

REFLEXÕES SOBRE ETARISMO, AUTONOMIA E IMPOSIÇÃO DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS AOS SEPTUAGENÁRIOS

Mariadiney Santos Silva¹
Rita Simões Bonelli²

RESUMO

Este artigo examina a imposição do regime de separação de bens aos maiores de setenta anos sob uma perspectiva crítica, explorando as implicações dessa previsão legal à luz do etarismo e autonomia da vontade. A pesquisa inicia com uma revisão bibliográfica contextualizando o regime de separação de bens no casamento, demonstrando como essa norma cogente cria indiretamente uma modalidade de incapacidade, colocando a pessoa maior de 70 anos como inapta às escolhas da sua vida privada, limitando a autonomia da vontade apenas pela condição de idade; e como esse cerceamento também repercute em temas sensíveis da bioética, tais como etarismo, desencadeando estigmas que reverberam em concepções sociais preconceituosas frequentemente associadas ao envelhecimento. Ao logo da pesquisa também é analisado posicionamento dos tribunais em torno do tema e as discussões jurisprudenciais quem têm tomado forma. Ao final, o artigo conclui com reflexões sobre a importância de repensar a legislação, visando garantir efetivamente o direito de autodeterminação da pessoa idosa. Este artigo busca contribuir academicamente para uma discussão mais ampla sobre a igualdade de direitos para todas as faixas etárias e o reconhecimento da autonomia dos septuagenários escolherem livremente o regime de bens que melhor lhes aprouver.

Palavras-chave: Autonomia; separação obrigatória de bens; etarismo; envelhecimento.

ABSTRACT

This article examines the imposition of the separation of property regime on those over seventy years of age from a critical perspective, exploring the implications of this legal provision in light of ableism, ageism and autonomy of will. The research begins with a bibliographical review contextualizing the regime of separation of property in marriage, demonstrating how this cogent norm indirectly creates a type of incapacity, placing people over 70 years of age as incapable of making choices in their private life, limiting the autonomy of their will. only due to age condition; and how this restriction also impacts sensitive themes in bioethics, such as ableism and ageism, triggering stigmas that reverberate in prejudiced social conceptions often associated with aging. During the research, the position of the courts on the topic and the jurisprudence discussions that have taken shape are also analyzed. At the end, the article concludes with reflections on the importance of rethinking legislation, aiming to effectively guarantee the right to self-determination of elderly people. This article seeks to contribute academically to a broader discussion about equal rights for all age groups and the recognition of the autonomy of septuagenarians to freely choose the property regime that suits them best.

Palavras-chave: Self-determination; property regime; ableism; ageism; aging.

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSAL).

² Doutora em Família na Sociedade Contemporânea (UCSAL), Mestre em Direito Econômico (UFBA), bacharela em Direito (UCSAL) e em Comunicação (UFBA), coordenadora da Pós-Graduação Lato Sensu em Família e Sucessões (UCSAL), Membro Instituto Brasileiro de Direito de Família e Sucessões (IBDFAM), Coordenadora Científica IBDFAM-Ba.

1 INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro, mais especificadamente Código Civil de 2002 (CC), possibilita aos nubentes escolherem o regime de bens que mais se adequa às suas preferências. Essa liberdade é insculpida no princípio da autonomia da vontade, instituto basilar nas relações contratuais. Os noivos, então, têm a possibilidade de optarem por qualquer um dos quatro regimes estabelecidos no Código Civil ou podem criar um regime de bens personalizado.

Entretanto, a autonomia de escolher o regime de bens não é uma prerrogativa universal e aplicável todas as situações. O inciso II, do art. 1.641 do Código Civil estabelece de forma impositiva o regime de separação de bens aos nubentes aos maiores de setenta anos, em evidente cerceamento da autonomia da vontade da pessoa idosa apenas por sua condição de idade.

Nesse contexto, surge uma questão crucial que motiva este estudo: a imposição do regime de separação de bens aos septuagenários é justa à luz das normas legais vigentes e do princípio da autonomia da vontade ou seria essa previsão legal mais um reflexo do etarismo e discriminação da pessoa idosa frente a uma sociedade globalizada que exalta a juventude?

Esta pesquisa se justifica pela importância de refletir sobre a imposição do regime de separação de bens aos septuagenários à luz das perspectivas da legalidade, autonomia da vontade e etarismo, com o intuito de promover uma discussão que contribua para a construção de um sistema jurídico mais justo e igualitário, que respeite a dignidade e os direitos das pessoas idosas em nossas sociedades em constante evolução.

Assim, este trabalho tem como objetivo geral analisar as bases legais que sustentam a imposição do regime de separação de bens aos septuagenários, bem como investigar como elas podem perpetuar estereótipos discriminatórios apenas pela condição de idade, reverberando no cerceamento da autonomia da vontade.

Como objetivos específicos, cumpre analisar como o cerceamento da autonomia da vontade reverbera ainda mais em impactos negativos acerca da pessoa idosa, repercutindo em etarismo e discriminação deste grupo etário; além de demonstrar que os septuagenários não estão no rol de incapazes dos artigos 3º e 4º do Código Civil, portanto têm direito e capacidade plena para adotar o regime de bens que melhor lhes aprouver.

Primeiramente, o trabalho busca examinar como está disposto nos referenciais teóricos o instituto da autonomia e sua conceituação bioética, a qual muitas vezes é desafiada por uma característica complexa e insidiosa conhecida como o etarismo.

Seguidamente, será abordado os institutos de proteção jurídica contra os abusos às pessoas de geração mais avançada. Para tanto, será analisada a influência de instrumentos legais

internacionais, como a Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos, bem como a legislação nacional, notadamente o Estatuto do Idoso.

Logo após, será identificado os estatutos patrimoniais dos cônjuges, sobretudo o regime de separação de bens e seus desdobramentos patrimoniais. Sucessivamente, será analisado a imposição do regime de separação de bens aos septuagenários, questionando se tal medida representa um cerceamento da capacidade jurídica desses indivíduos ao ponto de colocá-los, de modo camuflado, no rol de relativamente incapazes apenas pelo critério de idade, cerceando sua autonomia.

Ato contínuo, será analisado pormenorizadamente o sentido e alcance da imposição do regime de separação de bens aos septuagenários, disposta no inciso II do art. 1.641 do Código Civil, à luz da Súmula 655 do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Continuamente, será examinado se a Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal (STF) cria uma modalidade híbrida de regime de bens, fazendo a fusão entre o regime de separação legal obrigatória e separação parcial de bens, ao passo que analisará a (im) possibilidade de realização de pacto antenupcial convencionando a separação total de bens e afastando a incidência mencionada Súmula.

Posteriormente, será colocado em evidência o Recurso Extraordinário do Agravo (ARE) 1309642 que teve repercussão geral reconhecida pelo STF, em que se discutirá a (in)constitucionalidade do inciso II do art. 1.641 do CC. Em consonância com isso, será analisado o Parecer da Procuradoria Geral da República (PGR) em emitiu opinativo pela constitucionalidade da norma.

Por fim, em conclusão a esta pesquisa acadêmica será explorado possíveis alternativas para modificar o cenário atual, promovendo abordagens que fomentem aos septuagenários autonomia da vontade para protagonizarem suas tomadas de decisões.

Considerando o exposto, é fundamental ressaltar a importância do tema, pois busca contribuir para a comunidade acadêmica ao evidenciar a notória restrição da autonomia das pessoas com mais de setenta anos, que são impedidas de deliberar sobre o regime de bens que mais lhes convém. Este cerceamento da autonomia, repercute de forma significativa no contexto do etarismo.

