

01/02/2024

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.309.642 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. LUÍS ROBERTO BARROSO**
RECTE.(S) : MARIA CECILIA NISPECHE DA SILVA
ADV.(A/S) : AGEU LIBONATI JUNIOR
ADV.(A/S) : ALEX LIBONATI
RECDO.(A/S) : SONIA MARIA RAYES PEREIRA E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S) : MARCELO AUGUSTO DE SOUZA GARMS
ADV.(A/S) : RODRIGO LOPES GARMS
ADV.(A/S) : HERALDO GARCIA VITTA
AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA
(IBDFAM)
ADV.(A/S) : MARIA BERENICE DIAS
ADV.(A/S) : RONNER BOTELHO SOARES
ADV.(A/S) : MARIA LUIZA POVOA CRUZ
AM. CURIAE. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE
SÃO PAULO
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO DE DIREITO DE FAMÍLIA E DAS
SUCESSÕES (ADFAS)
ADV.(A/S) : REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA
ADV.(A/S) : MONICA DEL ROSSO SCRASSULO
ADV.(A/S) : CARLOS ALBERTO GARBI
ADV.(A/S) : CAIO CHAVES MORAU
ADV.(A/S) : VENCESLAU TAVARES COSTA FILHO
ADV.(A/S) : DANILO PORFIRIO DE CASTRO VIEIRA
ADV.(A/S) : MARCO ANTONIO DA COSTA SABINO
AM. CURIAE. : INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS (IAB)
ADV.(A/S) : LUIZ PAULO VIEIRA DE CARVALHO
ADV.(A/S) : PEDRO TEIXEIRA PINOS GRECO
AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. REPERCUSSÃO GERAL. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS NOS CASAMENTOS E UNIÕES ESTÁVEIS COM PESSOA MAIOR DE SETENTA ANOS.

ARE 1309642 / SP

INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO.

I. O CASO EM EXAME

1. O *recurso*. Recurso extraordinário com agravo e repercussão geral reconhecida contra decisão que considerou constitucional o art. 1.641, II, do Código Civil e estendeu sua aplicação às uniões estáveis. O referido dispositivo prevê a obrigatoriedade do regime de separação de bens no casamento de pessoa maior de setenta anos.

2. O *fato relevante*. Companheira em união estável postula participação na sucessão de seu falecido companheiro em igualdade de condições com os herdeiros necessários.

3. *As decisões anteriores*. O juiz de primeiro grau considerou inconstitucional o dispositivo do Código Civil e reconheceu o direito da companheira em concorrência com os herdeiros. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reformou a decisão, considerando a norma que impõe a separação obrigatória de bens válida.

II. A QUESTÃO JURÍDICA EM DISCUSSÃO

4. O presente recurso discute duas questões: (i) a constitucionalidade do dispositivo que impõe o regime da separação de bens aos casamentos com pessoa maior de setenta anos; e (ii) a aplicação dessa regra às uniões estáveis.

III. A SOLUÇÃO DO PROBLEMA

5. O dispositivo aqui questionado, se interpretado de maneira absoluta, como norma cogente, viola o princípio da dignidade da pessoa humana e o da igualdade.

6. O *princípio da dignidade humana* é violado em duas de suas vertentes: (i) da autonomia individual, porque impede que pessoas capazes para praticar atos da vida civil façam suas escolhas existenciais livremente; e (ii) do valor intrínseco de toda pessoa, por tratar idosos como instrumentos para a satisfação do interesse patrimonial dos herdeiros.

7. O *princípio da igualdade*, por sua vez, é violado por utilizar a idade como elemento de desequiparação entre as pessoas, o que é vedado pelo art. 3º, IV, da Constituição, salvo se demonstrado que se trata de

ARE 1309642 / SP

fundamento razoável para realização de um fim legítimo. Não é isso o que ocorre na hipótese, pois as pessoas idosas, enquanto conservarem sua capacidade mental, têm o direito de fazer escolhas acerca da sua vida e da disposição de seus bens.

8. É possível, todavia, dar interpretação conforme a Constituição ao art. 1.641, II, do Código Civil, atribuindo-lhe o sentido de norma dispositiva, que deve prevalecer à falta de convenção das partes em sentido diverso, mas que pode ser afastada por vontade dos nubentes, dos cônjuges ou dos companheiros. Ou seja: trata-se de regime legal facultativo e não cogente.

9. A possibilidade de escolha do regime de bens deve ser estendida às uniões estáveis. Isso porque o Supremo Tribunal Federal entende que “[n]ão 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, sob minha relatoria, j. em 10.05.2017).

10. A presente decisão tem efeitos prospectivos, não afetando as situações jurídicas já definitivamente constituídas. É possível, todavia, a mudança consensual de regime, nos casos em que validamente admitida (*e.g.*, art. 1.639, § 2º, do Código Civil).

11. No caso concreto, como não houve manifestação do falecido, que vivia em união estável, no sentido de derrogação do art. 1.641, II, do Código Civil, a norma é aplicável.

IV. DISPOSITIVO E TESE

12. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

Tese de julgamento: “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”.

Atos normativos citados: Constituição Federal, arts. 1º, III; 3º, IV; 5º, I, X; 226, § 3º; 230, e Código Civil, arts. 1.641, II; e 1.639, § 2º.

Jurisprudência citada: RE 878.694 (2017), Rel. Min. Luís Roberto

ARE 1309642 / SP

Barroso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por seu Tribunal Pleno, por unanimidade de votos, em, apreciando o tema 1.236 da repercussão geral, negar provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator, Ministro Luís Roberto Barroso (Presidente). Foi fixada 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".

Brasília, 1º de fevereiro de 2024.

Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO – Presidente e Relator

18/10/2023

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.309.642 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. LUÍS ROBERTO BARROSO**
RECTE.(S) : **MARIA CECILIA NISPECHE DA SILVA**
ADV.(A/S) : **AGEU LIBONATI JUNIOR**
ADV.(A/S) : **ALEX LIBONATI**
RECDO.(A/S) : **SONIA MARIA RAYES PEREIRA E OUTRO(A/S)**
ADV.(A/S) : **MARCELO AUGUSTO DE SOUZA GARMS**
ADV.(A/S) : **RODRIGO LOPES GARMS**
ADV.(A/S) : **HERALDO GARCIA VITTA**
AM. CURIAE. : **INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA (IBDFAM)**
ADV.(A/S) : **MARIA BERENICE DIAS**
ADV.(A/S) : **RONNER BOTELHO SOARES**
ADV.(A/S) : **MARIA LUIZA POVOA CRUZ**
AM. CURIAE. : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
AM. CURIAE. : **ASSOCIAÇÃO DE DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES (ADFAS)**
ADV.(A/S) : **REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA**
ADV.(A/S) : **MONICA DEL ROSSO SCRASSULO**
ADV.(A/S) : **CARLOS ALBERTO GARBI**
ADV.(A/S) : **CAIO CHAVES MORAU**
ADV.(A/S) : **VENCESLAU TAVARES COSTA FILHO**
ADV.(A/S) : **DANILO PORFIRIO DE CASTRO VIEIRA**
ADV.(A/S) : **MARCO ANTONIO DA COSTA SABINO**
AM. CURIAE. : **INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS (IAB)**
ADV.(A/S) : **LUIZ PAULO VIEIRA DE CARVALHO**
ADV.(A/S) : **PEDRO TEIXEIRA PINOS GRECO**
AM. CURIAE. : **DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**
PROC.(A/S)(ES) : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL**

RELATÓRIO:

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR):

ARE 1309642 / SP

1. Trata-se de recurso extraordinário com agravo, com repercussão geral reconhecida, em que se discute a constitucionalidade da regra prevista no art. 1.641, II, do Código Civil, que assim enuncia: “é obrigatório o regime da separação de bens no casamento da pessoa maior de 70 (setenta) anos”. Debate-se, ainda, se tal restrição normativa alcançaria também as uniões estáveis.

2. No caso concreto em discussão, trata-se de ação de inventário em que se discute qual regime de bens deve ser aplicado à união estável que se iniciou quando o falecido já possuía mais de setenta anos. O juízo de primeiro grau declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 1.641, II, do Código Civil, considerando aplicável à união estável o regime supletivo da comunhão parcial de bens (art. 1.725 do Código Civil). Como resultado, reconheceu à companheira sobrevivente o direito de participar da sucessão hereditária em concurso com os descendentes do autor da herança, aplicando tese fixada por esta Corte no sentido de que “é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do Código Civil, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do Código Civil” (RE 646.721, redator do acórdão Min. Luís Roberto Barroso, j. em 10.05.2017). Os fundamentos utilizados pela decisão foram os seguintes:

[...] sobre a questão atinente ao artigo 1641, inciso II, do CC, observa-se que tal dispositivo é inconstitucional, já que fere os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, previstos em norma constitucional.

O contraente com 70 anos ou mais é plenamente capaz para o exercício de todos os atos da vida civil e para a livre disposição de seus bens. Desse modo, não há justificativa plausível para a mencionada limitação.

Ademais, tal restrição foi prevista para o casamento, sendo vedada a interpretação extensiva de norma restritiva de

ARE 1309642 / SP

direitos.

3. Em agravo de instrumento, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reformou a decisão, aplicando à união estável iniciada por pessoa de mais de setenta anos o regime obrigatório da separação de bens, conforme o art. 1.641, II, do Código Civil. Concluiu que tal dispositivo é constitucional, uma vez que “a intenção do legislador, ao restringir a autonomia da vontade, foi justamente proteger a pessoa do idoso e seus herdeiros necessários de casamentos realizados única e exclusivamente por interesses econômico-patrimoniais”. Reconheceu à companheira sobrevivente apenas o direito à metade dos bens adquiridos de forma onerosa durante a união estável, nos termos da Súmula 377/STF[1]. Confira-se a ementa do acórdão:

Agravo de instrumento. Inventário. Decisão que determinou a apresentação de plano de partilha pela inventariante, com observância da sistemática introduzida pelo RE nº 646.721/RS, e declarou a inconstitucionalidade do art. 1.641, II do CC. Irresignação. Regime da separação obrigatória de 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 à união estável. Precedentes do STJ e desta Corte. Companheira que, no entanto, tem direito à metade dos bens adquiridos durante a união estável. Incidência da Súmula nº 377 do STF. Decisão reformada. Agravo provido.

4. Os embargos de declaração opostos contra o acórdão foram rejeitados.

5. A recorrente, então, interpôs recursos extraordinário e especial. No recurso extraordinário, ora em julgamento, sustenta que o art. 1.641, II, do Código Civil é inconstitucional, por violar os princípios

ARE 1309642 / SP

da dignidade e da igualdade. Afirma que a pessoa com setenta anos ou mais é plenamente capaz para o exercício de todos os atos da vida civil e para a livre disposição de seus bens. Argumenta também que o art. 1.641, II, do Código Civil prevê textualmente que o regime da separação de bens deve se aplicar ao casamento, sendo defeso interpretá-lo extensivamente para se concluir que a regra também se aplica à união estável. Ambos os recursos excepcionais foram inadmitidos na origem.

6. O Superior Tribunal de Justiça não conheceu do agravo contra a decisão que inadmitiu o recurso especial, em razão da ausência de impugnação de um de seus fundamentos. Em seguida, os autos foram encaminhados ao Supremo Tribunal Federal para processamento do agravo em recurso extraordinário, tendo sido então distribuídos à minha relatoria.

7. Com dez votos favoráveis, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de questão constitucional e atribuiu repercussão geral à questão, nos termos da seguinte ementa:

DIREITO CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. REGIME DE BENS APLICÁVEL NO CASAMENTO E NA UNIÃO ESTÁVEL DE MAIORES DE SETENTA ANOS.

1. Possui caráter constitucional a controvérsia acerca da validade do art. 1.641, II, do CC/02, que estabelece ser obrigatório o regime da separação de bens no casamento da pessoa maior de setenta anos, e da aplicação dessa regra às uniões estáveis.

2. Questão de relevância social, jurídica e econômica que ultrapassa os interesses subjetivos da causa.

3. Repercussão geral reconhecida.

8. A Procuradoria-Geral da República se manifestou pelo desprovimento do recurso extraordinário, tendo sugerido a fixação da seguinte tese de julgamento: “É constitucional o regime de separação legal de

ARE 1309642 / SP

bens no casamento e na união estável da pessoa maior de 70 (setenta) anos, tendo em conta a tutela ao direito de propriedade e à herança”.

9. Admiti o ingresso no feito, na qualidade de *amici curiae*, das seguintes instituições: (i) Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM); (ii) Ministério Público do Estado de São Paulo (MP-SP); (iii) Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS); (iv) Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB); e (v) Defensoria Pública da União.

10. É o relatório.

Nota:

[1] Súmula 377/STF: “No regime da separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.

18/10/2023

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.309.642 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. LUÍS ROBERTO BARROSO**
RECTE.(S) : **MARIA CECILIA NISPECHE DA SILVA**
ADV.(A/S) : **AGEU LIBONATI JUNIOR**
ADV.(A/S) : **ALEX LIBONATI**
RECDO.(A/S) : **SONIA MARIA RAYES PEREIRA E OUTRO(A/S)**
ADV.(A/S) : **MARCELO AUGUSTO DE SOUZA GARMS**
ADV.(A/S) : **RODRIGO LOPES GARMS**
ADV.(A/S) : **HERALDO GARCIA VITTA**
AM. CURIAE. : **INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA (IBDFAM)**
ADV.(A/S) : **MARIA BERENICE DIAS**
ADV.(A/S) : **RONNER BOTELHO SOARES**
ADV.(A/S) : **MARIA LUIZA POVOA CRUZ**
AM. CURIAE. : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
AM. CURIAE. : **ASSOCIAÇÃO DE DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES (ADFAS)**
ADV.(A/S) : **REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA**
ADV.(A/S) : **MONICA DEL ROSSO SCRASSULO**
ADV.(A/S) : **CARLOS ALBERTO GARBI**
ADV.(A/S) : **CAIO CHAVES MORAU**
ADV.(A/S) : **VENCESLAU TAVARES COSTA FILHO**
ADV.(A/S) : **DANILO PORFIRIO DE CASTRO VIEIRA**
ADV.(A/S) : **MARCO ANTONIO DA COSTA SABINO**
AM. CURIAE. : **INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS (IAB)**
ADV.(A/S) : **LUIZ PAULO VIEIRA DE CARVALHO**
ADV.(A/S) : **PEDRO TEIXEIRA PINOS GRECO**
AM. CURIAE. : **DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**
PROC.(A/S)(ES) : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL**

OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Presidente, cumprimento Vossa Excelência, a Ministra Cármen Lúcia e os eminentes

ARE 1309642 / SP

Pares. Peço apenas licença para saudar essa metodologia que, já neste primeiro caso, em sustentações orais, está se revelando bastante proveitosa e frutífera.

Em vez de iniciarmos os julgamentos com formações cognitivas já realizadas, iniciamos o julgamento com dúvidas e interrogações cujas respostas vão ser buscadas não apenas nos autos, cujo exame primeiro já fizemos, na revisita aos autos e no prestigamento das sustentações orais, como tivemos hoje aqui com elegância e firmeza, em sentidos obviamente opostos.

De um lado, Presidente, não é apenas uma inovação metodológica que merece os nossos cumprimentos, mas, de outro, ainda mais importante, creio que o conceito de causa madura, do amadurecimento da controvérsia, ganha bastante espaço.

Por exemplo, no dia de hoje, todos nós aqui ouvindo as sustentações orais, certamente iremos buscar o desempenho do respectivo ônus argumentativo, para mostrar se estamos diante de uma restrição à autonomia privada desproporcional, ou se ela é adequada.

Quem sustenta a constitucionalidade certamente se empenhou em mostrar que ela é adequada. Quem sustenta a inconstitucionalidade procurou se empenhar em demonstrar a incompatibilidade dessa regra diante da tábua normativa de princípios e, portanto, de normas que estão na Constituição.

Desse modo, Presidente, a intervenção é apenas para louvar a iniciativa de Vossa Excelência, bem como as sustentações orais.

Muito obrigado!

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE)

- Muito obrigado ao Ministro Edson Fachin, que se encontra em Freiburg, em um evento acadêmico de juízes de supremas cortes e professores, representando - e certamente bem representando - o Supremo Tribunal Federal.

Está suspenso este julgamento e o retomaremos em breve, como será anunciado.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.309.642

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. LUÍS ROBERTO BARROSO

RECTE.(S) : MARIA CECILIA NISPECHE DA SILVA

ADV.(A/S) : AGEU LIBONATI JUNIOR (144716/SP)

ADV.(A/S) : ALEX LIBONATI (159402/SP)

RECDO.(A/S) : SONIA MARIA RAYES PEREIRA E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S) : MARCELO AUGUSTO DE SOUZA GARMS (212791/SP)

ADV.(A/S) : RODRIGO LOPES GARMS (159092/SP)

ADV.(A/S) : HERALDO GARCIA VITTA (22721/MS, 458002/SP)

AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA (IBDFAM)

ADV.(A/S) : MARIA BERENICE DIAS (32863/DF, 68108A/GO, 74024/RS)

ADV.(A/S) : RONNER BOTELHO SOARES (117094/MG)

ADV.(A/S) : MARIA LUIZA POVOA CRUZ (32005/GO)

AM. CURIAE. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO DE DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES (ADFAS)

ADV.(A/S) : REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA (60415/SP)

ADV.(A/S) : MONICA DEL ROSSO SCRASSULO (310883/SP)

ADV.(A/S) : CARLOS ALBERTO GARBI (80566/SP)

ADV.(A/S) : CAIO CHAVES MORAU (69541/DF, 357111/SP)

ADV.(A/S) : VENCESLAU TAVARES COSTA FILHO (22407/PE)

ADV.(A/S) : DANILO PORFIRIO DE CASTRO VIEIRA (46360/DF)

AM. CURIAE. : INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS (IAB)

ADV.(A/S) : LUIZ PAULO VIEIRA DE CARVALHO (029117/RJ)

ADV.(A/S) : PEDRO TEIXEIRA PINOS GRECO (183330/RJ)

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

Decisão: Após a leitura do relatório e a realização das sustentações orais, o julgamento foi suspenso. Falaram: pelos recorridos, o Dr. Heraldo Garcia Vitta; pelo *amicus curiae* Instituto Brasileiro de Direito de Família-IBDFAM, a Dra. Maria Luiza Póvoa Cruz; pelo *amicus curiae* Ministério Público do Estado de São Paulo, o Dr. Mário Luiz Sarrubbo, Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo; pelo *amicus curiae* Associação de Direito de Família e das Sucessões - ADFAS, a Dra. Regina Beatriz Tavares da Silva; e, pelo *amicus curiae* Defensoria Pública da União, o Dr. Gustavo Zortéa da Silva, Defensor Público Federal. Presidência do Ministro Luís Roberto Barroso. Plenário, 18.10.2023.

Presidência do Senhor Ministro Luís Roberto Barroso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Nunes Marques, André Mendonça e Cristiano Zanin.

Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Ana Borges Coêlho dos Santos.

Carmen Lillian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário

01/02/2024

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.309.642 SÃO PAULO

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE E RELATOR) - Meu voto é bastante simples, porque considero a questão relativamente simples, mas estarei pronto para o debate.

Digo, resumindo a hipótese: recurso extraordinário com repercussão geral contra decisão que considerou constitucional o art. 1.641, II, do Código Civil e estendeu sua aplicação às uniões estáveis. O referido dispositivo prevê a obrigatoriedade do regime de separação de bens no casamento de pessoa maior de setenta anos. A decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, aqui impugnada, reformou a decisão, para estabelecer a validade do dispositivo.

Na realidade, são duas as questões jurídicas em discussão: I) saber se é constitucional esse dispositivo do Código Civil, que exige que maiores de setenta anos só se possam casar com separação de bens; II) saber se essa regra se estende ou não às uniões estáveis, posto que o dispositivo só fala em casamento.

Posta a questão, passo à solução do problema.

O dispositivo aqui questionado, se interpretado de maneira absoluta, como norma cogente, viola o princípio da dignidade da pessoa humana e o da igualdade.

Apenas em nome da linguagem simples, porque ninguém aqui precisaria dessa explicação, as normas jurídicas, em geral, dividem-se em duas grandes categorias: as normas cogentes, ou de ordem pública, de observância obrigatória; e as chamadas normas dispositivas, que valem, mas podem ser afastadas por acordo de vontade entre as partes envolvidas.

Se for interpretada como uma norma cogente, de imposição obrigatória, ela seria inconstitucional por violação do princípio da dignidade da pessoa humana e do princípio da igualdade.

ARE 1309642 / SP

Por que viola o princípio da dignidade da pessoa humana?

O princípio da dignidade da pessoa humana, como está exposto no voto, tem, na minha visão, três grandes conteúdos. Significa, em primeiro lugar, o valor intrínseco da pessoa humana, ninguém nessa vida existe como um meio para realização de fins alheios. Em segundo lugar, dignidade da pessoa humana significa autonomia de vontade, as pessoas têm o direito de fazerem suas escolhas existenciais; e, em terceiro lugar, a dignidade da pessoa humana é limitada por valores comunitários, a sociedade pode impor alguns limites à autonomia em nome de alguns valores que deseje preservar.

Por que, a meu ver, há violação da dignidade da pessoa humana?

Em duas das suas vertentes, viola-se a autonomia individual, por impedir que pessoas capazes para praticar atos da vida civil façam livremente suas escolhas existenciais; e, em segundo lugar, viola o valor intrínseco de toda pessoa, por tratar idosos como instrumentos para a satisfação do interesse patrimonial de seus herdeiros. No fundo, esse art. 1.641, II, está ali para proteger os herdeiros. Está-se impedindo uma pessoa maior e capaz de manter com a pessoa que escolha para repartir a sua vida o regime que melhor lhe aprouver em benefício de terceiros, em benefício dos herdeiros.

Entendo que há violação da dignidade humana nas duas vertentes: uma ilegítima limitação da autonomia de vontade, funcionalizando aquela pessoa aos interesses dos seus herdeiros. Em segundo lugar, entendi que viola o princípio da igualdade por utilizar a idade como elemento de desequiparação entre as pessoas, o que é vedado pelo art. 3º, IV, da Constituição Federal brasileira, que, textualmente, diz:

"Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

(...)

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação."

ARE 1309642 / SP

Essas são as categorias suspeitas no direito brasileiro para fins de desequiparação entre as pessoas: origem, raça, sexo, cor e idade. É claro que, em certas situações, você pode desequiparar com base em um desses fundamentos, mas é preciso que o fundamento seja razoável e que a finalidade seja legítima. Se você quiser fazer uma celebração pelo Dia da Consciência Negra, você pode contratar apenas artistas que assim se identificam ou, se você precisar contratar uma dançarina para encenar Julieta, você evidentemente pode discriminar em razão do sexo. É preciso que o fundamento seja razoável e a finalidade seja legítima.

Aqui, estou entendendo que a utilização da idade como fator de discrimine, de desequiparação, não é um fundamento legítimo. Estamos lidando com pessoas maiores e capazes que, enquanto conservarem suas faculdades mentais, têm o direito de fazer suas escolhas existenciais. Considero, como disse, que interpretação que dê cogência a esse dispositivo seria inconstitucional.

Digo eu ainda que a possibilidade de escolha do regime de bens deve ser estendida às uniões estáveis. O Supremo Tribunal Federal já entendeu que "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. Se entendemos previamente que o regime sucessório do casamento e o das uniões estáveis têm que seguir a mesma normatização, também aqui o que vale para o casamento vale para as uniões estáveis.

No entanto, penso ser possível salvar esse dispositivo do Código Civil, sem fulminá-lo de maneira absoluta de invalidade, se a ele dermos uma interpretação conforme à Constituição.

Interpretação conforme à Constituição, de novo, em nome da linguagem simples, em uma situação como essa, significa a exclusão por inconstitucional de uma interpretação possível e a afirmação de outra como sendo a interpretação válida.

Estou propondo dar interpretação conforme à Constituição ao art. 1.641, II, do Código Civil, dando-lhe o sentido de norma dispositiva que deve prevalecer à falta de convenção das partes em sentido diverso, mas

ARE 1309642 / SP

que pode ser afastada por vontade dos nubentes, dos cônjuges ou dos companheiros. Ou seja, trata-se de regime legal facultativo, e não cogente. Dito em linguagem simples, o dispositivo vale se as partes não convencionarem de maneira diferente. Se convencionarem de maneira diferente, essa norma pode ser derogada, essa norma pode ser afastada.

No caso concreto, como não houve manifestação do falecido que vivia em união estável no sentido da derrogação do art. 1.641, II, do Código Civil, a norma é aplicável.

Passo ao dispositivo.

Estamos negando provimento a este recurso extraordinário. Se não déssemos efeitos apenas prospectivos, reabriríamos todas as sucessões que já ocorreram até aqui. Evidentemente, ninguém deseja produzir esta insegurança jurídica.

Estou propondo negar provimento e, no caso concreto, vou dizer a tese original com um pequeno reajuste sugerido pelo Ministro André Mendonça.

A tese original é:

Nos casamentos e uniões estáveis envolvendo pessoa maior de setenta 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.

O Ministro André Mendonça, na breve conversa que tivemos ainda na sala de lanche, pediu a explicitação de que a manifestação de vontade devesse ser por escritura pública. Por mim, está bem. Ficaria assim a tese:

Nos casamentos e uniões estáveis envolvendo pessoa maior de setenta 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.

Essa é a minha proposta de julgamento, prezados Colegas, para essa questão.

01/02/2024

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.309.642 SÃO PAULO

VOTO:

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR):

1. Conforme relatado, a questão em discussão diz respeito à constitucionalidade (i) da imposição do regime da separação de bens aos casamentos com pessoa maior de setenta anos (art. 1.641, II, do Código Civil) e (ii) da aplicação dessa regra às uniões estáveis. Argumenta-se que essas normas seriam contrárias aos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade e às previsões de reconhecimento da união estável como entidade familiar e de proteção às pessoas idosas (arts. 1º, III; 3º, IV; 5º, I, X; 226, § 3º; 230, da Constituição).

I. BREVE APRESENTAÇÃO: O REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS NOS CASAMENTOS E UNIÕES ESTÁVEIS

2. A previsão de separação obrigatória de bens no casamento de pessoas idosas foi introduzida no Brasil pelo Código Civil de 1916, que obrigava a adoção desse regime pelo maior de 60 e pela maior de 50 anos (art. 258, parágrafo único, II). Em 2002, a redação originária do atual Código Civil manteve a regra, mas igualou as idades para sua aplicação, prevendo que incidiria para homens e mulheres maiores de 60 anos (art. 1.641, II). Em 2010, com a edição da Lei nº 12.344/2010, entrou em vigor a redação atual, que passou a prever a separação obrigatória de bens quando um dos cônjuges for maior de 70 anos (art. 1.641, II). O histórico legislativo revela, portanto, que a norma foi sendo conformada ao aumento da longevidade da população brasileira.

3. O rigor da previsão de separação obrigatória de bens foi atenuado com a edição da Súmula 377/STF[1], segundo a qual “[n]o regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na

ARE 1309642 / SP

constância do casamento”. Ao interpretar esse enunciado, o Superior Tribunal de Justiça vem decidindo que “[c]aberá ao interessado comprovar que teve efetiva e relevante (ainda que não financeira) participação no esforço para aquisição onerosa de determinado bem a ser partilhado com a dissolução da união (prova positiva)”[2]. Esse entendimento foi recentemente sedimentado na Súmula 655/STJ[3].

4. Outras teses importantes sobre o tema constaram de enunciados das Jornadas de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal. O Enunciado nº 261, da III Jornada, estabelece que “[a] obrigatoriedade do regime da separação de bens não se aplica a pessoa maior de sessenta anos, quando o casamento for precedido de união estável iniciada antes dessa idade”[4]. O enunciado decorreu dos trabalhos realizados por comissão coordenada, em 2004, pelo Min. Luiz Edson Fachin. O Enunciado nº 634, da VIII Jornada, estabelece a possibilidade de as pessoas sujeitas ao regime da separação obrigatória de bens estipularem, se quiserem, o regime da separação convencional, de modo a afastar os efeitos da comunhão de aquestos (Súmula 377/STF).

5. Assim, segundo a compreensão atualmente predominante, o regime da separação de bens é obrigatório para os casamentos e uniões estáveis com pessoa maior de setenta anos. Comunicam-se os bens adquiridos onerosamente durante a relação familiar, se comprovado o esforço comum para a aquisição, ainda que não financeiro.

II. O ENVELHECIMENTO DA POPULAÇÃO BRASILEIRA E A NECESSIDADE DE COMBATER O ETARISMO

6. A população brasileira está envelhecendo progressivamente. Em 2022, o número de pessoas com 65 anos ou mais chegou a mais de 22 milhões, o que representa quase 11% do total[5]. A redução da taxa de fecundidade e o aumento da expectativa de vida têm provocado o estreitamento da base da pirâmide etária nacional. De 2010 a

ARE 1309642 / SP

2022, embora a população tenha crescido 6,43%, o número de idosos teve alta de 57,4%. Atualmente, para cada 100 crianças de 0 a 14 anos, há 55 pessoas com 65 anos ou mais. Em 2010, esse índice era de 30,7. A expectativa de vida, por sua vez, é de 77 anos, sendo 80,5 anos para as mulheres e 73,6 anos para os homens.

7. A alteração da demografia brasileira promove transformações sociais para as quais o país precisa se adaptar. Diante desse cenário, será necessário desenvolver políticas públicas para atender as pessoas idosas e superar estigmas que ainda recaem sobre essa parcela da população. Nesse contexto, o país precisa rechaçar toda e qualquer forma de etarismo (ou idadismo) contra pessoas idosas. Esse tipo de preconceito diz respeito a “estereótipos (como pensamos), preconceitos (como nos sentimos) e discriminação (como agimos) direcionados às pessoas com base na idade que têm”[6]. Segundo a Organização Pan-Americana de Saúde (OPAS), uma em cada duas pessoas no mundo tem atitudes etaristas, sendo esse um fenômeno mais comum nos países de renda baixa e média[7].

8. O etarismo está presente em diferentes espaços da vida pública e privada. Nas relações interpessoais, são frequentes o controle sobre a forma como se comportam as pessoas idosas, o descrédito às suas ações e a desconsideração de sua vontade. O preconceito reforça hierarquias, nega oportunidades e abala a autoestima das pessoas idosas, fazendo com que internalizem uma imagem negativa e limitada de si. Por isso, trata-se de grave problema de direitos humanos.

III. A INCONSTITUCIONALIDADE DA IMPOSIÇÃO DO REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS PARA OS MAIORES DE SETENTA ANOS

III.1. Violação ao princípio da dignidade humana

9. A dignidade humana é um fundamento da República (art.

ARE 1309642 / SP

1º, III, da Constituição) e um princípio jurídico. Em tal concepção, a dignidade humana identifica (i) o valor intrínseco de todos os seres humanos, assim como (ii) a autonomia de cada indivíduo, (iii) limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário)[8]. O dispositivo aqui questionado, se interpretado de maneira absoluta, como norma cogente, viola o princípio da dignidade da pessoa humana em duas de suas vertentes.

