas essas situações.

Os institutos jurídicos não são criados para serem aplicados conforme a conveniência dos interessados. Possuem eles uma gênese, uma razão de ser que não pode simplesmente ser modificada pelo intérprete. Incapacidade e interdição são institutos que não se aplicam conceitual e comparativamente ao caso da não comunicação de bens no regime de separação em análise.

6. A obrigatoriedade do regime de separação no casamento da pessoa com mais de setenta anos viola os princípios fundamentais (tais como a igualdade entre homens e mulheres, a intimidade e da vida privada)? Viola o objetivo fundamental de promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CF, art. 3º., IV)? Nesse sentido, o regime de separação de bens no casamento do maior de setenta anos é discriminatório ou protetivo?

Os direitos fundamentais são destinados a proteger a esfera de liberdade do indivíduo perante intervenções dos Poderes Públicos e têm como contraponto o direito do Estado a uma ação positiva entendida como direito à proteção, isto é, o direito do titular de direitos fundamentais em face do Estado a que este o proteja contra intervenções de terceiros (Alexy, Robert., op.cit., p. 433 e 450).

Se a intervenção do Estado não viola o conteúdo essencial do direito fundamental, temos uma intervenção limitativa legítima. No que tange à intervenção

do legislador infraconstitucional em matéria de direitos fundamentais, a legislação ordinária pode se limitar a regular o exercício de um direito, a configurar o seu conteúdo ou a limitar o exercício de um direito fundamental.

No caso em análise, o legislador, ao estabelecer o regime de separação no casamento de pessoa com mais de setenta anos, interveio de forma legítima, apropriada e não violadora de direitos fundamentais. Senão vejamos:

A igualdade entre homens e mulheres, pela novel regra do art. 1.641, do Código Civil de 2002, foi preservada, uma vez que a idade de setenta anos se aplica a qualquer dos sexos. A intimidade, que é a reserva espiritual abarcada no direito de preservar a vida privada de ingerências dos demais indivíduos, não nos parece nada ter a ver com a limitação, já que a reserva espiritual e material de viver não tem repercussão patrimonial que seja atingida pela limitação. Demais direitos fundamentais já foram objeto de análise em quesitos anteriores.

De outro norte, o objetivo fundamental de promoção do bem de todos pelo Estado, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação não foi profanado de forma alguma pela limitação imposta pelo regime de bens, já que trata-se de limitação legítima de direito e não de intervenção discriminatória.

Discriminação haveria somente se inexistisse uma justificção racional e plausível para a imposição de um tratamento diferenciado, ou seja, se não fosse dispensado tratamento igual a quem se encontra em situação semelhante.

Conforme já exposto anteriormente, os idosos compõem um grupo de indivíduos posicionados em igual situação de maior vulnerabilidade, condição essa apurada pela realidade da vida e que não pode ser encoberta pela forma apenas.

A limitação imposta pelo art. 1.641, II do Código Civil é o que Robert Alexy denomina de “*proteção negativa*”, ou seja, a proteção realizada por meio de “*proibições*” (op. cit., p. 234). O que se tem na norma analisada é uma manifestação da proteção do Estado em prol de um grupo determinado de pessoas, por meio de uma “vedação” que é a comunicação de bens no matrimônio, cuja justificativa encontra-se na própria condição pessoal do grupo, representando, assim, medida de promoção social do bem de todos.

7. Diante de todas as respostas aos quesitos acima formulados, a norma do art. 1.641, II, do Código Civil sobre o regime de separação no casamento da pessoa com mais de setenta anos é constitucional ou inconstitucional?

De todo o exposto nos quesitos anteriores, onde foram enfrentadas as alegações de inconstitucionalidade do art. 1.641, II, do Código Civil, em decorrência de supostas violações a direitos fundamentais, demonstrou-se, claramente, a não incidência da mácula da inconstitucionalidade sobre o artigo.

Nenhum direito fundamental é violado, nenhuma discriminação foi cometida pelo legislador ao estatuir a limitação de regime de bens ao casamento dos maiores de setenta anos. Ao contrário, o que ficou patente, cristalino foi que ao assim estatuir, o legislador buscou conferir proteção a essa categoria especial de pessoas mais vulneráveis, realizando, com isso sua função de promover o bem-estar social.

Mais uma vez na voz de Robert Alexy, as limitações (preferimos essa terminologia) justificáveis mantêm a norma hígida:

“Restrições que respeitem a máxima da proporcionalidade não violam a garantia do conteúdo essencial nem mesmo se, no caso, nada restar do direito fundamental.” (op. cit., p. 297)

Se o núcleo de direito fundamental algum foi reduzido, a intervenção estatal está fundamentada com base em razão relevante, no caso, a proteção ao idoso. Isso revela que o legislador partiu do ponto de vista dos direitos fundamentais e não contra eles.