Nesse sentido, este estudo adota uma abordagem metodológica hipotético-dedutiva, envolvendo a formulação de um problema e a elaboração de hipóteses como parte do seu processo de investigação. No que diz respeito aos métodos empregados, trata-se de uma pesquisa bibliográfica de natureza qualitativa, que se baseia na análise de jurisprudências, obras doutrinárias e estudos científicos pré-existentes relacionados à temática em questão.

2 AUTONOMIA DA VONTADE DA PESSOA IDOSA E ETARISMO

O processo de envelhecimento é uma fase natural “que ocorre ao longo de toda a experiência de vida do ser humano, por meio de escolhas e de circunstância” (Brasil, 2006). Contudo, o ato de envelhecer apresenta desafios multidimensionais, a exemplo do etarismo que repercute diretamente no cerceamento da autonomia da vontade do idoso.

O etarismo é definido de acordo com Palmore (1999) apud Loth e Silveira (2014, p. 06) “[...] como qualquer prejuízo ou discriminação contra ou a favor de uma faixa etária [...], é o tratamento negativo inapropriado de membros daquela faixa etária.” O etarismo resulta em discriminação baseada na idade, em que estereótipos negativos são direcionados a indivíduos simplesmente por sua condição de idade. Essa situação pode restringir a capacidade da pessoa idosa de exercer sua autonomia, uma vez que amplia os estigmas sociais que levam à desconfiança em relação às habilidades cognitivas, à tomada de decisões e à autodeterminação da pessoa idosa.

A autonomia é uma das vertentes da bioética que está diretamente interligada a análise de dilemas das relações humanas, o que expressa o poder de tomar as próprias decisões, assumindo o protagonismo da própria vida (Cunha et al. 2012, p. 05). Segundo Silva e Rezende (2017, p. 15) a autonomia consiste “na capacidade de pensar, decidir e agir com base em tal pensamento e decisão de modo livre e independente [...] ter autonomia é ser dotado da capacidade de autolegislar-se segundo a sua própria liberdade”.

Os estereótipos negativos associados ao envelhecimento, como a ideia de que os idosos são frágeis, dependentes ou cognitivamente comprometidos, podem levar a sociedade e instituições a subestimar a capacidade da pessoa idosa de se autodeterminar na tomada de decisões diretas de sua própria vida. Há uma construção social que associa o envelhecimento à senilidade que precisa ser vencida, sobretudo porque esta percepção discriminatória e equivocada repercute negativamente na autodeterminação da pessoa idosa, “autorizando intervenções que restringem a autonomia do sujeito, violando assim sua dignidade” (Costa, p. 73, 2022).

A compreensão integral da dignidade humana requer, primordialmente, o reconhecimento da relevância da autonomia. Essa autonomia se manifesta pela capacidade de autodeterminação. Nesse sentido:

A dignidade como autonomia envolve, em primeiro lugar, a *capacidade de autodeterminação*, o direito de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente a própria personalidade. Significa o poder de realizar as escolhas morais relevantes, assumindo a responsabilidade pelas decisões tomadas. Por trás da ideia de autonomia está um sujeito moral capaz de se autodeterminar, traçar planos de vida e

realizá-los. Nem tudo na vida, naturalmente, depende de escolhas pessoais. Há decisões que o Estado pode tomar legitimamente, em nome de interesses e direitos diversos. Mas decisões sobre a própria vida de uma pessoa, escolhas existenciais sobre religião, casamento, ocupações e outras opções personalíssimas que não violem direitos de terceiros não podem ser subtraídas do indivíduo, sob pena de se violar sua dignidade. (Gozzo; Ligiera, 2012, p. 39, grifo do autor)

O fator idade, por si só, não é indicador de ausência de capacidade cognitiva. Muitos idosos mantêm um alto nível de capacidade intelectual e de tomada de decisões e é injusto presumir o contrário apenas em decorrência do envelhecimento humano. A autonomia da pessoa idosa não deve ser cerceada em razão de estigmas enraizados que lastreiam a sociedade, pois, além de ser discriminatório, sob o prisma bioético somente “a autonomia da pessoa humana pode conferir legitimidade a uma ação que a envolva” (Silva; Rezende, 2017, p. 19).

De modo geral, é princípio fundamental que o ser humano exerça controle sobre sua própria existência, sendo a autonomia e autodeterminação condições indispensáveis a esse exercício. Importa ressaltar que o envelhecimento não deve ser automaticamente correlacionado à senilidade e incapacidade cognitiva. Na eventualidade de sinais que indiquem a necessidade de curatela de uma pessoa idosa, é imperativo seguir os procedimentos apropriados e estabelecidos na legislação vigente.

Assim, a pessoa idosa não deve receber tratamento diferenciado pela sua condição de idade. O viés insidioso e discriminatório em relação à capacidade cognitiva da pessoa idosa não deve servir como parâmetro para medir sua autonomia. A autonomia deve ser preservada, seja no meio social, jurídico ou familiar. Deve-se partir do pressuposto de que toda pessoa, ao atingir a maioridade civil e observadas as ressalvas da lei, é capaz de tomar as suas próprias decisões, não devendo presumir incapacidade ou falta de discernimento.

2.1 PROTEÇÃO JURÍDICA CONTRA ABUSOS ÀS PESSOAS DE GERAÇÕES MAIS AVANÇADAS

A violação aos direitos das pessoas idosas pode assumir diversas formas, incluindo abuso físico, emocional e financeiro. A maioria das nações reconhece a necessidade de proteger os direitos e a dignidade desse grupo etário e têm convencionado tratados internacionais e instituído leis e regulamentos para esse fim.

Há diversos mecanismos internacionais que fomentam à proteção aos direitos fundamentais do ser humano, repercutindo direta e indiretamente na proteção à pessoa idosa. A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) foi um marco unificador dos países da comunidade internacional no que tange a promoção dos direitos humanos (Ramos, 2017, p. 63).

Posteriormente, a Declaração e Programa de Ação de Viena (1993) reafirmou que todos os seres humanos são beneficiários de direitos e liberdades, inclusive de participar ativamente de sua realização (Declaração e Programa de Ação de Viena, 1993, p. 02).

Esses documentos são fundamentais para solidificar a máxima de que os direitos são inerentes ao ser humano. Todo ser humano, independentemente de sua idade, são sujeitos de direitos e deveres. Em um apanhado histórico internacional tem-se que a Resolução n. 46/91, da Assembleia Geral das Nações Unidas, aprovada em 16 de dezembro de 1991, que instituiu os Princípios das Nações Unidas a respeito dos Idosos, foi um dos primeiros documentos a abordar os direitos dos idosos, estabelecendo diretrizes de independência, participação, assistência, realização pessoal e dignidade com o intento de que os governos incorporassem como princípios no âmbito nacional quando da realização das leis internas (Silva; Boulos, Bosch, 2023, p. 167)

No sistema regional interamericano destaca-se a Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos (2015), a qual dispõe diretrizes específicas sobre os direitos da pessoa idosa. Muitos outros documentos internacionais ampliaram e reafirmaram o compromisso com a proteção dos direitos humanos, sendo tais princípios e direitos incorporados internamente no ordenamento jurídico brasileiro.

Em âmbito nacional, a Constituição da República Federativa do Brasil (1988) traz como cláusulas pétreas os direitos e garantias individuais. A Carta Magna dedica atenção especial às pessoas idosas, não apenas instituindo direitos que as resguardem, mas também garantindo sua dignidade e objetivando a eliminação da discriminação baseada na idade ou outros fatores.

A Lei nº 10.741/2003, que estabelece o Estatuto da Pessoa Idosa, representa um dos principais dispositivos legais de proteção aos idosos no Brasil. Essa legislação detalha minuciosamente os direitos das pessoas idosas, reforçando a concepção do envelhecimento como um direito fundamental. Ela assegura a preservação da integridade física, psíquica e moral, bem como a salvaguarda da imagem, identidade, autonomia, valores, ideias e opiniões, além de proteger os espaços e objetos pessoais dos idosos (Brasil, 2003).