10. *Em primeiro lugar*, a imposição da separação de bens aos casamentos com pessoa maior de setenta anos viola a ideia de dignidade como autonomia, que compreende a capacidade de alguém tomar decisões, fazer escolhas pessoais e ditar o que é bom ou ruim para si. Contempla “o direito da pessoa de tomar decisões por quaisquer motivações: juízos morais, cálculos instrumentais, sentimentos, desejos e até idiossincrasias incompreensíveis para terceiros”[9]. Isso inclui, conforme reconhecido por esta Corte, a decisão pessoal de constituir família[10].

11. A regra prevista no art. 1.641, II, do Código Civil se baseia na falsa premissa de que indivíduos maiores de setenta anos tendem a se sujeitar a carências afetivas, não têm perspicácia para identificar aproximações por interesse nem capacidade de proteger o seu patrimônio[11]. Trata-se de medida paternalista, que se baseia na presunção absoluta de vulnerabilidade de pessoas capazes para interditar a realização de escolha existencial.

12. A norma está em descompasso, ainda, com o princípio da intervenção mínima no direito das famílias, que deriva da necessidade de preservação da autonomia individual. Pode ser extraído do art. 226, § 7º, da Constituição[12], segundo o qual “o planejamento familiar é de livre decisão do casal”, e do art. 1.513 do Código Civil, de acordo com o qual “é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na

ARE 1309642 / SP

comunhão de vida instituída pela família”. O ambiente familiar é, portanto, um espaço de livre eleição da melhor forma de viver pelos seus integrantes, no qual o Estado somente deve intervir para a proteção de sujeitos vulneráveis. Não é esse, contudo, o caso de que se cuida. Dizer que o avanço da idade justifica, por si só, a restrição de direitos da personalidade significa reproduzir um estereótipo etarista.

13. Além disso, a medida vai na contramão da revolução operada na teoria das incapacidades pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015). Até então, adotava-se uma perspectiva médica e assistencialista, na qual se tratava como incapazes aqueles que tinham uma deficiência psíquica ou mental. A nova legislação estipula que as pessoas com deficiência são, em regra, plenamente capazes para os atos da vida civil, sendo a curatela medida protetiva excepcional[13], que não afeta os direitos de natureza existencial, como o de se casar[14]. Nesse contexto, a aplicação do art. 1.641, II, do Código Civil faz com que idosos sejam submetidos a um tratamento mais restritivo de sua autonomia individual do que aquele aplicável às pessoas com deficiência.

14. *Em segundo lugar*, a obrigatoriedade da separação de bens em uniões com maiores de setenta anos viola a ideia de dignidade como o valor intrínseco de toda pessoa. De acordo com essa vertente, as pessoas devem ser tratadas como fins em si, e nunca como meios para realização de objetivos alheios ou metas coletivas. Seguindo essa lógica, impedir a eleição do regime de bens para resguardar o patrimônio para a futura herança significaria tratar o idoso como instrumento para a satisfação do interesse patrimonial de seus herdeiros. Não à toa, o próprio Código Civil proibiu a celebração de contrato cujo objeto seja herança de pessoa viva – o chamado *pacta corvina*[15]. Até que se prove o contrário, os maiores de setenta anos são plenamente capazes para exercer os atos da vida civil. Caso não sejam, o direito possui ferramentas para protegê-los, como a fixação dos limites da curatela, a tomada de decisão apoiada e, até mesmo, a anulação do casamento (ou apenas do regime de bens

ARE 1309642 / SP

escolhido).

III.2. A violação à igualdade, à não discriminação e ao reconhecimento

15. O art. 1.641, II, do Código Civil também contraria o princípio da igualdade (arts. 3º, IV, e 5º, *caput*, da Constituição), porque utiliza a idade como elemento de desequiparação entre as pessoas, o que é vedado pelo art. 3º, IV, da Constituição, salvo se demonstrado que se trata de fundamento razoável para realização de um fim legítimo. Não é isso o que ocorre na hipótese, pois as pessoas idosas, enquanto conservarem sua capacidade mental, têm o direito de fazer escolhas acerca da sua vida e a disposição de seus bens.

16. Com efeito, o art. 230 da Constituição estabelece que a “família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”. O Estatuto da Pessoa Idosa (Lei nº 10.741/2003) prevê que a “pessoa idosa goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta lei” (art. 2º) e que “não será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei” (art. 4º, *caput*).

17. Apesar disso, a discriminação por razão de idade continua a ser uma preocupação para as pessoas idosas. Em relação a esse grupo, o maior problema está na exclusão social. Segundo o Conselho de Direitos Humanos da ONU, trata-se de processo complexo que envolve, além da falta ou da negação de recursos, direitos, bens e serviços à medida que as pessoas envelhecem, a incapacidade de participar de relações e atividades sociais[16]. Uma das principais formas de exclusão social que afeta as pessoas idosas é a privação de recursos materiais e financeiros. À medida

ARE 1309642 / SP

em que essas pessoas envelhecem, tendem a ser excluídas do mercado de trabalho. Não sendo suficientemente assistidas pelo sistema de proteção social, passam a depender de algum familiar.

18. Nesse contexto, verifica-se que o critério adotado pela legislação é ilegítimo, visto que se baseia na visão equivocada de que a idade retira das pessoas a capacidade de fazer escolhas informadas sobre seu modo de vida e a disposição de seus bens. Trata-se de presunção baseada em estereótipos etaristas, que reforça a ideia de exclusão social ao encarar as pessoas maiores de setenta anos como frágeis, doentes e dependentes, a ponto de impedi-las de elegerem o regime de bens do seu próprio casamento[17].

19. A imposição da separação de bens às pessoas maiores de setenta anos também lhes nega reconhecimento. Uma das formas mais comuns de fazer isso é impossibilitar a fruição de um direito universal em razão de uma característica associada a determinado grupo[18]. A promoção da igualdade, contudo, pressupõe a luta contra injustiças de natureza cultural e simbólica, que decorrem de modelos sociais de representação que produzem dominação, falta de reconhecimento e desprezo em relação a alguns grupos identitários[19]. A concretização do princípio da igualdade envolve, então, combater práticas sociais que reforçam hierarquias, aprofundam estigmas e trazem obstáculos para a plena participação das pessoas na sociedade.

III.3. Aplicação da solução às uniões estáveis

20. A possibilidade de alteração do regime de bens também deve se aplicar às uniões estáveis. De acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o casamento e a união estável são entidades familiares igualmente reconhecidas pela Constituição, de modo que é inconstitucional qualquer hierarquização ou distinção entre elas. Por esse motivo, “[n]ão é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges

ARE 1309642 / SP

e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável” (RE 878.694, sob a minha relatoria, j. em 10.05.2017). Assim, embora o art. 1.641, II, do Código Civil também se aplique às uniões estáveis, também deve ser excluída para tais entidades familiares a interpretação que impeça a alteração do regime da separação legal de bens.

IV. A SOLUÇÃO DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL E DO CASO SOB JULGAMENTO

21. Conforme demonstrado, a imposição legal do regime de separação de bens aos casamentos e uniões estáveis com pessoa maior de setenta anos viola a dignidade da pessoa humana, a liberdade de constituir família, o princípio da igualdade e o dever de amparar as pessoas idosas (arts. 1º, III; 3º, IV; 5º, *caput*; 226; e 230, da Constituição). Assim, o art. 1.641, II, do Código Civil deve receber interpretação conforme a Constituição que lhe dê o sentido de norma dispositiva, que deve prevalecer à falta de convenção das partes em sentido diverso, mas que pode ser afastada por vontade dos nubentes, dos cônjuges ou dos companheiros, manifestada em escritura pública. Ou seja: trata-se de regime legal facultativo e não cogente.

22. Seguindo essa lógica, as pessoas já casadas poderão alterar seu regime de bens, desde que observem o procedimento de jurisdição voluntária previsto no art. 1.639, § 2º, do Código Civil[20] e no art. 734 do Código de Processo Civil[21]. Aquelas que vivam em união estável poderão fazê-lo em juízo ou no contrato de convivência. Para essa finalidade, a manifestação válida da vontade dos cônjuges deve ser compreendida como motivação suficiente, sendo inexigível a demonstração de qualquer outra finalidade especial.

23. A presente decisão tem efeitos prospectivos, não afetando as situações jurídicas já definitivamente constituídas. Assim, em atenção

ARE 1309642 / SP

ao princípio da segurança jurídica, eventual alteração do regime de bens somente produzirá efeitos patrimoniais para o futuro, resguardados os direitos adquiridos e atos jurídicos perfeitos[22].

24. No caso concreto, há discussão sobre a partilha de bens em razão de união estável que se iniciou quando o companheiro, já falecido, possuía mais de setenta anos. Como não houve manifestação do falecido, que vivia em união estável, no sentido de derrogação do art. 1.641, II, do Código Civil, a norma é aplicável.

25. Diante do exposto, **nego provimento ao recurso extraordinário**. Proponho a fixação da seguinte tese de repercussão geral: “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”.

26. É como voto.

Notas:

[1] Súmula 377/STF: “No regime da separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.

[2] STJ, EREsp 1.623.858-MG, 2ª Seção, Rel. Min. Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), julgado em 23.05.2018. No mesmo sentido: STJ, REsp 1.689.152/SC, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 24.10.2017.

[3] Súmula 655/STJ: “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”

[4] À época, o art. 1.641, II, do Código Civil previa a aplicação do regime da separação obrigatória de bens para maiores de 60 anos.

[5] Censo 2022: número de pessoas com 65 anos ou mais de idade cresceu 57,4% em 12 anos. IBGE, 27.10.2023. Disponível em:

ARE 1309642 / SP

<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/38186-censo-2022-numero-de-pessoas-com-65-anos-ou-mais-cresceu57-4-%-em-12-anos>. Acesso em 06.12.2023.

[6] Organização Pan-Americana de Saúde, *Relatório mundial sobre idadeismo*. Washington, D.C., 2022. p. XVII.

[7] Organização Pan-Americana de Saúde. *Relatório mundial sobre idadeismo*. Washington, D.C., 2022. p. 25.

[8] Luís Roberto Barroso. Aqui, lá e em todo lugar: A dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. *Revista do Ministério Público*, Rio de Janeiro: MPRJ, nº 50, out./dez. 2013. p. 120-136.

[9] Daniel Sarmiento. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 141.

[10] ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, j. em 05.05.2011.

[11] A separação obrigatória de bens aos maiores de setenta anos é “prudência legislativa em favor das pessoas e de suas famílias, considerando a idade dos nubentes. É de lembrar que, conforme os anos passam, a idade avançada acarreta maiores carências afetivas e, portanto, maiores riscos corre aquele que tem mais de setenta anos de sujeitar-se a um casamento em que o outro nubente tenha em vista somente vantagens financeiras, ou seja, em que os atrativos matrimoniais sejam pautados em fortuna e não no afeto” (Washington de Barros Monteiro. *Curso de direito civil: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 295).

[12] Art. 226. (...) § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

[13] Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas. § 1º Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei. § 2º É facultado à pessoa com deficiência a adoção de processo de tomada de decisão apoiada. § 3º A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida

ARE 1309642 / SP

protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível. § 4º Os curadores são obrigados a prestar, anualmente, contas de sua administração ao juiz, apresentando o balanço do respectivo ano.

[14] Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: I - casar-se e constituir união estável; II - exercer direitos sexuais e reprodutivos; III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

[15] Art. 426. Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva.

[16] United Nations, Human Rights Council. *Report of the Independent Expert on the enjoyment of all human rights by older persons*. Thirty-ninth session, September 2018. p. 6.

[17] Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal já invalidou normas que exigiam idade máxima de candidatos em concursos públicos. Nessas ocasiões, entendeu que se tratava de discriminação por idade, uma vez que a exigência não guardava qualquer relação com os requisitos essenciais para o exercício das atribuições do cargo pretendido. Cf. AI 1.58.404 AgR, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 25.03.1997; RE 141.357, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 14.09.2004; ARE 678.112, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 25.04.201; ADI 5.329, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. em 15.12.2020; ADI 6.741, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. em 22.02.2023.

[18] Daniel Sarmiento. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

[19] Luís Roberto Barroso; Aline Osorio. "Sabe com quem está falando?": Notas sobre o princípio da igualdade no Brasil contemporâneo. *Revista Direito & Práxis*, v. 7, n. 13, 2016. p. 214-216.

[20] Art. 1.639. (...) § 2º É admissível alteração do regime de bens,

ARE 1309642 / SP

mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.

[21] Art. 734. A alteração do regime de bens do casamento, observados os requisitos legais, poderá ser requerida, motivadamente, em petição assinada por ambos os cônjuges, na qual serão expostas as razões que justificam a alteração, ressalvados os direitos de terceiros. § 1º Ao receber a petição inicial, o juiz determinará a intimação do Ministério Público e a publicação de edital que divulgue a pretendida alteração de bens, somente podendo decidir depois de decorrido o prazo de 30 (trinta) dias da publicação do edital. § 2º Os cônjuges, na petição inicial ou em petição avulsa, podem propor ao juiz meio alternativo de divulgação da alteração do regime de bens, a fim de resguardar direitos de terceiros. § 3º Após o trânsito em julgado da sentença, serão expedidos mandados de averbação aos cartórios de registro civil e de imóveis e, caso qualquer dos cônjuges seja empresário, ao Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins.

[22] Art. 5º. (...) XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

01/02/2024

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.309.642 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. LUÍS ROBERTO BARROSO**
RECTE.(S) : **MARIA CECILIA NISPECHE DA SILVA**
ADV.(A/S) : **AGEU LIBONATI JUNIOR**
ADV.(A/S) : **ALEX LIBONATI**
RECDO.(A/S) : **SONIA MARIA RAYES PEREIRA E OUTRO(A/S)**
ADV.(A/S) : **MARCELO AUGUSTO DE SOUZA GARMS**
ADV.(A/S) : **RODRIGO LOPES GARMS**
ADV.(A/S) : **HERALDO GARCIA VITTA**
AM. CURIAE. : **INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA (IBDFAM)**
ADV.(A/S) : **MARIA BERENICE DIAS**
ADV.(A/S) : **RONNER BOTELHO SOARES**
ADV.(A/S) : **MARIA LUIZA POVOA CRUZ**
AM. CURIAE. : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
AM. CURIAE. : **ASSOCIAÇÃO DE DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES (ADFAS)**
ADV.(A/S) : **REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA**
ADV.(A/S) : **MONICA DEL ROSSO SCRASSULO**
ADV.(A/S) : **CARLOS ALBERTO GARBI**
ADV.(A/S) : **CAIO CHAVES MORAU**
ADV.(A/S) : **VENCESLAU TAVARES COSTA FILHO**
ADV.(A/S) : **DANILO PORFIRIO DE CASTRO VIEIRA**
ADV.(A/S) : **MARCO ANTONIO DA COSTA SABINO**
AM. CURIAE. : **INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS (IAB)**
ADV.(A/S) : **LUIZ PAULO VIEIRA DE CARVALHO**
ADV.(A/S) : **PEDRO TEIXEIRA PINOS GRECO**
AM. CURIAE. : **DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**
PROC.(A/S)(ES) : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL**

VOTO

O Senhor Ministro **CRISTIANO ZANIN** (Vogal): Adoto o bem lançado

ARE 1309642 / SP

relatório pelo eminente Ministro Relator. Ressalto apenas que se trata de agravo convertido em recurso extraordinário, com fundamento no art. 102, III, a, da Constituição Federal - CF, em que foi reconhecida a repercussão geral - Tema 1236:

“Regime de bens aplicável no casamento e na união estável de maiores de setenta anos. - Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 1º, III, 30, IV, 50, I, X, LIV, 226, § 3º e 230 da Constituição Federal, a constitucionalidade do artigo 1.641, II, do Código Civil, que estabelece ser obrigatório o regime da 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”.

Discute-se, portanto, a validade constitucional do art. 1.641, II, do Código Civil - CC, que impõe a adoção obrigatória do regime de separação de bens ao casamento de pessoa maior de setenta anos. Ainda, debate-se a aplicação da referida regra às uniões estáveis, já que, no caso concreto, trata-se de ação de inventário em que se questiona o regime de bens aplicável à união estável que teve início quando o falecido tinha mais de setenta anos.

Eis o teor do dispositivo, presente no Código Civil, objeto de questionamento:

“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 70 (setenta) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.344, de 2010)

III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimimento judicial”.

ARE 1309642 / SP

A matéria envolve a contraposição de direitos com efeitos sociais, jurídicos e econômicos. De um lado, sustenta-se a constitucionalidade da norma por proteger pessoas idosas de uniões afetivas que visem à obtenção de vantagem econômica, sendo tutelado o direito de propriedade dos maiores de setenta anos e o direito à herança de eventuais herdeiros, com base no art. 5º, XXII e XXX, da CF. De outro, argumenta-se a presunção de incapacidade de maiores de setenta anos para decidir sobre o regime patrimonial nos casos de uniões afetivas, o que ofende a autonomia da vontade e, com isso, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF). Além disso, veicula-se discriminação contra idosos (art. 3º, IV, da CF), violação à proteção de uniões estáveis (art. 226, § 3º, da CF) e do dever de amparo às pessoas idosas (art. 230, da CF).

De início, cumpre resgatar que a obrigatoriedade de regime de bens por fatores etários não é uma novidade do atual Código Civil de 2002. José Fernando Simão (Direito de Família: novas tendências e julgamentos emblemáticos. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2012) explica que, desde 1890, o Decreto nº 181, responsável por tornar laico o casamento no Brasil, também impunha restrições à vontade dos nubentes ao prever:

“Art. 58. Também não haverá comunhão de bens:

§1º Si a mulher for menor de 14 anos, ou maior de 50.

§2º Si o marido for menor de 16, ou maior de 60” (grifei).

O Código Civil de 1916 reproduziu tal disposição no art. 258, parágrafo único, II, ao impor a obrigatoriedade do regime de separação de bens no casamento de homens maiores de sessenta anos e de mulheres maiores de cinquenta. (SIMÃO, José Fernando. *Direito de Família: novas tendências e julgamentos emblemáticos*. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2012)

Contudo, os efeitos da imposição do regime de separação obrigatória eram mitigados pelo art. 259, do mesmo diploma, já que a separação só

ARE 1309642 / SP

teria eficácia ampla se fosse expressamente consignada a incomunicabilidade dos aquestos em pacto antenupcial. Veja-se:

“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.

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”.

A lei impunha o regime da separação de bens em determinadas hipóteses, inclusive a partir dos cinquenta anos para as mulheres e dos sessenta anos para os homens, mas determinava que haveria comunicabilidade dos bens adquiridos após o casamento, se nada fosse estipulado em pacto antenupcial. Como à época vigorava o regime legal de comunhão universal, surgiram diversas controvérsias jurídicas na doutrina e nos tribunais sobre quais seriam os efeitos do regime de separação legal ou obrigatória de bens.

Com isso, a comunhão se aplicava tanto ao regime legal de separação de bens quanto ao convencional, exceto quando as partes declaravam expressamente a incomunicabilidade dos aquestos. De outro lado, argumentava-se que esse entendimento frustrava a finalidade da lei que havia imposto o regime de separação obrigatória e, por isso, a incomunicabilidade dos bens só poderia ocorrer no caso da separação contratual.

Foi nesse contexto que o Supremo Tribunal Federal aprovou o enunciado da Súmula 377, em 1964, segundo o qual: “[n]o regime de

ARE 1309642 / SP

separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”. Entendeu-se que o regime legal da separação patrimonial não proibia que os cônjuges se associassem e reunissem os bens adquiridos pela atividade comum de ambos:

“Entendo que a realização do Direito pelos tribunais não é obra exclusiva decorrente da aplicação das leis. Sofre também a influência benéfica dos estímulos da justiça e dos preceitos superiores da ética. Ora, nada melhor nem mais adequado que o emprego desses fatores do direito no caso da comunicabilidade dos aquestos no regime de casamento, em que há separação de bens. Desde que a comunicação [não tenha sido] expressamente proibida, mandam os princípios de justiça, assim como os preceitos de ordem moral, que se dê – sobretudo à mulher que é a parte frágil na sociedade conjugal – o direito de participar dos frutos das economias do casal (...). Proibir, pela exegese do art. 259 do Código Civil, o direito de participação da mulher na comunhão dos aquestos, é faltar, a meu ver, e data vêniam dos que pensam de modo contrário, a esse sentimento de justiça, a realidade de uma contribuição que tem todo valor econômico” (Precedente de edição do enunciado da Súmula 377 do STF, RE 8.984, Voto do Ministro Abner de Vasconcelos, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, Tribunal Pleno, julgado em 8/11/1948, DJe de 11/1/1951).

A edição original do Código Civil de 2002 cuidou de reeditar a mesma redação quanto à adoção do regime de separação obrigatória para os maiores de sessenta anos de ambos os gêneros e, finalmente, a Lei 12.344/2010 alterou o dispositivo elevando a idade para 70 anos.

Contudo, o Código Civil de 2002 não trouxe disposição semelhante ao art. 259, previsto no Código Civil de 1916. Apesar disso, a Súmula 377 do STF não foi cancelada e continuou a ser aplicada pelos Tribunais, ensejando dúvidas sobre a sua incidência após o advento do Código Civil de 2002. Sobre isso discorre Flávio Tartuce:

ARE 1309642 / SP

“A súmula – de abril de 1964 –, enuncia que ‘(...)’. Assim, no regime da separação obrigatória haveria algo próximo de uma comunhão parcial, comunicando-se os bens havidos durante a união, pelo esforço patrimonial dos cônjuges. Em suma, se ainda incidente a súmula, na separação legal não haveria uma separação absoluta, pois alguns bens se comunicam” (*Manual de direito civil: volume único*. 6^a ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.).

A rigor, ausente a possibilidade de convenção antenupcial, nos casos previstos no âmbito do art. 1.641, do CC, tanto das pessoas maiores de setenta anos, como também das pessoas que contraírem casamento sem observar as causas suspensivas de celebração e daquelas que dependerem de suprimento judicial para se casar, há limitação da autonomia da vontade dos nubentes.

A imposição da separação obrigatória de bens aos maiores de setenta anos se deve à crença de que a partir de uma certa idade as pessoas podem ser mais facilmente enganadas e atrair relacionamentos por interesse financeiro. Por isso, seria necessário preservar os interesses patrimoniais dos herdeiros, conforme explica José Fernando Simão:

“Os motivos, a chamada teleologia ou finalidade da norma, já eram explicados por Clóvis Beviláqua: ‘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 entreva a ambições, não permitindo que seus haveres passem ao outro cônjuge (...)’. Em outras palavras, pensava Beviláqua no início do século XX que, depois de certa idade, a pessoa se fragiliza afetivamente e se torna vítima de golpistas inescrupulosos. (...) lembro-me da lapidar frase de Sílvio Rodrigues: ‘É nítido o propósito do legislador de impedir que

ARE 1309642 / SP

pessoa moça procure casar com outra bem mais idosa, atraída menos pelos encantos pessoais do que pela fazenda de seu consorte' (...). A regra evita o popular 'golpe do baú', de acordo com a doutrina pátria" (*Direito de Família: novas tendências e julgamentos emblemáticos*. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2012.).

O projeto do Código Civil de 1916, em trâmite na Câmara dos Deputados, pretendia inclusive limitar o regime de bens apenas se os nubentes tivessem herdeiros necessários (SIMÃO, José Fernando. *Direito de Família: novas tendências e julgamentos emblemáticos*. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2012).

Questiona-se se a norma que limita a vontade privada em detrimento do direito de herdeiros poderia cumprir o dever constitucional de proteção à pessoa idosa ou representar um discrimen positivo que tornaria efetiva a noção de igualdade material.

Nesse ponto, faz-se necessário recordar que a Constituição Federal é dotada de força normativa, impondo que o direito seja analisado na perspectiva dos direitos fundamentais, com valorização e em respeito à dignidade da pessoa humana. A hermenêutica jurídica impõe que a interpretação e a aplicação das leis, portanto, obedeçam as normas constitucionais e os princípios jurídicos. Essa característica do pensamento jurídico contemporâneo vincula a sociedade e o Estado.

Sendo assim, o respeito à dignidade humana – fundamento da República brasileira (art. 1º, III) e valor central do ordenamento jurídico – implica assegurar aos indivíduos a possibilidade de desenvolver plenamente sua personalidade por meio das escolhas existenciais e legítimas de vida.

Nessa ordem de ideias se insere a autonomia da vontade, como emanção do princípio da dignidade da pessoa humana, sendo

ARE 1309642 / SP

considerada inclusive “cláusula pétrea”, nos termos do inciso IV, do §4º, do art. 60, da CF, que abrange “os direitos e garantias individuais” de origem constitucional.

A autonomia da vontade constitui-se, portanto, direito subjetivo ou situação jurídica ativa que, ao lado das clássicas liberdades individuais, impõe-se ao Estado e à sociedade.

De acordo com o Ministro Edson Fachin, traduz-se na previsão de que

“o indivíduo mereça do Estado e dos particulares o tratamento de sujeito e não de objeto de direito, respeitando-se-lhe a autonomia, pela sua simples condição de ser humano. Assim sendo, incumbe ao Estado garantir aos indivíduos a livre busca das suas realizações de vida pessoal. Ilustrativamente, confirmam-se, por sua acurácia, as palavras do eminente jurista alemão ERNST BENDA (*Dignidad Humana y Derechos de La Personalidad*. In BENDA, Ernst et al.. *Manual de Derecho Constitucional*. 2. edição. Madrid: Marcial Pons, 2001, p. 125): [...] ao menos idealmente toda pessoa está capacitada para sua autorrealização moral. Está vedado ao Estado distinguir os indivíduos em função de seu presumido valor moral. O Estado não se deve arrogar o direito de pronunciar um juízo absoluto sobre os indivíduos submetidos a seu império. O Estado respeitará o ser humano cuja dignidade se mostra no fato de tratar de realizar-se na medida de suas possibilidades. Inclusive quando tal esperança pareça vã, seja por predisposições genéticas e suas metamorfoses, seja por culpa própria, nunca deverá o Estado emitir um juízo de valor concludente e negativo sobre o indivíduo” (ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, DJe 14/10/2011).

Nesse sentido, o princípio da não intervenção ou da liberdade foi expressamente consignado no art. 1.513, do Código Civil brasileiro,

ARE 1309642 / SP

segundo o qual: “[é] defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”.

A autonomia privada, portanto, consiste em um princípio normativo-jurídico que fundamenta o Direito Civil-Constitucional e, embora tenha sofrido diferentes concepções ao longo da história, pode ser compreendida atualmente, como a capacidade de o indivíduo ser livre para criar direitos e contrair obrigações pela declaração de sua vontade e em conformidade com a lei. (BAEZ, Narciso Leandro Xavier; LIMA, Germano Alves de. *Os limites da autonomia privada em face da perspectiva civil-constitucional*. Direitos Fundamentais & Justiça | Belo Horizonte, ano 10, n. 34, p. 115-131, jan./jun. 2016)

Também são de natureza privada os regimes matrimoniais previstos no ordenamento jurídico, cuja finalidade é disciplinar os interesses patrimoniais ou econômicos que resultam da formação de uma entidade familiar. (TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: direito de família*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.). Por isso mesmo, o Código Civil estabelece a ampla liberdade na escolha do regime de bens para as uniões e admite, ainda, a possibilidade de alteração do regime no curso do casamento, cumpridos os requisitos do art. 1.639, § 2º:

“Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.
(...)”

§ 2º É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros”.

A vontade dos cônjuges está também no fundamento da edição da Emenda Constitucional 66, de 2010, que suprimiu exigências formais para a dissolução da sociedade conjugal. Conforme recente decisão desta Suprema Corte, a efetivação do divórcio deixou de ter qualquer requisito,

ARE 1309642 / SP

a não ser a autonomia privada da vontade dos cônjuges:

“Após a promulgação da Emenda Constitucional 66/2010, a separação judicial não é mais requisito para o divórcio, nem subsiste como figura autônoma no ordenamento jurídico. Sem prejuízo, preserva-se o estado civil das pessoas que já estão separadas por decisão judicial ou escritura pública, por se tratar de um ato jurídico perfeito” (Tese definida no RE 1.167.478, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 10/11/2023).

Atualmente, caso os nubentes não escolham um determinado regime de casamento, o Código Civil em vigor disciplina a comunhão parcial de bens como regra geral (art. 1.640), regime supletivo definido também para a união estável (art. 1.723). A partir da interpretação do art. 1.641, II, do CC, enquanto norma cogente, os septuagenários estariam restritos a um único regime de bens no casamento, imposto pela lei, independentemente de sua vontade.

Assim como ocorre em relação a determinados grupos sociais, a Constituição Federal de 1988 conferiu um tratamento jurídico diferenciado aos idosos, determinando a todos o dever de amparo, inclusão na comunidade, defesa da dignidade, do bem-estar-estar e da vida. *In verbis*:

“Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”.

Sobre o tema, importante pontuar que a norma questionada fundamenta-se em suposição com viés discriminatório. Associa a longevidade à suposta inépcia cognitiva e presume a má-fé de enlaces a partir de determinada faixa etária.

ARE 1309642 / SP

Ao limitar a autonomia da vontade do maior de setenta anos para resguardar os interesses patrimoniais de herdeiros, obsta o livre exercício de sua personalidade e viola sua dignidade (art. 1º, III), além de infringir outros preceitos constitucionais como o da igualdade (art. 5º, I), da vedação à discriminação em razão da idade (art. 3º, IV) e do dever de amparo à pessoa idosa (art. 230).

Ademais, o mundo vem experimentando um aumento substancial na expectativa de vida, sendo envelhecimento uma das transformações mais significativas do século XXI, com implicações transversais em diversos setores: mercado de trabalho, habitação, transporte, saúde, educação e proteção social.

No Brasil, dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) divulgados em 2022 indicam que, afastando-se os indicadores de mortalidade relativos à pandemia da Covid-19, a expectativa de vida do brasileiro seria de 77 anos. (*Nota sobre as Tábuas Completas de Mortalidade 2021 e a pandemia de Covid-19*. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/novo-portal-destaques/35600-nota-sobre-as-tabuas-completas-de-mortalidade-2021-e-a-pandemia-de-covid-19.html>>. Acesso em: 12 dez. 2023).

O Censo Demográfico de 2022 indicou que o total de pessoas com 65 anos ou mais no país chegou a 10,9% da população. Um aumento de 57,4% em relação ao ano de 2010, quando essa população representava 7,4% da população. (Secretaria de Comunicação Social. *Censo: número de idosos no Brasil cresceu 57,4% em 12 anos*. Disponível em: <https://www.gov.br/secom/pt-br/assuntos/noticias/2023/10/censo-2022-numero-de-idosos-na-populacao-do-pais-cresceu-57-4-em-12-anos> Acesso em: 16 nov. 2023).