Consoante já apontado, o argumento da pecha de inconstitucionalidade do artigo é marcadamente ideológico, porquanto ao analisarmos as apontadas violações, vimos claramente suas fragilidades. Convém lembrarmos, nesse contexto, da citada tirania dos valores trazidas por Carl Schmitt:

“a chave para compreendermos que toda teoria dos valores nada mais faz senão atizar e intensificar a luta antiga e eterna entre convicções e

interesses” (La tiranía de los valores. Trad. De Anima Schimitt de Otero. Revista de estudios políticos 115. Madrid, Instituto de Estudios Politicos (janeiro-fevereiro/1961, p. 76)

O intérprete não pode se submeter a essa supremacia de valores no plano da aplicação do direito. Assim, por tudo que foi enfrentado e exposto nos quesitos anteriores, não há que se falar em inconstitucionalidade do art. 1.641, II do Código Civil. A norma é hígida, constitucional e deve ser aplicada na extensão que a norma a traz.

8. O art. 1.725 do Código Civil, que estabelece o regime de comunhão parcial na união estável, salvo estipulação em contrário, importa na aplicação das disposições gerais e especiais dos regimes de bens do casamento à união estável, entre as quais aquela que estabelece o regime da separação no casamento da pessoa maior de setenta anos (art. 1.641, II, do Código Civil)? Se entendido que não fossem aplicadas as disposições gerais e especiais dos regimes de bens constantes do Código Civil sobre o casamento, haveria regulamentação dos regimes de bens na união estável?

A letra do art. 1.725 do Código Civil limita-se a regulamentar a relação patrimonial entre os companheiros, podendo evidentemente sua interpretação ser alargada.

Segundo o citado artigo, a regra é a de comunicação dos aquestos, isto é, a do regime de comunhão parcial de bens, se os companheiros não estipularem em sentido diverso.

O problema maior dessa norma é que ela é um reflexo da má vontade legislativa dispensada à regulamentação da união estável em nível geral, isto é, sob todos os seus aspectos, inclusive ao art. 1.725 do Código Civil.

O alcance desse artigo é raso e diante disso, a esses pactos, por analogia, devem ser aplicados os princípios dos regimes de bens, como já afirmamos (at. Venosa, Sílvio de Salvo e Rodrigues, Cláudia. Código Civil Interpretado. 5ª. ed. São Paulo : Gen Atlas, 2022, p. 1402).

Uma vez que o legislador não individualizou a *fattispecie* concreta sobre demais possibilidades de regime de bens, não exaurindo sua função legislativa, cabe ao intérprete fazê-lo. Como aponta Franco Modugno,

“l’attribuzione ad un enunciato giuridico più immediato ed intuitivo è sempre un’attività interpretativa” (Interpretazione giuridica. Milano : CEDAM, tomo primo, 2015, p. 42. Tradução livre: a atribuição a um enunciado jurídico mais imediato e intuitivo é sempre uma atividade interpretativa”)

9. O regime de separação obrigatória de bens na união estável do maior de setenta anos decorre de interpretação sistemática das normas do Código Civil?

A divisibilidade do sistema jurídico em diversos microssistemas, que contém diversos enunciados e normas, inspirados em valores prevaletentes e consequentes a escolhas políticas específicas, e considerados geralmente coerentes e completos, nem sempre o são, necessitando, assim, que o intérprete extraia o valor e significado da norma ou do enunciado.

Quando uma disposição encontra-se isolada ou inacabada, cabe ao intérprete buscar seu significado dentro, inicialmente do microssistema em que se encontra para depois confrontá-la em outro nível, o constitucional.

Surge aí a interpretação sistemática, aquela interpretação que procura e mostra o significado de uma disposição dentro do sistema que se encontra. Novamente na bem urdida lição do mestre peninsular citado,

“Il criterio dell’interpretazione sistematica prescrive di attribuire ad una disposizione normativa quel significato che essa può avere in quanto posta in relazione con tutte le altre che formano parte del “sistema” (Modugno, Franco., op. cit., p. 185. Tradução livre: O critério da interpretação sistemática prescreve atribuir a uma disposição

regulamentar o significado que ela pode ter quando colocada em relação a todas as outras que fazem parte do “sistema”).