Outra legislação interna importantíssima é a Lei nº 8.842/1994, que estabelece a Política Nacional da Pessoa Idosa (antes Política Nacional do Idoso), a qual dispõe uma série de princípios norteadores, incluindo a não discriminação por idade, a participação ativa dos idosos na comunidade, a preservação da saúde física e mental, a promoção da autonomia e da integração social, a proteção contra a negligência, a violência e a exploração, entre outros (Brasil, 1994).

2.2. CONVENÇÃO INTERAMERICANA SOBRE A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DOS IDOSOS

A Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos foi aprovada em 15 de junho de 2015 pelos Estados Membros da Organização dos Estados Americanos (OEA), em Washigton DC, sendo assinada pela Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica e Uruguai (Silva; Boulos; Bosch, 2023, p. 100).

A referida convenção tem como objetivo principal, conforme previsto no seu artigo 1º, garantir a proteção e o reconhecimento pleno dos direitos e liberdades fundamentais das pessoas idosas. O objetivo é garantir que elas desfrutem, em condições de igualdade, o pleno exercício de seus direitos, promovendo a ampla inclusão e participação na sociedade.

Desde o preâmbulo o instrumento internacional dispõe que os estados signatários do instrumento reconhece às pessoas, conforme vão envelhecendo, “uma vida plena, independente e autônoma, com saúde, segurança, integração e participação ativa nas esferas econômica, social, cultural e política de suas sociedades” (OEA, 2015, p. 02).

Ademais, no art. 3º do instrumento internacional há princípios gerais a serem observados, dentre os quais se destacam a dignidade, independência, protagonismo, igualdade, não discriminação e autonomia da pessoa idosa. O art. 30 determina que as pessoas idosas têm o direito de terem sua capacidade jurídica reconhecida em igualdade de condições com as demais pessoas, devendo ser reconhecidas como sujeitos de direitos e deveres, sem qualquer tipo de cerceamento de sua autonomia em razão da idade (OEA, 2015, p. 20).

O instrumento internacional além de reafirmar e reconhecer direitos, determina também que os países signatários disponha de mecanismos para a efetivação, de modo que as pessoas idosas possa garantir, igualitariamente aos demais indivíduos, a propriedade de seus bens, bem como o controle de seus assuntos econômicos. Assim dispõe o art. 30 da referida Convenção:

os Estados Partes tomarão todas as medidas pertinentes e efetivas para garantir o direito do idoso, em igualdade de condições com as demais pessoas, a ser proprietário e herdar bens, controlar seus próprios assuntos econômicos e ter acesso em igualdade de condições a empréstimos bancários, hipotecas e outras modalidades de crédito financeiro e zelarão para que o idoso não seja privado de seus bens de maneira arbitrária. (OEA, 2015, p. 20)

Relativamente ao direito à independência e autonomia da pessoa idosa, a Convenção consagra em seu art. 11 a possibilidade da pessoa idosa se autodeterminar, realizando as escolhas e decisões de seu plano de vida conforme seu entendimento. Isso engloba desde a deliberação em assuntos relacionados à saúde até questões de natureza patrimonial e pessoal.

O multicitado instrumento regional reconhece uma série de direitos que colocam as pessoas idosas em par de igualdade com os demais indivíduos da sociedade, eliminando a concepção equivocada de concomitância entre envelhecimento e senilidade. Reconhece-se que o envelhecimento não diminui a dignidade, a autonomia ou a capacidade de contribuição dessas pessoas para a sociedade.

2.3 ESTATUTO DA PESSOA IDOSA

O Estatuto da Pessoa Idosa, inicialmente denominado Estatuto do Idoso, foi instituído no Brasil por meio da Lei n. 10.741/2003, sendo posteriormente objeto de modificações pela Lei n. 14.423/2022. Esta última legislação promoveu alterações na redação da ementa da Lei, modificando a terminologia anterior, que empregava o termo "idoso" e "idosos", pelas expressões "pessoa idosa" e "pessoas idosas", respectivamente.

Entre outras disposições, a referida legislação consigna que é considerado idosa a pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos. A sua redação é consubstanciada nas diretrizes preconizadas pela Política Nacional do Idoso, instituída pela Lei n. 8.842/1994. Nesse sentido, a legislação reitera os direitos e garantias fundamentais insculpidas no art. 5º da Constituição Federal, consagrando outros direitos a essas pessoas.

O art. 8º do Estatuto da Pessoa Idosa assegura que “o envelhecimento é um direito personalíssimo e a sua proteção um direito social [...]” (Brasil, 2003). Depreende-se, portanto, que o processo de envelhecimento é uma fase da vida que deve ser tratada com respeito e dignidade, devendo ser visto de maneira positiva e com a proteção social e jurídica adequada.

O art. 10 do Estatuto da Pessoa Idosa também consagra o direito ao respeito, sendo este definido no §2º do mesmo artigo como a "inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral, incluindo a preservação da imagem, identidade, autonomia, valores, ideias, convicção, espaços e objetos pessoais" (Brasil, 2003).

Dessa forma, ao passo que o diploma fornece medidas garantistas de proteção à pessoa idosa contra abusos físicos, emocionais e financeiros, ele igualmente reconhece essa pessoa como um indivíduo dotado de capacidade para tomar decisões diretivas de sua própria vida, desfrutando de liberdade e autonomia.

Entretanto, apesar da existência dessas disposições legais, verifica-se que a sociedade e o Estado muitas vezes não atendem ao que está previsto. Quando chegada a velhice, é recorrente observar uma usurpação da autonomia da pessoa idosa. Comumente, os filhos assumem o controle dos bens dos pais, restringindo, assim, sua liberdade de escolha. O Estado, por sua vez,

por meio de suas leis, impõe limitações à liberdade dos idosos para adotarem o regime de bens que melhor lhes convém, por exemplo.

3 O ESTATUTO PATRIMONIAL DOS CÔNJUGES E O PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE ESCOLHA

A Lei n. 10.406/2002, que instituiu o Código Civil, prevê quatro modalidades típicas de regime de bens a serem escolhidas livremente pelos nubentes quando da consagração do matrimônio, sendo eles: comunhão parcial, comunhão universal, participação final nos aquestos e separação de bens (Brasil, 2002). Além dos tipicamente previstos, é permitida a escolha de outro regime com cláusulas próprias, pois de acordo com o art. 1.639 do CC “é lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver” (Brasil, 2002).

O parágrafo único do art. 1.640 do Código Civil reflete o princípio da liberdade de escolha e da autonomia privada, ao estabelecer que “poderão os nubentes, no processo de habilitação, optar por qualquer dos regimes que este código regula [...]” (Brasil, 2002). Esse dispositivo legal reforça a ideia de que os noivos têm autonomia para escolherem entre os regimes matrimoniais previstos no código, típicos e atípicos, durante o processo de habilitação.

A liberdade de escolha emerge como um dos princípios norteadores do instituto patrimonial. A partir desse preceito, manifesta-se a autonomia e a liberdade dos nubentes para elegerem o regime de bens que for mais conveniente, não devendo tal escolha ser submetida a influências ou imposições estatais. Nesse sentido:

O instituto patrimonial dos cônjuges são submetidos à três princípios, sendo: liberdade de escolha, variabilidade e mutabilidade [...] o princípio da liberdade de escolha, em que os nubentes de acordo com autonomia e liberdades escolhem o regime de bens que foram mais convenientes, não devendo o Estado intervir coativamente na relação matrimonial impondo um regime. (Gagliano; Pamplona Filho, 2023, p. 114)

Ocorre que essa discricionariedade para escolher o regime de bens não é comum a todos. O art. 1.641, II do CC impõe aos maiores de setenta anos o regime de separação de bens. Há duas modalidades deste regime: a primeira, delineada no art. 1.687 do CC, que refere-se à separação convencional, a qual é acordada entre os cônjuges por meio de um pacto antenupcial; e a segunda, descrita no art. 1.688 do CC, que trata da separação legal ou obrigatória, imposta aos nubentes em situações específicas determinadas no art. 1.641 do CC, dentre elas quando um dos nubentes tiver idade igual ou maior que setenta anos.