Esse quadro exige um novo olhar da sociedade em relação à população idosa com o objetivo de evitar o etarismo, que, segundo a

ARE 1309642 / SP

Organização Mundial de Saúde (OMS), caracteriza-se pela discriminação às pessoas com base exclusivamente na idade.

A suposição apriorística de que há perda da capacidade cognitiva a partir de determinada idade consubstancia clara manifestação de etarismo. Contudo, não se pode supor que a pessoa maior de setenta anos não seja plenamente capaz para o exercício de todos os atos da vida civil.

A respeito, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) publicou recentemente o relatório “Direitos humanos das pessoas idosas e sistemas nacionais de proteção nas Américas” – pioneiro na abordagem específica dos direitos humanos das pessoas idosas nessa região. (OEA. *Inter-American Commission on Human Rights. Derechos humanos de las personas mayores y sistemas nacionales de protección en las Américas: aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 31 de diciembre de 2022.* Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/2023/PersonasMayores_ES.pdf>. Acesso em: 16, nov. 2023).

O relatório se baseia no novo paradigma consagrado na Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos das Pessoas Idosas. Esse importante documento assinado pelo Brasil, embora ainda não ratificado, confere nova perspectiva ao envelhecimento: a de que a velhice é apenas mais uma etapa no ciclo de vida das pessoas, valiosa e digna por si mesma.

À luz dessa perspectiva, destaca-se o debate sobre a capacidade das pessoas idosas e os processos de interdição que anulam juridicamente o seu consentimento, o que, por exemplo, pode ser reivindicado nos casos de atentado ao direito à propriedade e à autonomia financeira. Nesse ponto, interessante observar o consignado no art. 7º, da citada convenção:

“Artigo 7º Direito à independência e à autonomia
Os Estados Partes na presente Convenção reconhecem o

ARE 1309642 / SP

direito do idoso a tomar decisões, a definir seu plano de vida, a desenvolver uma vida autônoma e independente, conforme suas tradições e crenças, em igualdade de condições, e a dispor de mecanismos para poder exercer seus direitos.

Os Estados Partes adotarão programas, políticas ou ações para facilitar e promover o pleno gozo desses direitos pelo idoso, propiciando sua autorrealização, o fortalecimento de todas as famílias, de seus laços familiares e sociais e de suas relações afetivas. Em especial, assegurarão:

a. O respeito à autonomia do idoso na tomada de suas decisões, bem como a independência na realização de seus atos;" (grifei).

Segundo o relatório da CIDH, os conceitos de independência e autonomia são fundamentais na proteção dos direitos humanos das pessoas idosas e foram formulados como princípios gerais e direitos autônomos em instrumentos internacionais sobre o assunto. Como princípios gerais, a independência e a autonomia devem orientar a interpretação e a aplicação dos direitos humanos dos idosos. Além disso, a CIDH considera que "viver de forma independente" significa que as pessoas idosas devem poder dispor de todos os meios necessários para fazer escolhas e exercer controle sobre a própria vida, bem como para tomar todas as decisões que lhes afetem. A autonomia do idoso inclui o reconhecimento da sua personalidade jurídica, o que envolve o reconhecimento da capacidade jurídica em igualdade de condições, em todos os aspectos da vida, inclusive para a tomada de decisões sobre a sua própria vida.

Além disso, importante ressaltar que a Constituição Federal estabeleceu o direito à isonomia, reforçando a norma geral da igualdade de todos perante a lei, sem qualquer distinção, previsto no art. 5º, *caput*, da CF. Confira-se:

"Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos

ARE 1309642 / SP

estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]”.

Trata-se de valor indissociável à proteção da dignidade humana e intrínseco à própria noção de democracia e justiça. Não apenas aplicável no sentido formal, a Constituição de 1988 trouxe a importância da realidade fática, a fim de atender às garantias fundamentais e estabelecer a igualdade material entre os cidadãos, por meio da distribuição mais equitativa de bens sociais.

Contudo, isso não afasta a legitimidade do Estado em identificar grupos tradicionalmente excluídos econômica, social ou culturalmente e intervir criando discriminações positivas que busquem corrigir distorções, diferenças e desigualdades históricas. A idade, em princípio, pode ser considerada como critério de diferenciação entre os indivíduos e grupos sociais, desde que a distinção não seja manifestamente desproporcional ou injustificada.

Outrossim, a limitação da escolha do regime matrimonial do idoso totalmente capaz para os atos da vida civil pode representar uma forma de discriminação, o que afronta um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil da promoção do bem de todos e combate a todas as formas de discriminação, conforme art. 3º, IV, da CF, *in verbis*:

“Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

O preceito constitucional expressamente posiciona a República Federativa do Brasil contra o preconceito seja ele de origem, raça, cor, idade ou sexo, além de quaisquer outras formas de discriminação. Nesse

ARE 1309642 / SP

sentido, *a contrario sensu*, poderia-se entender que o avanço da idade implicaria mais experiência, sabedoria ou discernimento, inclusive para dispor, como lhe aprouver, do patrimônio amealhado no decorrer da vida.

Da mesma forma, pode-se entender como discriminatória a presunção de que o enlace em determinada idade tem fundamento em interesses escusos.

É nesse sentido a *Sentenza* 174, de 2016, da Corte Constitucional da Itália¹ em caso sobre a validade constitucional de dispositivo de lei² que limitava o valor de pensão, quando o cônjuge falecido tivesse se casado com mais de setenta anos e o cônjuge sobrevivente fosse pelo menos vinte anos mais novo.

Segundo a Corte, as limitações introduzidas pela lei – declarada inconstitucional – estavam ligadas à presunção de que os casamentos contraídos por maior de setenta anos com pessoa vinte anos mais jovem tinham a intenção de fraudar o erário. O Tribunal considerou que o direito à pensão deve respeitar os princípios da igualdade, da

1 ITÁLIA. Corte Constitucional da Itália. *Sentenza* 174, de 2016. Julgado em 15/6/2016, publicado em 14/6/2016. Disponível em: <<https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2016&numero=174>>. Acesso em 19 out. 2023.

2 Art. 18, parágrafo 5, do decreto legislativo de 6 de julho de 2011, n. 98, previa que: “*Con effetto sulle pensioni decorrenti dal 1° gennaio 2012 l’aliquota percentuale della pensione a favore dei superstiti di assicurato e pensionato nell’ambito del regime dell’assicurazione generale obbligatoria e delle forme esclusive o sostitutive di detto regime, nonché della gestione separata di cui all’articolo 2, comma 26, della legge 8 agosto 1995, n. 335, è ridotta, nei casi in cui il matrimonio con il dante causa sia stato contratto ad età del medesimo superiori a settanta anni e la differenza di età tra i coniugi sia superiore a venti anni, del 10 per cento in ragione di ogni anno di matrimonio con il dante causa mancante rispetto al numero di 10. Nei casi di frazione di anno la predetta riduzione percentuale è proporzionalmente rideterminata. Le disposizioni di cui al presente comma non si applicano nei casi di presenza di figli di minore età, studenti, ovvero inabili. Resta fermo il regime di cumulabilità disciplinato dall’articolo 1, comma 41, della predetta legge n. 335 del 1995”*

ARE 1309642 / SP

razoabilidade e da solidariedade, que está na base do tratamento previdenciário, e não deve interferir nas escolhas de vida dos indivíduos, por serem expressão das liberdades fundamentais. Veja-se trecho do referido julgado:

“Em um contexto que conjuga escolhas eminentemente pessoais e liberdades intangíveis, os princípios de igualdade e razoabilidade desempenham um papel crucial na orientação da intervenção do legislador. Este, vinculado a garantir uma proteção previdenciária adequada, por um lado, não deve interferir nas decisões dos indivíduos que, mesmo em idade avançada, buscam uma realização plena de sua esfera afetiva e, por outro lado, é chamado a realizar um equilibrado ajuste de múltiplos fatores relevantes, com o objetivo de garantir a estrutura do sistema previdenciário globalmente concebido” (tradução nossa).

Para a Corte italiana, a plena liberdade para determinar a própria vida emocional estaria ligada ao prolongamento da expectativa de vida. Em particular, a decisão considerou inaceitáveis limitações baseadas em fator puramente naturalista, tal como, a idade, sacrificando injustificadamente os direitos previdenciários do cônjuge sobrevivente.

Em pesquisa realizada sobre ordenamentos estrangeiros de diversos países, constatou-se que apenas Portugal possui dispositivo semelhante ao brasileiro. Diz o art. 1720 do Código Civil português:

“Regime imperativo da separação de bens

1. Consideram-se sempre contraídos sob o regime da separação de bens: a) O casamento celebrado sem precedência do processo preliminar de casamento; b) O casamento celebrado por quem tenha completado **sessenta anos de idade**.
2. O disposto no número anterior não obsta a que os nubentes façam entre si doações”.

ARE 1309642 / SP

A rigor, o artigo foi inspirado na disposição do Código Civil do Brasil, sendo bastante criticado pela doutrina lusófona, assim como pela brasileira.

Nesse sentido, em 2002, durante a I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, foi aprovado o Enunciado n. 125 que propunha a revogação do art. 1.641, II, do Código Civil:

“A norma que torna obrigatório o regime da separação absoluta de bens em razão da idade dos nubentes não leva em consideração a alteração da expectativa de vida, com qualidade, que se tem alterado drasticamente nos últimos anos. Também mantém um preconceito quanto às pessoas idosas que, somente pelo fato de ultrapassarem determinado patamar etário, passam a gozar da presunção absoluta de incapacidade para alguns atos, como contrair matrimônio pelo regime de bens que melhor consultar seus interesses” (VELOSO, Zeno. Separação obrigatória de bens – controvérsias – doação entre cônjuges. Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões, Belo Horizonte, n. 20, mar./abr. 2017.).

A total restrição da autonomia da vontade e do direito de escolha ao regime de casamento pelos septuagenários é inclusive considerado incompatível com o sistema de capacidade estabelecido pelo direito civil, a saber: o direito de votar e de ser votado (art. 14, § 1º, II, b, da CF/88); de ocupar cargo público (art. 40, §1º, II da CF/88); de comprar e vender imóveis; de doar bens; ou mesmo de dirigir.

Nota-se, inclusive, que a sistemática relacionada à curatela da pessoa incapaz, trazida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, garantiu mais autonomia à pessoa incapaz do que ao maior de setenta anos. Isso porque assegurou àquele o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas. A curatela, quando

ARE 1309642 / SP

necessária, não alcançaria o direito ao matrimônio:

“Como dito, o Estatuto da Pessoa com Deficiência alterou profundamente a sistemática da teoria das incapacidades. Inaugurou um regime jurídico distinto para a curatela, que, a partir de então, somente abrangerá questões patrimoniais e negociais, permanecendo dentro do campo da autonomia da pessoa incapaz a prática dos atos de natureza existencial. Isto é, ela poderá realizar estes atos de maneira pessoal, sem assistência do curador. **Assim, conforme previsão do art. 85 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, a curatela não alcança o direito** ao próprio corpo, à sexualidade, **ao matrimônio**, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto. **Mesmo definindo que o matrimônio pode ser livremente exercido pela pessoa incapaz (curatelada), nada definiu sobre o regime de bens aplicável ao caso.** Setores da doutrina começaram a disseminar a ideia de que o regramento deveria ser aplicado da seguinte forma: caso o matrimônio seja realizado sem assistência do curador (que necessariamente deveria auxiliar na confecção de um pacto antenupcial), deveria incidir o regime legal supletivo, isto é, o regime de comunhão parcial de bens. A mesma lógica deveria ser aplicada no caso de formação de uniões estáveis. **Pense que situação incoerente: pela nova normativa inaugurada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, a pessoa incapaz teria mais autonomia do que a pessoa capaz septuagenária**” (CALMON, Patrícia Novais. *O direito à autonomia na escolha do regime de bens: entre idade e vulnerabilidade*. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/1976/O+direito+%E0+autonomia+na+escolha+do+regime+de+bens%3A++Entre+idade+e+vulnerabilidade>>. Publicado em 11 maio 2023. Acesso em: 18, out. 2023.) .

Concluo que o artigo questionado, interpretado de maneira literal, como norma cogente, configura uma intervenção excessiva do Estado na liberdade individual da pessoa e privilegia o aspecto patrimonial sobre

ARE 1309642 / SP

questão de foro íntimo e existencial do ser humano.

Contudo, entendo ser possível incidir balizas interpretativas capazes de mitigar os efeitos nocivos da norma e adequá-la aos ditames constitucionais. Com isso, preserva-se o texto original, em deferência ao princípio democrático e à livre conformação do legislador, de forma que o regime obrigatório de separação de bens deve incidir apenas na hipótese de silêncio dos nubentes. Logo, quando não houver manifestação em sentido diverso, caberá a separação de bens nas uniões envolvendo pessoa maior de setenta anos.

No que tange à extensão de tal entendimento às uniões estáveis, já não restam dúvidas. O advento da Constituição Federal de 1988 reforçou o reconhecimento das distintas formas de entidade familiar, desde as tradicionais, fundadas na solenidade da celebração do casamento, quanto as informais, construídas pela união estável, bem como as hétero ou homoafetivas, por laços de conjugalidade ou parentalidade, ou mesmo as monoparentais (E.g.: ADPF 132 e ADI 4277, Rel. Min. Ayres Britto, DJe de 13/5/2011; RE 646.721, Red. do ac. Min. Luís Roberto Barroso, DJe de 11/9/2017, Tema 498; RE 878.694, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJe de 6-2-2018, Tema 809).

Isto porque é cediço que a consolidação do núcleo familiar tem por base o afeto, além da estabilidade e convivência pública. A hermenêutica constitucional, baseada na dignidade, igualdade e liberdade, respeita a esfera de atuação privada e íntima na qual essas relações são desenvolvidas. Por isso, a atuação do Estado nesse campo baseia-se no dever de proteção e no princípio da mínima intervenção, com respeito à autonomia privada, expressão da liberdade individual das pessoas, garantida pelo art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988.

No que tange ao presente debate, portanto, não há que se falar em distinção entre a entidade familiar fundada na solenidade do casamento e

ARE 1309642 / SP

aquela construída por meio de união estável. Nesse sentido, vislumbra-se o Tema 809, Leading Case RE 878.694, de Relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, julgado por este Supremo Tribunal Federal, cuja tese firmada diz:

“Tema 809

Tese: 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”.

Registro, por fim, que, no caso concreto, a recorrente afirmou no âmbito do recurso extraordinário (fls. 19 do documento) que não há contrato escrito de união estável com o falecido, afastando qualquer possibilidade de expressa manifestação do casal em sentido contrário ao que dispõe o inciso II, do art. 1.641, do Código Civil.

Posto isso, acompanho o relator e nego provimento ao recurso extraordinário, a fim de conferir interpretação conforme à Constituição do inciso II, do art. 1.641, do Código Civil, admitindo-se que expressa manifestação de vontade da pessoa maior de setenta anos disponha sobre o regime de bens aplicável.

Acompanho também o Relator quanto à fixação da tese de repercussão por ele proposta em seu voto, nos seguintes termos:

“Nos casamentos e uniões estáveis envolvendo pessoa maior de setenta 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”.

Ainda, considerando-se os impactos gerados por este julgamento, a

ARE 1309642 / SP

segurança jurídica e a expectativa de nubentes e terceiros interessados, **proponho a modulação dos efeitos da decisão**, resguardando-se os atos perfeitamente legais que aplicaram o inciso II, do art. 1.641 do Código Civil como norma cogente por impor a obrigatoriedade do regime de separação aos casamentos e uniões estáveis de pessoas maiores de setenta anos. Ressalva-se, outrossim, que se admite a alteração do regime de bens, cumpridos os requisitos do art. 1.639, § 2º, do Código Civil.

Ainda nessa proposta de modulação, a admissão de expressa manifestação dispondo sobre regime de bens diverso em uniões envolvendo pessoa maior de setenta anos terá eficácia apenas a partir da publicação da ata do acórdão deste julgamento.

É como voto.

01/02/2024

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.309.642 SÃO PAULO

OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE E RELATOR) - Muito obrigado, Ministro Cristiano Zanin!

Como antecipei, já está incorporado ao voto para deixar explicitado que nada do que está sendo decidido aqui afeta o passado, a menos que, em manifestação de vontade presente ou doravante, queira-se mudar o regime de bens ou, no caso de união estável, explicitar a possibilidade de herança.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhor Presidente, permita-me só para debater por enquanto. É muito relevante a observação do Ministro **Cristiano Zanin**. Até o novo Código Civil, que foi sancionado em 2002 e entrou em vigor e passou a ter eficácia em janeiro de 2003, uma vez pactuado o regime de bens pelo pacto antenupcial, ele era imutável durante o casamento. Aqui, não estamos a falar de idade. Estamos tratando da possibilidade de mudança, por meio de escritura pública, daquele regime de bens, seja o legal, para quem não pactuou antes do casamento, seja o regime de bens pactuado em escritura pública registrada antes de se contrair o matrimônio pelos nubentes. Esse regime, que, até janeiro de 2003, era imutável, a partir do Novo Código Civil em vigor – já se completaram 21 anos de sua eficácia (em 5 de janeiro passado) –, passou a permitir aos cônjuges alterar o regime de bens a qualquer tempo.

Penso que essa observação feita pelo Ministro **Cristiano Zanin** é bastante pertinente, só para auxiliar nos debates, sem adiantar posição.

01/02/2024

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.309.642 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. LUÍS ROBERTO BARROSO**
RECTE.(S) : **MARIA CECILIA NISPECHE DA SILVA**
ADV.(A/S) : **AGEU LIBONATI JUNIOR**
ADV.(A/S) : **ALEX LIBONATI**
RECDO.(A/S) : **SONIA MARIA RAYES PEREIRA E OUTRO(A/S)**
ADV.(A/S) : **MARCELO AUGUSTO DE SOUZA GARMS**
ADV.(A/S) : **RODRIGO LOPES GARMS**
ADV.(A/S) : **HERALDO GARCIA VITTA**
AM. CURIAE. : **INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA (IBDFAM)**
ADV.(A/S) : **MARIA BERENICE DIAS**
ADV.(A/S) : **RONNER BOTELHO SOARES**
ADV.(A/S) : **MARIA LUIZA POVOA CRUZ**
AM. CURIAE. : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
AM. CURIAE. : **ASSOCIAÇÃO DE DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES (ADFAS)**
ADV.(A/S) : **REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA**
ADV.(A/S) : **MONICA DEL ROSSO SCRASSULO**
ADV.(A/S) : **CARLOS ALBERTO GARBI**
ADV.(A/S) : **CAIO CHAVES MORAU**
ADV.(A/S) : **VENCESLAU TAVARES COSTA FILHO**
ADV.(A/S) : **DANILO PORFIRIO DE CASTRO VIEIRA**
ADV.(A/S) : **MARCO ANTONIO DA COSTA SABINO**
AM. CURIAE. : **INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS (IAB)**
ADV.(A/S) : **LUIZ PAULO VIEIRA DE CARVALHO**
ADV.(A/S) : **PEDRO TEIXEIRA PINOS GRECO**
AM. CURIAE. : **DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**
PROC.(A/S)(ES) : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL**

VOTO-VOGAL

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA -

ARE 1309642 / SP

Senhor Presidente, Ministro Luís Roberto Barroso, minha saudação a Vossa Excelência. Cumprimento-o também em função da possibilidade desses debates prévios, que têm sido muito salutar e cada dia com mais ênfase praticados no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Meus cumprimentos ao eminente Decano, Ministro Gilmar Mendes, e, na sua pessoa e da Ministra Cármen Lúcia, cumprimento também os demais Ministros. Minha saudação ao Professor Paulo Gonet, eminente Procurador-Geral da República, eminentes advogados e advogadas que aqui se fazem presentes e todos aqueles que nos acompanham.

Senhor Presidente, também agradeço a Vossa Excelência pela pronta inserção e adaptação em função da observação que havíamos feito anteriormente. Penso que assim se garante ao mesmo tempo a liberdade de manifestação das pessoas acima de setenta anos, ao mesmo tempo que, em função de algumas enfermidades que tendem a acometer essas pessoas, como Alzheimer e outras doenças que afetam pessoas mais idosas, traz-se uma formalidade que me parece garantir a livre manifestação das pessoas no sentido do que melhor lhes convier na formalização do casamento ou da própria união estável, de modo mais específico referente a essa inserção.

ARE 1309642 / SP

Também meus cumprimentos ao Ministro Cristiano Zanin pela observação feita e, na mesma linha, acompanho o voto do eminente Ministro-Relator, Ministro-Presidente, com as adesões sugeridas pelo Ministro Cristiano Zanin.

É como voto, Senhor Presidente.

01/02/2024

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.309.642 SÃO PAULO

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES: Senhor Presidente Ministro Luís Roberto Barroso, Ministro Gilmar Mendes, Ministra Cármen Lúcia, Ministro Dias Toffoli, Ministro Luiz Fux, Ministro Edson Fachin, Ministro Alexandre de Moraes, Ministro André Mendonça, Ministro Cristiano Zanin, minha saudação especial a todos. Também minha saudação especial ao nosso Procurador-Geral da República, Paulo Gonet, aos Advogados e Advogadas, Servidores e Servidoras.

Senhor Presidente, não vou ler o voto, mas confesso que claudiquei a chegar à conclusão e ainda me mantenho aberto aos debates. As duas soluções me parecem bastante razoáveis, até porque existe um argumento, da corrente contrária, segundo o qual o próprio Código Civil permitiu a livre disposição dos bens por pessoas que contraíram casamento após os setenta anos, ou seja, se houver motivação mais rasteira, isso pode ser contornado pelo livre dispor de seus bens. Ele pode dar a destinação que quiser.

Por outro lado, e ainda nessa corrente, temos a proteção da família. Não podemos esquecer o patrimônio dos herdeiros, de quem também ajudou a construir. Vossa Excelência trouxe opção mais ampla, que não afasta essa. Por isso, ao fim, concluí, acompanhando o voto de Vossa Excelência, entendendo que essa alternativa possibilita, de um lado, manter o regime legal, ou seja, sem que haja pacto antenupcial – e esse é o regime a ser estabelecido –, e de outro, por meio da livre vontade dos nubentes, afastar esse regime e adotar um diferenciado. Essa opção é um pouco mais ampla.

Concordo, também, com as colaborações trazidas pelo ministro Cristiano Zanin e pelo ministro André Mendonça. Faria apenas uma

ARE 1309642 / SP

proposta mínima de ajuste na expressão “de escritura pública” a ser utilizada ao final. Isso pode gerar certa confusão, já adiantada na visão do ministro Dias Toffoli. Quando Vossa Excelência diz que, nos casamentos ou uniões estáveis envolvendo pessoa maior de setenta anos, o regime de separação de bens previsto no art. 1.641 pode ser afastado por expressa manifestação de vontade das partes, mediante escritura pública, mesmo fazendo correlação lógica com o caso concreto, no qual estamos impedindo que isso ocorra após o casamento, pode haver a sensação de que essa escritura pública tem a capacidade de desfazer, quando, na realidade, estamos querendo falar em pacto antenupcial feito mediante escritura pública. Minha proposta é na mesma direção do ministro André Mendonça: substituir a expressão “escritura pública” por “pacto antenupcial”, porque fica muito claro que isso só pode ser feito antes do casamento e não após.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE E RELATOR) - É porque, Ministro Kassio, no caso de união estável não tem pacto antenupcial, aí teria que ser por escritura pública. Escritura pública é mais genérico. Além do que, como observou o Ministro Cristiano Zanin, existe a possibilidade de mudança de regime de bens por vontade mútua das partes. Pacto antenupcial talvez seja, como Vossa Excelência observa, a modalidade mais importante, mas não será a única. Por essa razão, pareceu-me que escritura pública, mais genericamente, ficaria melhor, mas entendo perfeitamente sua observação.

Vossa Excelência acompanha?

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES: Acompanho porque, de fato, para os casamentos seria mais apropriado, mas, em se tratando de união estável, em que não há nenhum pacto – na realidade, não há nenhum contrato, em que pese alguns serem celebrados, mas não existe previsão para isso (só se reconhece a união quando da dissolução) –, não seria prático e usual se fazer um pacto antenupcial.

ARE 1309642 / SP

Eu acompanho.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Vossa Excelência já deu uma dica boa: quem não quiser ter o trabalho, faça um testamento.

01/02/2024

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.309.642 SÃO PAULO

RELATOR	: MIN. LUÍS ROBERTO BARROSO
RECTE.(S)	: MARIA CECILIA NISPECHE DA SILVA
ADV.(A/S)	: AGEU LIBONATI JUNIOR
ADV.(A/S)	: ALEX LIBONATI
RECDO.(A/S)	: SONIA MARIA RAYES PEREIRA E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S)	: MARCELO AUGUSTO DE SOUZA GARMS
ADV.(A/S)	: RODRIGO LOPES GARMS
ADV.(A/S)	: HERALDO GARCIA VITTA
AM. CURIAE.	: INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA (IBDFAM)
ADV.(A/S)	: MARIA BERENICE DIAS
ADV.(A/S)	: RONNER BOTELHO SOARES
ADV.(A/S)	: MARIA LUIZA POVOA CRUZ
AM. CURIAE.	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO DE DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES (ADFAS)
ADV.(A/S)	: REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA
ADV.(A/S)	: MONICA DEL ROSSO SCRASSULO
ADV.(A/S)	: CARLOS ALBERTO GARBI
ADV.(A/S)	: CAIO CHAVES MORAU
ADV.(A/S)	: VENCESLAU TAVARES COSTA FILHO
ADV.(A/S)	: DANILO PORFIRIO DE CASTRO VIEIRA
ADV.(A/S)	: MARCO ANTONIO DA COSTA SABINO
AM. CURIAE.	: INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS (IAB)
ADV.(A/S)	: LUIZ PAULO VIEIRA DE CARVALHO
ADV.(A/S)	: PEDRO TEIXEIRA PINOS GRECO
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

VOTO-VOGAL

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES: Trata-se de agravo

ARE 1309642 / SP

em recurso extraordinário interposto por Maria Cecilia Nispeche da Silva contra decisão em que o Presidente da Seção de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo inadmitiu o recurso excepcional formalizado, com base no art. 102, III, "a", da Constituição Federal, em face do acórdão da Corte local assim resumido:

Agravo de instrumento. Inventário. Decisão que determinou a apresentação de plano de partilha pela inventariante, com observância da sistemática introduzida pelo RE nº 646.721/RS, e declarou a inconstitucionalidade do art. 1.641, II do CC. Irresignação. Regime da separação obrigatória de 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 à união estável. Precedentes do STJ e desta Corte. Companheira que, no entanto, tem direito à metade dos bens adquiridos durante a união estável. Incidência da Súmula nº 377 do STF. Decisão reformada. Agravo provido.

Rejeitados os embargos de declaração na origem, foram interpostos recursos especial e extraordinário.

Nas razões desse último, a parte alega violação aos arts. 1º, III; 3º, IV; 5º, I, X e LIV; 226, § 3º; e 230 da Carta da República, nos seguintes termos:

No presente caso, possui natureza constitucional o debate acerca da validade de dispositivo que prevê que "É obrigatório o regime da separação de bens no casamento da pessoa maior de 70 (setenta) anos" (art. 1.641, II, CC), tratando-se de direitos sucessórios ao maior de 70 anos, quando a Constituição determina a aposentadora compulsória apenas aos 75 anos.

[...]

Além disso, o debate apresenta repercussão geral, especialmente do ponto de vista social e jurídico: (i) social, por

ARE 1309642 / SP

tratar do regime de casamento nas relações de família num momento em que não se pode considerar o maior de 70 anos incapaz para determinar o regime de casamento, quando a própria Constituição Federal permite o serviço público até o 75 anos, o que pode resultar numa situação de total desarmonia do sistema legal que contraria norma [da] constituição, desamparo não apenas emocional, como também financeiro os cônjuges sobreviventes; e (ii) jurídico, porque relacionado à "especial proteção" conferida pelo Estado à família, como preveem os arts. 226, *caput*, e 230, todos da Constituição de 1988.

[...]

Sobre a questão atinente ao artigo 1641, inciso II, do CC, observa-se que tal dispositivo é inconstitucional, já que fere os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, previstos em norma constitucional. O contraente com 70 anos ou mais é plenamente capaz para o exercício de todos os atos da vida civil e para a livre disposição de seus bens. Desse modo, não há justificativa plausível para a mencionada limitação. Ademais, tal restrição foi prevista para o casamento, sendo vedada a interpretação extensiva de norma restritiva de direitos.

[...]

Não é necessário, chamando o Estatuto do Idoso, perfilar que é estritamente vedada qualquer forma discriminatória em razão da idade avançada das pessoas, como elencado no artigo 4º abaixo exposto:

“Art. 4º Nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei.”

[...]

Neste liame, não é admissível a argumentação de que a pessoa idosa deva ser protegida dos “aventureiros” que desejem contrair matrimônio com fins puramente patrimoniais.

ARE 1309642 / SP

O idoso tem condições de escolher e tomar o melhor regime patrimonial que lhe agrada, assim como tem aptidão para escolher a pessoa com quem almeja contrair matrimônio.

[...]

Adentrando à alusão aos juristas, vem a conclusão firmada na Primeira Jornada de Direito Civil, em que no enunciado número 125 assevera pela inconstitucionalidade do inciso II, do artigo 1641, do Código Civil:

“A norma que torna obrigatório o regime da separação absoluta de bens em razão da idade dos nubentes (qualquer que seja ela) é manifestamente inconstitucional, malferindo o princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República, inscrito no pórtico da Carta Magna (art. 1º, inc. III, da CF). Isso porque introduz um preconceito quanto às pessoas idosas que, somente pelo fato de ultrapassarem determinado patamar etário, passam a gozar da presunção absoluta de incapacidade para alguns atos, como contrair matrimônio pelo regime de bens que melhor consultar seus interesses.”

[...]

Por fim, remata-se que o princípio da liberdade tem dado aos cidadãos a possibilidade, dentro dos limites da lei, de conduzirem a sua própria vida antes de sua pretensão, isto é, o modo mais claro para garantir a um indivíduo o direito que este tem de reger a sua própria vida como melhor lhe aprouver, dentro dos parâmetros legais, sem alancear os direitos dos outros, conhecendo que a liberdade apresentada pela nossa Constituição estende-se aos títulos recebidos.

[...]

De fato, a requisição aclarada pelo dispositivo 1.641, inciso II, do CC, não encontra nenhum escudo legal ou constitucional para distinguir os maiores de 70 anos das parcelas restantes da população, o que torna este dispositivo discriminatório, eis que

ARE 1309642 / SP

as regras que criam distinções injustificadas ou injustas são conflitantes com os princípios constitucionais (MORAES, 2010), violando nitidamente o princípio da igualdade.