Nesse sentido, resta clara a necessidade de o intérprete lançar mão da interpretação sistemática para buscar, dentro do microssistema da família, o significado e alcance da sistemática acerca do regime de bens entre companheiros que vivem em união estável.

Assim, havendo incompletude da norma inserta no art. 1.725, do Código Civil, parece-nos extirpe de dúvidas ser a imposição do regime de separação de bens aos maiores de setenta anos, aplicável, também, àqueles que desejam celebrar o vínculo fático da união estável.

Há de se lembrar que, no caso, perfeitamente aplicável o estabelecido na aqui citada Súmula nº 377 do STF. Assim como no casamento, na união estável comunicam-se os bens adquiridos pelo esforço comum dos conviventes. Não há por que se fazer distinção alguma do casamento.

Como lembra Paulo Lôbo, *“inexistindo hierarquia entre o casamento e a união estável não se justifica que o Código Civil tenha atribuído deveres distintos para os cônjuges e para os companheiros. A Constituição não desnivelou a união estável ao estabelecer que a lei deva facilitar a conversão dela em casamento”* (Tratado de direito das famílias. IBDFAM. 2016: p.116).

Inclusive, a matéria já foi objeto de análise e reconhecimento da aplicação da limitação a comunicação de bens em união estável de maior de 70 anos, em julgamento recente do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL POST MORTEM. PERÍODO ANTERIOR AO CASAMENTO. CAUSA SUSPENSIVA DE UNIÃO ESTÁVEL ATÉ O DIVÓRCIO. CASAMENTO PELO REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. PROTEÇÃO AO IDOSO.

1. Inexiste a alegada violação dos arts. 489 e 1.022 do CPC, visto que o Tribunal de origem efetivamente enfrentou toda a questão levada ao seu conhecimento.

2. *Cuida-se, na origem, de ação declaratória de reconhecimento de união estável cumulada com petição de herança, julgada parcialmente procedente pelo Juízo de primeiro grau. O Tribunal de origem, ao dar parcial provimento aos recursos das partes, entendeu pela não comprovação da existência de união estável desde 1990, mas apenas a partir de 1993.*

3. *Impossibilidade de revisão da premissa de comprovação da união estável apenas a partir de 1993, em razão do óbice da Súmula n. 7/STJ. Evidente a ocorrência de causa suspensiva de união estável até a data do divórcio.*

4. *A união estável entre a recorrente e o de cujus se iniciou antes do divórcio deste, na vigência de restrição legal prevista no art. 1.523, inciso III, do Código Civil. Apenas a partir do divórcio afastar-se-ia a obrigatoriedade da separação de bens. Contudo, em 2015, o de cujus já contava com 73 anos de idade, razão pela qual, nos termos do art. 1.641, II, do Código Civil, deve ser observado o regime de separação total de bens.*

5. *De acordo com a redação originária do art. 1.641, II, do Código Civil de 2002, vigente à época do início da união estável reconhecida, impõe-se ao nubente ou companheiro sexagenário o regime de separação obrigatória de bens. Precedentes.*

Agravo interno improvido. (AgInt no REsp n. 2.060.732/SP, relator Ministro Humberto Martins, Terceira Turma, julgado em 11/9/2023, DJe de 13/9/2023.)

10. Qual é o significado da presunção de constitucionalidade de um dispositivo infraconstitucional? Pode-se relacionar a problemática com a matéria ora tratada?

Segundo o princípio da presunção de constitucionalidade, nenhuma lei nasce inconstitucional, ou seja, todo ato normativo se presume constitucional até prova em contrário. A inconstitucionalidade é uma declaração feita por decisão judicial de incompatibilidade do ato normativo com o texto constitucional, como determinam os artigos 97 e 102 da Constituição Federal.

A presunção de constitucionalidade estabelece uma vedação ao descumprimento das leis enquanto não declaradas inconstitucionais pelo Poder Judiciário. Nesse sentido, uma lei não pode ser descumprida por mera suspeita de inconstitucionalidade. Por isso essa presunção de constitucionalidade opera como uma técnica de autocontenção judicial, buscando limitar as situações em que os juízes constitucionais podem legitimamente anular as regras criadas pelo Legislativo, órgão competente para a elaboração das leis.

Como compete ao Judiciário o papel de intérprete das leis, o ato de invalidar uma lei é função atípica, a qual exige fundamentos inequívocos da inconstitucionalidade e não argumentos políticos ou ideológicos, porquanto estar-se-ia se imiscuindo na esfera de competência de outro poder, o Legislativo.