Nesse regime de bens o patrimônio do casal não se comunica antes ou depois do casamento, ficando cada um responsável pela administração de seu acervo patrimonial. Nesse sentido Flávio Tartuce:

[...] o regime da separação de bens pode ser *convencional* (origem em pacto antenupcial) ou *legal ou obrigatório* (nos casos do art. 1.641 da atual codificação) [...] O primeiro dispositivo traz a regra básica quanto ao regime, ou seja, a de que não haverá a comunicação de qualquer bem, seja posterior ou anterior à celebração do casamento, cabendo a administração desses bens de forma exclusiva a cada um dos cônjuges. Justamente por isso, cada um dos cônjuges poderá alienar ou gravar com ônus real os seus bens mesmo sendo imóveis, nas hipóteses em que foi convencionada a separação de bens (Tartuce, 2023, p. 197, grifo do autor).

Conforme destacado por Gagliano e Pamplona Filho (2023, p. 47), a natureza jurídica do casamento é definida como sendo “uma especial modalidade de contrato, qualificada pelo Direito de Família.” Nesse sentido, além de ser uma instituição de cunho afetivo, o casamento também se reveste de uma natureza contratual. Os nubentes, movidos por sua livre e espontânea vontade, celebram o matrimônio com o propósito não apenas de compartilhar uma vida conjugal, mas também, inerentemente, uma vida patrimonial.

O Código Civil de 2002, como marco normativo que regula as relações privadas, tem sua abordagem sob a égide da autonomia privada. Contrair matrimônio, à luz desse código, é uma decisão independente e autônoma, equiparada a outras manifestações da autonomia, como a compra e venda de bens imóveis.

Assim, a legislação civil consagra a liberdade de escolha e autonomia privada, conferindo aos indivíduos a prerrogativa de conduzirem suas vidas pessoais e patrimoniais de acordo com suas próprias decisões e valores. No entanto, a exceção a esses princípios, ao conferir tratamento diferenciado aos septuagenários, emerge como uma medida que suscita preocupações de caráter discriminatório.

O princípio da autonomia privada encontra-se intimamente associado à liberdade de escolha. Conforme destacado por Tartuce (2023, p. 134), a autonomia privada deriva da liberdade e da dignidade humana, representando o direito que um indivíduo possui de autorregular-se. Nesse contexto, é evidente a restrição da autonomia privada dos nubentes maiores de setenta anos quando há imposição do regime legal obrigatório (Tartuce, 2023, p. 146).

3.1 A SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS E A LIMITAÇÃO DA AUTONOMIA DOS SEPTUAGENÁRIOS

Existem circunstâncias que o regime de bens não é apenas sugerido aos nubentes, mas imposto pelo ordenamento jurídico, como é o caso do regime de separação legal de bens. As três hipóteses em que é impositivo esse regime de bens estão previstas no art. 1.641 do CC, a saber:

- 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 suprimento judicial. (Brasil, 2002)

Conforme previsto no II do art. 1642 do CC, é imposto o regime de separação de bens aos nubentes maiores de setenta anos. O Código de 1916 previa a idade de sessenta e cinquenta anos para os homens e para as mulheres, respectivamente. Com a vigência do Código Civil de 2002 equiparou-se a idade, sendo 60 anos de idade para ambos, passando a ser 70 anos após alterações trazidas pela Lei 12.344/2010.

Esse regime de separação consiste na “separação absoluta” de bens, onde o patrimônio de ambos os parceiros não se comunica, seja ele adquirido antes ou depois da celebração do casamento.

Essa norma cogente é totalmente discriminatória e constitui exceção ao princípio da liberdade de escolha e autonomia privada inerente às questões de família e patrimoniais, como delineado alhures. Essa previsão legal gera outra problemática, posto que cria uma modalidade de incapacidade, colocando a pessoa idosa maior de 70 anos como inapto às escolhas da sua vida privada, limitando a liberdade de escolha do regime matrimonial a ser adotado apenas pela condição de idade.

De acordo com o art. 5º do CC, a maioridade civil começa aos 18 anos (Brasil, 2002), idade em que a pessoa adquire capacidade civil plena para praticar pessoalmente todos os atos da vida civil, em regra (Diniz, 2022, p. 17). Toda pessoa tem personalidade de direito, mas apenas algumas a lei confere a capacidade plena.

A capacidade civil plena, também chamada de capacidade de fato, é conceituada por Diniz (2022, p. 17) como a “aptidão, oriunda da personalidade, para adquirir direitos e contrair deveres na vida civil”. Em linhas gerais, quem não estiver enquadrado nas hipóteses de incapacidade relativa ou absoluta, considera-se, nos termos da legislação civil, como plenamente capaz exercer direitos e contrair obrigações.

A incapacidade refere-se às limitações legais na realização de atos da vida civil, sendo que todas as formas de incapacidade têm origem nas disposições legais (Diniz, 2022, p. 17). Conforme o art. 3º do CC, os menores de dezesseis anos são considerados absolutamente

incapazes de exercer os atos da vida civil (Brasil, 2002). Isto é, os seus interesses serão representadas por outra pessoa.

O art. 4º do CC, por sua vez, elenca um rol taxativo de quatro hipóteses em que os indivíduos serão considerados relativamente capazes de exercer seus direitos e obrigações em nome próprio, desde que assistidos. Vê-se:

Art. 4º. São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:
I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;
II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;
III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;
IV - os pródigos. (Brasil, 2002)

A pessoa idosa com mais de setenta anos não é categorizada, em nenhum momento, como absoluta ou relativamente incapaz. Portanto, não deve estar sujeito a restrições na execução de atos da vida civil. Consequentemente, é imperativo considerá-la como titular de direitos e obrigações, possuindo capacidade plena para tomar decisões importantes, incluindo a escolha do regime matrimonial ao casar-se. Nesse sentido Santos (2022, n/p):

Determinar que o septuagenário não mais possa escolher livremente o regime patrimonial, caso opte por casar ou viver em união estável, é restringir sua capacidade civil adquirida aos dezoito anos sem qualquer motivo, a não ser o de já ter vivido mais de sete décadas. É presumir que essas pessoas estariam mais frágeis para constituírem relacionamentos amorosos e que ficariam cegas às intenções de seus parceiros afetivos.

A imposição do regime de bens ao esse grupo etário é totalmente discriminatória, pois fundamentada exclusivamente na condição de idade, sem qualquer justificativa de ordem pública que respalde a restrição de vontade desse grupo etário. O excessivo protecionismo do Estado em relação ao patrimônio e herança não deve sobrepujar a autonomia individual e outros princípios consagrados na Constituição pois “a liberdade da pessoa humana, como valor constitucional, deve ser preservada, prevalecendo sobre a proteção patrimonial” (Tartuce, 2023, p. 390).

Além disso, essa estipulação obrigatória do regime de bens contraria os princípios da liberdade de escolha e autonomia privada, repercutindo de forma direta no cerceamento da autonomia da pessoa idosa. Essa restrição à autonomia torna-se evidente quando os nubentes septuagenários são provadores da prerrogativa de determinar livremente o seu estatuto patrimonial.

A imposição do regime de separação total de bens, exclusivamente com base na idade, configura um tratamento diferenciado que se mostra manifestamente restritivo à autonomia

desses indivíduos nesse aspecto e contrapõe o que é estipulado na lei como regra geral, fortalecendo práticas etaristas.