[...]

Não há previsão no ordenamento jurídico brasileiro de que os maiores de setenta anos serão tidos por incapazes. Desta feita, a obrigatoriedade atribuída pelo artigo 1.641, inciso II, do Código Civil, que institui o regime de separação de bens para os maiores de setenta anos, não possui resguardo legal, apenas ensejando cada vez mais a discriminação inserida neste dispositivo.

[...]

Nesta acepção, o que se deve levar em consideração é que, ultimamente, com os progressos da medicina e os avanços tecnológicos, os idosos estão vivendo cada vez mais.

Inadmitidos os recursos excepcionais, foram interpostos os respectivos agravos.

O agravo em recurso especial não foi conhecido pelo Superior Tribunal de Justiça. Alcançada a preclusão maior da decisão, o agravo em recurso extraordinário subiu ao Supremo.

Aqui, o Relator, ministro Luís Roberto Barroso, determinou que, uma vez reconhecidos pelo Plenário o caráter constitucional da matéria e a repercussão geral da questão suscitada, houvesse a conversão do agravo em recurso extraordinário.

De fato, o Plenário Virtual, vencido o ministro Ricardo Lewandowski, reputou constitucional a controvérsia, bem assim reconheceu a repercussão geral da questão, em acórdão que recebeu a seguinte ementa:

DIREITO CONSTITUCIONAL. RECURSO
EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. REGIME DE BENS

ARE 1309642 / SP

APLICÁVEL NO CASAMENTO E NA UNIÃO ESTÁVEL DE MAIORES DE SETENTA ANOS.

1. Possui caráter constitucional a controvérsia acerca da validade do art. 1.641, II, do CC/02, que estabelece ser obrigatório o regime da separação de bens no casamento da pessoa maior de setenta anos, e da aplicação dessa regra às uniões estáveis.

2. Questão de relevância social, jurídica e econômica que ultrapassa os interesses subjetivos da causa.

3. Repercussão geral reconhecida.

O Ministério Público Federal, em parecer subscrito pelo Procurador-Geral da República à época, Dr. Augusto Aras, opina pelo desprovimento do extraordinário. Eis a síntese do pronunciamento:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONSTITUCIONAL. CIVIL. CASAMENTO. UNIÃO ESTÁVEL. REGIME LEGAL DE BENS. PESSOA MAIOR DE 70 ANOS. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 1236. ART. 1641, II, DO CÓDIGO CIVIL. COMPATIBILIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL. HARMONIA ENTRE VALORES TUTELADOS. CONSTITUCIONALIDADE. DESPROVIMENTO.

1. Recurso Extraordinário representativo do Tema 1.236 da sistemática da Repercussão Geral: “regime de bens aplicável no casamento e na união estável de maiores de setenta anos”.

2. É constitucionalmente legítimo o uso da idade como critério de diferenciação entre os indivíduos e/ou grupos sociais, salvo se for manifestamente desproporcional ou injustificado, como corolário lógico do princípio da igualdade material, da dignidade da pessoa humana e do dever de amparo às pessoas idosas.

3. A Constituição Federal de 1988 permite a regulação pelo ente estatal de relações privadas, de modo a afastar interpretações que desconsideram a possibilidade de que sejam criados instrumentos diferenciadores para garantir, no caso, os

ARE 1309642 / SP

direitos individuais e coletivos da população idosa.

4. A validade da imposição de regime de separação obrigatória de bens aos maiores de 70 anos, nos termos do art. 1.641, II, do Código Civil, justifica-se pela razoabilidade e proporcionalidade na sua criação e manutenção (*mens legis*), pela contemporaneidade democrática de escolha do legislador federal e pelo resguardo à autonomia de vontade do indivíduo idoso, em respeito aos princípios da dignidade humana, da proteção à propriedade e à herança e do dever de amparo às pessoas idosas.

5. Aplica-se o regime de separação obrigatória de bens, previsto no art. 1.694, II, do Código Civil, à união estável contraída por indivíduo maior de 70 anos, como corolário lógico do entendimento da Suprema Corte, tanto proferido no Tema 809 da Repercussão Geral, quanto de necessidade de conceder à pessoa idosa tratamento prioritário e proteção integral pela sociedade (ADI 6.727).

6. Proposta de tese de repercussão geral: É constitucional o regime de separação legal de bens no casamento e na união estável da pessoa maior de 70 (setenta anos), tendo em conta a tutela ao direito de propriedade e à herança.

– Parecer pelo desprovimento do recurso extraordinário, com a fixação da tese nos termos sugeridos.

Foram admitidos no processo, na condição de *amici curiae*, o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), o Ministério Público do Estado de São Paulo, a Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS) e o Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB).

É o relato do essencial. **Passo ao voto.**

O cerne da controvérsia reside em saber se é constitucional, ou não, o art. 1.641, II, do Código Civil, que tornou obrigatório o regime da separação de bens no casamento de pessoa maior de 70 (setenta) anos, bem como se a regra é aplicável às uniões estáveis.

ARE 1309642 / SP

1. Do regime da separação de bens no casamento de pessoa maior de 70 (setenta) anos

Por regime de bens entende-se o conjunto de normas que regula a questão patrimonial em um relacionamento afetivo. Consideram-se, nesse caso, tanto o patrimônio preexistente ao vínculo quanto o construído durante a união. Nas palavras de Flávio Tartuce¹, cuida-se do “conjunto de regras relacionadas com interesses patrimoniais ou econômicos resultantes da entidade familiar, sendo as suas normas, em regra, de ordem privada”.

O Código Civil de 1916 instituiu, para o casamento, os regimes de comunhão parcial, universal ou total e de separação de bens. Seu art. 258, parágrafo único, II, disciplinava que esse último teria cunho obrigatório para homens com mais de 60 (sessenta) anos e mulheres com mais de 50 (cinquenta).

Por sua vez, o Código Civil de 2002 passou a prever quatro espécies de regime de bens: comunhão parcial, comunhão universal, participação final nos aquestos e separação de bens.

O diploma civilista, com a redação dada pela Lei n. 12.344/2010, assim dispõe em seu art. 1641, II:

Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

[...]

II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos;

Como se pode notar, o legislador buscou impedir a comunicação patrimonial em uniões familiares formadas sem bases afetivas

1 TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 5: direito de família, p. 132.

ARE 1309642 / SP

consistentes, integradas por pessoas idosas e outras cujo objetivo principal seja a obtenção de vantagens econômicas. A intenção seria tutelar tanto o direito de propriedade dos maiores de 70 (setenta) anos quanto o direito à herança de eventuais herdeiros, ambos protegidos nos termos do art. 5º, XXII e XXX, da Constituição Federal.

A intervenção do Estado no assunto é, pois, de ordem preventiva. Tem por fim último a garantia da paz familiar, ante a possibilidade de o patrimônio adquirido ao longo de uma história de lutas, dificuldades e sacrifícios ser dissolvido com a mesma rapidez com que se encerra o afeto.

Em tal contexto, não se sustenta a alegada violação ao princípio da isonomia. Esse, também conhecido como princípio da igualdade, dispõe que a lei será aplicada de forma igualitária entre as pessoas e se divide em formal e material.

A primeira remonta à Revolução Francesa, marco na defesa da igualdade das pessoas perante a lei.

Já a igualdade material, que ganhou força no cenário mundial após a Segunda Guerra, quando se tornaram evidentes as consequências alarmantes da disparidade entre os seres humanos, pode ser resumida na célebre frase: “Tratar desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade.”

Na espécie, a recorrente alega ter a norma estabelecido distinção entre as pessoas com mais de 70 (setenta) anos e as demais.

Ocorre que o princípio da igualdade permite à lei prever tratamento diverso entre aqueles que se diferenciem em termos de grupo social, sexo, profissão, condição econômica, idade. O que se proíbe é a diferenciação arbitrária e desarrazoada.

ARE 1309642 / SP

É dizer, a Carta Política de 1988 autoriza a discriminação positiva, voltada a corrigir distorções decorrentes de fatos históricos ou de índole econômica, social ou cultural que afetem grupos menos favorecidos. Trata-se de um meio para atingir a igualdade material.

A par disso, busca preservar os direitos das minorias, especialmente daquelas mais vulneráveis, como é o caso das pessoas com idade superior a 70 (setenta) anos.

Bem por isso, ao apreciar, sob a relatoria da ministra Cármen Lúcia, a ADI 6.727 – em que se discutia a proteção do idoso frente ao superendividamento –, o Supremo ressaltou a necessidade de garantir a esse grupo o tratamento prioritário e a proteção integral. Eis a ementa do julgado:

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

ARE 1309642 / SP

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.

(Com meus grifos)

Portanto, em atenção à especial proteção à pessoa idosa, mostra-se constitucionalmente legítimo o uso da idade como critério de diferenciação entre os indivíduos, desde que não se revele parâmetro arbitrário ou desproporcional.

Por outro lado, nos termos do art. 226 da Carta da República, “a família é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado”, existindo momentos em que este precisa interferir para conservar e fortalecer aquela.

O legislador, ao inserir no Código Civil de 2002 o inciso II do art. 1.641, visou à proteção do patrimônio, tanto dos idosos quanto dos herdeiros. Por isso fixou a obrigatoriedade do regime de separação de bens na fase da vida em que o ser humano está mais vulnerável.

Ora, o direito de propriedade (CF, art. 5º, XXII) e o de herança (CF, art. 5º, XXX) constituem direitos fundamentais que são e devem sempre ser resguardados. No caso concreto, todavia, se conflitarem com outros valores, precisam ser ponderados.

Assim é que o art. 1.641, II, do Código Civil, nada obstante imponha um regime diferenciado, resguarda a autonomia da vontade da pessoa idosa, autorizando-a a dispor, em vida, de seus bens da maneira que entender melhor, inclusive transferindo-os por testamento à

ARE 1309642 / SP

companheira.

No mais, há de ser respeitada a escolha do Legislativo, representante legítimo da vontade popular, cabendo ao Judiciário a autocontenção. Nessa linha foi o voto proferido pela ministra Cármen Lúcia por ocasião do julgamento da ADI 4.976, Relator o ministro Ricardo Lewandowski. Confira-se:

[...] se há uma razão jurídica legitimamente aceita e aceitável daquilo que se põe para diferenciar uma situação de outra. Se é boa, ou não, a razão, a mim não compete dizer, desde que o fator de identificação seja constitucionalmente legítimo.

Destaco, a propósito, importante raciocínio trazido aos autos pela Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS):

O princípio da presunção de constitucionalidade traduz-se na convicção de que a violação da Constituição da República Federativa do Brasil (CF) na declaração de inconstitucionalidade de um dispositivo legal há de ser manifesta, flagrante e incontestável, o que não se vislumbra *in casu*.

É da lavra doutrinária do Ministro Luís Roberto Barroso, Excelentíssimo Relator no presente recurso:

“O princípio da presunção de constitucionalidade dos atos do Poder Público, notadamente das leis, é uma decorrência do princípio geral da separação dos Poderes e funciona como fator de autolimitação da atividade do Judiciário, que, em reverência à atuação dos demais Poderes, somente deve invalidar-lhes os atos diante de casos de inconstitucionalidade flagrante e incontestável”.

Assim, a inconstitucionalidade precisa ser manifestamente

ARE 1309642 / SP

flagrante e incontestável, vez que se trata de intervenção do Poder Judiciário nas atribuições do Poder Legislativo. Por outras palavras, o ordenamento jurídico deve ser interpretado no sentido de conformar diferentes disposições sem criar artificialmente inconstitucionalidades, inexistentes na hipótese *sub judice*.

A interpretação da Constituição Federal com desapego ao texto constitucional, a argumentação supostamente inconstitucional sem apego à legislação constituída acarreta uma espécie de *law-making*, de modo a afirmar-se ser inconstitucional o que o recorrente gostaria que assim fosse e confundindo o direito constitucional com seus desejos ou interesses pessoais.

Vê-se, assim, que a norma em debate não fere a dignidade da pessoa humana nem gera qualquer tipo de discriminação, porquanto busca, em verdade, preservar não apenas o interesse do próprio idoso, que amealhou seu patrimônio por esforço próprio durante toda a vida, como também de seus herdeiros.

Essa vem sendo a orientação adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, que tem se manifestado pela validade da aplicação do art. 1.641, II, do Código Civil. Transcrevo, a título de exemplo, a ementa do REsp 1.689.152, Quarta Turma, Relator o ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 24 de outubro de 2017:

RECURSO ESPECIAL. DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA DE BENS. COMPANHEIRO SEXAGENÁRIO. SÚMULA 377 DO STF. BENS ADQUIRIDOS NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL QUE DEVEM SER PARTILHADOS DE FORMA IGUALITÁRIA. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DO ESFORÇO COMUM DOS COMPANHEIROS PARA LEGITIMAR A DIVISÃO. PRÊMIO DE LOTERIA (LOTOMANIA). FATO EVENTUAL OCORRIDO NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL. NECESSIDADE DE MEAÇÃO.

ARE 1309642 / SP

1. Por força do art. 258, parágrafo único, inciso II, do Código Civil de 1916 (equivalente, em parte, ao art. 1.641, inciso II, do Código Civil de 2002), ao casamento de sexagenário, se homem, ou quinquentenária, se mulher, é imposto o regime de separação obrigatória de bens (recentemente, a Lei 12.344/2010 alterou a redação do art. 1.641, II, do CC, modificando a idade protetiva de 60 para 70 anos). Por esse motivo, às uniões estáveis é aplicável a mesma regra, impondo-se seja observado o regime de separação obrigatória, sendo o homem maior de sessenta anos ou a mulher maior de cinquenta. Precedentes.

2. A *ratio legis* foi a de proteger o idoso e seus herdeiros necessários dos casamentos realizados por interesse estritamente econômico, evitando que este seja o principal fator a mover o consorte para o enlace.

3. A Segunda Seção do STJ, seguindo a linha da Súmula nº 377 do STF, pacificou o entendimento de que “apenas os bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, e desde que comprovado o esforço comum na sua aquisição, devem ser objeto de partilha” (EREsp 1171820/PR, Rel. Ministro Raul Araújo, Segunda Seção, julgado em 26/08/2015, DJe 21/09/2015).

[...]

6. Recurso especial parcialmente provido.

(Grifei)

Em suma: com fundamento na igualdade material, na vulnerabilidade relativa da pessoa idosa, na proteção das minorias, na proteção ao direito de propriedade e da herança, e resguardada, ainda, a autonomia da vontade da pessoa pela livre disposição dos bens em vida, reputo constitucional e legítima a escolha legislativa, estampada no art. 1.641, II, do Código Civil de 2002, pelo regime obrigatório da separação de bens aplicável ao casamento de pessoas maiores de 70 (setenta) anos.

2. Da aplicação da regra do art. 1.641, II, do Código Civil às uniões estáveis

ARE 1309642 / SP

Em 10 de maio de 2017, esta Corte declarou inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, assentando, por conseguinte, aplicável a ambos o regime estabelecido no art. 1.829 do Código Civil de 2002. A conclusão, alcançada no RE 646.721, Redator do acórdão o ministro Luís Roberto Barroso, ficou assim resumida:

DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. APLICAÇÃO DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL À SUCESSÃO EM UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. INCONSTITUCIONALIDADE DA DISTINÇÃO DE REGIME SUCESSÓRIO ENTRE CÔNJUGES E COMPANHEIROS.

1. A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável, hetero ou homoafetivas. O STF já reconheceu a “inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico”, aplicando-se a união estável entre pessoas do mesmo sexo as mesmas regras e mesmas consequências da união estável heteroafetiva (ADI 4277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05.05.2011)

2. 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. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988. Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis nº 8.971/1994 e nº 9.278/1996 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente e da vedação do retrocesso.

3. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o

ARE 1309642 / SP

entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública.

4. Provimento do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: *“No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002”*.

Na oportunidade, consignou-se, ainda, a “inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico”, a revelar ilegítima qualquer diferenciação entre cônjuge e companheiro.

Quanto a esse ponto, o Superior Tribunal de Justiça também tem concluído pela aplicação do art. 1.614, II, às uniões estáveis:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. COMPANHEIRO SEXAGENÁRIO. INDEFERIMENTO DE PROVA DOCUMENTAL PARA COMPROVAR A CAPACIDADE LABORATIVA E INDEPENDÊNCIA ECONÔMICA DA COMPANHEIRA. CERCEAMENTO DE DEFESA. OCORRÊNCIA. EFEITOS PATRIMONIAIS DA UNIÃO ESTÁVEL. REGIME DA SEPARAÇÃO TOTAL. APLICAÇÃO DO ART. 1.641, II, DO CC. OPORTUNIDADE PARA COMPROVAR O ESFORÇO COMUM. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

1. Não configura ofensa ao art. 535 do CPC/73 o fato de o col. Tribunal de origem, embora sem examinar individualmente cada um dos argumentos suscitados, adotar fundamentação contrária à pretensão da parte, suficiente para decidir integralmente a controvérsia.

[...]

ARE 1309642 / SP

3. No que se refere aos efeitos patrimoniais decorrentes da existência da união estável, as instâncias ordinárias afastaram a aplicação da regra da separação obrigatória de bens, ao fundamento de que a disposição legal só se aplica ao casamento. **Todavia, esta Corte tem entendimento de que estende-se à união estável a disposição do art. 1.641, II, do Código Civil, segundo o qual ao casamento de sexagenário, se homem, ou quinquentenária, se mulher, é imposto o regime de separação obrigatória de bens. [...]**

6. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp 1.628.268-DF 2014/0189575-8, Quarta Turma, ministro Lázaro Guimarães – Desembargador convocado do TRF 5ª Região –, julgamento em 18 de setembro de 2018, *DJe* de 27 de setembro de 2018 – grifei)

Ante a impossibilidade de distinção de regimes entre cônjuges e companheiros, compreendo que deve ser aplicado, tanto na hipótese de casamento quanto na de união estável de pessoa maior de 70 (setenta) anos, o regime de separação obrigatória de bens (CC/2002, art. 1.641, II).

3. Do caso concreto

Na origem, trata-se do inventário de Dario Rayes, casado com Edna Clorinda Rosa de Biazi Rayes, sob o regime de comunhão de bens, entre 30 de dezembro de 1951 e 20 de setembro de 2002, quando veio a se tornar viúvo.

Os bens do casal foram partilhados em 16 de agosto de 2006.

Em 4 de janeiro de 2014, sobreveio o falecimento de Dario Rayes.

Aberto o processo de inventário, compareceu Maria Cecília Nispache da Silva, ora recorrente, alegando ter sido, desde 2002, companheira do autor da herança.

ARE 1309642 / SP

Pois bem.

Conforme se constata dos autos, considerada, em especial, a apreciação da apelação n. 1001326-71.2014.8.26.0071 pela 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, cujo acórdão transitou em julgado em 19 de março de 2019, revela-se incontroversa a união estável mantida entre a recorrente e o *de cujus* no período de 20 de setembro de 2002 a 4 de janeiro de 2014.

Por outro lado, é indubitável que Dario Rayes, à época da constituição da união estável, contava com mais de 70 (setenta) anos de idade, visto que nasceu em 29 de julho de 1930 (fls. 10-11 dos autos de origem).

Sendo assim, e diante da constitucionalidade do art. 1.641, II, do Código Civil de 2002, tem-se que o regime de bens do relacionamento estabelecido na espécie é o da separação obrigatória. Ressalte-se, contudo, que, no plano de partilha a ser elaborado, há que atentar para o direito da recorrente à metade dos bens adquiridos durante essa união, por força da disposição contida no enunciado n. 377 da Súmula do Supremo², desde que comprovado o esforço comum na aquisição.

4. Dispositivo

Do exposto, **nego provimento** ao recurso extraordinário.

Proponho, ainda, a seguinte tese para o Tema n. 1.236 da repercussão geral: *“É constitucional o art. 1.641, II, do Código Civil de 2002, que estabelece a obrigatoriedade do regime de separação de bens no casamento de pessoa maior de 70 (setenta) anos, aplicando-se essa regra às uniões estáveis.”*

É como voto.

2 Enunciado n. 377 da Súmula/STF: “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.”

01/02/2024

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.309.642 SÃO PAULO

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Boa tarde, Presidente! Cumprimento Vossa Excelência e parabênzo Vossa Excelência pelo discurso de hoje na abertura do ano judiciário.

Cumprimento a Ministra Cármen, os eminentes Colegas e o Senhor Paulo Gonet, Procurador-Geral da República.

Presidente, assim como os demais, também acompanho integralmente Vossa Excelência. No caso em questão, na hipótese impugnada, parece-me que houve uma opção do legislador e, a partir daí, um exagero do ponto de vista, como Vossa Excelência bem destacou, do elemento discriminador.

A opção foi fixar o regime de casamento como há a fixação para os casamentos das demais pessoas, independentemente da idade. Essa opção foi impositiva, sem a possibilidade daquele que pretende casar-se poder, por manifestação livre e consciente, como bem lembrou o Ministro André, alterar.

Parece-me que devemos manter exatamente a primeira opção do legislador, ou seja, na ausência de uma manifestação de vontade, vale o regime escolhido pelo legislador, possibilitando-se que, por vontade livre e consciente - como levantado pelo Ministro André, a necessidade de uma escritura pública resguarda realmente essa vontade livre e consciente -, possa haver alteração.

Acompanho Vossa Excelência tanto no julgamento do caso concreto - Vossa Excelência negou provimento ao recurso - quanto na tese apresentada.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - (PRESIDENTE E RELATOR) - Obrigado, Ministro Alexandre! Até pensei algumas vezes, no caso concreto, porque foi uma união estável de onze anos, mas não tinha como a gente dar um efeito retroativo sem abalar a

ARE 1309642 / SP

segurança jurídica.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Isso poderia rever todos os casamentos, todas as uniões estáveis, geraria uma insegurança muito grande. Inclusive poderia ocorrer o ajuizamento de ações de pessoas que já morreram, que já repartiram a herança. Isso daria uma insegurança jurídica gigantesca, não só para quem está agora, mas para todo mundo que herdou. Seria um grande problema.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE E RELATOR) - A gente tem que atentar para o impacto sistêmico do que a gente decide.

01/02/2024

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.309.642 SÃO PAULO

RELATOR	: MIN. LUÍS ROBERTO BARROSO
RECTE.(S)	: MARIA CECILIA NISPECHE DA SILVA
ADV.(A/S)	: AGEU LIBONATI JUNIOR
ADV.(A/S)	: ALEX LIBONATI
RECDO.(A/S)	: SONIA MARIA RAYES PEREIRA E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S)	: MARCELO AUGUSTO DE SOUZA GARMS
ADV.(A/S)	: RODRIGO LOPES GARMS
ADV.(A/S)	: HERALDO GARCIA VITTA
AM. CURIAE.	: INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA (IBDFAM)
ADV.(A/S)	: MARIA BERENICE DIAS
ADV.(A/S)	: RONNER BOTELHO SOARES
ADV.(A/S)	: MARIA LUIZA POVOA CRUZ
AM. CURIAE.	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO DE DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES (ADFAS)
ADV.(A/S)	: REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA
ADV.(A/S)	: MONICA DEL ROSSO SCRASSULO
ADV.(A/S)	: CARLOS ALBERTO GARBI
ADV.(A/S)	: CAIO CHAVES MORAU
ADV.(A/S)	: VENCESLAU TAVARES COSTA FILHO
ADV.(A/S)	: DANILO PORFIRIO DE CASTRO VIEIRA
ADV.(A/S)	: MARCO ANTONIO DA COSTA SABINO
AM. CURIAE.	: INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS (IAB)
ADV.(A/S)	: LUIZ PAULO VIEIRA DE CARVALHO
ADV.(A/S)	: PEDRO TEIXEIRA PINOS GRECO
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

VOTO

ARE 1309642 / SP

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES: Trata-se de Recurso Extraordinário com Agravo contra decisão que inadmitiu o apelo extremo interposto pela parte contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que declarou a inconstitucionalidade da imposição do regime de separação obrigatória de bens para pessoas maiores de setenta anos. Eis a ementa do julgado impugnado: (vol. 10, p. 64):

“Agravo de instrumento. Inventário. Decisão que determinou a apresentação de plano de partilha pela inventariante, com observância da sistemática introduzida pelo RE nº 646.721/RS, e declarou a inconstitucionalidade do art. 1.641, II do CC. Irresignação. Regime da separação obrigatória de 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 à união estável. Precedentes do STJ e desta Corte. Companheira que, no entanto, tem direito à metade dos bens adquiridos durante a união estável. Incidência da Súmula nº 377 do STF. Decisão reformada. Agravo provido”.

Na origem, cuida-se de processo de inventário em que concorrem à herança do falecido tanto seus descendentes quanto sua companheira, cuja união estável fora judicialmente reconhecida. O juiz de primeiro grau, entre outras deliberações, declarou incidentalmente inconstitucional o dispositivo contido no art. 1.641, II, do Código Civil, em decisão da qual destaque o seguinte trecho (vol. 7, p. 18):

“Ademais, sobre a questão atinente ao artigo 1641, inciso II, do CC, observa-se que tal dispositivo é inconstitucional, já que fere os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, previstos em norma constitucional.

O contraente com 70 anos ou mais é plenamente capaz para o exercício de todos os atos da vida civil e para a livre

ARE 1309642 / SP

disposição de seus bens. Desse modo, não há justificativa plausível para a mencionada limitação.

Ademais, tal restrição foi prevista para o casamento, sendo vedada a interpretação extensiva de norma restritiva de direitos”.

Ato contínuo, foi interposto agravo de instrumento (vol. 1, p. 1) pelos descendentes do *de cuius* contra a decisão do juízo. Almejavam, com isto, reconhecer a constitucionalidade do art. 1.641, II, do Código Civil, restabelecendo, assim, o regime de separação obrigatória de bens entre o falecido e sua companheira (art. 1.641, II), o que romperia a concorrência sucessória entre descendentes e cônjuge sobrevivente (art. 1.829, I), consequência que seria igualmente aplicável às companheiras por força da equiparação jurisprudencial entre ambos os regime legais.

Proferido o acórdão supracitado, que reformou a decisão *a quo* para reconhecer a validade do preceito civilista em questão, consignou seu relator que (vol. 10, p. 65):

“[...] embora correta a indicação de que o plano de partilha deve obedecer à nova sistemática adotada pelo E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 646.721/RS, no qual se decidiu pela inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, aplicando-se o regramento do artigo 1.829 do mesmo *códex* ao casamento e à união estável, não se vislumbra a inconstitucionalidade declarada pela MM. Juíza de Direito *a quo*.

Ora, a intenção do legislador, ao restringir a autonomia da vontade, foi de justamente proteger a pessoa do idoso e seus herdeiros necessários de casamentos realizados única e exclusivamente por interesses econômico-patrimoniais. Isso nada tem de irregular.

Vale anotar que o próprio artigo 1.829, indicado como de observância obrigatória na r. decisão agravada, garante a sucessão legítima “*aos descendentes, em concorrência com o cônjuge*

ARE 1309642 / SP

sobrevivente, salvo se casado este como o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens”.

Por outro lado, é pacífica a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a restrição prevista no artigo 1.641, II do Código Civil é igualmente aplicável ao casamento e à união estável:

[...]

Destarte, forçoso reconhecer que o regime de bens da união estável da agravada e o *de cuius* é mesmo o da separação obrigatória, devendo o plano de partilha a ser elaborado observar, contudo, que a recorrida tem direito à metade dos bens adquiridos durante a união por força da Súmula nº 377 do E. Supremo Tribunal Federal, segundo a qual: *“No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.*

O julgamento colegiado foi posteriormente mantido em sede de embargos de declaração (vol. 11, p. 18), em face do que foram interpostos recurso especial e recurso extraordinário, ambos inadmitidos pelo tribunal estadual por decisões, então, agravadas.

O agravo em recurso especial foi inadmitido monocraticamente pelo Superior Tribunal de Justiça em decisão posteriormente ratificada pelo colegiado em agravo interno (vol. 20, p. 12).

O recurso extraordinário (vol. 11, p. 25), por sua vez, fundamentado no artigo 102, III, “a”, da Constituição, aponta para a potencial violação ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), ao objetivo fundamental de combater a discriminação (art. 3º, IV), à igualdade (art. 5º, I), à vida privada (art. 5º, X), ao devido processo legal (art. 5º, LIV), ao instituto da união estável enquanto entidade familiar (art. 226, § 3º) e à proteção ao idos (art. 230).

Seu autor argumenta, em síntese, que o septuagenário é plenamente capaz para a vida civil e que a restrição do art. 1.641 não deveria ser estendida às uniões estáveis: *“o contraente com 70 anos ou mais é plenamente capaz para o exercício de todos os atos da vida civil e para a livre disposição de seus bens. Desse modo, não há justificativa plausível para a mencionada*

ARE 1309642 / SP

limitação. Ademais, tal restrição foi prevista para o casamento, sendo vedada a interpretação extensiva de norma restritiva de direitos”.

Os recorridos contra-arrazoaram o apelo extremo (vol. 15, p. 19) para consignar, além do não cabimento da espécie impugnativa, que a *“alegação de inconstitucionalidade do referido dispositivo de lei sob o argumento de que o contraente com 70 anos ou mais é plenamente capaz para o exercício de todos os atos da vida civil e para a livre disposição de seus bens não se sustenta porque ‘A ratio legis foi a de proteger o idoso e seus herdeiros necessários dos casamentos realizados por interesse estritamente econômico, evitando que este seja o principal fator amover o consorte para o enlace’ (REsp 1689152/SC)”*.

Distribuído à relatoria do Min. ROBERTO BARROSO, a questão constitucional suscitada no agravo em recurso extraordinário teve sua repercussão geral reconhecida por esta SUPREMA CORTE, em acórdão assim ementado (vol. 44):

“Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. REGIME DE BENS APLICÁVEL NO CASAMENTO E NA UNIÃO ESTÁVEL DE MAIORES DE SETENTA ANOS.

1. Possui caráter constitucional a controvérsia acerca da validade do art. 1.641, II, do CC/02, que estabelece ser obrigatório o regime da separação de bens no casamento da pessoa maior de setenta anos, e da aplicação dessa regra às uniões estáveis.

2. Questão de relevância social, jurídica e econômica que ultrapassa os interesses subjetivos da causa.

3. Repercussão geral reconhecida”.

Encaminhados os autos à Procuradoria-Geral da República, esta se manifestou em defesa da constitucionalidade do art. 1.641, II, do Código Civil, em parecer com a seguinte ementa (vol. 50):

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONSTITUCIONAL. CIVIL. CASAMENTO. UNIÃO ESTÁVEL. REGIME LEGAL DE BENS. PESSOA MAIOR DE 70

ARE 1309642 / SP

ANOS. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 1236. ART. 1641, II, DO CÓDIGO CIVIL. COMPATIBILIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL. HARMONIA ENTRE VALORES TUTELADOS. CONSTITUCIONALIDADE. DESPROVIMENTO.