O juiz, ao interpretar a Constituição, não está criando direitos ali não existentes, como se legislador fosse. Ao interpretar, deve fazer emergir o direito abraçado na Constituição, havendo, por certo, limites objetivos para essa exegese, sob pena de contaminá-la por seu subjetivismo. Não se trata de realizar simplesmente um balanceamento de interesses em jogo para solucionar um conflito.

Por isso a presunção de constitucionalidade é um instrumento eficiente de limitação de atuação do Judiciário sobre atos legislativos legítimos, devendo, a exceção, isto é, a declaração de invalidade de uma norma ser fundamentada em argumentos robustos, em falhas legislativas graves e violadoras de direitos fundamentais do cidadão e não em escolhas valorativas feita pelo outro órgão do Estado. Obviamente não se está pregando aqui um Judiciário inerte, ao contrário, pugna-se por um Judiciário atuante na defesa de interesses das minorias, sem descurar, contudo, no cotejo de validade das leis perante a Constituição e da maioria quando ela é prejudicada por interesses de grupo minoritário que, às vezes, compondo a elite, detém o poder, como bem observa Paulo Fernando Silveira (*Devido processo legal*. 3ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 587).

Sendo a declaração de inconstitucionalidade a exceção, a reconhecimento de seus efeitos deve ser tratado com prudência. O legislador brasileiro optou por um modelo diferenciados de efeitos da declaração de inconstitucionalidade, porquanto, é possível, a depender do caso, a adoção de outras medidas que não somente a declaração da nulidade total da norma e mesmo a preservação de atos anteriores a declaração. Essa questão foi positivada pela Lei n. 9.868/1999, que em seu art. 27 estabelece:

“Art. 27 – Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tem sido recorrente o entendimento em prol da possibilidade e mesmo necessidade de a decisão tomada em controle de constitucionalidade ser modulada a fim de solucionar conflitos entre princípios e direitos fundamentais, decorrente da aplicação absoluta da eficácia *ex tunc* da decisão. Para ilustrar a afirmação, os seguintes trechos decisórios:

“Há, portanto, um juízo de proporcionalidade em sentido estrito envolvido nessa excepcional técnica de julgamento. A preservação de efeitos inconstitucionais ocorre quando o seu desfazimento implica prejuízo ao interesse protegido pela Constituição em grau superior ao provocado pela própria norma questionada. Em regra, não se admite o prolongamento da vigência da norma sobre novos fatos ou relações jurídicas, já posteriores à pronúncia da inconstitucionalidade, embora as razões de segurança jurídica possam recomendar a modulação com esse alcance, como registra a jurisprudência da Corte. Em que pese seu caráter excepcional, a experiência demonstra que é próprio do exercício da Jurisdição Constitucional promover o ajustamento de relações constituídas sob a vigência da legislação invalidade, e essa

Corte tem se mostrado sensível ao impacto de suas decisões na realidade social subjacente ao objeto de seus julgados”. (STF, RE 870947 ED, rel. Ministro Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, j. 24/2/2010)

“(…) fica evidente que a norma contida no art. 27 da Lei no. 9.868/00 tem caráter fundamentalmente interpretativo, desde que se entenda que os conceitos jurídicos indeterminados utilizados – segurança jurídica e excepcional interesse social – revestem-se de base constitucional. (...)Terá significado especial o princípio da proporcionalidade, especialmente em sentido estrito, como instrumento de aferição da justeza da declaração de inconstitucionalidade (com efeito da nulidade), em virtude do confronto entre os interesses afetados pela lei inconstitucional e aqueles que seriam eventualmente sacrificados em consequência da declaração de inconstitucionalidade. No presente caso, o Tribunal tem a oportunidade de aplicar o art. 27 da Lei no. 9.868/99 em sua versão mais ampla” (STF, ADI 875, ADI 1.98, ADI 2.727 e ADI 3.243/DF, rel. Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 24/02/2010)

O que se depreende dessas decisões é que o Supremo Tribunal Federal segue o melhor e mais ponderado entendimento na modulação dos efeitos da decisão em sede de controle da constitucionalidade quando realiza um juízo de ponderação entre o princípio da nulidade de norma que seja inconstitucional, o que não é caso presente, e a segurança jurídica e interesse social, além de outros direitos fundamentais afetados direta e indiretamente, inclusive pelo impacto das decisões com efeito retroativo.

O aspecto temporal, assim como porventura etário na aplicação futura da norma, em não esperada declaração de inconstitucionalidade, tem especial relevo e como prevê o citado art. 27, o Supremo Tribunal Federal terá a opção de

declarar a inconstitucionalidade apenas a partir do trânsito em julgado da decisão, preservando, assim, situações concretizadas antes do advento da declaração, em franca observância à garantia do direito adquirido, ou com a elevação da idade prevista na norma, para situações futuras.