3.2 SENTIDO E ALCANCE DA NORMA DO INCISO II DO ART. 1.641 DO CC: ANÁLISE DA SÚMULA 655 DO STJ

A união estável é equiparada ao casamento para alguns fins e é reconhecida como uma entidade familiar, cujo estabelecimento requer uma união pública, contínua, duradoura e com intenção de constituição de família (Tartuce, 2023, p. 343). Embora seja impositivo pelo inciso II do art. 1.641, do CC o regime legal de bens aos septuagenários que pretendem contrair matrimônio em ato solene, o alcance desta norma é limitada, pois, ao que se depreende da leitura literal da Súmula 655 do STJ, essa imposição não alcança os septuagenários que vivem em união estável.

Conforme estabelece o art. 1.725 do Código Civil, não havendo escolha de outro estatuto patrimonial, o regime de comunhão parcial de bens é aplicado aos companheiros em união estável (Brasil, 2002). Nesse regime, os bens adquiridos onerosamente durante a união são considerados pertencentes a ambos os companheiros, sendo presumido o esforço mútuo, dispensando a necessidade de comprovação do esforço comum para a aquisição dos bens.

Entretanto, os companheiros septuagenários em união estável estão sujeitos a uma regra diferente. De acordo com a Súmula 655 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), "aplica-se à união estável contraída por septuagenário o regime de separação obrigatória de bens, comunicando-se os adquiridos na constância, quando comprovado o esforço comum" (Brasil, 2022).

A introdução da Súmula 655 do STJ criou um regime de bens impositivo aos companheiros maiores de 70 anos em união estável. Para os consortes em união estável, continua a vigorar o regime de separação de bens, mas os bens adquiridos durante a união são considerados comuns ao casal, desde que comprovado que o patrimônio foi adquirido por esforço de ambos. Essa "nova modalidade" assemelha-se ao regime de comunhão parcial de bens, exceto pela exigência de comprovação do esforço mútuo.

Para além disso, pelo que se depreende da Súmula, essa disposição é aplicável apenas aos companheiros em união estável, não sendo aproveitada aos casais que optam por formalizar sua união por meio de um matrimônio solene. Trata-se de mais uma medida discriminatória que cerceia a autonomia e capacidade deste grupo etário, além de trazer insegurança jurídica ante a ausência de pacificação da matéria.

4. SÚMULA 377 DO STF: REGIME HÍBRIDO DE CASAMENTO?

Em 1964 o Supremo Tribunal Federal (STF) editou a Súmula 377, estabelecendo que “no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento” (Brasil, 1964). Diferentemente do entendimento sumulado pelo STJ na Súmula 655, a Súmula 377 do STF não se detinha aos consortes em união estável, mas aos nubentes que desejassem contrair matrimônio.

Além disso, a referida Súmula do STF não apresentou um entendimento explícito quanto à necessidade de comprovação do esforço comum do casal para a aquisição de patrimônio, tema amplamente debatido nos tribunais inferiores e superiores por vários anos. Ante a ausência de previsão expressa de comprovação de esforço comum, os colegiados dos tribunais superiores mantinham posicionamentos divergentes a esse respeito.

Em alguns casos, prevalecia o entendimento de que a comprovação de esforço comum do casal era desnecessária, sendo tal esforço presumido. Em contrapartida, outros colegiados defendiam a necessidade de prova inequívoca do esforço comum. Destaca-se, a propósito, ementa do julgado da Quarta Turma do STJ, presumindo esforço mútuo do casal:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. AÇÃO DE INVENTÁRIO QUE VISA À PARTILHA DE BENS ADQUIRIDOS NA CONSTÂNCIA DE SOCIEDADE CONJUGAL FORMADA SOB O REGIME DE SEPARAÇÃO LEGAL DE BENS. ART. 258 DO CC/1916. ESFORÇO COMUM. SÚMULA N. 377/STF. PRECEDENTES DO STJ. 1. A partilha dos bens adquiridos na constância da sociedade conjugal, erigida sob a forma de separação legal de bens (art. 258, parágrafo único, I, do CC/1916), não exige a comprovação ou demonstração de comunhão de esforços na formação desse patrimônio, a qual é presumida, à luz do entendimento cristalizado na Súmula n. 377/STF. Precedentes do STJ. 2. A necessidade de preservação da dignidade da pessoa humana e de outras garantias constitucionais de igual relevância vem mitigando a importância da análise estritamente financeira da contribuição de cada um dos cônjuges em ações desse jaez, a qual cede espaço à demonstração da existência de vida em comum e comunhão de esforços para o êxito pessoal e profissional dos consortes, o que evidentemente terá reflexos na formação do patrimônio do casal. 3. No caso concreto, a recorrente, ora agravada, foi casada com o agravante por aproximadamente 22 (vinte e dois) anos pelo regime da separação legal de bens, por imposição do art. 258, parágrafo único, I, do CC/1916, portanto, perfeitamente aplicável o entendimento sedimentado na Súmula n. 377 do STF, segundo o qual os aquestos adquiridos na constância do casamento, pelo regime da separação legal, são comunicáveis, independentemente da comprovação do esforço comum para a sua aquisição, que, nessa hipótese, é presumido. 4. Agravo regimental desprovido. (Brasil, 2012).

Em sentido contrário, destaque-se julgado da Terceira Turma do STJ entendendo pela necessidade de comprovação do esforço mútuo do casal para aquisição dos bens:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL.

PARTILHA DE BENS. COMPANHEIRO SEXAGENÁRIO. ART. 1.641, II, DO CÓDIGO CIVIL (REDAÇÃO ANTERIOR À LEI Nº 12.344/2010). REGIME DE BENS. SEPARAÇÃO LEGAL. NECESSIDADE DE PROVA DO ESFORÇO COMUM. COMPROVAÇÃO. BENFEITORIA E CONSTRUÇÃO INCLUÍDAS NA PARTILHA. SÚMULA Nº 7/STJ. 1. É obrigatório o regime de separação legal de bens na união estável quando um dos companheiros, no início da relação, conta com mais de sessenta anos, à luz da redação originária do art. 1.641, II, do Código Civil, a fim de realizar a isonomia no sistema, evitando-se prestigiar a união estável no lugar do casamento. 2. No regime de separação obrigatória, apenas se comunicam os bens adquiridos na constância do casamento pelo esforço comum, sob pena de se desvirtuar a opção legislativa, imposta por motivo de ordem pública. 3. Rever as conclusões das instâncias ordinárias no sentido de que devidamente comprovado o esforço da autora na construção e realização de benfeitorias no terreno de propriedade exclusiva do recorrente, impondo-se a partilha, demandaria o reexame de matéria fático-probatória, o que é inviável em sede de recurso especial, nos termos da Súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça. 4. Recurso especial não provido. (Brasil, 2014)

Em razão das interpretações discrepantes, o Superior Tribunal de Justiça uniformizou o entendimento, inicialmente, no julgamento dos Embargos de Divergência n. 1.171.820/PR, em que a Corte Superior concluiu ser necessária a comprovação do esforço comum do casal para aquisição de bens adquiridos onerosamente na constância do casamento. Verifique-se a ementa:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. COMPANHEIRO SEXAGENÁRIO. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS (CC/1916, ART. 258, II; CC/2002, ART. 1.641, II). DISSOLUÇÃO. BENS ADQUIRIDOS ONEROSAMENTE. PARTILHA. NECESSIDADE DE PROVA DO ESFORÇO COMUM. PRESSUPOSTO DA PRETENSÃO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PROVIDOS. 1. Nos moldes do art. 258, II, do Código Civil de 1916, vigente à época dos fatos (matéria atualmente regida pelo art. 1.641, II, do Código Civil de 2002), à união estável de sexagenário, se homem, ou cinquentenária, se mulher, impõe-se o regime da separação obrigatória de bens. 2. Nessa hipótese, 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. 3. Embargos de divergência conhecidos e providos para negar seguimento ao recurso especial. (Brasil, 2015b)