1. Recurso Extraordinário representativo do Tema 1.236 da sistemática da Repercussão Geral: “*regime de bens aplicável no casamento e na união estável de maiores de setenta anos*”.

2. É constitucionalmente legítimo o uso da idade como critério de diferenciação entre os indivíduos e/ou grupos sociais, salvo se for manifestamente desproporcional ou injustificado, como corolário lógico do princípio da igualdade material, da dignidade da pessoa humana e do dever de amparo às pessoas idosas.

3. A Constituição Federal de 1988 permite a regulação pelo ente estatal de relações privadas, de modo a afastar interpretações que desconsideram a possibilidade de que sejam criados instrumentos diferenciadores para garantir, no caso, os direitos individuais e coletivos da população idosa.

4. A validade da imposição de regime de separação obrigatória de bens aos maiores de 70 anos, nos termos do art. 1.641, II, do Código Civil, justifica-se pela razoabilidade e proporcionalidade na sua criação e manutenção (*mens legis*), pela contemporaneidade democrática de escolha do legislador federal e pelo resguardo à autonomia de vontade do indivíduo idoso, em respeito aos princípios da dignidade humana, da proteção à propriedade e à herança e do dever de amparo às pessoas idosas.

5. Aplica-se o regime de separação obrigatória de bens, previsto no art. 1.694, II, do Código Civil, à união estável contraída por indivíduo maior de 70 anos, como corolário lógico do entendimento da Suprema Corte, tanto proferido no Tema 809 da Repercussão Geral, quanto de necessidade de conceder à pessoa idosa tratamento prioritário e proteção integral pela sociedade (ADI 6.727).

6. Proposta de tese de repercussão geral: *É constitucional o*

ARE 1309642 / SP

regime de separação legal de bens no casamento e na união estável da pessoa maior de 70 (setenta anos), tendo em conta a tutela ao direito de propriedade e à herança.

— Parecer pelo desprovimento do recurso extraordinário, com a fixação da tese nos termos sugeridos”.

É o relatório.

Trata-se, como visto, de controvérsia eminentemente constitucional que busca averiguar se a limitação prescrita pelo art. 1.641, II, do Código Civil, regra impositiva que obriga os nubentes com mais de 70 anos de idade a adotarem o regime de separação de bens, hostiliza valores de primeira ordem contidos na Constituição Federal.

I. O EIXO AXIOLÓGICO DA IGUALDADE

Conforme fiz registrar em sede doutrinária (Direito Constitucional. Barueri: Atlas, 2022), a Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico.

Dessa forma, o que se veda são as 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, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito, sem que se esqueça, porém, como ressaltado por Fábio Konder Comparato, que as chamadas liberdades materiais têm por objetivo a igualdade de condições sociais, meta a ser alcançada, não só por meio de leis, mas também pela aplicação de políticas ou programas de ação estatal (COMPARATO, Fábio Konder. *Direito Público: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 59.).

ARE 1309642 / SP

A igualdade se configura como uma eficácia transcendente, de modo que toda situação de desigualdade persistente à entrada em vigor da norma constitucional deve ser considerada não recepcionada, se não demonstrar compatibilidade com os valores que a Constituição, como norma suprema, proclama.

O princípio da igualdade consagrado pela Constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que encontram-se em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social.

A desigualdade na lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos.

Assim, os tratamentos normativos diferenciados são compatíveis com a Constituição Federal quando verificada a existência de uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Princípio da isonomia: desequiparações proibidas e permitidas. *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 1, p. 79).

Importante, igualmente, apontar a tríplice finalidade limitadora do princípio da igualdade - limitação ao legislador, ao intérprete/autoridade pública e ao particular (STF, TRIBUNAL PLENO, Mandado de Injunção 58, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, Rel. p/Acórdão Min. CELSO DE

ARE 1309642 / SP

MELLO, DJ de 19/4/1991). O legislador, no exercício de sua função constitucional de edição normativa, não poderá afastar-se do princípio da igualdade, sob pena de flagrante inconstitucionalidade. Assim, normas que criem diferenciações abusivas, arbitrárias, sem qualquer finalidade lícita, serão incompatíveis com a Constituição Federal.

O intérprete/autoridade pública não poderá aplicar as leis e atos normativos aos casos concretos de forma a criar ou aumentar desigualdades arbitrárias. Ressalte-se que, em especial o Poder Judiciário, no exercício de sua função jurisdicional de dizer o direito ao caso concreto, deverá utilizar os mecanismos constitucionais no sentido de dar uma interpretação única e igualitária às normas jurídicas. Nesse sentido a intenção do legislador constituinte ao prever o recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal (uniformização na interpretação da Constituição Federal) e o recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça (uniformização na interpretação da legislação federal). Além disso, sempre em respeito ao princípio da igualdade, a legislação processual deverá estabelecer mecanismos de uniformização de jurisprudência a todos os Tribunais.

Finalmente, o particular não poderá pautar-se por condutas discriminatórias, preconceituosas ou racistas, sob pena de responsabilidade civil e penal, nos termos da legislação em vigor.

Sobre o princípio da igualdade, indispensável recordarmos a lição de San Tiago Dantas:

“Quanto mais progridem e se organizam as coletividades, maior é o grau de diferenciação a que atinge seu sistema legislativo. A lei raramente colhe no mesmo comando todos os indivíduos, quase sempre atende a diferenças de sexo, de profissão, de atividade, de situação econômica, de posição jurídica, de direito anterior; raramente regula do mesmo modo a situação de todos os bens, quase sempre se distingue conforme a natureza, a utilidade, a raridade, a intensidade de valia que ofereceu a todos; raramente qualifica de um modo único as múltiplas ocorrências de um mesmo fato, quase

ARE 1309642 / SP

sempre os distingue conforme as circunstâncias em que se produzem, ou conforme a repercussão que têm no interesse geral. Todas essas situações, inspiradas no agrupamento natural e racional dos indivíduos e dos fatos, são essenciais ao processo legislativo, e não ferem o princípio da igualdade. Servem, porém, para indicar a necessidade de uma construção teórica, que permita distinguir as leis arbitrárias das leis conforme o direito, e eleve até esta alta triagem a tarefa do órgão do Poder Judiciário” (DANTAS, F. C. San Tiago. Igualdade perante a lei e due process of law: contribuição ao estudo da limitação constitucional do Poder Legislativo. Revista Forense, v. 116, p. 357-367, Rio de Janeiro, 1948).

É esta a direção interpretativa do princípio da igualdade na doutrina (BIANCHINI, Alice. A igualdade formal e material. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 5, nº 17, p. 202, out./dez. 1996; CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. O princípio da isonomia e as classificações legislativas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 16, nº 64, p. 89, out./dez. 1979; CUNHA, Elke Mendes; FRISONI, Vera Bolcioni. Igualdade: extensão constitucional. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 4, nº 16, p. 248, jul./ set. 1996; GOMES, Joaquim B. Barbosa. Discriminação racial e princípio constitucional da igualdade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 36, nº 142, p. 307, abr./jun. 1999; MELO, Mônica de. O princípio da igualdade à luz das ações afirmativas: o enfoque da discriminação positiva. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 6, nº 25, p. 79, out./ dez. 1998.; PIOVESAN, Flávia; PIOVESAN, Luciana; SATO, Priscila Kei. Implementação do direito à igualdade. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 7, nº 28, p. 82, jul./ set. 1999; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 140) e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF, 2ª T., RE 120.305-6, Rel. Min. Marco Aurélio, DOU 110, 9-6-1995, p. 17.236; STF - Pleno - ADI 3330/ DF - Rel.

ARE 1309642 / SP

Min. Ayres Britto, decisão: 3-5-2012; STF, RE 597285/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, decisão: 9-5-2012).

II. O TRATAMENTO ISONÔMICO DA PESSOA IDOSA

A diferenciação normativa, ou seja, a desigualdade na lei, deve ser operada em favor de um universo subjetivo que, objeto de uma tutela protetiva específica, requer determinado amparo em base legais distintas do restante da coletividade.

Nessa perspectiva, embora a pessoa idosa materialize um eixo específico de proteção, sobretudo no plano constitucional, não parece razoável restringir sua autonomia e sua liberdade em função de um instituto que acaba por tomar a forma da condescendência e do patrimonialismo.

O texto constitucional elegeu, entre os objetivos fundamentais da república brasileira, vedar qualquer discriminação arbitrária pautada na idade da pessoa (art. 3º, IV). Lançou, ainda, um claro comando impositivo, dirigido tanto ao Estado quando à sociedade civil, de efetivamente amparar as pessoas idosas, assegurando-se-lhes efetiva participação em suas respectivas comunidades. Em tais bases, é possível constatar:

“[...] que o constituinte buscou promover uma verdadeira inclusão social dos idosos, levando em conta suas peculiaridades. Assim, não devem ser tratados como subcidadãos, excluindo-os do exercício de direitos que são usufruídos regularmente pelos demais indivíduos nem simplesmente como pessoas que merecem um tratamento caridoso do Estado” (TAVARES, Ademário Andrade; LEITE, Glauco Salomão. A proteção constitucional da pessoa idosa. *In*: MENDES, Gilmar *et al* (org.). Manual dos direitos da pessoa idosa. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 53)

A tutela constitucional do idoso foi, ainda, pormenorizada nos

ARE 1309642 / SP

avanços consolidados pelo Estatuto da Pessoa Idosa, entre os quais transparece uma significativa correlação entre o direito à liberdade e a convivência familiar.

Constituição Federal

“Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”.

Estatuto da Pessoa Idosa (Lei 10.741/2003)

“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. (Redação dada pela Lei nº 14.423, de 2022)

§ 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”.

Compreendendo, pois, que a isonomia impede a continuidade de diferenciações arbitrárias, que a tutela protetiva do idoso deve rechaçar presunções que menosprezem as potencialidades da pessoa humana e que a pessoa idosa ostenta um claro direito à convivência familiar de sua livre escolha, torna-se possível examinar o art. 1.641, II, do Código Civil em bases constitucionais contemporâneas.

III. A SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS ETÁRIA

ARE 1309642 / SP

O Código Civil de 1916, reiterando uma construção normativa oriunda do século anterior, deu continuidade ao regramento previsto no Decreto 181/1890, impondo aos nubentes de determinada faixa etária a adoção obrigatória do regime de separação legal de bens, em patamares distintos a depender de cada gênero (homens maiores de 60 anos; mulheres maiores de 50 anos).

Decreto 181/1890

“Art. 58. Também não haverá comunhão de bens:

§ 1º Si a mulher for menor de 14 annos, ou maior de 50.

§ 2º Si o marido for menor de 16, ou maior de 60.

[...]

Art. 59. Em cada um dos casos dos paragraphos do artigo antecedente, todos os bens da mulher, presentes e futuros, serão considerados dotaes, e como taes garantidos na fórmula do direito civil”.

Código Civil de 1916

“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:

I. Das pessoas que o celebrarem com infração do estatuto no art. 183, nºs XI a XVI (art. 216).

II. Do maior de sessenta e da maior de cinquenta anos.

III. Do orfão de pai e mãe, ou do menor, nos termos dos arts. 394 e 395. embora case, nos termos do art. 183, nº XI, com o consentimento do tutor.

IV. E de todos os que dependerem, para casar, de autorização judicial (arts. 183, nº XI, 384, nº III, 426, nº I, e 453)”.

À época, compreendia-se que “*essas pessoas já passaram da idade em que o casamento se realiza por impulso afetivo*” (BEVILAQUA, Clóvis. Código

ARE 1309642 / SP

Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo, 1960, vol. II, p. 132), confirmando uma *ratio legis* que buscava “evitar explorações, consistentes em levar-se ao casamento, para fins de comunhão de bens, mulheres em idade vulnerável, ou homens em fase de crise afetiva” (MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, t. 8, p. 367).

A doutrina, entretanto, já se mostrava cética quanto à restrição à autonomia da vontade no matrimônio. Caio Mário da Silva Pereira não vislumbrava motivação idônea para que o ordenamento civil fizesse tal distinção em função da idade.

“[...] esta regra não encontra justificativa econômica ou moral, pois que a desconfiança contra o casamento dessas pessoas não tem razão para subsistir. Se é certo que podem ocorrer esses matrimônios por interesse nestas faixas etárias, certo também que em todas as idades o mesmo pode existir” (SILVA PEREIRA, Caio Mário da. Instituições de Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2017, v. 5, p. 244).

Sílvio Rodrigues, com brusca franqueza, enxergava uma intervenção excessiva do Estado na liberdade individual.

“Tal restrição é atentatória da liberdade individual. A tutela excessiva do Estado, sobre pessoa maior e capaz, decerto é descabida e injustificável. Aliás, talvez se possa dizer que uma das vantagens da fortuna consiste em aumentar os atrativos matrimoniais de quem a detém. Não há inconveniente social de qualquer espécie em permitir que um sexagenário, ou uma quinquagenária ricos, se casem pelo regime da comunhão, se assim lhes aprouver” (RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil: Direito de Família. São Paulo: Max Limonad, 1973, v. 6, p. 192)

João Batista Vilella, ao pregar um modelo aberto de família durante palestra proferida na VIII Conferência da OAB realizada em 1980, evento que teria como mote a liberdade em meio à abertura política do país,

ARE 1309642 / SP

criticava a ingerência na autodeterminação patrimonial dos cônjuges:

“Outro ponto em que a autodeterminação patrimonial dos cônjuges sofre injusto limite do direito brasileiro está na obrigatoriedade do regime da separação de bens para os maiores de sessenta e as maiores de cinquenta anos (Código Civil, art. 258, parágrafo único, II). Custa crer que como argumento para essa odiosa discriminação se tenha considerado que, a tais idades, as pessoas já não se casam ‘por impulso afetivo’. A afetividade, enquanto tal, não é um atributo da idade jovem. Seria até mais natural admitir-se que ela se apura com o passar dos anos. De qualquer modo, a solução é contraditória, porque a implícita suspeita de um casamento por interesse que ela, no fundo, revela, deveria levar antes à proibição deste que a permiti-lo sob controle meramente patrimonial. Que critério é esse da lei, que abandona a pessoa aos riscos de uma humilhante manipulação, mas defende-lhe ciosamente os bens, como se estes excedessem aquela em importância? Se a pessoa, qualquer que seja a idade, não apresenta limitações que a impeçam de ter consciência de seus atos e de os assumir pelo exercício da vontade livre, não se lhe pode restringir o uso das liberdades que a todos se devolvem. O idoso, só por ser idoso, não é civilmente incapaz. Portanto, não tem contra si a presunção de que lhe faltem os atributos de consciência e volição necessários ao consentimento matrimonial em todas as suas dimensões e com todas as suas conseqüências. A proibição, na verdade, é bem um reflexo da postura patrimonial do Código e constitui mais um dos ultrajes gratuitos que a nossa cultura inflige à terceira idade” (VILELLA, João Batista. *Liberdade e família*. Anais da VIII Conferência Nacional dos Advogados. Manaus: OAB, 1980, p. 675-676).

CEZAR PELUSO também já havia alertado, em julgamento proferido no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que a imposição obrigatória do regime de separação de bens em função da idade, tal qual

ARE 1309642 / SP

posta pelo Código Civil de 1916, não teria sido recepcionada pela Constituição de 1988, apresentando-se como medida irrazoável a tolher a dignidade da pessoa humana.

“[...] o disposto no art. 258, § único, II, do Código Civil, refletindo concepções apenas inteligíveis no quadro de referências sociais doutra época, não foi recepcionado, quando menos, pela atual Constituição da República, e, portanto, já não vigendo, não incide nos fatos da causa. É que seu sentido emergente, o de que varão sexagenário e mulher quinquagenária não têm liberdade jurídica para dispor acerca do patrimônio mediante escolha do regime matrimonial de bens, descansa num pressuposto extrajurídico óbvio, de todo em todo incompatível com as representações dominantes da pessoa humana e com as conseqüentes exigências éticas de respeito à sua dignidade [...] Lei que, com o propósito racional de guardar o patrimônio dalgumas pessoas contra as fraquezas da submissão amorosa, priva-as a todas de exercitarem a liberdade jurídica de dispor sobre seus bens e de pautarem suas ações por razões íntimas, ressentem-se de nexos de proporção entre o objetivo legítimo, que está na tutela dos casos particulares de debilidade senil, e o resultado prático exorbitante, que é, no fundo, a incapacitação da ampla classe das pessoas válidas na mesma faixa etária. Ou seja, inabilita e deprecia quase todos, por salvar uns poucos, que, aliás, têm outros meios jurídicos para se redimir dos enganos das paixões crepusculares” (TJSP; Apelação Com Revisão 0075501-05.1996.8.26.0000; Relator (a): Antonio Cezar Peluso; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Foro de São José do Rio Preto - 3ª. Vara Cível; Data do Julgamento: N/A; Data de Registro: 28/08/1998).

O Código Civil de 2002 manteve a circunscrição ao regime de bens dos noivos com idade avançada, aplicando indistintamente a homens e a mulheres o mesmo patamar etário restritivo (maior de 60 anos de idade na redação original do diploma).

ARE 1309642 / SP

Posteriormente, sobretudo em função de uma nova dinâmica demográfica e social, o dispositivo foi modificado, de sorte a elevar o limite anterior (maior de 70 anos de idade, consoante o atual teor da norma impugnada).

Código Civil de 2002

“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;

II - da pessoa maior de 70 (setenta) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.344, de 2010)

III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimimento judicial”.

Embora o ordenamento civil aparente ter sedimentado uma filtragem constitucional do instituto ao equiparar os gêneros no mesmo patamar etário, o diploma civilista em questão não promoveu alterações necessárias sob outra ótica constitucional, especificamente a necessidade de assegurar a isonomia etária, tanto derivada do objetivo fundamental de rechaçar a discriminação por idade (art. 3º, IV), promovendo a igualdade (art. 5º, *caput*), quanto da obrigação consistente em jungir a sociedade à proteção das pessoas idosas (art. 230, *caput*).

Restringir a autonomia da vontade, nesses termos, a perseverar uma hermenêutica estritamente gramatical do dispositivo, mostra-se hostil a diversos paradigmas constitucionais. Infringe, como visto, a isonomia, impondo uma distinção desarrazoada a partir da idade dos nubentes, suplanta a liberdade da pessoa idosa e, por fim, mina a dignidade humana. Esta é justamente a opinião de parcela significativa da doutrina civilista atual.

Paulo Lôbo sustenta, acertadamente, que da idade avançada da pessoa não resulta qualquer incapacidade civil, devendo ser afastada a regra que acaba por sobrepor interesses patrimonialistas e materiais ao

ARE 1309642 / SP

direito existencial da pessoa idosa.

“[...] Entendemos que essa hipótese é atentatória do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, por reduzir sua autonomia como pessoa e constrangê-lo a tutela reducionista, além de estabelecer restrição à liberdade de contrair matrimônio, que a Constituição não faz. [...]

Além de sua inconsistência moral e inconstitucional, a norma que impede aos maiores de 70 anos liberdade de escolha do regime de bens cria, indiretamente, uma incapacidade de exercício de direito, sem o devido processo legal. A idade avançada, por si só, não é geradora de incapacidade civil. A norma é preconceituosa, na medida em que inibe o direito ao amor, ao afeto matrimonial e à expressão plena dos sentimentos da pessoa idosa. Historicamente, essa norma radica na primazia do interesse patrimonial sobre o interesse existencial e a realização do projeto de vida de cada um. A difusão vulgar do chamado “golpe do baú” mascara o preconceito contra o idoso, que seria tido como incapaz de reagir à paixão, além de supor que toda pessoa que dele se aproxime não o faz motivado pelo afeto, mas pelo interesse material. Nosso direito tem como regra de ouro a proibição de aquisição de direitos relativos à herança de pessoa viva. Assim, entre os prováveis futuros herdeiros e o direito de viver como quiser a pessoa, inclusive desfazendo-se de seu patrimônio para viver plenamente a vida, este direito prevalece, desde que preserve o mínimo para sua sobrevivência” (LÔBO, Paulo. Direito Civil: famílias. São Paulo: Saraiva, 2017).

Maria Helena Diniz questiona a criação de uma hipótese legal de *capitis diminutio* baseada na idade, o que termina por ceifar o exercício de atos da vida civil:

“[...] não se pode olvidar que o nubente, que sofre tal *capitis diminutio* imposta pelo Estado, tem maturidade suficiente para tomar uma decisão relativamente aos seus bens e é

ARE 1309642 / SP

plenamente capaz de exercer atos na vida civil, logo, parece-nos que, juridicamente, não teria sentido essa restrição legal em função de idade avançada do nubente, salvo o fato de se tornar mais vulnerável psicológica ou emocionalmente, podendo, por isso, ser alvo fácil do famoso chamado ‘golpe do baú’ (DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: direito de família. São Paulo: SaraivaJur, 2023, v. 5, p. 202).

Fábio Ulhoa Coelho, como tantos outros doutrinadores, argumenta que cercear a margem de autonomia da vontade do noivo termina por malferir o princípio da dignidade humana:

“[...] é inconstitucional a lei quando impede a livre decisão quanto ao regime de bens aos que se casam com mais de 70 anos. Trata-se de uma velharia, que remanesce dos tempos em que se estranhava o casamento com idade elevada, sendo então legítima a preocupação da lei em evitar a possibilidade de fraudes. Hoje em dia, a permanência da obrigatoriedade do regime de separação afronta o princípio constitucional da dignidade humana” (COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil: família, sucessões. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, v. 5, p. 93).

Maria Berenice Dias aponta para a inconstitucionalidade contida na limitação matrimonial, uma vez que a capacidade civil, adquirida com a maioridade, deve somente ser relegada diante de circunstâncias excepcionais.

“A limitação à autonomia da vontade por implemento de determinada idade, além de odiosa, é para lá de inconstitucional. A restrição à escolha do regime de bens vem sendo reconhecida como clara afronta ao cânone constitucional de respeito à dignidade, além de desrespeitar os princípios da igualdade e da liberdade. Ninguém pode ser discriminado em função do seu sexo ou da sua idade, como se fossem causas

ARE 1309642 / SP

naturais de incapacidade civil.

A plena capacidade é adquirida quando do implemento da maioridade e só pode ser afastada em situações extremas e através do processo judicial de interdição (CPC 747 a 758). O Estatuto da Pessoa com Deficiência veio resgatar a dignidade e assegurar os direitos civis a quem tem limitações físicas ou psíquicas, a ponto de se afirmar que nem existe mais ação de interdição, mas somente curatela específica, para determinados atos.

O mais curioso é que uma pessoa com deficiência pode casar (CC 1.550 § 2.º), 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. Como diz Zeno Veloso, o idoso, só por ser idoso, não é civilmente incapaz. Portanto, não tem contra si a presunção de que lhe faltem os atributos da consciência e volição necessários para o consentimento matrimonial em todas as suas dimensões e com todas as suas consequências. A proibição, na verdade, é bem um reflexo da postura patrimonialista do Código e constitui um dos ultrajes gratuitos que a nossa cultura inflige à terceira idade” (DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. Salvador: JusPodivm, 2023, p. 441-442).

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, por sua vez, defendem a liberdade de escolha quanto ao regime de bens, pois a indigitada restrição violaria tanto o princípio da dignidade da pessoa humana quanto o campo normativo de proteção ao idoso:

“Efetivamente, trata-se de dispositivo legal inconstitucional, às escâncaras, ferindo frontalmente o fundamental princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), por reduzir a sua autonomia como pessoa e constrangê-lo pessoal e socialmente, impondo uma restrição que a norma constitucional não previu.

[...]

ARE 1309642 / SP

Ademais, atenta, por igual, contra a proteção integral e prioritária dedicada ao idoso pela Lei nº 10.741/01 - Estatuto do Idoso, restringindo, indevidamente, a sua autodeterminação. É, enfim, um verdadeiro ultraje gratuito à melhor idade, decorrente de uma cultura patrimonialista, que pouco se acostumou a valorizar a pessoa e não o seu patrimônio. O ser e não o ter!

[...]

Sem dúvida, é um absurdo caso de presunção absoluta de incapacidade decorrente da senilidade, afrontando os direitos e garantias fundamentais constitucionais, violando, ainda, a dignidade do titular e razoabilidade entre a finalidade almejada pela norma e os valores por ela comprometidos. Trata-se de uma indevida e injustificada interdição compulsória parcial, para fins nupciais” (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito das famílias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 245-246).

Especificamente sobre a feição discriminatória da norma, comenta-se igualmente sobre sua possível invalidade:

“A regra revela-se discriminatória, em face da descabida presunção de que aqueles que têm idade acima de setenta anos não têm capacidade para escolher o estatuto patrimonial que norteará sua relação amorosa, coroada pelo casamento” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Código Civil interpretado conforme a Constituição da República. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 267).

Tais reflexões acabaram encampadas e sintetizadas no enunciado 125 do Conselho da Justiça Federal, elaborado como proposta de modificação ao Código Civil por ocasião da I Jornada de Direito Civil, cujo teor recomendou a revogação expressa do art. 1.642, II, mediante a seguinte justificativa:

ARE 1309642 / SP

“A norma que torna obrigatório o regime da separação absoluta de bens em razão da idade dos nubentes não leva em consideração a alteração da expectativa de vida com qualidade, que se tem alterado drasticamente nos últimos anos. Também mantém um preconceito quanto às pessoas idosas que, somente pelo fato de ultrapassarem determinado patamar etário, passam a gozar da presunção absoluta de incapacidade para alguns atos, como contrair matrimônio pelo regime de bens que melhor consultar seus interesses”.

Em diálogo com o enunciado, a doutrina também afasta a validade do preceito civilista ante a implausibilidade de o ordenamento buscar proteger o patrimônio de potenciais herdeiros, conforme se depreende de comentário de Flávio Tartuce em obra coletiva:

“O enunciado doutrinário é perfeito. Primeiro, porque o dispositivo atacado é totalmente dissonante da realidade pós-moderna ou contemporânea, que tende a proteger a pessoa. Realmente, ao contrário de ser uma norma de tutela, trata-se de uma norma de preconceito. Ademais, penso que constitui exercício da autonomia privada a pessoa da melhor idade casar-se com quem bem entender. A justificativa de proteção patrimonial dos herdeiros também não é plausível. Ora, se esses querem juntar um bom patrimônio, que o façam diante do seu trabalho, pois herdeiro não é profissão” (SCHREIBER, Anderson *et al.* Código civil comentado: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 1427).

Há, portanto, razões abundantes para compreender que a regra prevista no art. 1.641, II, do Código Civil, materializa uma construção jurídica arcaica e anacrônica, em dissintonia com racionalidade jurídica vigente, sobretudo diante da irradiação que a dignidade da pessoa humana almeja alcançar enquanto princípio estruturante da atual ordem constitucional. Tal interpretação já era intuída por parte significativa da

ARE 1309642 / SP

doutrina sob o ordenamento civil pretérito, de feição bevilacquiana, e ampliou-se entre os civilistas contemporâneos.

A título de ilustração, a presunção *juris et de jure* da norma significa que muitos magistrados septuagenários atualmente em exercício, em plena atividade laborativa, que ainda não atingiram a idade da aposentadoria compulsória, careceriam, embora ainda aptos à prestação jurisdicional (inclusive para realizar o controle de constitucionalidade do objeto ora debatido), do discernimento necessário para escolher entre os diversos regimes de bens caso viessem a contrair casamento. Não me parece razoável.

Observo, por fim, que a Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos, celebrada pelo Estado brasileiro em 2015, ainda se encontra em processo de internalização, para o qual recomendou-se o procedimento previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal (Mensagem 412/2017), de modo que passe a integrar o bloco de constitucionalidade brasileiro.

Embora ainda despido de cogência e de assento constitucional, o instrumento internacional consignou, entre outras relevantes balizas, “o direito do idoso a tomar decisões, a definir seu plano de vida” e a obrigação de os Estados tomarem “as medidas necessárias para garantir ao idoso o exercício do direito à propriedade, incluindo a livre disposição de seus bens”.

Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos

“Artigo 7º

Direito à independência e à autonomia

Os Estados Partes na presente Convenção reconhecem o **direito do idoso a tomar decisões, a definir seu plano de vida**, a desenvolver uma vida autônoma e independente, conforme suas tradições e crenças, em igualdade de condições, e a dispor de mecanismos para poder exercer seus direitos.

Os Estados Partes adotarão programas, políticas ou ações para facilitar e promover o pleno gozo desses direitos pelo idoso, propiciando sua autorrealização, o fortalecimento de

ARE 1309642 / SP

todas as famílias, de seus laços familiares e sociais e de suas relações afetivas. Em especial, assegurarão:

a) O respeito à autonomia do idoso na tomada de suas decisões, bem como a independência na realização de seus atos;

b) Que o idoso tenha a oportunidade de escolher seu lugar de residência e onde e com quem viver, em igualdade de condições com as demais pessoas, e não se veja obrigado a viver de acordo com um sistema de vida específico;

c) Que o idoso tenha acesso progressivamente a uma variedade de serviços de assistência domiciliar, residencial e outros serviços de apoio da comunidade, inclusive a assistência pessoal que seja necessária para facilitar sua existência e sua inclusão na comunidade e para evitar seu isolamento ou separação desta”.

Artigo 23

“Direito à propriedade

Todo idoso tem direito ao uso e gozo de seus bens e a não ser privado deles por motivos de idade. A lei pode subordinar tal uso e gozo ao interesse social.

Nenhum idoso pode ser privado de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por razões de utilidade pública ou de interesse social, nos casos e na forma estabelecidos pela lei.

Os Estados Partes adotarão todas as medidas necessárias para garantir ao idoso o exercício do direito à propriedade, incluindo a livre disposição de seus bens, e para prevenir o abuso e a alienação ilegal de sua propriedade.

Os Estados Partes se comprometem a adotar medidas para eliminar toda prática administrativa ou financeira que discrimine o idoso, principalmente as mulheres idosas e os grupos em situação de vulnerabilidade no que se refere ao exercício de seu direito à propriedade”.

A despeito de todas essas considerações, é possível manter o dispositivo impugnado na ordem jurídica brasileira, desde que seja

ARE 1309642 / SP

interpretado conforme a Constituição, como norma dispositiva, que deve prevalecer à falta de convenção das partes em sentido diverso.

Dito de outro modo, o regime de separação de bens previsto no art. 1.641, II, do Código Civil, apenas se aplica nos casos em que não houver expressa manifestação dos cônjuges em sentido contrário. Portanto, de modo a reguardar a liberdade individual, o regime pode ser afastado por expressa manifestação de vontade das partes.

No caso concreto, não houve manifestação do falecido que vivia em união estável relativamente ao regime de bens. Em consequência, é aplicável o art. 1.641, II, do Código Civil.

Ante todo o exposto, ACOMPANHO integralmente o relator para NEGAR PROVIMENTO ao recurso extraordinário, fixando a seguinte tese de julgamento: "*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*".