Assim, a possibilidade de modulação dos efeitos das decisões, apresenta-se como instrumento vocacionado a garantir a segurança jurídica indispensável das relações jurídicas, considerando-se, ainda, a proteção da confiança, da expectativa legítima de direito e da isonomia dos jurisdicionados.

Assim, pelo princípio da presunção da constitucionalidade das leis e atos do Poder Público, todo ato normativo presume-se constitucional até prova ou decisão judicial em contrário. Portanto, uma vez promulgada e sancionada uma lei, passa ela a desfrutar de presunção relativa (ou *ius tantum*) de constitucionalidade.

Somente com a declaração de sua inconstitucionalidade é que poderá a lei ou dispositivo legal deixar de produzir seus efeitos, preservando-se as situações anteriores a essa declaração.

Todos esses elementos foram aqui posicionados e relacionados com a problemática envolvendo a separação obrigatória de bens para os maiores de 70 anos.

Dentro dessa perspectiva, ressalta claro que, no caso em análise – a alegada inconstitucionalidade do regime de separação total de bens aos matrimônios contraídos por maiores de setenta anos, - a modulação do efeito da decisão que, por argumentação apenas, uma vez que não se admite a inconstitucionalidade do art. 1.641, II, do CC, declarar a inconstitucionalidade, com elevação do limite etário, por exemplo 80 anos, apenas para futuros casamentos, tenha seus efeitos reconhecidos e preservados para os já consolidados e contraídos aos 70 anos, com base nas considerações dos quesitos anteriores que trarão o suporte para essa necessidade.

Assim, pelo princípio da presunção da constitucionalidade das leis e atos do Poder Público, todo ato normativo presume-se constitucional até prova ou decisão judicial em contrário. Portanto, uma vez promulgada e sancionada uma

lei, passa ela a desfrutar de presunção relativa (ou *iuris tantum*) de constitucionalidade. Eventual declaração de inconstitucionalidade, ainda que, por modulação, para casamentos futuros com o limite ampliado para os 80 anos, por se tratar de medida de exceção, deve ser obrigatoriamente modulada para produção de efeitos que alcancem somente situações futuras, como forma de assegurar aos jurisdicionados a segurança jurídica assegurada constitucionalmente.

Destarte, parece-nos que esta matéria é “*tollitur quaestio*”.

3. Síntese Conclusiva

1. A igualdade material, norte das interpretações do Supremo Tribunal Federal, sustenta a categorização de grupos iguais, como os idosos, para fins de tutela jurisdicional protetiva.
2. A proteção patrimonial aos idosos com mais de setenta anos que contraem matrimônio, sem a comunicação de bens, é medida protetiva e não discriminatória, porquanto tem em vista preservar o patrimônio do idoso para que este possa usufruir de uma melhor qualidade de vida, bem como estende-se a tutela legal da sucessão.
3. A regra do art. 1.641, II, do Código Civil é absolutamente constitucional, consoante fartamente demonstrado nos quesitos; entretanto, se declarada sua inconstitucionalidade – o que não se admite – os efeitos da declaração devem ser modulados para atingir apenas situações futuras, preservando-se hígdas as já consolidadas, assim como em casamentos futuros essa modulação poderia ampliar a idade limite para os 80 anos.

4. Em vista da ausência de regulamentação específica da separação obrigatória de bens quanto as uniões estáveis, aplica-se por analogia e interpretação sistemática a regra do art. 1.641, II, do Código Civil, conforme exposto nos quesitos 9 e 10.
5. A presunção de constitucionalidade é regra do ordenamento e uma técnica de autocontenção judicial, que permite a aplicação da lei validamente até que, por motivos robustos, se demonstre o contrário, isto é, sua inconstitucionalidade. Ao Judiciário cabe esse controle de constitucionalidade e, uma vez reconhecida a inconstitucionalidade, a modulação dos seus efeitos é medida necessária

“O ser enquanto tal não é uma questão gramatical: ao menos a própria consciência pessoal é uma realidade irrecusável. Pode-se chegar a partir daí à pessoa como conteúdo e às exigências da própria personalidade. A busca da solução justa não se compadece com composições formais”.

(A José de Oliveira Ascensão, *in memoriam*, *O direito*. Almedina: Coimbra, 2015, 13ª ed. p. 191).

É o nosso parecer.

São Paulo, 6 de dezembro de 2023



SÍLVIO DE SALVO VENOSA

OAB/SP 22.749