No ano de 2018 o STJ, no julgamento dos Embargos de Divergência n. 1.623.858/MG, realizou uma releitura da Súmula 377 do STF, reafirmando a imprescindibilidade de comprovação de esforço comum do casal. Destaque-se a ementa:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. CASAMENTO CONTRAÍDO SOB CAUSA SUSPENSIVA. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS (CC/1916, ART. 258, II; CC/2002, ART. 1.641, II). PARTILHA. BENS ADQUIRIDOS ONEROSAMENTE. NECESSIDADE DE PROVA DO ESFORÇO COMUM. PRESSUPOSTO DA PRETENSÃO. MODERNA COMPREENSÃO DA SÚMULA 377/STF. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PROVIDOS. 1. Nos moldes do art. 1.641, II, do Código Civil de 2002, ao casamento contraído sob causa suspensiva, impõe-se o regime da separação obrigatória de bens. 2. No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento, desde que comprovado o esforço comum para sua aquisição. 3. Releitura da antiga Súmula 377/STF (No regime

de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento), editada com o intuito de interpretar o art. 259 do CC/1916, ainda na época em que cabia à Suprema Corte decidir em última instância acerca da interpretação da legislação federal, mister que hoje cabe ao Superior Tribunal de Justiça. 4. Embargos de divergência conhecidos e providos, para dar provimento ao recurso especial. (Brasil, 2018)

Atualmente, superou-se a divergência, sendo patente o entendimento de que deve ser aplicado o regime de separação de bens aos septuagenários, sendo necessária a efetiva demonstração do esforço comum do casal para aquisição dos bens adquiridos à título oneroso na constância do casamento.

Esse posicionamento jurisprudencial incorre em extensiva interpretação ao estipulado pelo inciso II do art. 1.641 do CC. Como visto alhures, no regime de separação de bens nenhum bem dos nubentes se comunicam. Contudo, com essa interpretação jurisprudencial, se os bens foram adquiridos durante o casamento por esforço conjunto, eles passariam a se comunicar. Em outras palavras, estaríamos diante da instituição de uma modalidade híbrida que combina o regime de separação de bens com o de comunhão parcial de bens.

Quando há comprovação do esforço comum na aquisição de patrimônio, aplicam-se regras semelhantes ao regime de comunhão de bens. Entretanto, na ausência de tal comprovação, as normas do regime de separação de bens são aplicadas.

De fato, esse entendimento cria uma abordagem mais flexível em relação aos regimes matrimoniais, possibilitando uma análise mais contextualizada das contribuições de cada pessoa na formação do patrimônio durante o casamento. Entretanto, essa abordagem gera incerteza jurídica nas relações que englobam indivíduos septuagenários, especialmente em situações relacionadas a casamento, sucessão e partilha. Os procedimentos tornam-se mais complexos e demorados para esse grupo etário em comparação com aqueles que optam por outros regimes, principalmente devido à necessidade de comprovação do esforço comum na aquisição de patrimônio durante a constância do casamento.

4.1 CONTRATUALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES FAMILIARES E (IM)POSSÍVEL AFASTAMENTO DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA

O Código Civil e os princípios norteadores do direito de família possibilita a contratualização das relações familiares por meio de pacto antenupcial. Trata-se de instrumento convencionado entre os nubentes por meio do qual eles escolhem o regime de bens que melhor lhes aprouver (Gagliano; Pamplona Filho, 2023, p. 115).

A Súmula 377 do STF, com releitura dada pela jurisprudência do STJ, impõe aos nubentes maiores de 70 anos o regime de separação legal de bens, comunicando-se os bens adquiridos de forma onerosa na constância do casamento. Mas poderia um pacto antenupcial afastar a imposição do regime de separação legal de bens? Poderia ele também afastar a incidência da Súmula do STF?

O pacto antenupcial não pode ser realizado com intento de afastar a obrigatoriedade da imposição do regime legal de bens, tendo em vista que “o art. 1.641 do Código Privado é norma de ordem pública, indisponível, indeclinável pela autonomia privada.” (Tartuce, 2023, p. 154). Contudo, pode ser pactuado para afastar a compatibilidade de bens durante a constância do casamento estipulada pela Súmula 377 do STF.

Os nubentes podem lavrar escritura pública (pacto antenupcial) para afastar a incidência da Súmula e evitar a comunicabilidade dos bens durante a constância do matrimônio. Nesse sentido, Tartuce (2023, p. 155), diz que “não há qualquer problema em afastar a Súmula 377 pela vontade das partes, o que, na verdade, ampliaria os efeitos do regime da separação obrigatória, passando esse a ser uma verdadeira separação absoluta, em que nada se comunica.”

Além disso, é possível afastar parcialmente a aplicação da súmula, estabelecendo a comunicabilidade apenas de determinados bens. Isso não configura causa de nulidade do pacto, pois respeita a previsão constante na súmula e, concomitantemente, o que é estabelecido no Código Civil. Nesse sentido:

Se a lei não pretende que haja comunicação alguma (interpretação teleológica) e a Súmula 377 permite a comunhão de todos os aquestos (afasta-se do espírito do Código Civil), podem os nubentes, por pacto, afastar parcialmente a incidência da súmula para que haja comunhão de alguns, mas não de todos os aquestos. O pacto pode prever separação total com relação aos imóveis apenas. Ao contrário, pode prever a separação apenas quanto aos móveis (Simão, 2018, n/p).

Aos septuagenários foi concedida uma mera fagulha de autonomia para estipular o seu regime, apenas permitindo a possibilidade de retorno ao estipulado pela legislação vigente ou a relativização da súmula.

5 ANÁLISE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO DO AGRAVO (ARE) 1309642/SP

Há muito tempo a doutrina e os operadores do direito reputam inconstitucional o inciso II do art. 1.641 do CC, por malferir os princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia. Nesse sentido:

A segunda situação prevista na norma é absurda e inconstitucional. A alegação de que a separação patrimonial entre pessoas que convolarem núpcias acima de determinado patamar etário teria o intuito de proteger o idoso das investidas de quem pretenda

aplicar o “golpe do baú” não convence [...] O que notamos é uma violência escancarada ao princípio da isonomia, por conta do estabelecimento de uma velada forma de interdição parcial do idoso (Gagliano; Pamplona Filho, 2023, p. 119).

Em 2021 foi suscitada a inconstitucionalidade da imposição do regime de separação legal de bens aos septuagenários, previsto no referido artigo. Em outubro de 2022, o Plenário da Corte reconheceu repercussão geral da controvérsia. A matéria é objeto do Agravo no Recurso Extraordinário (ARE) n.1.309.642/SP, com relatoria do Ministro Luis Roberto Barroso (Tema 1.236).

Trata-se originalmente de uma ação de inventário em que se discutia qual seria o regime de bens a ser aplicado à união estável que se iniciou quando o de cujus já tinha mais de 70 anos. O juízo de primeiro grau reconheceu à companheira sobrevivente o direito de participar da sucessão em concurso com os descendentes, declarando a inconstitucionalidade incidental do art. 1.641, inciso II do CC, entendendo aplicável à união estável o regime da comunhão parcial de bens.

No âmbito recursal, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reformou a decisão do juízo *a quo*, aduzindo que o regime a ser aplicado deveria ser o da separação obrigatória de bens. Ao interpor o recurso extraordinário em comento, a companheira recorrente suscitou a inconstitucionalidade da referida norma cogente, pugnando que fosse declarada a inconstitucionalidade em controle abstrato, tendo em vista ofensa aos princípios da dignidade da pessoa humana e igualdade, insculpidos na Constituição Federal.

O Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), o Ministério Público do Estado de São Paulo, o Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB), a Defensoria Pública da União (DPU) e Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS) pleitearam o ingresso no feito, na condição de *amicus curiae*, apenas esta última reputando a constitucionalidade da norma.

O Agravo em Recurso Extraordinário (ARE) 1.309.642/SP está pautado para julgamento em 13/12/2023, e a eventual declaração de inconstitucionalidade da norma em questão promoverá a segurança jurídica e o reequilíbrio das relações matrimoniais. Tal decisão será crucial para preservar não apenas a dignidade da pessoa humana, mas também promover a igualdade nas relações conjugais.

5.1 O PARECER DA PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA (PGR): CRÍTICAS

A Procuradoria Geral da República (PGR) apresentou o Parecer nº 573170/2023 no ARE 1.309.642/SP, aduzindo ser completamente constitucional a norma prevista no art. 1.641,

II, do CC. Assim, requereu o desprovimento do recurso extraordinário, sugerindo a tese de repercussão geral a ser fixada: “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.” (Brasil, 2023, p. 30).

Em breves linhas, o Parecer PGR, subscrito pelo Procurador Geral da República, Augusto Aras, manifesta pela validade da norma, afirmando que é permitido que o Estado crie instrumentos diferenciadores entre as pessoas para garantir a igualdade material, o que se torna necessário devido a vulnerabilidade relativa da pessoa idosa (Brasil, 2023, p. 12-16).

Ainda, conforme o Parecer, a incidência da norma não deve ser afastada pois protege o direito de propriedade da pessoa idosa e o direito de herança dos sucessores. Nesse sentido:

Portanto, o recorte jurídico etário disciplinado pelo art. 1.641 do Código Civil encontra justificativa plausível para sua validade, pois protege, ao mesmo tempo, o direito fundamental à conservação do patrimônio de pessoa relativamente vulnerável, assegurando existência digna, e dos seus sucessores (Brasil, 2023, p. 22)

Inobstante o entendimento da PGR, entende-se que o direito de propriedade e herança deve ser ponderado, prevalecendo os princípios da dignidade da pessoa humana e igualdade. Isso porque, de acordo com Lenza (2022, p. 46) “o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil e princípio-matriz de todos os direitos fundamentais”.

Esse princípio orienta toda a ordem jurídica e social, no sentido de cada indivíduo se autodeterminar segundo sua própria vontade, garantindo que seja dispensado um tratamento respeitoso e adequado a todas as pessoas. Além disso, esse princípio reflete a interferência mínima na atuação de cada indivíduo, sobretudo no que concerne os seus direitos fundamentais. Neste sentido o ministro Alexandre de Moraes:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais [...] (Moraes, 2022, p. 18)

Deste modo, as normas que contrariam este princípio são reputadas inconstitucionais, haja vista que não pode o Estado impor impeditivos à discricionariedade de escolhas ao indivíduo que tem pleno desenvolvimento da sua personalidade e capacidade civil para tanto. A regra é a não intervenção mínima do Estado em assuntos de caráter privado.

Ademais, do princípio da igualdade se extrai-se a igualdade formal, que “é prevista friamente no texto normativo, sem analisar as particularidades do ser humano” (Padilha, 2022,

p. 260). E a igualdade material, “na qual pessoas diferentes devem receber diferentes tratamentos.” (Padilha, 2022, p. 260).

De fato, como ponderou o Procurador Geral da República, é possível que o Estado crie instrumentos diferenciados de tratamento entre as pessoas. Contudo, esse tratamento deve ser para preservar a garantia de isonomia entre todos os indivíduos, e não retirar direitos de uma categoria da sociedade, como se pretende fazer.

No presente caso, a atuação do Estado perante a sociedade, sobretudo aplicando a igualdade material, deve ser condicionada a garantia de direitos fundamentais de natureza negativa. As prestações positivas referem-se às ações afirmativas do Estado para garantir que os cidadãos tenham condições de desfrutar de seus direitos fundamentais (fazer). Isso implica a oferta de serviços e ações que promovam o bem-estar e as oportunidades para os indivíduos. Por outro lado, as prestações negativas referem-se ao dever do Estado de se abster de interferir nos direitos fundamentais dos cidadãos (não fazer). Nesse sentido:

[...] Status negativo – Em outros momentos e situações, é imperioso que o Estado não intervenha no poder de autodeterminação do indivíduo, tornando o cidadão livre de ingerências dos poderes públicos, gozando de liberdade de atuação; Status positivo (ou civilitatis) – Quando o indivíduo pode exigir do Estado prestações positivas, fazendo com que os poderes públicos atuem positivamente em seu favor, mediante a oferta de bens e serviços. (Padilha, 2022, p. 242)

O intervencionismo do Estado, nesta seara, é exacerbado. A fundamentação da PRG pela constitucionalidade da norma privilegia o aspecto patrimonial em detrimento do existencial, o que não coaduna com os valores e princípios insculpidos na Constituição Federal. O Estado não deve ter ingerência em deliberações de cunho estritamente pessoais, visto que a preferência quanto ao regime de bens incumbe somente aos cônjuges.

Nesse sentido, espera-se que a separação legal de bens impostas aos septuagenários seja reputada inconstitucional, porquanto o direito à herança não deve ser maior que o direito de liberdade e igualdade, pois, como diria o ilustre professor Tartuce (2023, p. 147) se os herdeiros quiserem “juntar um bom patrimônio, que o façam diante do seu trabalho. Ser herdeiro não é profissão”.

6. CONCLUSÃO

Considerando as ponderações apresentadas neste trabalho, é possível concluir que a imposição do regime de separação de bens aos septuagenários representa uma restrição à autonomia da pessoa idosa baseada unicamente na condição de idade, reverberando ainda mais

em estigmas associados ao envelhecimento, sendo esta imposição legal mais um reflexo do etarismo.

Ao longo do artigo foi possível observar que diversos documentos internacionais e nacionais garantem especificamente o direito das pessoas idosas a uma vida digna, conferindo-lhes o poder de fazer escolhas e exercer sua autonomia de maneira plena. Contudo, apesar dessas disposições, o ordenamento jurídico brasileiro persiste em aplicar uma norma que flagrantemente contraria princípios bioéticos e legais, reforçando o etarismo e discriminação da pessoa idosa na sociedade

A imposição constante no art. 1.641, II, do CC não é justa nem mesmo perante as normas legais constantes no mesmo diploma legal. Isso porque a pessoa idosa não está incluído no rol de relativamente ou absolutamente incapazes do CC, o que fortalece o argumento em favor da autonomia decisória dos septuagenários, pois têm-se idade para alcançar a maioridade civil, mas nenhuma legislação prescreve “data limite” para cessar a capacidade. Portanto, a pessoa idosa não pode ter sua capacidade tolhida apenas em razão do avanço da idade.

Ademais, todas as disposições que tratam do regime de separação de bens são normas dispositivas, com exceção do regime de separação legal de bens, que é uma norma cogente endereçada de forma discriminatória aos septuagenários. Isso retrata que não há igualdade, havendo uma discriminação em razão da idade.

A instabilidade jurídica que perpassa a matéria é grande, pois há regras que se aplicam aos septuagenários em união estável, há regras que se aplicam aos septuagenários que comprovam o esforço comum durante a constância do casamento, não havendo uma norma uniforme que crie segurança jurídica nas relações matrimônias deste grupo etário. Outrossim, percebe-se que além de ferir princípios bioéticos e legais, a norma em questão também fere princípios constitucionais, tais como isonomia e dignidade da pessoa humana.

Em última análise, torna-se imperativo considerar a necessidade de revisão e atualização dessa matéria em novo Código Civil vindouro, de modo que haja a abolição da imposição de qualquer regime de bens, incluindo este, às pessoas idosas de qualquer faixa etária.

A reforma do Código Civil, com a exclusão dessa imposição, assegurará a consolidação da autonomia e capacidade plena da pessoa idosa, possibilitando a escolha do regime de bens mais adequado à sua realidade de vida. Além disso, a supressão dessas disposições estará em consonância com os princípios fundamentais da Constituição e dos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário.

Neste mesmo sentido, em medida alternativa, enquanto não há instituição de novo Código Civil regulamentando corretamente a matéria, espera-se que no julgamento da ARE

1309642/SP, o STF declare a inconstitucionalidade do art. 1.641, II do CC, pois o direito de patrimônio e herança jamais deve sobrepujar o direito de liberdade, igualdade e autodeterminação que a Dignidade da Pessoa Humana prescreve. A declaração de inconstitucionalidade da referida norma surge como uma posição que busca fortalecer a proteção dos direitos individuais, garantindo às pessoas, independente da faixa etária, a plena fruição de sua autonomia e dignidade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 10 nov. 2023.

_____. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. **Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 3 out. 2003. Seção 1, p. 1. Disponível em: <inserir a URL se estiver disponível>. Acesso em: 11 nov. 2023.

_____. Lei Nº 8.842, de 4 de janeiro de 1994. **Dispõe sobre a política nacional do idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências**. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18842.htm>. Acesso em 11 out. 2023.

_____. **Portaria n. 2.528 DE 19 DE OUTUBRO DE 2006. Aprova a Política Nacional da Pessoa Idosa**. Disponível em: <https://bvsmis.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2006/prt2528_19_10_2006.html>

_____. Procuradoria Geral da República. **Parecer AGEP-STF/PGR Nº 573170/2023**. Brasília-DF: Ministério Público Federal, 03 de julho de 2023. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6096433>>. Acesso em 25 nov. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial (AgRg no REsp): 1008684 RJ 2007/0275322-0**. Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira. Data de Julgamento: 24/04/2012, T4 - Quarta Turma. Diário de Justiça, Brasília-DF, 02 de maio de 2012. Disponível em <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/865731304>>. Acesso em: 23 nov. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência em Recurso Especial (EREsp): 1623858 MG 2016/0231884-4**. Relator Ministro Lázaro Guimarães. Data de Julgamento: 23/05/2018, S2 - Segunda Seção. Brasília-DF, 30 de maio de 2018. Disponível em <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/860112098>>. Acesso em 24 nov. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência no Recurso Especial (EREsp): 1171820 PR 2012/0091130-8**. Relator Ministro Raul Araújo. Data de Julgamento: 26/08/2015, S2 - Segunda Seção. Brasília-DF, 21 de setembro de 2015b.

Disponível em < <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/864092065>>. Acesso em 24 nov. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial (Resp): 1403419 MG 2013/0304757-6**. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Data de Julgamento: 11/11/2014, T3 - Terceira Turma. Diário de Justiça, Brasília-DF, 14 de novembro de 2014. Disponível em <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/153675501>>. Acesso em 24 nov. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 655 do STJ**. Aprovada em 09/11/2022. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2022_49_capSumulas655.pdf>. Acesso em 24 nov. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário Com Agravo (ARE): ARE 1309642/SP**. Relator Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília-DF, 04 de maio de 2021. Disponível em < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6096433>>. Acesso em: 25 nov. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 377 do STF**. Aprovada em 03/04/1964. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=4022>>. Acesso em 24 nov. 2023.

COSTA, Jéssica Hind Ribeiro. Reflexões sobre a autonomia do idoso: repercussões jurídico-bioéticas no processo de infantilização da velhice. *In*: LORENZO, Daivid Carvalho Lorenzo; BONELLI, Rita Simões (org.s). **Envelhecimento e Direito**. v.10. Editora CRV: 2022.

CUNHA, Juliana Xavier Pinheiro da; OLIVEIRA, Jussara Barros; NERY, Valéria Alves da Silva; SENA, Edite Lago da Silva; BOERY, Rita Narriman Silva de Oliveira; YARID, Sérgio Donha. **Autonomia do idoso e suas implicações éticas na assistência de enfermagem**. Rio de Janeiro, v. 95, pág. 657-664, out./dez. 2012. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/sdeb/a/x5TvxNhyQmcwvGbN3QvPMQB/#>>. Acesso em: 25 out. 2023.

DECLARAÇÃO E PROGRAMA DE AÇÃO DE VIENA. **Conferência Mundial sobre Direitos Humanos. Viena**, 14-25 de Junho de 1993. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/viena/viena.html>>. Acesso em: 12 out. 2023.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. v.5. Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555598681. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598681/>>. Acesso em: 22 nov. 2023.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMBLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito de família**. v.6. Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553624481. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553624481/>>. Acesso em: 17 nov. 2023.

GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson R. **Bioética e direitos fundamentais**. Editora Saraiva, 2012. E-book. ISBN 9788502163126. Disponível em:

<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502163126/>>. Acesso em: 20 nov. 2023.

LENZA, Pedro. Esquematizado - Direito Constitucional. Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553621596. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553621596/>>. Acesso em: 26 nov. 2023.

LOTH, Guilherme Blauth; SILVEIRA, Nereida. **Etarismo nas organizações: um estudo dos estereótipos em trabalhadores envelhecidos**. Revista de Ciências da Administração, [S. l.], p. 65–82, 2014. DOI: 10.5007/2175-8077.2014v16n39p65. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/adm/article/view/2175-8077.2014v16n39p65>>. Acesso em: 20 out. 2023.

MORAIS, Alexandre de. Direito Constitucional. Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559771868. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559771868/>>. Acesso em: 26 nov. 2023.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos**. Aprovado em 15 de junho de 2015. Disponível em: <<https://www.ampid.org.br/v1/wp-content/uploads/2014/08/conven%C3%A7%C3%A3o-interamericana-sobre-a-prote%C3%A7%C3%A3o-dos-direitos-humanos-dos-idosos-OEA>>. Acesso em: 10 nov. 2023.

PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. Grupo GEN, 2019. E-book. ISBN 9788530988319. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530988319/>>. Acesso em: 26 nov. 2023.

RAMOS, Paulo Roberto B. **Curso de direito do idoso**, 1ª edição. Editora Saraiva, 2017. E-book. ISBN 9788502213968. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502213968/>>. Acesso em: 12 out. 2023.

SANTOS, Bernadete Schleder dos. **A inconstitucionalidade da Súmula 655 do STJ**. Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM. Belo Horizonte, 2022. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/1905/A+inconstitucionalidade+da+s%C3%BAmula+655+do+STJ>>. Acesso em 24 nov. 2023.

SILVA, Adriana Campos; REZENDE, Daniela. **A relação entre o princípio da autonomia e o princípio da beneficência (e não-maleficência) na bioética médica**. Revista Brasileira de Estudos Políticos, v. 115, 27 nov. 2017. Disponível em: <<https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/514>>. Acesso em: 20 out. 2023.

SILVA, Regina Beatriz Tda; BOULOS, Kátia; BOSCH, Maria José B. **Tratado da Pessoa Idosa: Tratado de La Persona Mayor**. Grupo Almedina (Portugal), 2023. E-book. ISBN 9786556278605. Disponível em:

<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556278605/>>. Acesso em: 18 nov. 2023.

SIMÃO. José Fernando. **Separação obrigatória com pacto antenupcial? Sim é possível.** Consultor Jurídico, 2018. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-fev-11/processo-familiar-separacao-obrigatoria-pacto-antenupcial-sim-possivel/>>. Acesso em: 29 nov. 2023.