É o voto.

01/02/2024

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.309.642 SÃO PAULO

DEBATE

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Antes de tomarmos essa decisão – a qual, pelo que já conversamos, se afunila na linha do voto de Vossa Excelência, com os adendos já introduzidos por Vossa Excelência –, se nós não deixarmos claro que essa situação é **pro futuro**, o que ocorreria? Ocorreria que um cidadão ou uma cidadã que se casou, há 10 anos, com 71 anos de idade (hoje está com 81) e fosse ao cartório para fazer um pacto antenupcial, o cartorário simplesmente diria: "Não é possível, porque, em nossa leitura, até hoje a norma é cogente". Então, não havia como fazer um pacto antenupcial. Havia como fazer um testamento – preservada a "legítima" de 50% dos herdeiros necessários – ou doações, também respeitada a "legítima" dos herdeiros necessários. Então é realmente necessária essa cláusula em nossa decisão.

Se me permite, Presidente, já que estou falando, até para a economia processual posterior, adiantar minha posição, porque eu estava olhando aqui o pedido, o último pedido feito no recurso extraordinário é a inconstitucionalidade do art. 1.641, inciso II.

Eu sugeriria que a tese fosse iniciada no sentido de que é constitucional o dispositivo, podendo, por escritura pública, vir a ser afastado, bem como aplicável a regra citada pelo Ministro **Cristiano Zanin**, porque ela pode ser alterada ao longo do casamento ou da união estável.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA: O que o Ministro Presidente e Relator está propondo é que haja facultatividade. A norma interpreta-se de maneira que se diz que é constitucional, mas teria que acrescentar: é constitucional com a interpretação que agora o Supremo está dando. Como aqui é recurso, teria que desprover mesmo. Mas, se começar com "*é constitucional*", tem que acrescentar "*desde que*

ARE 1309642 / SP

interpretado”, porque senão a pessoa só lê o primeiro. Enfim, só para lembrar. Como diz o Presidente, estamos tentando facilitar e não gerar dúvidas. O “*é constitucional*” presume que ela está vedando, e a vedação prevalece.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

A síntese da tese é que ela é constitucional, mas não é cogente. Ela pode ser afastada por acordo de vontades, na forma da legislação civil.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA: Ela é inconstitucional “*se*”; não é inconstitucional podendo.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE E RELATOR) - Tal como interpretada até hoje, nós estamos considerando inconstitucional.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Só para esclarecer, Presidente, Vossa Excelência está propondo que, à míngua de uma escritura pública, prevaleça a regra legal. É isso?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE E RELATOR) - É isso, exatamente.

01/02/2024

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.309.642 SÃO PAULO

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhor Presidente, cumprimento Vossa Excelência de modo especial pela condução da sessão de abertura do Ano Judiciário neste Supremo Tribunal Federal. Cumprimento também os eminentes Pares, a eminente Ministra Cármen Lúcia, o Senhor Procurador-Geral da República.

Irei juntar declaração de voto, Senhor Presidente, que vai ao encontro dos debates e diálogos que tivemos e da proposição que Vossa Excelência vem de formular com a incorporação das sugestões até aqui formuladas.

Tenho, para mim, que o caso, do ponto de vista da técnica da hermenêutica constitucional, é uma hipótese de interpretação conforme, para que esse dispositivo II migre da compreensão da cogência para a compreensão da supletividade. Do modo atual com que está formulada a redação, o próprio começo do art. 1.641 do Código Civil diz que é obrigatório. Aqui, há uma imperatividade quanto à pessoa maior de setenta anos.

Submetido este exame a um paradigma de controle, e o voto de Vossa Excelência se utiliza de uma tábua axiológica vinculante, ou seja, valores como igualdade e dignidade, para entender que essa regra, tal como formulada, é discriminatória. Injustificadamente, discriminatória, como, entre outros, escreveu sobre essa matéria o Professor Paulo Luiz Neto Lôbo, na área específica, sobre direito de família e regime matrimonial de bens.

Creio que, aqui, salvo juízo em sentido diverso, está-se a se encontrar um equilíbrio entre as duas vertentes de um recurso extraordinário que submete à apreciação deste Tribunal matéria de natureza constitucional. De um lado, o tema atinente à esfera individual, ou seja, o caso concreto. E o caso concreto, em homenagem à segurança jurídica e à estabilidade das relações jurídicas, não me parece que possa ter outro desfecho que não seja de negar provimento ao recurso.

ARE 1309642 / SP

Efetivamente, até essa decisão vir, hipoteticamente, a ser tomada para, por meio de uma interpretação conforme, fazer migrar da cogência para a supletividade, trata-se de um regime cogente. Portanto, as relações estabelecidas anteriormente estão preservadas. Isso corresponde a dizer, à luz da observação inicial feita pelo Ministro Cristiano Zanin, que todos os atos praticados, portanto, estão preservados.

Nada obstante, como também observou o Ministro Dias Toffoli, de 2003 para cá, admite-se a mutabilidade, a alterabilidade, do regime matrimonial de bens. Isso significa que, havendo o meio próprio, a escritura pública, poderá hipoteticamente ocorrer, mas, para isso, há um procedimento, como se sabe, da própria legislação.

Creio que aqui a esfera individual tenha esse desate. Por outro lado, à luz do voto de Vossa Excelência, estamos construindo uma solução ou uma decisão paradigma sobre a generalidade dos casos, produzindo efeitos essa decisão, sem afetar as relações jurídicas anteriores.

No voto, cuja declaração irei juntar, Senhor Presidente, faço um percurso nas razões pelas quais, desde há muito, tenho entendido que não se deve presumir a incapacidade por conta de um elemento objetivo que fixe necessariamente um *múnus* em relação à pessoa idosa. Há uma proteção derivada do próprio estatuto, ou seja, não só do *status*, que é a condição da pessoa, mas do regulamento próprio - o Estatuto do Idoso -, que estabelece a proteção do idoso para proteger, inclusive, sua liberdade, guardadas as dimensões protetivas em relação a eventuais atos que ele mesmo venha a praticar. Daí, a segurança da escritura pública, que se mostra bastante acertada.

Em uma construção hermenêutica que busque efetividade, creio que a tese como proposta por Vossa Excelência atende a esse equilíbrio entre a esfera individual e uma decisão paradigma. Aplicar os valores axiológicos da dignidade humana na sua dimensão de reconhecimento da igualdade também soa bastante oportuno.

Apenas aduzo aqui, à guisa de introduzir um elemento a mais de sustentação, a construção que se fez, há muito, pelo menos há dois séculos, à luz do desenvolvimento do constitucionalismo norte-

ARE 1309642 / SP

americano, desde os primórdios da formulação da Constituição norte-americana, do direito à busca da felicidade.

Assim, há também o componente de que o Direito há de proteger a esfera da liberdade e busca da felicidade. Não só a felicidade como bem coletivo, mas também a realização pessoal de seus legítimos interesses. A felicidade, já na clássica obra de Hannah Arendt, tem uma dimensão privada e pública. São duas dimensões que aqui se complementam.

Com base, portanto, nesses e em outros argumentos que reflito à luz do Direito Civil Constitucional e da coexistencialidade que informa as relações de família no direito contemporâneo, também tenho a honra de acompanhar integralmente Vossa Excelência.

É como voto.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE E RELATOR) - Muito obrigado, Ministro Luiz Edson Fachin, que, aliás, lembrou que, desde a Declaração de Independência de 1776, fala-se em direito à busca da felicidade.

18/10/2023

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.309.642 SÃO PAULO

RELATOR	: MIN. LUÍS ROBERTO BARROSO
RECTE.(S)	: MARIA CECILIA NISPECHE DA SILVA
ADV.(A/S)	: AGEU LIBONATI JUNIOR
ADV.(A/S)	: ALEX LIBONATI
RECDO.(A/S)	: SONIA MARIA RAYES PEREIRA E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S)	: MARCELO AUGUSTO DE SOUZA GARMS
ADV.(A/S)	: RODRIGO LOPES GARMS
ADV.(A/S)	: HERALDO GARCIA VITTA
AM. CURIAE.	: INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA (IBDFAM)
ADV.(A/S)	: MARIA BERENICE DIAS
ADV.(A/S)	: RONNER BOTELHO SOARES
ADV.(A/S)	: MARIA LUIZA POVOA CRUZ
AM. CURIAE.	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO DE DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES (ADFAS)
ADV.(A/S)	: REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA
ADV.(A/S)	: MONICA DEL ROSSO SCRASSULO
ADV.(A/S)	: CARLOS ALBERTO GARBI
ADV.(A/S)	: CAIO CHAVES MORAU
ADV.(A/S)	: VENCESLAU TAVARES COSTA FILHO
ADV.(A/S)	: DANILO PORFIRIO DE CASTRO VIEIRA
ADV.(A/S)	: MARCO ANTONIO DA COSTA SABINO
AM. CURIAE.	: INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS (IAB)
ADV.(A/S)	: LUIZ PAULO VIEIRA DE CARVALHO
ADV.(A/S)	: PEDRO TEIXEIRA PINOS GRECO
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Adoto o bem lançado

ARE 1309642 / SP

relatório do Ministro Roberto Barroso.

A discussão dos autos cinge-se a saber se a obrigatoriedade do regime de separação total de bens no casamento ou união estável de pessoas maiores de 70 anos, disposta no art. 1.641, II, do Código Civil, afronta, ou não, a Constituição da República de 1988, especialmente os princípios da dignidade humana (art. 1º, III, CRFB); da isonomia (art. 5º, caput, CRFB) e da autonomia da vontade dos idosos (art. 230 da CRFB).

Alega-se que a pessoa com 70 anos, ou mais, é plenamente capaz para o exercício de todos os atos da vida civil e para a livre disposição de seus bens, de modo que não há justificativa plausível para a restrição imposta pela norma impugnada.

Afirma-se, também, que a *“opção do regime de bens diz respeito, tão somente, aos cônjuges, já que toca à autonomia da vontade, e não há fundamento ou pretexto de ordem pública que consiga apoiar a validade da intervenção”*, incidindo, no caso, uma excessiva intervenção estatal em matéria que não admite uma tal postura.

Postula-se, por fim, a declaração de inconstitucionalidade do art. 1.641, II, do Código Civil, sob o argumento de que a obrigatoriedade da adoção do regime de separação de bens atenta contra a dignidade da pessoa humana, ao retirar da pessoa maior de setenta anos, sem proporcionalidade ou razoabilidade, a livre escolha e decisão sobre seus próprios atos, presumindo sua incapacidade para a prática de atos na vida civil, em detrimento do afeto que permeia o tecido social e que orienta a constituição das famílias.

I – Do Direito Civil Constitucional

Das interseções sempre interessantes entre o Direito Civil e o Direito Constitucional, cujo marco mais evidente é a centralidade no ser humano, sujeito de direitos fundamentais, é preciso pontuar a proteção dirigida a

ARE 1309642 / SP

grupos vulneráveis ou vulnerabilizados.

Seja pela inegável constitucionalização das relações interprivadas, seja pela contundente humanização das relações dos particulares com entes públicos ou delegatários do poder público, apresentam-se cada vez mais visíveis as interferências recíprocas entre esses dois ramos do Direito.

Para que as normas jurídicas, seja dos códigos, seja das constituições, possam ser, pela atuação hermenêutica, transferidas e filtradas dos textos para as realidades, torna-se necessário um movimento de aproximação entre a força da letra da norma e a força construtiva dos fatos, que se impõe, muitas vezes, pela interpretação da norma infraconstitucional conforme os princípios, valores e ética constitucionais.

Esse proceder fotografa a Constituição como ser vivo, pulsante, interveniente no seu tempo. A efetividade dos direitos, dos deveres e das próprias relações jurídicas não dispensa, antes requer, atenção às consequências e aos efeitos concretos.

As premissas de um direito civil constitucional para o futuro indicam a ressignificação do princípio da dignidade da pessoa humana, numa perspectiva que evoca tanto o direito civil quanto o direito constitucional. E aqui é importante observar que as normas jurídicas, sejam legais, sejam constitucionais, têm substrato axiológico, de modo que se projetam funcionalmente.

Uma das funções primordiais do Direito, nesse contexto, é a construção hermenêutica ativa da norma para que sua efetividade se converta em proveito para as pessoas humanas e para as suas relações de coexistencialidade.

As relações que se estabelecem a partir do Direito Civil devem

ARE 1309642 / SP

considerar sujeitos e objetos concretos, fazendo referência às pessoas e aos seus comportamentos inseridos no mundo da vida em que tais relações acontecem. Conforme anotei em reflexão acadêmica:

Em dimensão elastecida do objeto imediato se localiza um determinado comportamento. A referência mediata é àquilo que é tangível ou corpóreo. Portanto, o que passa a avultar no objeto da relação jurídica são os comportamentos, ou seja, dar relevância, por exemplo, à boa-fé, à confiança, valores que juridicamente passam a ser recuperados. O objeto não é mais algo em si, passa a ter função. (FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**, 3a ed. São Paulo/Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 108.)

O direito contemporâneo encontra-se em crise a qual não somente está fincada na universalidade do sujeito, no individualismo e na autonomia, os quais certamente contribuíram para tal fenômeno, mas também na valorização da abstração, da racionalidade única e na ausência de necessárias contraditas às verdades dogmáticas do discurso científico. É preciso, pois, valorizar o respeito às diferenças e aos direitos fundamentais dos sujeitos excluídos como premissas de um novo paradigma. (FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**, 3a ed. São Paulo/Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 95-96)

O Estado Democrático e Social de Direito, nesse contexto, deve direcionar todos os seus esforços institucionais para o ser humano considerado em sua comunidade, ou seja, aquela em que o outro é tomado como sujeito de direitos e deveres, digno de inclusão no grupo social e enredado por obrigações recíprocas. Pelo reconhecimento, todos os sujeitos da comunidade são fins em si mesmos, estimulando-se a mais plena e possível igualdade de direitos.

ARE 1309642 / SP

II – Da dignidade humana como paradigma civil constitucional

O sujeito de direitos do século XXI é constituído e informado pela comunidade como espaço social de concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, inspirado na ideia de fraternidade, preconizada como terceiro elemento da pauta ideológica da Revolução Francesa, bem como pelo ideal de felicidade, tal qual proposta dos revolucionários norte-americanos. Eis o empós da constitucionalização, sempre constituinte.

Os vetores axiológicos da dignidade da pessoa humana e da busca da felicidade informam tanto a hermenêutica constitucional quanto a interpretação conforme a constituição. São informadores da Constituição substancial, norma da qual emerge a cidadania em emancipação, como produto mais relevante da experiência jurídica contemporânea.

Por dignidade da pessoa humana tem-se não somente o fundamento do ordenamento constitucional em abstrato (artigo 1º, III, da CRFB), mas, principalmente, a exigência ética de proteção concreta e real a todos e todas, no sentido de que o ser humano, em suas experiências as mais diversas, são igualmente merecedores de igual consideração e respeito por parte do Estado e da própria comunidade circundante.

A dignidade da pessoa humana, assim, apresenta-se como reconhecimento de que todos os seres humanos são merecedores de igual respeito e proteção no âmbito da comunidade em que estão inseridos. Ingo Sarlet, sobre o tema, sintetiza:

“Neste sentido, há como afirmar que a dignidade (numa acepção também ontológica, embora definitivamente não biológica) é a qualidade reconhecida como intrínseca à pessoa humana, ou da dignidade como reconhecimento, (...)” (SARLET, Ingo. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível, in SARLET, Ingo (org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de**

ARE 1309642 / SP

filosofia do Direito e Direito Constitucional. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005, p. 26.)

Numa compreensão constitucional concretista, a dignidade humana implica a vedação de coisificação dos seres humanos, como também resguarda uma dimensão de igual consideração e respeito no âmbito da comunidade. Nessa linha, é a doutrina de Ingo Sarlet:

Assim sendo, tem-se por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, Ingo. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível, in SARLET, Ingo (org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do Direito e Direito Constitucional.** Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005, p. 37.)

Numa dimensão mais verticalizada, em relação à teoria do reconhecimento, é possível afirmar que a dignidade exige o respeito ao outro, ou seja, observância aos deveres de respeito aos outros, o que tem como principal consequência a exigência de respeito à dignidade do outro como condição da própria dignidade, exigindo das autoridades públicas e dos indivíduos da comunidade atitudes de igual respeito e consideração mútuas. Beatrice Maurer, nesse diapasão, afirma:

Assim também o direito deverá permitir e encorajar todas as circunstâncias necessárias à integridade da dignidade

ARE 1309642 / SP

fundamental do ser humano em sua dignidade atuada. Manifestando-se a dignidade em atos, é em todos os níveis que o direito poderá intervir, ordenar, a fim de permitir o melhor desenvolvimento possível das relações entre as pessoas. (MAURER, Beatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana...ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. in SARLET, Ingo (org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005, p.87)

No contexto do respeito recíproco à dignidade, como dimensão intrínseca da vida em comunidade, deve-se registrar que o princípio da dignidade humana não apenas como aquele que vincula apenas os atos das autoridades públicas, mas, também, e principalmente, os indivíduos conviventes na comunidade.

Importante aqui deixar expresso que o objetivo maior de tal concepção do princípio da dignidade humana é reconhecer garantias e estabelecer deveres decorrentes, com o intuito de viabilizar condições concretas de os seres humanos tornarem-se, serem e permanecerem pessoas. Explica Peter Häberle nesse sentido:

Com essa garantia jurídica específica de um âmbito vital do Ser-Pessoa, da identidade, a dignidade ocupa o seu lugar central: o modo pelo qual o homem se torna pessoa também fornece indicativos para o que é a dignidade humana. Duas questões devem ser distinguidas: i) como se constrói a identidade humana em uma sociedade; e ii) até que ponto se pode partir de um conceito de identidade interculturalmente válido(...). (HABERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal, in SARLET, Ingo (org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005,p. 124.)

ARE 1309642 / SP

Deve-se ter em mente que o Estado Constitucional realiza a dignidade humana quando reconhece nesse princípio um direito a ter direitos, ou seja, quando transforma os cidadãos em sujeitos de suas ações, pressupondo a dignidade humana como uma referência ao outro, como uma ponte dogmática para o enquadramento intersubjetivo da dignidade de cada um. Oportunas as lições de Peter Häberle nesse sentido:

Assim, será também compreensível que a dignidade humana constitui norma estrutural para o Estado e a sociedade. A obrigação de respeito e proteção abrange tendencialmente também a sociedade. A dignidade humana possui eficácia em relação a terceiros; ela constitui a sociedade. (HABERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal, in SARLET, Ingo (org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005, p. 130.)

Paralelamente à concepção de dignidade da pessoa humana, está a proteção e o reconhecimento da busca da felicidade, como premissa axiológica da ética constitucional contemporânea.

Da importância da revolução americana como marco histórico para o modelo político que norteia nossas relações em sociedade, conhecido como Estado de Direito, não há maiores divergências. Disso resulta que a busca da felicidade, como vetor ético do constitucionalismo contemporâneo, também está, desde então, arraigado ao modelo vivificado a partir da experiência norte-americana.

Thomas Jefferson exsurge como personagem central dessa história, produzindo material para debates que já perduram por mais de dois séculos. As muitas questões podem ser substancialmente resumidas nas razões primeiras que conduziram Thomas Jefferson a inserir na Declaração de Independência dos Estados Unidos o direito à busca da felicidade como um direito inalienável. (LEAL, Saul Tourinho. **Direito à**

ARE 1309642 / SP

felicidade. São Paulo : Almedina, 2017, p. 155-156.)

Jefferson era antes de tudo um estadista, ou seja, aquele para quem o exercício do poder estatal era um dever irrecusável. Nesse contexto, a felicidade, na visão de Thomas Jefferson, era a “felicidade pública”, ou seja, aquele tipo de bem-estar coletivo que deveria prevalecer sobre o bem-estar privado.(LEAL, Saul Tourinho. **Direito à felicidade.** São Paulo : Almedina, 2017, p. 158.)

A felicidade, pois, dos documentos históricos norte-americanos, é o direito natural predecessor da propriedade, o qual não consistia na ideia de “vida boa”, cercada de bens materiais valorizados pelos seres humanos, mas num verdadeiro estado de bem-estar coletivo. Conforme anota Saul Tourinho:

A felicidade nos Estados Unidos do século XVIII não era uma aspiração concentrada na esfera privada. Nada obstante a expressão “busca da felicidade”, imortalizada na Declaração de Independência, havia uma consciência de que a felicidade estava também atrelada à esfera pública, por meio da participação na vida política. (LEAL, Saul Tourinho. **Direito à felicidade.** São Paulo : Almedina, 2017, p. 162.)

Também ocupou-se da felicidade Hannah Arendt, apontando o seu duplice sentido: a felicidade privada e a felicidade pública. Anotou, em seu livro sobre a Revolução, que sempre se esteve diante do perigo de confundir-se a felicidade pública com o bem-estar privado, embora seja possível supor que os pais fundadores nutriam a crença geral de que existe uma relação intrínseca entre as virtudes públicas e a própria felicidade pública, sendo a liberdade a mesma essência da felicidade. (ARENDR, Hannah. **Sobre a Revolução.** Trad. Denise Bottmann. São Paulo : Companhia das Letras, 2011.)

Thomas Jefferson afirmava que o governo tinha como objetivo

ARE 1309642 / SP

primeiro e mais relevante o cuidado com a vida e a felicidade dos seres humanos, ou seja, a vida e a felicidade dos cidadãos e cidadãs. Importante anotar, com Saul Tourinho, a associação entre busca da felicidade e o direito de ter acesso à esfera pública, como o caminho para a felicidade pública:

“Os habitantes do novo mundo que tiveram a coragem de romper com a Grã-bretanha buscavam a liberdade que, desfrutada, tornar-se-ia “felicidade pública”, consistindo, segundo Arendt, “no direito do cidadão de ter acesso à esfera pública, de ter uma parte no poder público – ser ‘um participante na condução dos assuntos’, na expressiva formulação de Jefferson. É, noutras palavras, o direito de ser visto em ação.” (LEAL, Saul Tourinho. **Direito à felicidade**. São Paulo : Almedina, 2017, p. 164.)

A dicotomia entre felicidade pública e felicidade privada, entrecortada pela ideia de liberdade, impõe a compreensão de que quando Thomas Jefferson falava de felicidade pública referia-se a um modelo de organização política, na qual “pessoas livres tivessem o direito de participar ativamente das decisões públicas, ou seja, que se envolvessem com o funcionamento do Estado.”(LEAL, Saul Tourinho. **Direito à felicidade**. São Paulo : Almedina, 2017, p. 166.)

Também Hannah Arendt corrobora essa concepção:

“O próprio fato de escolher a palavra felicidade para designar uma parcela do poder público indicava incisivamente que, antes da revolução, existia no país uma ‘felicidade pública’, e que os homens sabiam que não poderiam ser totalmente felizes se sua felicidade se situasse e fosse usufruída apenas na vida privada.”(ARENDR, Hannah. **Sobre a Revolução**. Trad. Denise Bottmann. São Paulo : Companhia das Letras, 2011, p. 173.)

Por fim, importante registrar a influência de George Mason, na

ARE 1309642 / SP

compreensão normativa original da busca da felicidade como um vetor do constitucionalismo contemporâneo. Foi George Mason o responsável pela presença desse ideal na Declaração de Independência dos Estados Unidos, muito embora exista uma forte associação da expressão à autoria de Thomas Jefferson. A Declaração de Direitos de Virgínia sagrou para a posteridade a expressão “busca da felicidade” como um direito devidamente protegido. Conforme registra Saul Tourinho:

“Que todos os homens são por natureza igualmente livres e independentes e têm certos direitos inerentes, dos quais, quando entram em um estado da sociedade, eles não podem, por qualquer acordo privar ou despojar sua posteridade, ou seja, o gozo de vida e à liberdade, com os meios de adquirir e possuir propriedade e perseguir o obter felicidade e segurança.” (JONES, Howard Mumford. *The pursuit of happiness*, New York : Cornell Univ Press, 1953 *apud* LEAL, Saul Tourinho. **Direito à felicidade**. São Paulo : Almedina, 2017, p. 167.)

Diga-se ainda que o ideal da busca da felicidade não corresponde a uma noção abstrata, metafísica e etérea, mas a uma ação consistente e com alto grau de concretude, perceptível a todos aqueles que acompanham o devir das ideias e dos ideais do constitucionalismo contemporâneo.

Não se pode negar uma visão prospectiva do ideal da felicidade em direção ao Estado de Bem-Estar social, nem muito menos, uma possibilidade lógica de associação de uma dupla dimensão aos direitos fundamentais dele decorrentes: a dimensão negativa, própria dos primeiros tempos; e a dimensão positiva, associada a uma segunda onda de direitos. Assim anota Saul Tourinho:

“O ideal do direito à busca da felicidade começou a surgir em conexão com o princípio do governo, dentro de uma perspectiva do direito natural. Essa expressão retrata a visão de

ARE 1309642 / SP

Jefferson acerca da função do Estado na vida das pessoas, pois rejeita a ideia de que os direitos civis teriam índole meramente negativa, ou seja, conferidos aos cidadãos para que não sofram usurpações por parte do Estado ou de outros cidadãos.”(LEAL, Saul Tourinho. **Direito à felicidade**. São Paulo : Almedina, 2017, p. 168.)

É preciso ter equilíbrio quando se está a transportar o ideal revolucionário norte-americano da busca da felicidade para os atuais Estados Constitucionais, lembrando que a virtude, nesse contexto, está em perceber as condições de possibilidade para animar os governos dos dias de hoje a editarem políticas públicas inspiradas por esse vetor constitucional.

Parece óbvio que não deve haver imposição de pautas de felicidade, por parte dos governos, no âmbito das relações privadas. O que é possível, e de uma certa forma desejável, seria a discussão sobre a faceta pública da felicidade e de políticas públicas respectivas. O reconhecimento e proteção de garantias institucionais relacionadas aos direitos de personalidade e aos direitos fundamentais sociais, típicos das discussões dos dias de hoje, são exemplos concretos de que são factíveis as ações públicas e privadas na consecução da felicidade.

Nessa direção já está caminhando a jurisdição constitucional brasileira, de forma que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pode ser exortada como um exemplo, ainda incipiente, mas consistente, da utilização do direito à busca da felicidade como um vetor constitucional para concretização de outros direitos fundamentais. Por todos vide: ADPF 132 e ADI 4277, Rel. Min. Ayres Britto; RE 477554 AgR, Rel. Min. Celso de Mello; RE 898060, Rel. Min. Luiz Fux; RE 670422, Rel. Min. Dias Toffoli; RE 1045273, Rel. Min. Alexandre de Moraes; ADI 4275, Redator para o acórdão Min. Edson Fachin.

ARE 1309642 / SP

III – Desafios do Direito Civil Constitucional contemporâneo

O direito civil contemporâneo brasileiro, nesse contexto, assume alguns desafios. Um desses desafios a ser enfrentado pelo direito civil constitucional contemporâneo repousa na necessidade de proceder-se à travessia entre norma e realidade, sem descurar da pluralidade de fontes, que implica vencer o reducionismo codificador. O problema jurídico, nesse contexto, deve ser tomado como problema social e genuinamente constitucional, ou seja, pelo olhar constituinte do direito em movimento.

É nesse contexto que vejo também emergirem os desafios de descobrir o direito pela força criadora dos fatos e honrar seu compromisso com a transformação social. Isso para que o encontro entre o Direito Civil e o Direito Constitucional possa resultar em uma dimensão substancial e prospectiva dos princípios, valores e ética constitucionais, num processo contínuo e incessante de prestação de contas à realidade social e política.

Por fim, o derradeiro e instrumental desafio é não tomar os próprios desafios apresentados como propostas imutáveis a serem seguidas como dogmas invencíveis, mas, sim, como indicação problematizadora da construção prospectiva de um Código Civil e de uma Constituição Republicana que possam, juntos, enfrentar as complexidades e os paradoxos de uma sociedade civil em arrojado movimento rumo aos meandros do século XXI.

Tais suscitações demonstram as possibilidades transformadoras da construção de um direito civil constitucional que se desenvolve na relação dialética entre o texto normativo e a ética da Constituição substancial, permitindo, a proteção da pessoa humana em resistência às opressões contingenciais.

ARE 1309642 / SP

Não há como negar que a interpretação é constituinte do próprio objeto, de modo que, conforme anotado em trabalho acadêmico anterior:

“A investigação da solução correta, dentro de um sistema aberto, poroso e plural, se assenta, nessa perspectiva, em desenvolvimento nesta ocasião, num horizonte desafiante para o intérprete, qual seja a de encontrar possibilidades dentro dos limites, e ao assim fazê-lo irá arrostar sentidos formais, substanciais e prospectivos das figuras jurídicas em pauta, bem como deverá considerar, simultaneamente, significados pretéritos a serem reconstruídos, acepções presentes e aquelas possíveis a serem edificadas na hipótese.” (FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 116.)

IV – Das premissas do debate civil constitucional quanto ao regime de casamento e união estável de pessoas com mais de 70 (setenta) anos

Os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da busca da felicidade, devem ser reconhecidos como informadores tanto da hermenêutica constitucional quanto a interpretação conforme a constituição. Ambos são informadores da Constituição substancial, norma da qual emerge a cidadania em emancipação, como produto mais relevante da experiência jurídica contemporânea. Nesse ponto, direito constitucional e direito civil entrelaçam seus objetivos para garantir aos cidadãos e cidadãs vida digna.

Por dignidade da pessoa humana tem-se não somente o fundamento do ordenamento constitucional em abstrato (artigo 1º, III, da CRFB), mas, principalmente, a exigência ética de proteção concreta e real a todos e todas, no sentido de que o ser humano, em suas experiências as mais diversas, são igualmente merecedores de igual consideração e respeito por parte do Estado e da própria comunidade circundante.

ARE 1309642 / SP

A dignidade da pessoa humana, assim, apresenta-se como reconhecimento de que todos os seres humanos são merecedores de igual respeito e proteção no âmbito da comunidade em que estão inseridos. Como dimensão intrínseca da vida em comunidade, é norma constitucional que vincula não apenas os atos das autoridades públicas, mas, também, e principalmente, os indivíduos conviventes na comunidade.

Também é premissa do debate encetado no presente feito o fato de que o legislador constituinte quis deixar expresso que a família é base da sociedade (art. 226, CRFB), sociedade esta que é livre, justa e solidária, construída, conforme preconizado pelo artigo 3º, I, da Constituição da República, de modo que a não hierarquizar pessoas, nem atribuir-lhes direitos em menor extensão ou, mesmo, diferentes – sem que esse discrimen se justifique na efetiva distinção entre as situações jurídicas em que os indivíduos estão inseridos – conforme também está expressamente posto no mesmo art. 3º, §4º, CRFB.

A proteção à família é direcionada à pessoa de cada um dos seus integrantes, não sendo possível diferenciar membros familiares, com a atribuição de mais ou menos direitos. Trata-se da aplicação do princípio eudemonista, constante do artigo 226, parágrafo 8º, da Constituição da República:

O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. (Art. 226, §8º, CRFB)

A pluralidade familiar apreendida pelo texto constitucional é expressão da pluralidade moral que a Constituição de uma República livre, justa e solidária tem como princípio vetor.

Aqui, pode-se citar Ronald Dworkin, que, em síntese, reconhece a essencialidade de uma liberdade positiva que se realiza no âmbito de

ARE 1309642 / SP

uma comunidade política ‘verdadeira’, assim entendida como aquela que i) detém as condições estruturais que permitam ao indivíduo reputar-se, efetivamente, seu membro moral, bem como ii) expresse alguma “concepção de igualdade de consideração para com os interesses de todos os membros da comunidade” e iii) “seja feita de agentes morais independentes”, não podendo, por exemplo, impor concepções unitárias de bem aos seus integrantes. (DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norteamericana**. São Paulo: Martins-Fontes, 2006, p. 32-40.)

A ordem constitucional, ao disciplinar a família, pauta-se, pois, na realidade das relações de afeto e no valor da solidariedade. É isso que restou apreendido pelo Constituinte ao proteger as diversas formas de família. Tanto o casamento quanto a união estável são atos essencialmente existenciais em sua natureza, ainda que dotados tanto de efeitos pessoais quanto patrimoniais. Trata-se, em um ou outro modelo, de comunhão de vida afetiva.

Se, por um lado, o desafio está na busca pelo equilíbrio entre Justiça e Segurança, também é preciso jogar luzes para o processo de dignificação das relações jurídicas e para a criação de condições de busca, pública e privada, da felicidade humana, em seu sentido jurídico-normativo.

O Direito Civil e Constitucional, em diálogo, poderão impor-se, reciprocamente, fundamentação axiológica para os problemas complexos a serem enfrentados sob o pálio da normatividade constitucional. Por converter-se também em prática, o Direito ganhará seu cânone substancial pela intrigante contextualização das suas possibilidades teóricas.

Assim, consolida-se a atuação da força constituinte do mundo real e ideal do Direito: uma via produtiva para a busca da solução mais

ARE 1309642 / SP

adequada aos casos concretos, sempre a partir dos seus aspectos formais, substanciais e prospectivos. Numa síntese apertada, já está resumido tal pensamento:

“(...) reitere-se, que formal é a instância do sentido da regra positivada (na legislação constitucional ou infraconstitucional), com seus limites e possibilidades; substancial é a expressão normativa e vinculante dos princípios, expressos ou implícitos na ordem constitucional positivada, e que compõem o ordenamento; sua previsão explícita ou não é também elemento da unidade de sua compreensão e aplicação; e prospectiva é a atuação hermenêutica da reconstrução permanente, correta e adequada, dos significados que se aplicam aos significantes que integram a teoria e a prática do Direito Civil.”(FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro : Renovar, 2015, p. 85-86).

As perspectivas da hermenêutica constitucional, nesse quadrante, não de se encontrar com os institutos do Direito Civil para uma renovação prospectiva de expectativas de sua concretização. A mediação feita pela jurisdição constitucional, nesse contexto, deve levar em consideração as mútuas influências da realidade normativa e da força construtiva dos fatos sociais para que sejam prestigiados os seres humanos, em sua dignidade e felicidade, no ambiente das relações jurídicas.

V – Proteção ao idoso como categoria civil constitucional no ordenamento brasileiro

Um conjunto de precedentes do Supremo Tribunal Federal indica a proteção das pessoas idosas como uma categoria constitucional com regulação específica.

Como instituição republicana, o Supremo Tribunal Federal não se poder furtar ao dever de compor-se, e na sua tarefa de guardião da

ARE 1309642 / SP

Constituição, constituir-se, como um órgão de cúpula de poder, que, ao exercer suas competências constitucionais está em constante e perene processo de legitimação democrática e constitucional.

A Constituição também constitui o Supremo Tribunal Federal, o qual, em paridade com as demais funções de poder, e em cooperação com a sociedade civil, constituem a Constituição. É um processo dinâmico e complexo, cujas regras estão sempre sob o olhar e controle de todos os seus interlocutores.

A preocupação com a efetiva garantia dos direitos fundamentais é uma realidade que se impõe para a própria efetivação da cidadania e consagração do Estado Democrático de Direito, o qual é compreendido como ordenamento jurídico democrático, que se funda no reconhecimento da dignidade da pessoa, na inviolabilidade dos direitos fundamentais e no livre desenvolvimento da personalidade.

Assim sendo, as constituições contemporâneas, além de enunciarem princípios fundamentais, que se irradiam para a concretização dos direitos e deveres do cidadão e da cidadã, procuram colocá-los em real possibilidade de fruição, por meio de garantias institucionais e processuais, as quais não se restringem às iniciativas judiciais dos titulares de situações jurídicas subjetivas, mas também supõem o compromisso de todos os órgãos dos poderes públicos e/ou quase públicos e políticos, no esforço transubjetivo para a efetividade desses direitos.

Um dos primeiros precedentes selecionados, nesse contexto, reconheceu direito à prestação assistencial do Estado à pessoa idosa. Assim está expressa a ementa:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. IMPUGNA
DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL QUE ESTABELECE O
CRITÉRIO PARA RECEBER O BENEFÍCIO DO INCISO V DO

ARE 1309642 / SP

ART. 203, DA CF. INEXISTE A RESTRIÇÃO ALEGADA EM FACE AO PRÓPRIO DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL QUE REPORTA À LEI PARA FIXAR OS CRITÉRIOS DE GARANTIA DO BENEFÍCIO DE SALÁRIO MÍNIMO À PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA FÍSICA E AO IDOSO. ESTA LEI TRAZ HIPÓTESE OBJETIVA DE PRESTAÇÃO ASSISTENCIAL DO ESTADO. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. (ADI 1232, Relator(a): ILMAR GALVÃO, Relator(a) p/ Acórdão: NELSON JOBIM, Tribunal Pleno, julgado em 27-08-1998, DJ 01-06-2001 PP-00075 EMENT VOL-02033-01 PP-00095)

Também em sede de controle concentrado, o Supremo Tribunal Federal reconheceu eficácia à norma constitucional que expressava o direito fundamental do idoso de gratuidade nos transportes públicos. Confirmam-se as ementas dos julgados:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 39 DA LEI N. 10.741, DE 1º DE OUTUBRO DE 2003 (ESTATUTO DO IDOSO), QUE ASSEGURA GRATUIDADE DOS TRANSPORTES PÚBLICOS URBANOS E SEMI-URBANOS AOS QUE TÊM MAIS DE 65 (SESSENTA E CINCO) ANOS. DIREITO CONSTITUCIONAL. NORMA CONSTITUCIONAL DE EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATO. NORMA LEGAL QUE REPETE A NORMA CONSTITUCIONAL GARANTIDORA DO DIREITO. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. 1. O art. 39 da Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) apenas repete o que dispõe o § 2º do art. 230 da Constituição do Brasil. A norma constitucional é de eficácia plena e aplicabilidade imediata, pelo que não há eiva de invalidade jurídica na norma legal que repete os seus termos e determina que se concretize o quanto constitucionalmente disposto. 2. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. (ADI 3768, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 19-09-2007, DJe-131 DIVULG 25-10-2007 PUBLIC 26-10-2007 DJ 26-

ARE 1309642 / SP

10-2007 PP-00028 EMENT VOL-02295-04 PP-00597 RTJ VOL-00202-03 PP-01096)

EMENTA: Agravo Regimental em Suspensão de Segurança. 2. Transporte interestadual para idoso (art. 230 da CF/88). Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso). Existência de matéria constitucional em debate nos autos principais. 3. Grave lesão à ordem pública. 4. Agravo regimental desprovido. (SS 3052 AgR, Relator(a): GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17-02-2010, DJe-045 DIVULG 11-03-2010 PUBLIC 12-03-2010 EMENT VOL-02393-01 PP-00138 LEXSTF v. 32, n. 376, 2010, p. 232-246)

No que diz respeito ao direito fundamental à saúde, o Supremo Tribunal Federal garantiu que os contratos de planos de saúde não praticassem aumentos abusivos em virtude da faixa etária dos beneficiários. Assim ficou posto:

EMENTA DIREITO CIVIL. RELAÇÃO CONTRATUAL. ADESÃO CONTRATUAL POSTERIOR AO ADVENTO DO ESTATUTO DO IDOSO. PLANO DE SAÚDE. CLÁUSULA DE REAJUSTE DE MENSALIDADE POR MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. LEGALIDADE. CONSUMIDOR IDOSO. INOBSERVÂNCIA DOS PARÂMETROS LEGAIS. ABUSIVIDADE DO AUMENTO. RESTAURAÇÃO DO EQUILÍBRIO CONTRATUAL. EVENTUAL OFENSA REFLEXA NÃO VIABILIZA O MANEJO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ART. 102 DA LEI MAIOR. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 19.5.2015. 1. A controvérsia, a teor do já asseverado na decisão guerreada, não alcança estatura constitucional. Não há falar em afronta aos preceitos constitucionais indicados nas razões recursais. Compreender de modo diverso exigiria a análise da legislação infraconstitucional encampada na decisão da Corte de origem, a tornar oblíqua e reflexa eventual ofensa, insuscetível, como tal, de viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário. Desatendida a

ARE 1309642 / SP

exigência do art. 102, III, “a”, da Lei Maior, nos termos da remansosa jurisprudência desta Suprema Corte. 2. As razões do agravo regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada. 3. Agravo regimental conhecido e não provido. (ARE 916069 AgR, Relator(a): ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 01-03-2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-050 DIVULG 16-03-2016 PUBLIC 17-03-2016)

No mesmo sentido, foi reconhecido aos idosos direito aos cuidados em estabelecimentos adequados, ainda que houvesse necessidade de adaptação de creches infantis para esse fim. Vide o precedente:

PROCESSO OBJETIVO – NORMA IMPUGNADA – ALTERAÇÃO MERAMENTE REDACIONAL – PREJUÍZO – AUSÊNCIA. Ausente alteração substancial no conteúdo do ato normativo questionado, superveniente alteração meramente redacional não implica prejuízo ao exame do mérito. CRECHES – IDOSOS – COMPETÊNCIA NORMATIVA. Surge, no âmbito da competência concorrente prevista no artigo 25 da Constituição Federal, a disciplina do atendimento a idosos em estabelecimentos privados, autorizando-os a manter espaço próprio, com as cautelas devidas, nas creches ditas destinadas a crianças. (ADI 3534, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 10-10-2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-231 DIVULG 23-10-2019 PUBLIC 24-10-2019)

No que diz respeito à reserva de mesas e cadeiras para os idosos, o precedente do Supremo Tribunal Federal também reconheceu a necessidade de proteção adequada por meio do exercício de competência concorrente:

Ementa: Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Constitucional. 3. Lei do município do Rio de Janeiro que estipulou percentual de mesas e cadeiras nas praças de alimentação como local preferencial para deficientes,

ARE 1309642 / SP

idosos e gestantes. 4. Usurpação de competência não configurada. Concessão de concretude local à legislação nacional e estadual sobre a matéria. 5. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 6. Agravo regimental a que se nega provimento. Sem majoração da verba honorária. (ARE 973559 AgR, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 30-08-2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-193 DIVULG 04-09-2019 PUBLIC 05-09-2019)

Da mesma forma, reconheceu-se a constitucionalidade de lei estadual que proibiu oferta comercial, publicidade ou qualquer outra atividade de convencimento de aposentados e pensionistas a celebrarem contratos de empréstimos, ao argumento de proteção ao consumidor dessa faixa etária:

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

ARE 1309642 / SP

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 6727, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 12-05-2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-096 DIVULG 19-05-2021 PUBLIC 20-05-2021)

Também no que diz respeito ao direito do consumidor, foram reconhecidos direitos especiais aos idosos para a aquisição de medicamentos em farmácias do Estado do Rio de Janeiro:

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Lei 3.452/2001 do Estado do Rio de Janeiro, que concede descontos a consumidor idoso para aquisição de medicamentos em farmácias localizadas no Estado. 3. A delimitação do campo de atuação legislativa dos entes federativos, em matéria de competência concorrente (art. 24, CF), requer postura interpretativa que considere: (i) a intensidade da situação fática normatizada com a estrutura básica descrita no tipo da regra de competência; (ii) valorização do fim primário a que se destina a norma, relacionado, no federalismo cooperativo, com o princípio da predominância de interesses. 4. Na seara da competência legislativa concorrente, a norma geral assenta-se no pressuposto que a colaboração federativa depende de uma uniformização do ambiente normativo. 5. Extrapola a competência estadual para legislar sobre direito do consumidor – e invade o âmbito de competência da União para legislar sobre normas gerais de proteção e defesa da saúde, direito econômico e proteção do consumidor – a lei estadual que, estabelecendo política pública voltada a saúde, conflita com plexo normativo federal que regula a definição do preço de medicamentos em todo o território nacional e o equilíbrio econômico-financeiro no mercado farmacêutico. (ADI 2435, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 21-12-2020, PROCESSO

ARE 1309642 / SP

ELETRÔNICO DJe-058 DIVULG 25-03-2021 PUBLIC 26-03-2021)

Por fim, a gratuidade do acesso às salas de cinema a idosos, estabelecida em lei municipal, foi considerada competência concorrente entre os entes federativos, numa postura protetiva do rol de direitos fundamentais destinados à proteção integral do idoso:

EMENTA DIREITO CONSTITUCIONAL. GRATUIDADE DO ACESSO ÀS SALAS DE PROJEÇÃO CINEMATOGRAFICAS A IDOSOS GARANTIDA POR LEGISLAÇÃO MUNICIPAL. COMPETÊNCIA CONCORRENTE. PRECEDENTES. CONSONÂNCIA DA DECISÃO ORA RECORRIDA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRECEDENTES. ADI 3753 E ADI 3512. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. O entendimento assinalado na decisão ora agravada não diverge da jurisprudência firmada nesta Corte Suprema. “O Supremo Tribunal Federal, nas oportunidades em que apreciou situações legislativas similares, concernentes à concessão do direito à meia-entrada aos estudantes e aos doadores de sangue em estabelecimentos de cultura e lazer (ADI nºs 1.950/SP e 3.512/ES), ambas de relatoria do Ministro Eros Grau, assentou que a competência para legislar sobre direito econômico é concorrente entre a União, os estados-membros, o Distrito Federal e os municípios” (ADI 3753, Rel. Min. Dias Toffoli, Pleno, DJe 29.4.2022). 2. As razões do agravo interno não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada. 3. Agravo interno conhecido e não provido. (ARE 1380096 AgR, Relator(a): ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 15-05-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 31-05-2023 PUBLIC 01-06-2023)

Em todos esses casos, é possível reconhecer uma proteção objetiva dos direitos fundamentais dos idosos, como verdadeiras garantias institucionais para a proteção integral dos cidadãos e cidadãs numa faixa

ARE 1309642 / SP

etária mais avançada. A função principal das garantias institucionais é de reforçar a proteção de determinadas instituições contra a erosão que possa vir do legislador ordinário, o que ressalta sua dimensão preponderantemente defensiva.

As decisões constitucionais tomadas pelo Supremo Tribunal Federal, no exercício do controle de constitucionalidade são sempre mediadas pela transubjetivação, o que implica o reconhecimento da importância tanto do caso concreto e das pessoas que trouxeram a demanda à Suprema Corte brasileira – vidas humanas e suas adjacências – quanto da tese e paradigma constitucionais que o precedente firmado pela Suprema Corte está a entregar para a sociedade civil em geral e para os demais órgãos e instituições do Estado Democrático de Direito.

O exercício da jurisdição constitucional no âmbito do controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal tem um duplo efeito, necessário e sempre presente: i) o de atingir a esfera individual ou coletiva de indivíduos concretos, com consequências reais para suas vidas e personalidades; e, ii) ao mesmo tempo e de forma imbrincada, entregar uma decisão-paradigma para a sociedade civil e demais órgãos e funções de poder do Estado.

E, neste ponto, o binômio Sociedade Civil e Estado Democrático de Direito devem ser considerados em sua necessária unidade, pois, no exercício do controle de constitucionalidade o Supremo Tribunal Federal está, a um só tempo, dirigindo sua atuação jurisdicional para cidadãos e cidadãs concretas e reais, os quais merecem a máxima efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como está decidindo no contexto e para a máxima concretização do interesse público transindividual.

No caso dos autos, mais um precedente do Supremo Tribunal Federal, na temática de conformação do âmbito de proteção dos direitos

ARE 1309642 / SP

fundamentais e garantias institucionais do idoso, está a se firmar. Mas não se pode descurar dos atos já consolidados com fundamento na legislação que ora se declara inconstitucional.

A segurança jurídica impõe-se, no caso concreto, para que os efeitos da presente decisão não gere, no mundo dos fatos, dúvidas e incongruências nas vidas e planejamentos familiares dos cidadãos e cidadãs brasileiras.

O idoso não pode ser considerado como um ser humano isolado de sua família, de sua história e de suas circunstâncias específicas. A sua liberdade, seu patrimônio, sua autonomia de vontade estão condicionados pela sua família, pelos seus afetos e pelas conjunturas da suas opções de vida, e, não apenas pela dimensão de sua autonomia individual.

É por esse motivo, que no caso concreto, e em todos aqueles em que a norma atualmente vigente foi aplicada, os efeitos jurídicos devem ser preservados, uma vez que a declaração de inconstitucionalidade deve, no presente caso, ter efeitos prospectivos.

VI – Conclusão

A norma impugnada torna os direitos fundamentais ineficazes, uma vez que diminui a plenitude da capacidade dos que tem mais de 70 anos para eleger, entre os regimes de bens elencados na legislação pátria, o que melhor for de seu agrado.

Na linha da garantia institucional formalizada na Lei 10.741/2003 – Estatuto do idoso –, veda qualquer forma discriminatória em razão da idade avançada das pessoas, nos termos do artigo 4º: *“Nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na*

ARE 1309642 / SP

forma da lei.”

O idoso tem condições de escolher e tomar o melhor regime patrimonial que lhe agrada, assim como tem aptidão para escolher a pessoa com quem deseja contrair matrimônio. Essa foi a conclusão a que se chegou na Primeira Jornada de Direito Civil, registrado por meio de seu Enunciado 125:

“A norma que torna obrigatório o regime da separação absoluta de bens em razão da idade dos nubentes (qualquer que seja ela) é manifestamente inconstitucional, malferindo o princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República, inscrito no pórtico da Carta Magna (art. 1º, inc. III, da CF). Isso porque introduz um preconceito quanto às pessoas idosas que, somente pelo fato de ultrapassarem determinado patamar etário, passam a gozar da presunção absoluta de incapacidade para alguns atos, como contrair matrimônio pelo regime de bens que melhor consultar seus interesses”.

O artigo 1641, II, do Código Civil, pois, não encontra escudo constitucional para distinguir os maiores de 70 anos das parcelas restantes da população, o que torna este dispositivo discriminatório, eis que as regras que criam distinções injustificadas ou injustas são conflitantes com os princípios constitucionais da dignidade humana e da isonomia.

Segundo lição de Paulo Lobo:

“(…) A intenção do legislador, em uma visão patrimonialista despreocupada com os aspectos existenciais, era proteger os interesses da prole, evitar que a pessoa de idade avançada corresse o risco de sujeitar-se a um casamento em que o outro nubente tenha em vista somente vantagens financeiras.

(…)

ARE 1309642 / SP

“A regra é flagrantemente discriminatória, em face da descabida presunção de que aqueles que têm idade acima de setenta anos não tem capacidade para escolher o estatuto patrimonial que norteará a sua relação amorosa, coroada pelo casamento.” (LOBO, Paulo. Comentários ao art. 1641, in TEPEDINO, Gustavo. BARBOZA, Heloísa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**, vol IV. Rio de Janeiro, Renovar, 2014, p. 266-267)

Trata-se de norma inconstitucional por restringir desproporcionalmente a liberdade individual de cidadãos e cidadãs maiores de 70 anos, submetendo-os a uma espécie de interdição compulsória, com afronta aos princípios da igualdade, dignidade da pessoa humana e da liberdade de construir entidade familiar.

Não obstante, em nome da preservação da estabilidade das relações interpessoais que se estabeleceram em todos esses anos de vigência normativa, no intuito de preservar o direito fundamental à segurança jurídica, torna-se relevante afirmar que a declaração de inconstitucionalidade do artigo 1641, II, do Código Civil terá efeitos prospectivos.

Assim sendo, **nego provimento** ao presente recurso extraordinário com agravo, porém, seguindo o voto do e. Ministro Relator, e levando em conta os debates no Plenário do Supremo Tribunal Federal, dou interpretação conforme ao artigo 1641, II, do Código Civil, conforme deliberação unânime.

É como voto.

01/02/2024

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.309.642 SÃO PAULO

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Primeiramente, queria saudar Vossa Excelência pelo discurso da abertura do Ano Judiciário, saudar a primeira atuação do eminente Procurador-Geral, Professor Paulo Gonet, e saudar todos os Colegas na pessoa da nossa Decana, a Ministra Cármen Lúcia, e do nosso Decano, o Ministro Gilmar Mendes.

Senhor Presidente, estou exatamente de acordo com Vossa Excelência quando aborda essa questão à luz da autodeterminação, que, no fundo, na visão kantiana, é a dignidade da pessoa humana de se autodeterminar na vida em sociedade.

Procurei, primeiro, um argumento interdisciplinar. Fui ao IBGE e verifiquei que há uma crescente longevidade da população. Hoje, aos setenta anos, não se justifica presumir, em razão da idade, qualquer tipo de incapacidade. Por outro lado - vou também fazer uma juntada de voto -, deparei-me com o seguinte paradoxo: uma pessoa com 70 anos tem presunção de incapacidade, mas uma pessoa com 70 anos, por exemplo, pela nova Constituição, está na idade para ingressar no Supremo Tribunal Federal.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE E RELATOR) - Ou permanecer.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Ou permanecer até os 75, como todos aqui - o Ministro Alexandre diz que vai continuar mais 5 anos. Essa pesquisa do IBGE realmente revela que não há o menor sentido. Pode fazer concurso público, pode contrair empréstimo, não tem sentido essa limitação. Realmente, ela precisa de uma interpretação conforme, uma maneira também de se declarar a norma inconstitucional.

Por outro lado, essa solução tem um lado, digamos assim, de consequencialismo à luz da ciência. O Professor Dworkin tem um livro sobre o domínio da vida. Nesse livro, ele narra que, infelizmente, milhões de pessoas sofrem de Alzheimer a partir de uma idade muito inferior a 70

ARE 1309642 / SP

anos.

Se Vossa Excelência mantiver a regra hígida, salvo uma escritura pública, evidentemente, no momento da lavratura da escritura pública, pode-se aferir a higidez mental da mudança desse regime de bens. Por isso, fiz a pergunta se Vossa Excelência mantém a regra, salvo uma manifestação em sentido contrário por escritura pública, sendo certo que o Código Civil admite, a qualquer momento, a mudança do regime de bens.

Estou exatamente de acordo com sua proposta, por esses fundamentos, e com a modulação que se impõe.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE E RELATOR) - Obrigado, Ministro Luiz Fux! Evidentemente é papel do tabelião aferir a higidez mental de quem presta a declaração.

Lembrei de uma poesia - já vou resgatar o nome do autor -, em que o sujeito no testamento diz: "Deixo tudo que tenho porque não posso levar".

01/02/2024

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.309.642 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. LUÍS ROBERTO BARROSO**
RECTE.(S) : **MARIA CECILIA NISPECHE DA SILVA**
ADV.(A/S) : **AGEU LIBONATI JUNIOR**
ADV.(A/S) : **ALEX LIBONATI**
RECDO.(A/S) : **SONIA MARIA RAYES PEREIRA E OUTRO(A/S)**
ADV.(A/S) : **MARCELO AUGUSTO DE SOUZA GARMS**
ADV.(A/S) : **RODRIGO LOPES GARMS**
ADV.(A/S) : **HERALDO GARCIA VITTA**
AM. CURIAE. : **INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA (IBDFAM)**
ADV.(A/S) : **MARIA BERENICE DIAS**
ADV.(A/S) : **RONNER BOTELHO SOARES**
ADV.(A/S) : **MARIA LUIZA POVOA CRUZ**
AM. CURIAE. : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
AM. CURIAE. : **ASSOCIAÇÃO DE DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES (ADFAS)**
ADV.(A/S) : **REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA**
ADV.(A/S) : **MONICA DEL ROSSO SCRASSULO**
ADV.(A/S) : **CARLOS ALBERTO GARBI**
ADV.(A/S) : **CAIO CHAVES MORAU**
ADV.(A/S) : **VENCESLAU TAVARES COSTA FILHO**
ADV.(A/S) : **DANILO PORFIRIO DE CASTRO VIEIRA**
ADV.(A/S) : **MARCO ANTONIO DA COSTA SABINO**
AM. CURIAE. : **INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS (IAB)**
ADV.(A/S) : **LUIZ PAULO VIEIRA DE CARVALHO**
ADV.(A/S) : **PEDRO TEIXEIRA PINOS GRECO**
AM. CURIAE. : **DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**
PROC.(A/S)(ES) : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL**

VOTO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM

ARE 1309642 / SP

AGRAVO. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO CIVIL. INSTITUTO DO CASAMENTO E DA UNIÃO ESTÁVEL. REGIME LEGAL DE BENS. PESSOA MAIOR DE 70 ANOS. CONFLITO ENTRE A PROTEÇÃO PELO ESTADO DOS IDOSOS X AUTONOMIA DA VONTADE. CIZÂNIA ENTRE VALORES TUTELADOS PELA CONSTITUIÇÃO. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO DO INC. II do ART 1.641 DO CC/02.

- 1) A faixa etária dos 70 anos idade, hodiernamente, não pressupõe a incapacidade relativa do idoso para exercer atos da vida civil.
- 2) A autonomia privada deve prevalecer nas decisões de cunho patrimonial nas relações familiares.
- 3) A regra proibitiva da escolha do regime de bens aos maiores de 70 anos não pode ter como único fundamento o critério etário.
- 4) A interpretação conforme à Constituição do inc. II do art. 1641 do CC/02 não consiste em uma proteção insuficiente pelo Estado aos idosos, máxime porque mantidos os demais instrumentos jurídicos de proteção ao idoso.
- 5) O regime da separação obrigatória de bens aos maiores de 70 anos ao contrair núpcias deve persistir na ausência de manifestação solene dos nubentes ou na hipótese de incapacidade.

ARE 1309642 / SP

6) A escritura pública representa o documento essencial para adoção de regime diverso da separação obrigatória nos matrimônios contraídos por maiores de 70 anos.

7) É facultado aos maiores de 70 anos a alteração do regime jurídico de bens no casamento, devendo ser observados os requisitos legais para realização da modificação.

8) **PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE.**

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX: Senhores Ministros, Senhora Ministra, nobre Procurador-Geral do *Parquet*, advogados e advogadas, demais presentes.

Ab initio, acolho o bem lançado relatório disponibilizado pelo eminente Ministro Relator e o congratulo pela hercúlea tarefa de analisar pormenorizadamente as contribuições de diversos atores sociais, na qualidade de *amici curiae*, porquanto muito contribui para o processo de pluralização da jurisdição constitucional brasileira na linha apregoadada pelo jurista alemão, Peter Häberle (In: *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Editora Sergio Antônio Fabris, 1997).

A seguir passo a expor minhas (i) premissas teóricas acerca da controvérsia constitucional ora em debate a fim de, posteriormente, (ii) solucionar o caso concreto e (iii) firmar a tese de repercussão geral.

I. Premissa Teórica: Análise da constitucionalidade da imposição legal do regime da separação obrigatória de bens nos casamentos contraídos por maiores de 70 anos.

ARE 1309642 / SP

A priori, destaca-se que a expectativa de vida do brasileiro tem crescido nos últimos anos, conforme demonstram os dados oficiais divulgados pelo IBGE em estudo publicado neste ano:

Segundo o último resultado publicado pelo IBGE do censo populacional, referente ao ano de 2022, houve um aumento de 57% da população com idade entre 70 e 74 durante o período de 2010 a 2022.

Os números revelam uma maior expectativa de vida da população idosa brasileira, demonstrando a crescente longevidade da população, fato este que traz consigo o aumento de situações jurídicas relacionadas aos idosos como, por exemplo, o casamento, dentre diversos outros atos da vida civil. Essas mudanças sociais acarretam uma necessária readaptação da atuação do Estado nas relações sociais, buscando atender aos ensejos e necessidades da população.

O instituto jurídico do casamento traz consigo dois efeitos jurídicos de sua realização, que são: a) efeitos pessoais; e b) efeitos patrimoniais. Dispensada a análise dos efeitos pessoais do casamento, tendo em vista a ausência de pertinência com o presente julgamento, porém, ressaltando que tal característica é de suma importância para a sociedade, pois envolve questões de afinidade, carinho e amor.

Os efeitos patrimoniais do casamento trazem consigo a necessária preocupação do regime de bens entre os casados. Diante da sua relevância, o ordenamento jurídico, inspirado nos princípios da liberdade e da autonomia privada, possibilitou aos nubentes a escolha de diversos regime de bens ao contrair casamento. Ressalta-se que o Código Civil de 2002 inovou no ordenamento jurídico brasileiro ao permitir a alteração do regime de bens durante a constância do casamento.

O saudoso jurista Caio Mário da Silva Pereira descreve em sua obra

ARE 1309642 / SP

a importância dos efeitos patrimoniais no casamento, destacando a relevância do regime de bens, *in verbis*:

A essência das relações econômicas entre casados reside, efetivamente, nos regimes de bens, sobre os quais a doutrina, tanto nacional como a estrangeira, se estende, deles cogitando igualmente as legislações. Não se pode, em verdade, conceder um casamento sem regime de bens, mesmo nos países de economia socialista, e ainda que os cônjuges conservassem seus patrimônios totalmente estanques e sem encargos matrimoniais, pois a lei que o estabelecesse estaria instituindo desta maneira um regime de bens.

Os regimes de bens constituem, pois, os princípios jurídicos que disciplinam as relações econômicas entre os cônjuges, na constância do matrimônio, ou, na definição clássica de Roguin: "Um conjunto de regras determinando as relações pecuniárias que resultam do casamento". (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. Volume 5. Direito de Família. Rio de Janeiro, Forense, 2006. pág. 187-188)

Portanto, é de clareza solar a importância do regime de bens no casamento para o ordenamento jurídico, cabendo ao Estado o dever de melhor regular esta relação patrimonial à luz das regras e princípios incidentes na ordem constitucional brasileira, com ênfase na observância do princípio da dignidade da pessoa humana.

Feito este breve introito sobre a importância da regulação estatal sobre o regime de bens no casamento, passa-se à análise da restrição imposta pela ordem civil para livre escolha do regime de bens no casamento a ser realizado por pessoas acima de 70 anos de idade (inc. II, do art. 1.641 do CC/02).

A imposição do regime da separação obrigatória de bens não consistiu em uma inovação na ordem jurídica na edição do Código Civil

ARE 1309642 / SP

de 2002, mas sim uma reprodução da regra existente no Código Civil de 1916¹, porém, com adequação etária.

A redação originária do Código Civil de 2002 previa a obrigatoriedade da separação de bens ao contrair matrimônio aos maiores de 60 anos. A previsão legal do inc. II, do art. 1641 do CC/02, foi alterada em decorrência do Projeto de Lei n° 108/2007, apresentado pela Deputada Federal Solange Amaral, convertido na Lei Ordinária n° 12.344/10.

A modificação legislativa do Código Civil buscou alterar a idade para a obrigatoriedade do regime da separação legal de bens, portanto, deixou de ser mandatório o referido regime nos casamentos dos maiores de 60 anos, passando esta regra a incidir obrigatoriamente aos maiores de 70 anos.

A justificativa legislativa para mudança etária da restrição legal à autonomia da vontade dos maiores de 70 anos para escolha do regime de bens ao contrair matrimônio no projeto de lei carece de elementos técnicos e científicos. A justificativa apresentada no Poder Legislativo fundamenta-se na maior expectativa de vida do brasileiro, necessitando a revisão da idade anteriormente posta.

Portanto, a determinação da idade de 70 anos não foi feita à luz de critérios científicos, mas sim resultante de uma arbitrariedade legislativa. Fixou-se a idade de 70 anos como uma presunção de incapacidade relativa para escolha livre e consciente do regime de bens ao se contrair matrimônio.

1 _____ 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.

ARE 1309642 / SP

O Estado, observando o dever constitucional de proteção dos idosos disposto no art. 230² da Constituição de 1988, tem a obrigação de adotar políticas públicas de proteção aos idosos. Todavia, essa obrigação constitucional não possui o condão de substituir a autonomia privada dos idosos. Não cabe ao Estado efetuar escolhas de vida em função da idade avançada do cidadão, devendo atuar com deferência à autonomia da vontade dos idosos.

A obrigatoriedade do regime de separação obrigatória, ao contrair matrimônio pelos maiores de 70 anos de idade, consiste em uma presunção relativa de incapacidade em razão da idade, já que o legislador presume que, após aos 70 anos, aquele indivíduo não possui discernimento para eleger o melhor regime jurídico de bens ao se casar.

A presunção de incapacidade (ou falta de legitimação) criada pelo legislador no ordenamento jurídico brasileiro restringe-se ao regime de bens ao se contrair matrimônio. Isto porque, a mesma restrição não ocorre na realização de contratos de compra e venda, de empréstimos com garantia, em doações, ou até mesmo na escolha de representantes políticos, como Presidente da República, Governadores e Prefeitos.

A restrição imposta pelo Estado aos maiores de 70 anos na escolha do regime de bens viola de forma direta e manifesta o princípio da autonomia privada. Em que pese o argumento da obrigação legal ter sido instituída com o intuito de proteger o idoso, tal restrição acaba por aniquilar o direito à autonomia privada dos idosos, criando uma presunção de incapacidade em razão da idade.

Daniel Sarmiento, professor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, discorre em artigo doutrinário sobre a importância do princípio da autonomia privada e a impossibilidade de o Estado estabelecer os fins

2 _____ Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

ARE 1309642 / SP

pelos quais cada pessoa humana deve seguir:

Não cabe ao Estado, a qualquer seita religiosa ou instituição comunitária, à coletividade ou mesmo à Constituição estabelecer os fins que cada pessoa humana deve perseguir, os valores e crenças que deve professar, o modo como deve orientar sua vida, os caminhos que deve trilhar. Compete a cada homem ou mulher determinar os rumos de sua existência, de acordo com suas preferências subjetivas e mundividências, respeitando as escolhas feitas por seus semelhantes. Essa é uma idéia central ao Humanismo e ao Direito Moderno. De fato, cumpre recordar que os poderes públicos não possuem autonomia privada e estão jungidos de forma diferente à ordem jurídica, pois só podem fazer o que ela determina ou autoriza. O princípio da legalidade, quando endereçado ao Estado, assume compostura mais rigorosa no afã de, por um lado, refrear o arbítrio estatal em benefício da liberdade individual, e, por outro, condicionar o exercício do poder ao consentimento dos governados, manifestado por intermédio da lei aprovada por seus representantes. Já os particulares são titulares de uma esfera de liberdade juridicamente protegida, que deriva do reconhecimento da sua dignidade.

Mas, se é certo que a autonomia privada recebe proteção da ordem constitucional, também está fora de dúvida que, dentro do quadro axiológico delineado pela Constituição de 1988, essa tutela não é uniforme, sendo muito mais intensa no plano concernente às escolhas existenciais da pessoa humana do que no campo da sua vida patrimonial e econômica. Por outro lado, considerando a noção de pessoa subjacente à ordem constitucional brasileira, é fácil inferir que a proteção da autonomia privada, em cada caso, não pode prescindir de considerações a propósito das condições efetivas de liberdade do sujeito de direito no mundo da vida. Até que ponto um ato aparentemente livre de um particular hipossuficiente, numa relação travada com outro mais poderoso, é o resultado da sua

ARE 1309642 / SP

autodeterminação, ou se trata do produto de constrangimentos externos, de origem econômica e social, aos quais o Direito não pode permanecer indiferente? Questões como essa não devem ser negligenciadas pelo intérprete, sobretudo no âmbito de uma sociedade tão injusta e desigual como a brasileira. (SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 4 - n.14, p. 167-217 - jan./mar. 2005. Pág. 169-170)

O princípio da liberdade se correlaciona ao livre poder de escolha ou autonomia de constituição, realização e extinção de entidade familiar, sem imposição ou restrições externas, tanto de parentes, quanto da sociedade ou até mesmo do legislador.

No seio da entidade familiar não cabe a interferência externa para outras decisões como procriar ou não; à livre administração do patrimônio familiar; o livre planejamento familiar; à livre definição dos modelos educacionais, dos valores culturais e religiosos; à liberdade de agir, assentada no respeito à integridade física, mental e moral; à liberdade de escolha e alteração do regime de bens; dentre outras hipóteses que devem ser respeitadas dentro da observância da ordem jurídica vigente.

A liberdade familiar concretiza-se essencialmente no espaço privado, permitindo a cada um dos integrantes da família concretizar a busca da felicidade para si e para os demais, desde que observados os limites existentes na ordem jurídica.

O Estado deve atuar com deferência ao intervir na liberdade familiar, devendo agir de forma contida, respeitando o princípio da autonomia privada, da dignidade da pessoa humana e das escolhas livres e conscientes efetuadas pelos membros familiares.

A doutrina do direito civil, não de forma uníssona, mas de forma

ARE 1309642 / SP

majoritária, critica de forma veemente a espécie de interdição compulsória imposta pelo ordenamento jurídico aos maiores de 70 anos ao contraírem matrimônio e a impossibilidade de escolha do regime de bens no casamento.

Dentre os diversos doutrinadores, podemos citar Gustavo Tepedino, José Maria Leoni Lopes de Oliveira e Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, como defensores da inconstitucionalidade da regra prevista no inc. II, do art. 1641 do CC/02:

(iii) casamento contraído quando pelo menos um dos nubentes é maior de 70 anos. Essa disposição não se justifica, em face da incoerência axiológica da restrição imposta pelo dispositivo aos maiores de 70 anos. De fato, o dispositivo legal estabelece injustificada restrição à liberdade pessoal do septuagenário, submetendo-o a verdadeira interdição compulsória, como se ele não tivesse capacidade para escolher os rumos patrimoniais da sua relação amorosa, em despreço ao princípio da igualdade positivado no art. 5º, caput, da Carta Constitucional. Daí a crítica veemente da doutrina desde a promulgação do Código Civil. (TEPEDINO, Gustavo. TEXEIRA, Ana Carolina Brochado. Direito de Família – 1ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. Pág. 112)

Apesar do respeito que merecem as opiniões em contrário, sou pela absoluta inconstitucionalidade do inciso II do art. 1.641 do CC ao impor regime de separação obrigatória para as pessoas com mais setenta anos. E assim pensamos, em conformidade com grande parte da doutrina pátria, porque a imposição do regime de separação obrigatória para os maiores de setenta anos viola: a) o princípio da dignidade da pessoa humana; b) o princípio da igualdade; c) o princípio da liberdade; d) além de criar uma presunção de incapacidade em decorrência da idade. Efetivamente, a CR/1988 estabelece no

ARE 1309642 / SP

seu art. 1º, III, que a República Federativa do Brasil tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. Portanto, quando uma norma infraconstitucional veda a opção do regime de bens que irá reger seu casamento ou união estável, está violando a dignidade humana. Além disso, a referida norma viola o princípio da igualdade por permitir que os que têm menos de setenta possam livremente escolher seu regime de bens enquanto os que possuem mais de setenta não possuem esse direito. É fácil imaginar a incoerência do sistema que em um dia a pessoa pode casar-se escolhendo seu regime de bens, mas se vier a se casar no dia seguinte, por ter feito setenta anos, já não pode mais exercer esse direito. Viola ainda o princípio da liberdade quanto a livre escolha do regime de bens apregoado pelo art. 1.639 do CC ao estabelecer que é lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver. Finalmente a imposição aos maiores de setenta anos de idade cria uma presunção de incapacidade da pessoa que não encontra amparo no ordenamento jurídico. Observe-se que a menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil, nos termos do caput do art. 5º do CC, violando todo o ordenamento jurídico estabelecido pelo Estatuto do Idoso. Como afirmei acima, a lei não exige a prova de falta de discernimento, mas simplesmente cria a limitação no poder de escolher o regime de bens exclusivamente pelo fato de a pessoa ter atingido setenta anos. (OLIVEIRA, José Maria Leoni Lopes de. *Direito civil: família* – Rio de Janeiro: Forense, 2018. Pág. 562)

Efetivamente, trata-se de dispositivo legal inconstitucional, às escâncaras, ferindo frontalmente o fundamental princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), por reduzir a sua autonomia como pessoa e constrangê-lo pessoal e socialmente, impondo uma restrição que a norma constitucional não previu.

ARE 1309642 / SP

(...)

Sem dúvida, é uma absurda hipótese de presunção absoluta de incapacidade decorrente da senilidade, afrontando os direitos e garantias fundamentais constitucionais, violando, ainda, a dignidade do titular e razoabilidade entre a finalidade almejada pela norma e os valores por ela comprometidos. Trata-se de uma indevida e injustificada interdição compulsória parcial, para fins nupciais. (FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito civil: famílias – 12 ed. rev. e atual – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. Págs. 317-319)

Ante o exposto, pode-se fixar as seguintes premissas teóricas: i) a inconstitucionalidade da regra imposta pelo inc. II, do art. 1.641 do CC/02, em razão da imposição do regime da separação obrigatória de bens aos maiores de 70 anos ao contrair matrimônio; ii) impossibilidade da presunção de incapacidade relativa apenas pelo critério etário, **salvo na hipótese de indícios da incapacidade**; iii) a necessidade de observância pelo Estado do princípio da autonomia privada na gestão patrimonial de bens no casamento; e iv) os maiores de 70 anos podem optar por outro regime jurídico de bens ao contrair matrimônio, desde que o façam através de escritura pública. A ausência de opção por outra modalidade de regime implica na adoção do regime da separação obrigatória.

Por derradeiro, é importante frisar que o ordenamento jurídico não ceifa a possibilidade de proteção do patrimônio dos idosos ao contraírem matrimônio. Isto porque, não se afasta a possibilidade do instituto da interdição, porém para sua incidência devem estar preenchidos todos os requisitos legais, não bastando apenas o decurso da idade como um fator de limitador da capacidade do idoso.

II. Solucionar o caso concreto: Interpretação conforme à Constituição do inc. II do art. 1641 do CC/02. Necessidade de modulação dos efeitos.

ARE 1309642 / SP

Fixadas as premissas teóricas, que reconhecem a inconstitucionalidade da obrigatoriedade da regra disposta no inc. II, do art. 1.641 do CC/02, acarretando a necessária interpretação conforme à constituição do citado dispositivo legal para conferir liberalidade aos nubentes maiores de 70 anos na escolha do regime de bens no matrimônio, desde que observadas as solenidades. Passa-se à análise do caso concreto submetido ao julgamento desta Corte.

A priori, a solução para o caso seria de fácil resolução. Isto porque, bastaria realizar uma subsunção da premissa teórica obtida e obter o resultado esperado. Contudo, a presente solução deve ser vista *cum grano salis*, pois a declaração de inconstitucionalidade do inc. II do art. 1641 do CC/02 busca resguardar a autonomia privada, o princípio da dignidade da pessoa humana, dentre outros.

O ordenamento civilista brasileiro dispõe no art. 1.640 do CC/02³ que não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, aplica-se o regime de bens da comunhão parcial de bens. Portanto, no presente caso o reconhecimento da inconstitucionalidade do inc. II, do art. 1641 do CC/02, implicaria na incidência do regime da comunhão parcial de bens.

A ressalva a aplicação da solução prevista no ordenamento civilista decorre do fato que não há respeito a autonomia da vontade dos nubentes. Isto porque, não houve pelas partes qualquer irresignação em vida do regime de bens do casamento celebrado.

A aplicação automática da solução prevista pelo legislador no art. 1641 do CC/02, aniquila a liberdade dos nubentes em escolher o regime de bens no casamento, ferindo assim a autonomia da vontade.

3 _____ Art. 1.640. Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial.

ARE 1309642 / SP

Os casamentos realizados até o presente julgamento que tenham pelo menos um dos nubentes pessoa com idade superior a 70 anos devem permanecer com o regime da separação obrigatória de bens, salvo vontade expressa em sentido contrário pelos casados. Ressalta-se que o ordenamento jurídico pátrio permite a mudança de regime jurídico do casamento durante o matrimônio.

A necessidade de modulação da declaração de inconstitucionalidade tem como escopo proteger o princípio da dignidade da pessoa humana, da autonomia privada e do ato jurídico perfeito.

Desse modo, julgo improcedente o pedido efetuado no presente recurso extraordinário, tendo em vista a necessidade de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade do inc. II, do art. 1.641, do CC/02.

III. Tese de Repercussão Geral:

Sugestão de tese a ser fixada em sede de repercussão geral:

1. Interpreta-se conforme à Constituição a regra prevista no inc. II, do art. 1.641 do CC/02, afastando a obrigatoriedade do regime da separação obrigatória de bens nos casamentos contraídos por maiores de 70 anos, salvo na hipótese de incapacidade do idoso.

2. Os casamentos realizados antes da presente decisão terão o regime de bens mantidos, salvo manifestação de vontade expressa dos casados em alterar o regime jurídico de bens.

3. Os maiores de 70 anos podem optar por outro regime jurídico de bens ao contrair matrimônio, desde que o façam através de escritura pública. A ausência de opção por outra modalidade de regime implica na adoção do regime da separação obrigatória.

ARE 1309642 / SP

Ex positis, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso extraordinário.

É como voto.

01/02/2024

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.309.642 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. LUÍS ROBERTO BARROSO**
RECTE.(S) : **MARIA CECILIA NISPECHE DA SILVA**
ADV.(A/S) : **AGEU LIBONATI JUNIOR**
ADV.(A/S) : **ALEX LIBONATI**
RECDO.(A/S) : **SONIA MARIA RAYES PEREIRA E OUTRO(A/S)**
ADV.(A/S) : **MARCELO AUGUSTO DE SOUZA GARMS**
ADV.(A/S) : **RODRIGO LOPES GARMS**
ADV.(A/S) : **HERALDO GARCIA VITTA**
AM. CURIAE. : **INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA (IBDFAM)**
ADV.(A/S) : **MARIA BERENICE DIAS**
ADV.(A/S) : **RONNER BOTELHO SOARES**
ADV.(A/S) : **MARIA LUIZA POVOA CRUZ**
AM. CURIAE. : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
AM. CURIAE. : **ASSOCIAÇÃO DE DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES (ADFAS)**
ADV.(A/S) : **REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA**
ADV.(A/S) : **MONICA DEL ROSSO SCRASSULO**
ADV.(A/S) : **CARLOS ALBERTO GARBI**
ADV.(A/S) : **CAIO CHAVES MORAU**
ADV.(A/S) : **VENCESLAU TAVARES COSTA FILHO**
ADV.(A/S) : **DANILO PORFIRIO DE CASTRO VIEIRA**
ADV.(A/S) : **MARCO ANTONIO DA COSTA SABINO**
AM. CURIAE. : **INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS (IAB)**
ADV.(A/S) : **LUIZ PAULO VIEIRA DE CARVALHO**
ADV.(A/S) : **PEDRO TEIXEIRA PINOS GRECO**
AM. CURIAE. : **DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**
PROC.(A/S)(ES) : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL**

VOTO VOGAL

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

ARE 1309642 / SP

Senhor Presidente, saúdo a todos na pessoa de Vossa Excelência.

Já falei bastante. A rigor, minha tendência era manter a cogência da lei, porque estamos aqui no âmbito do direito de família. A princípio, entendo que isso não fere a autonomia de vontade, porque, como já foi dito aqui também, há outros instrumentos disponíveis, como testamento e doação; e o legislador optou por, dentro do matrimônio, haver uma convenção de idade. Mas, evidentemente, essa posição já está superada pelos debates, sempre conforme o espírito colaborativo.

No caso concreto, como já foi dito, não havendo a possibilidade de existir uma retroação sem acordo de vontades por escritura pública dos partícipes, seja de uma união estável, seja de um matrimônio, não haverá a alteração por convenção legal. Na ausência de algum pacto, seja antenupcial, seja pré-início de união estável, seja durante a união estável, seja posterior ao casamento na forma da legislação civil, estão preservados aqueles que não puderam dispor de sua vontade pelo impedimento legal que era cogente até tomarmos essa decisão.

Com esse espírito colaborativo, entendo que a solução dada se adéqua aos parâmetros constitucionais, preserva a segurança jurídica e evita o aumento da litigiosidade.

Com os acréscimos dos debates – sempre muito importantes –, acompanho Vossa Excelência e os Colegas que já votaram na solução dada por Vossa Excelência.

01/02/2024

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.309.642 SÃO PAULO

VOTO – VOGAL

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA: Senhor Presidente, cumprimento Vossa Excelência, mais uma vez, pela condução da sessão de abertura, e todos os Senhores Ministros, na pessoa do Decano, Senhor Ministro Gilmar Mendes. Cumprimento o Procurador-Geral da República, Doutor Paulo Gonet, os Senhores Advogados, os Servidores e todos os que nos acompanham.

Senhor Presidente, não tenho dúvida de que o encaminhamento dado por Vossa Excelência é perfeitamente coerente com os princípios constitucionais da dignidade, da autonomia da vontade, da possibilidade de a pessoa buscar a melhor forma de ser e de estar com o outro, no caso, o mais próximo, que é o companheiro, o marido, a esposa. Nesse sentido, a obrigatoriedade que vinha sendo e está expressa na norma é incompatível com esses princípios constitucionais.

Tivemos caso aqui, Senhor Presidente (acho que Vossa Excelência ainda não tinha chegado a integrar), em que o Ministro Peluso lembrava isto: *“Quer dizer que vou fazer 70 anos, continuo podendo julgar; agora, se eu fizer 70 anos e for me casar, não posso dispor da minha vontade; posso julgar sobre isso, acham que estou legitimado para, mas não estou legitimado para a minha vida pessoal por presunção legal?”*.

Também, Presidente, considero a importância que Vossa Excelência já enfatizou, porque o etarismo é uma das formas de preconceito desta sociedade enlouquecida na qual vivemos, quer dizer, precisa ser jovem e feliz sempre! Ninguém é jovem e feliz sempre, a não ser que morra antes de poder continuar.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO

ARE 1309642 / SP

(PRESIDENTE E RELATOR) - Jovem é impossível; feliz, até dá, não é?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA: Para sempre, o tempo todo? Eu acho que tem de ter um toque de loucura nisso aí, porque feliz o tempo todo, nesse mundo em que nós vivemos, não é tarefa realmente fácil. A dor de viver, para mim, faz parte; ela não pode é prevalecer sobre a alegria.

Mas, de todo jeito, nós sabemos e, em sociedades como a nossa, por exemplo, brasileira, os homens ficam maduros aos cinquenta, as mulheres ficam velhas aos trinta, a partir dos trinta. Portanto, o preconceito é muito maior. E nós estamos gerando uma sociedade de pessoas muito adoecidas, Presidente.

O tal padrão de corpo, que agora prevalece também para os homens, mas, para nós, mulheres, tem levado mulheres a fazerem, não só mulheres, estou acentuando, mas foi predominante durante muito tempo como vestimos, e agora não podendo apenas se circunscrever ao vestir, as pessoas cortam seus corpos, submetem-se a todo tipo de procedimento dito estético. Pior ainda, agora chamam de harmonização.

Bem, eu, como sou uma mulher quase centenária, harmonizada perfeitamente comigo mesma, eu tento me harmonizar com o mundo, mas não é cortando, recortando, submetendo a procedimentos loucos para parecer o que não se é, porque não se é jovem aos setenta anos. Esse é um dado neste mundo em que nós vivemos. Pode ser que, daqui a cinquenta anos, aos cem anos de idade, seja novo.

Mas não significa também que seja incapaz, que não tenha autonomia, que não pode, até porque amar a gente pode sempre. Imagino, digo pela longevidade da minha família, porque a gente fica realmente preocupado quando homens e mulheres começam a se apaixonar aos noventa, mas acontece. E, quando acontece, é mais

ARE 1309642 / SP

perigoso, porque, às vezes, nós, mulheres, ainda queremos um mais ou menos parecido. Os homens em geral, o brasileiro gosta de... é sempre a mulher de cabelo mais curto que é trocada por uma de cabelo mais longo, Presidente, porque as jovens usam cabelos mais longos. Isso é um dado. Não significa a obrigatoriedade de ter que se submeter a um regime de casamento ou estar em união estável, de qualquer forma, obrigatoriamente, porque o legislador assim quis, porque isso é uma presunção de etarismo, de preconceito.

Vossa Excelência tem toda razão – idade, mesmo sexo, pode ser fator de discrimen quando for coerente com a finalidade buscada e só se pode obter aquela.

No celeberrimo parecer do Francisco Campos, ele diz que, se vai contratar pessoa para cargo no qual é necessária condição física de que pessoa mais velha não possa dispor comprovadamente, nessa situação comprova-se a impossibilidade do exercício do cargo. Isso para cargo público. Entretanto não significa que uma pessoa de setenta ou de oitenta anos, eu digo pelo meu pai, por exemplo, que comandou a família até os noventa e sete, morreu com noventa e oito, mas mandando e comandando e fazendo. Quer dizer, a cabeça funcionava muito bem, portanto ele conseguiu isso até o final. Há pessoas que com quarenta anos já não podem comandar nem a própria vida. Isso também é da dor do viver.

Então, eu acho que a interpretação mantém a norma em reverência ao Congresso Nacional, que agiu no sentido de tentar a proteção com resguardo também de outros valores, como o da família. Mas também não vejo, e acho que essa interpretação é benéfica e coerente com os valores e os princípios constitucionais, porque também não vejo como filhos, parentes etc. ficarem preocupados só com o dinheiro, sendo que muitas vezes a companheira, o companheiro, nesses momentos de fragilidade, estão ali construindo, reconstruindo e principalmente

ARE 1309642 / SP

cuidando, na perspectiva que o Ministro Fachin agora lembra, do direito de ser feliz até o último minuto. Até porque a vida não pode ser sofrimento, menos ainda no momento em que já se batalhou, já se labutou, se constrói alguma coisa, mas então quem nem cuida, quem nem comparece, quem nem visita, pressupõe que aquilo lhe pertence. Não há herança de pessoa viva, a não ser dos valores e exemplos que pai e mãe podem deixar. E mais, o pai e a mãe também são mulheres e homens com todo o direito de serem felizes até o final.

Por isso, considero que essa interpretação corresponde exatamente a um dado, para também não ficar solto, porém não como a obrigatoriedade. E considerado, portanto, o caso específico, eu também me conduzo no sentido de estender à união estável, porque não estava previsto, e fazer com que a interpretação seja tida como a faculdade de não se submeter a essa norma de obrigatoriedade, podendo sempre haver a faculdade de alterar o regime.

Portanto, nesse sentido, acompanho o voto de Vossa Excelência e a tese também.

01/02/2024

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.309.642 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. LUÍS ROBERTO BARROSO**
RECTE.(S) : **MARIA CECILIA NISPECHE DA SILVA**
ADV.(A/S) : **AGEU LIBONATI JUNIOR**
ADV.(A/S) : **ALEX LIBONATI**
RECDO.(A/S) : **SONIA MARIA RAYES PEREIRA E OUTRO(A/S)**
ADV.(A/S) : **MARCELO AUGUSTO DE SOUZA GARMS**
ADV.(A/S) : **RODRIGO LOPES GARMS**
ADV.(A/S) : **HERALDO GARCIA VITTA**
AM. CURIAE. : **INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA (IBDFAM)**
ADV.(A/S) : **MARIA BERENICE DIAS**
ADV.(A/S) : **RONNER BOTELHO SOARES**
ADV.(A/S) : **MARIA LUIZA POVOA CRUZ**
AM. CURIAE. : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
AM. CURIAE. : **ASSOCIAÇÃO DE DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES (ADFAS)**
ADV.(A/S) : **REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA**
ADV.(A/S) : **MONICA DEL ROSSO SCRASSULO**
ADV.(A/S) : **CARLOS ALBERTO GARBI**
ADV.(A/S) : **CAIO CHAVES MORAU**
ADV.(A/S) : **VENCESLAU TAVARES COSTA FILHO**
ADV.(A/S) : **DANILO PORFIRIO DE CASTRO VIEIRA**
ADV.(A/S) : **MARCO ANTONIO DA COSTA SABINO**
AM. CURIAE. : **INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS (IAB)**
ADV.(A/S) : **LUIZ PAULO VIEIRA DE CARVALHO**
ADV.(A/S) : **PEDRO TEIXEIRA PINOS GRECO**
AM. CURIAE. : **DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**
PROC.(A/S)(ES) : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL**

VOTO - VOGAL

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Boa tarde, Presidente.

ARE 1309642 / SP

Cumprimento-o pela brilhante alocação que fez na abertura do Ano Judiciário. Cumprimento também nosso colega e amigo Paulo Gonet Branco, e todos os Colegas, em nome da Ministra Cármen Lúcia, e dizer também, Presidente, que Vossa Excelência trouxe um tema que permitiria uma série de considerações à luz da própria teoria constitucional. Muito provavelmente, se estivéssemos a julgar este caso há 10 anos ou mais, talvez tivéssemos um outro resultado. Aqui, acho que, nos argumentos trazidos, aparecem muitos argumentos na linha de um processo de inconstitucionalização consolidado.

Os próprios dados estatísticos que Vossa Excelência e também outros Ministros esgrimiram mostram exatamente que houve uma mudança significativa - aquela separação que Friedrich Müller fazia entre o programa normativo e o âmbito normativo, quer dizer, a mudança da realidade que subjaz à norma, e isto, de certa forma, leva à revisão.

Também a solução que se adota me parece bastante interessante no que diz respeito à deferência para com a decisão do próprio Parlamento, porque transforma uma norma inicialmente concebida como norma de caráter cogente em uma norma de caráter supletivo. Então, a mim me parece que também se faz justiça em relação a essa temática, deixando em aberto eventuais reformas que possam vir para o futuro.

De modo que eu, às inteiras, estou acompanhando o voto de Vossa Excelência com os acréscimos ou as incorporações feitas a partir das considerações trazidas pelo Ministro André Mendonça e pelo Ministro Zanin.

Cumprimento-o pela construção.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.309.642

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. LUÍS ROBERTO BARROSO

RECTE.(S) : MARIA CECILIA NISPECHE DA SILVA

ADV.(A/S) : AGEU LIBONATI JUNIOR (144716/SP)

ADV.(A/S) : ALEX LIBONATI (159402/SP)

RECDO.(A/S) : SONIA MARIA RAYES PEREIRA E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S) : MARCELO AUGUSTO DE SOUZA GARMS (212791/SP)

ADV.(A/S) : RODRIGO LOPES GARMS (159092/SP)

ADV.(A/S) : HERALDO GARCIA VITTA (22721/MS, 458002/SP)

AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA (IBDFAM)

ADV.(A/S) : MARIA BERENICE DIAS (32863/DF, 68108A/GO, 74024/RS)

ADV.(A/S) : RONNER BOTELHO SOARES (117094/MG)

ADV.(A/S) : MARIA LUIZA POVOA CRUZ (32005/GO)

AM. CURIAE. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO DE DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES (ADFAS)

ADV.(A/S) : REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA (60415/SP)

ADV.(A/S) : MONICA DEL ROSSO SCRASSULO (310883/SP)

ADV.(A/S) : CARLOS ALBERTO GARBI (80566/SP)

ADV.(A/S) : CAIO CHAVES MORAU (69541/DF, 357111/SP)

ADV.(A/S) : VENCESLAU TAVARES COSTA FILHO (22407/PE)

ADV.(A/S) : DANILO PORFIRIO DE CASTRO VIEIRA (46360/DF)

ADV.(A/S) : MARCO ANTONIO DA COSTA SABINO (253961/RJ, 222937/SP)

AM. CURIAE. : INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS (IAB)

ADV.(A/S) : LUIZ PAULO VIEIRA DE CARVALHO (029117/RJ)

ADV.(A/S) : PEDRO TEIXEIRA PINOS GRECO (183330/RJ)

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

Decisão: Após a leitura do relatório e a realização das sustentações orais, o julgamento foi suspenso. Falaram: pelos recorridos, o Dr. Heraldo Garcia Vitta; pelo *amicus curiae* Instituto Brasileiro de Direito de Família-IBDFAM, a Dra. Maria Luiza Póvoa Cruz; pelo *amicus curiae* Ministério Público do Estado de São Paulo, o Dr. Mário Luiz Sarrubbo, Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo; pelo *amicus curiae* Associação de Direito de Família e das Sucessões - ADFAS, a Dra. Regina Beatriz Tavares da Silva; e, pelo *amicus curiae* Defensoria Pública da União, o Dr. Gustavo Zortéa da Silva, Defensor Público Federal. Presidência do Ministro Luís Roberto Barroso. Plenário, 18.10.2023.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, apreciando o tema 1.236 da repercussão geral, negou provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator, Ministro Luís Roberto Barroso (Presidente). Em seguida, foi fixada 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". Plenário, 1º.2.2024.

Presidência do Senhor Ministro Luís Roberto Barroso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Nunes Marques, André Mendonça e Cristiano Zanin.

Procurador-Geral da República, Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário