

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS

Faculdade Mineira de Direito

Isabela Maria Luz Gonçalves

Vithoria Andere Martins

**UMA ANÁLISE DO ARE 1.309.642/SP FRENTE AO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA
PRIVADA E O REGIME OBRIGATÓRIO DE BENS PARA PESSOAS MAIORES DE
SETENTA ANOS**

Poços de Caldas

2024

Isabela Maria Luz Gonçalves
Vithoria Andere Martins

**UMA ANÁLISE DO ARE 1.309.642/SP FRENTE AO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA
PRIVADA E O REGIME OBRIGATÓRIO DE BENS PARA PESSOAS MAIORES DE
SETENTA ANOS**

Projeto de Pesquisa apresentado ao Programa de Iniciação Científica, do curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais como requisito para aprovação na Iniciação Científica (PIBIC/FAPEMIG)- edital n. 014/2023.

Orientadora: Prof^a M^a Lilia de Pieri

Poços de Caldas
2024

Uma análise do ARE 1.309.642/SP frente ao princípio da autonomia privada e o regime obrigatório de bens para pessoas maiores de setenta anos

An analysis of ARE 1.309.642/SP in light of the principle of private autonomy and the mandatory property regime for individuals over seventy years old

Isabela Maria Luz Gonçalves

Vithoria Andere Martins

RESUMO

O casamento é uma das instituições sociais mais significativas e dinâmicas, evoluindo ao longo do tempo e de alianças tradicionais, voltadas à perpetuação patrimonial e à reprodução, para uma abordagem centrada no afeto, na autonomia individual e na liberdade de escolha. Este estudo analisou a evolução histórica e jurídica do casamento, destacando as tensões entre a autonomia privada e a intervenção estatal, especialmente no contexto da imposição do regime obrigatório de separação de bens para pessoas com mais de setenta anos. A pesquisa examina transformações culturais e demográficas que questionam legislações ainda vigentes, trazendo à tona desafios como o combate ao etarismo e a necessidade de adaptação do Direito às mudanças sociais. Com foco no Agravo em Recurso Extraordinário 1.309.642/SP, o estudo problematiza a compatibilidade dessas normas com os princípios constitucionais da dignidade humana, da liberdade e da igualdade. A análise evidenciou como tais imposições legais perpetuam discriminações baseadas em idade, restringindo o pleno exercício da autonomia privada e desconsiderando a capacidade dos idosos de tomar decisões existenciais. Por fim, defendeu-se a revisão de políticas públicas e legislativas que respeitem os direitos individuais e promovam uma legislação mais inclusiva, alinhada aos valores contemporâneos.

Palavras-chave: afetividade, autonomia privada, casamento, etarismo, separação de bens.

ABSTRACT

Marriage is one of the most significant and dynamic social institutions, evolving over time from traditional alliances focused on property perpetuation and reproduction to an approach centered on affection, individual autonomy, and freedom of choice. This study analyzed the historical and legal evolution of marriage, highlighting the tensions between private autonomy and state intervention, particularly in the context of the mandatory separation of property regime for individuals over seventy years old. The research examines cultural and demographic transformations that challenge outdated legislation, shedding light on issues such as combating ageism and the need for legal adaptation to social changes. Focusing on the Extraordinary Appeal with Agravo 1.309.642/SP, the study questions the compatibility of such norms with constitutional principles of human dignity, freedom, and equality. The analysis revealed how these legal impositions perpetuate age-based discrimination, restricting the full exercise of private autonomy and disregarding the capacity of elderly individuals to make existential decisions. Finally, it advocated for the revision of public and legislative policies that respect individual rights and promote more inclusive legislation aligned with contemporary values.

Keywords: affection, ageism, marriage, private autonomy, property separation.

1 INTRODUÇÃO

O casamento, ao longo da história, revela-se como uma das instituições sociais mais marcantes e transformadoras. Desde as civilizações antigas, o desejo humano por conexão e aliança moldou relações que ultrapassaram a esfera pessoal, assumindo relevância no âmbito familiar, político e jurídico. Sob distintas perspectivas temporais e culturais, o casamento foi regulado para atender aos objetivos das sociedades, ora se protegendo patrimônios, ora se controlando comportamentos, até alcançar o caráter afetivo e autodeterminado que predomina no cenário contemporâneo. Este estudo buscou investigar, a partir da metodologia de revisão bibliográfica, a evolução dessa instituição, com especial atenção às tensões entre a autonomia privada e a intervenção estatal, tema que se torna ainda mais relevante diante de normas que limitam a liberdade de escolha em função da idade, como a imposição do regime de separação de bens para pessoas acima de setenta anos.

Este estudo buscou, assim, compreender as raízes históricas, os fundamentos legais e os desafios contemporâneos dessa regulamentação, questionando-se sua compatibilidade aos princípios constitucionais e os valores de uma sociedade que preza pela dignidade humana e pela autonomia individual. A partir dessa perspectiva, a pesquisa examinou as mudanças históricas e os impactos sociais e jurídicos associados ao casamento, situando-se o debate em um contexto de transformações culturais e demográficas que desafiam e se contrapõem às legislações. Especificamente, buscou-se examinar o Agravo em Recurso Extraordinário 1.309.642/SP frente ao princípio da autonomia privada e o regime obrigatório de bens para pessoas maiores de setenta anos.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 Parte histórica do casamento

É basilar, a princípio, reconhecer que o ser humano desde seu nascimento é por natureza um sujeito movido por suas vontades, de maneira que suas ações são realizadas sempre na expectativa de satisfazer alguma de suas necessidades e anseios. Tal realidade acompanha o homem desde as remotas civilizações,

sobretudo na esfera de relacionamentos amorosos, haja vista que o impulso pelo envolvimento carnal sempre acompanhou a espécie, bem como, o desejo de aliança com o outro foi surgindo e sendo construído conforme as primeiras sociedades despontavam. Dito isso, convém esclarecer que essas relações foram moldadas no decorrer temporal passando a serem objeto de regulamentações dadas pela própria família e mais tarde positivadas pelo Estado como meio de intervir na administração da sociedade.

Diante disso, surge, a necessidade de se regular as relações jurídicas, em especial, a conjugal; despontando as primeiras noções da autonomia privada frente ao direito codificado. Tem-se, assim, que no Direito Romano, a autonomia privada existia, no entanto, era suprimida pelas normas rígidas emanadas pelo rigoroso controle público (Paul, 2008, p. 22). Mais adiante, durante a Idade Média, o direito sofreu forte presença e influência da Igreja Católica e de seus líderes, sobretudo na esfera matrimonial, que consistia num sacramento que definia o casamento como instituição política e reguladora, a qual sustentava a linhagem e a terra, além de atuar como mecanismo de controle da sexualidade e das condutas sociais (Oliveira, 2021, p. 4).

No Estado Liberal, alcançado pelas Revoluções Francesa e Gloriosa, teve início a supervalorização do dogma da vontade diante das relações privadas, o que significa dizer que a autodeterminação começava a engatinhar (Paul, 2008, p. 24) As revoluções trouxeram consigo a ideia de liberdade, o que afetou as relações contratuais e seus contratantes; respingando, ainda que de forma indireta, na constituição do casamento, vez que o público e o privado se distanciaram.

Com o declínio do Estado Liberal, o qual tinha como premissa a pouca ou nenhuma intervenção estatal, ocorreu uma transição estrutural até que se atingisse o presente Estado Democrático Social, isto é, instituição que visa o equilíbrio consciente e assumido da coexistência entre a vontade do indivíduo, a garantia do bem-estar social e das normas jurídicas que normatizam as relações humanas, além de introduzir o conceito de autonomia privada.

Outrossim, no contexto atual, a concepção do casamento se distancia do modelo definido em outras eras; enquanto instituição rígida; de controle e poder social, político e econômico; de obtenção, perpetuação e ampliação do patrimônio e de reprodução. O casamento, hoje, para Ribeiro et al. (2015), citando-se Gomes e Paiva (2003), está relacionado à ideia de mutatividade, transformação e flexibilidade

no que tange ao novo e diferente. Concepção essa que corrobora e consolida os ideais de liberdade; inclusive o princípio da autonomia garantido pelo Estado Social e pela Constituição de 1988.

Neste novo cenário é que surgem situações como a analisada neste estudo; a possibilidade da pessoa com mais de 70 anos desejar contrair um novo matrimônio, quiçá seu primeiro, tendo que submeter-se a imposição de um regime de separação de bens obrigatório, fato esse que contraria os referidos ideais de liberdade inerente aos homens e sua autodeterminação, além de demonstrar a mão do Estado durante uma tentativa de regulamentar as relações.

Ocorre que nessa situação fática, a coexistência harmônica entre vontade e normas jurídicas não existe, haja vista que o que se tem é a prevalência do legislado sobre o acordado. É contra essa máxima que Villela (1999) aponta que a família não é criação do Estado ou da Igreja, como ocorreu em outros tempos, e tampouco uma invenção do direito; o autor pontua que a família antecede o Estado e a Igreja, sendo contemporânea do direito; mas afirma que não é papel destes desenhar a seu bel prazer sua organização e perfil, cabendo-lhes apenas reconhecê-las. Nesse sentido, merece destaque a definição de família dada por Barros (2002), citado por Gonçalves (2019):

É uma espécie de afeto que, enquanto existe, conjuga intimamente duas ou mais pessoas para uma vida em comum (...), o que identifica uma família é um afeto em especial, com o qual se constitui a diferença específica que define a entidade familiar. É um sentimento entre duas ou mais pessoas que se afeiçoam pelo convívio diuturno, em virtude de uma origem comum ou em razão de um destino comum, que conjuga suas vidas intimamente, que as torna cônjuges quanto aos meios e aos fins de sua afeição, até mesmo gerando efeitos patrimoniais, seja de patrimônio moral, seja de patrimônio econômico. Este é o afeto que define a família: é o afeto conjugal (Barros, 2002, p. 51).

Aqui, nota-se que o doutrinador não menciona como uma das características basilares para a constituição de uma família o requisito etário, logo, é ilógico pensar que o casamento e seus reflexos podem sofrer regulamentações pelo Estado em detrimento de um fator temporal, ou seja, a idade de quem o constitui. Em consonância a isso, nos recordamos da lição de Villela (1999), que aduz que o reconhecimento só virá com a autonomia e o autorregramento dado às famílias; de maneira que as famílias só serão espaço de sonho, liberdade e amor, à medida em que forem construídas pelos mesmos partícipes da relação de afeto. É nítido,

portanto, que no entendimento do autor, a premissa da autodeterminação, ou seja, do direito de escolher, na esfera íntima/familiar, o que quer para si é fator determinante para alcançar o ideal da felicidade matrimonial, descabido então uma interferência externa.

Em sua obra, pontua ainda, que embora a Constituição da República permita o livre planejamento familiar, as normas infraconstitucionais, controversamente, retiram essa liberdade das famílias, quando não permitem que essas exerçam a capacidade negocial que a Lei Maior lhes reconhece (Vilela 1999). Atual exemplo, é o inciso II, do art. 1641, do Código Civil de 2002, que impõe o regime de bens de separação obrigatória para pessoas com mais de 70 anos; de maneira que tais pessoas são tidas como incapazes de adotar para si regras de convivência e composição familiar, ocasião que devem sujeitar-se à tutela do Estado.

Dito isso, é salutar mencionar que o dispositivo legal é vigente em nosso Código Civil e segue produzindo efeitos aos nubentes com mais de 70 anos, cerceando então o alcance do exercício da liberdade, autonomia e consequentemente da sua realização pessoal, e sobretudo, instaurando o estigma de que, em razão da idade, essas pessoas já não possuem o discernimento para exercício da vida civil, tampouco para desfrutarem amorosamente de outra companhia. Assim sendo, frente ao embate, surge a problemática, o inciso II, do art. 1641, CC viola a Constituinte e os princípios por ela estabelecidos ou age em nome do Estado como tutor e protetor dos idosos e seus interesses? Todavia, antes de se tecer conclusões precipitadas, cabe análise sobre a diferenciação dos termos autonomia privada e autonomia da vontade para melhor compreensão do estudo, evitando falácias.

2.2 Autonomia privada x autonomia da vontade

Para tanto, como mencionado, é preciso compreender a diferenciação travada entre os termos “autonomia privada” e “autonomia da vontade” - termos basilares neste trabalho; os quais apresentam-se como sinônimos, mas, no entanto, possuem distintas noções e origens, o que logo será evidenciado. Porém, de início, é imperioso entender a expressão “liberdade” enquanto um direito fundamental à pessoa, que está amparada no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88), bem como, pulverizada nas relações jurídicas. Desse modo, para fins de

conceituação, a liberdade é plurissignificativa e, especialmente no âmbito jurídico sua definição é variável, e dependente do fato que impulsionou a atuação do indivíduo; se, por exemplo, fora em decorrência de um negócio jurídico praticado por particulares, a liberdade assumirá a forma de autonomia privada; à medida que a exteriorização do mero desejo do indivíduo caracteriza a autonomia de vontade.

Prosegue-se, então, à diferenciação das autonomias. A autonomia privada é expressão da liberdade no campo dos negócios jurídicos, sendo, pois, princípio estruturante do Direito Civil que consiste no poder singular de cada indivíduo de regular suas próprias relações interpessoais, sempre obedecendo os limites fixados pelo ordenamento jurídico brasileiro, isto é, a lei, a ordem pública, a moral e os bons costumes. Diante disso, pode-se dizer que a autonomia privada possui poder instrumental e graduado, na medida em que está circunscrito em delimitações decorrentes da autorização normativa que interferem em situações jurídicas individuais, sejam questões patrimoniais ou extrapatrimoniais, podendo ser limitada conforme as restrições impostas pelas normas cogentes. Assim, a lógica aplicada seria que, se a autonomia privada é fruto do ordenamento jurídico, então ela não poderá ultrapassá-lo, impondo-se a sua obediência às regras e aos princípios consagrados por este, a fim de produzir os efeitos jurídicos decorrentes dos negócios jurídicos realizados.

Por outro lado, toma-se a autonomia da vontade como expressão que remete ao contexto do liberalismo, que está ligado a uma noção individualista e egoísta, no sentido de que, a mera declaração de vontade seria suficiente para a constituição de um negócio jurídico, independentemente da ordem jurídica que estivesse inserida, ou seja, cada indivíduo poderia realizar suas inclinações individuais, como os acordos de vontades, sem qualquer intervenção externa, o que caracterizaria uma ideia de autonomia ilimitada, refletor da liberdade do querer do homem liberal. Personificando a definição consagrada de Kant, citado na obra de Direito Civil de Francisco Amaral (2006, p. 353-354): “a vontade individual é a única fonte de toda obrigação jurídica”.

Na academia, autores como Roxana Borges, defende que a autonomia privada se difere da autonomia de vontade, haja vista que a primeira rompeu com o dogma da vontade ao afirmar que “o puro consenso não é capaz de criar direito, mas apenas o consenso que for previsto pelo ordenamento jurídico ou aquele que não o contrariar” (Borges, 2005). Em outras palavras, uma simples declaração de

vontade não é suficiente para constituir um negócio jurídico, de outro modo, o indivíduo pode fazer sua autodeterminação jurídica porque o ordenamento permite e não porque assim o quer, repercutindo em deveres jurídicos independentemente de sua vontade. Seguindo este trilhar, também, Francisco Amaral, leciona que a autonomia da vontade possui uma conotação subjetiva e psicológica, enquanto a autonomia privada marca o poder da vontade no direito de um modo objetivo, concreto e real (Amaral, 2003).

Frente à exposição, é de se concluir que o direito civil se utiliza da autonomia privada, o que para Carlos Roberto Gonçalves, é demonstrado na liberdade de casar-se, da escolha do cônjuge e, também, na de não se casar, ou optando por este, tendo os cônjuges a liberdade de escolha através do pacto antenupcial, sobre o regime de bens a vigorar em seu casamento. Entretanto, esse espaço reservado ao livre consentimento é exercido, dentro dos limites constitucionais e legais na ordem jurídica (Gonçalves, 2019).

Acrescenta-se, que no direito de família, a autonomia privada é definida a partir da dignidade da pessoa humana sustentada através do vínculo entre seus membros. Assim, é possível que cada indivíduo desenvolva uma relação afetiva como bem entender - liberdade afetiva -, buscando a própria felicidade e personalidade, sem qualquer interferência estatal no âmbito familiar (direito de família mínimo), sob pena de violação dos direitos fundamentais de seus integrantes. Aponta-se, contudo, uma exceção aplicada em situações extremas, que visa efetivar a promoção pessoal de cada membro da família, isto é, o Estado protetor-provedor-assistencialista, agindo no resguardo dos possíveis vulneráveis, tal como crianças, adolescentes, idosos, pessoas com deficiência, mulheres, homossexuais e, para impedir qualquer forma de violência ou práticas atentatórias à dignidade das pessoas inseridas na família (Rosa, 2020, p. 17).

Assim, é preciso que cada indivíduo no seu âmbito familiar, tenha liberdade para realizar sua própria dignidade como melhor lhe aprouver, sob pena de frustração do seu projeto pessoal de felicidade. Nesse raciocínio, Daniel Sarmiento (2006) elucida que, negar ao homem o poder de decidir autonomamente como quer viver, em que projetos pretende se engajar, de que modo quer conduzir sua vida privada, é frustrar sua possibilidade de realização existencial.

Nesse mesmo âmbito, levando em conta todo o exposto, no que tange o casamento, a limitação etária como causa de aplicação do regime de separação

obrigatória de bens, caracteriza persistente violação à autonomia privada, constituindo-se numa intervenção estatal indevida no campo familiar, o que acaba negando não só a dignidade, mas também os direitos de personalidade do indivíduo. Nesse sentido, o professor e jurista Zeno Veloso sustenta a ideia de que inexistem quaisquer outros tipos de vedações na legislação no tocante ao cerceamento da autonomia ao se atingir determinada idade, sendo, em suas palavras, “um infeliz revérbero da recalcitrante cultura patrimonialista ainda presente no Código Civil, constituindo-se de uma afronta desnecessária imposta às pessoas idosas” (Veloso, 2019, p. 13).

Assim sendo, fixa-se a conclusão de que por meio de mudança histórica do paradigma de Estado Liberal - Estado Social - Estado Democrático de Direito, tornou-se possível a superação da autonomia da vontade, haja vista que o Estado se tornou um ente que intervém na vida particular de modo a tutelar, não mais como mero espectador. No Brasil, a vontade absoluta passa a ser balizada na promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, que pela primeira vez levou em conta a felicidade pessoal dos membros da sociedade, colocando a família como entidade social, o que foi essencial para o debate do exercício da autonomia privada como fonte reguladora das relações familiares.

É nesse cenário que se imaginou que o Estado não mais interferiria nas relações jurídicas privadas, como o casamento. Não à toa, tendo a família se desligado de suas funções tradicionais, não faz sentido que ao Estado interesse regular deveres que afetam profundamente a liberdade, a intimidade e a privacidade dos cônjuges (Lôbo, 2019).

Também, deve-se destacar que o Estado moderno é caracterizado por um compromisso constitucionalmente garantido de realizar o interesse de cada pessoa. A sua tarefa não é tanto aquela de impor aos cidadãos um próprio interesse superior, quanto aquela de realizar a tutela dos direitos fundamentais e de favorecer o pleno desenvolvimento da pessoa (...). Ele assume como própria principalmente a obrigação de respeitar os direitos individuais do sujeito (...) e, portanto, de promovê-los, de eliminar aquelas estruturas econômicas e sociais que impedem de fato a titularidade substancial e o efetivo exercício (Perlingieri, 1997).

Em vista disso, é que nos deparamos com o indevido exercício do dever originário do Estado pós-Constituição de 1988; que como mencionado, o Estado somente poderia intervir nas relações privadas em casos excepcionais e não em

esferas íntimas, a exemplo da obrigatoriedade do regime de separação de bens àqueles com 70 anos ou mais, vez que tal decisão pertence exclusivamente a cada indivíduo e família que ali se constitui.

2.3 Etarismo

Nesse sentido, observa-se agora a influência do etarismo na persistência dessa previsão legal. O etarismo, que também é denominado como ageísmo e idadismo, caracteriza-se pelo pré-conceito que se forma a partir de um estereótipo em razão da idade Ramalho (2024 apud Dórea, 2023), médico e professor da USP, entende que o idadismo é transcultural e constitui o mais universal e frequente dos preconceitos; tendo em vista que independe de fatores como étnicos, sociais, sexuais e religiosos, haja vista que todos algum dia serão “velhos”; e estarão propensos a sofrer de tal mal.

Dessa maneira, por ser tão popular e estar arraigado na sociedade, o etarismo propicia um cenário no qual urge que o direito o acompanhe, de modo a evitar e amenizar os danos ocasionados aos idosos. Por essa razão, o direito brasileiro cria alternativas que visam proteger essa categoria; cita-se como exemplo o Estatuto do Idoso (Lei n.º. 10.741/2003) que fixa a idade de 60 (sessenta) anos como marco inicial para ser considerado idoso (art. 01º); estabelece prerrogativas; e pune o desdenho, o menosprezo, a discriminação, e a humilhação de pessoa idosa, tal como previsto no parágrafo 1º do art. 96 da mencionada lei; além disso, cita-se o Código Penal (Decreto Lei n.º 2.848/1940), que em determinados crimes, a pena é aumentada quando estes são cometidos contra pessoas idosas.

Paralelamente, questiona-se a excessiva proteção estatal, vez que classifica essa categoria como pessoas extremamente vulneráveis, incapazes de decidirem e praticarem atos civis sozinhos, sem que haja um respaldo legal. É o que se verifica na imposição do regime de bens dada pelo inciso II, do art. 1641, CC; o qual por viés protecionista e patrimonialista proíbe que pessoas com mais de 70 anos exerçam o direito de escolha. Fato que na visão de Dimas Ramalho (2024), Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, trata-se de uma forma nada sutil de, sob o pretexto de proteger os eventuais herdeiros, determinar que essas pessoas são incapazes de fazer as próprias escolhas.

Nesse sentido, necessário se faz uma breve análise dos dados que apontam que a demografia no Brasil tem sofrido mudanças; e que a pirâmide etária passa por um acelerado envelhecimento demográfico, isto é, os idosos são o segmento populacional que mais cresce na população brasileira; e segundo pesquisas do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE (2015, p. 146-147), em 2002 a população com 60 (sessenta) anos ou mais totalizava o montante de 14,2 milhões, em 2010 cerca de 19,6 milhões, devendo atingir 41,5 milhões em 2030, e, 73,5 milhões em 2060; isto é, de 2030 a 2060, espera-se o aumento de 1 milhão de idosos anualmente. Esses números evidenciam, portanto, o fenômeno do envelhecimento, bem como, a urgente necessidade de políticas públicas para pessoas idosas, somada à uma adaptação do direito, enquanto moldura da sociedade.

Somado a isso, vale ressaltar que as pesquisas indicam que as pessoas estão se casando cada vez mais tarde, independentemente do estado civil prévio. Sabe-se que em 2000, apenas 6,3% dos casamentos registrados civilmente, envolviam mulheres com 40 (quarenta) anos ou mais, ao passo que em 2022, essa porcentagem é elevada para 24,1%. E para os homens com 40 (quarenta) anos ou mais, observando o mesmo período, nota-se um salto percentual de 10,2% para 30,4% (IBGE, 2022, p. 6). Tais dados demonstram que a decisão pelo casamento para ambos os sexos tem sido adiada, além de comportarem inclusive os recasamentos, isto é, o casamento de pessoas divorciadas ou viúvas; como comprovado pelo estudo do IBGE (2022, p. 6), em que 2002, os recasamentos totalizavam cerca de 12,8% dos casamentos registrados civilmente, número esse que em 2012 atingiu 21,4% e em 2022, alcançou 30,4%.

Nota-se, por fim, que o exponencial envelhecimento da população somado à decisão tardia pelo casamento, ou opção pelo recasamento ganha destaque na sociedade em que vivemos; e ambos os resultados alinhados geram a preocupação de tutelar os direitos que envolvem essa sistemática, de maneira a respeitar as garantias e princípios constitucionais e sobretudo, a autonomia de privada de cada indivíduo. Dito isso, diante da narrativa e dos dados aqui demonstrados, é evidente a urgente demanda na mudança de mentalidade, que, infelizmente, ainda está inserida em um cenário em que o etarismo predomina e configura vetor inviabilizante da autodeterminação de pessoas com mais de 70 anos, bem como do direito de escolha de seu próprio regime de bens, o que nos dizeres da Ministra Cármen Lúcia,

em seu voto no ARE 1.309.642/SP, trata-se de uma presunção de etarismo, de preconceito (Brasil, 2024, p. 157).

2.4 O Agravo em Recurso Extraordinário (ARE) 1.309.642/SP

Por fim, em complemento ao que aqui fora mencionado, relembramos, portanto, a problemática fundamental que originou o presente artigo. A redação dada ao art. 1641, II, do Código Civil Brasileiro estabelece que o regime de bens para pessoas com mais de 70 (setenta) anos será de separação obrigatória, significa dizer, os bens dos nubentes não se comunicarão durante o casamento, tampouco, nas hipóteses de divórcio ou morte. Por outra perspectiva e após o que fora argumentado, é basilar destacar que o dispositivo consiste em uma imposição legal, a qual fere diretamente princípios constitucionais basilares, como a dignidade da pessoa humana, princípio da liberdade e da afetividade (Bertolo; Reis, 2024). Fato esse que perpassa questões atinentes à autonomia privada e ao planejamento familiar, ou seja, o direito de o indivíduo com mais de 70 anos exercer sozinho a escolha do regime de bens e seus reflexos em dissonância à uma ordem imperativa, essa enquanto representação da presença Estatal na relação privada.

Mediante a essa realidade, insurgem situações cotidianas que demandam uma reanálise da norma legal, a fim de que o direito abarque as mudanças sociais e se adeque à elas, tornando-se dinâmico e atual (Oliveira, 1997). Desse modo, a possível (in)constitucionalidade do artigo 1641, II, CC fora elevada à um grau superior de relevância, vez que em setembro de 2022, os ministros do Supremo Tribunal Federal, por maioria, reconheceram a existência da repercussão geral do tema em pauta, de maneira que a problemática se tornou então tema para debate na Suprema Corte.

Nasce, portanto, o Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) - 1.309.642/SP, com o objetivo de reexaminar decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ/SP), que em sede de recurso, declarou o inciso II, do art.1.641, CC, constitucional; diferentemente do que havia sido decidido pelo juízo de primeira instância. Vale salientar que o ARE também questionava a aplicabilidade do dispositivo legal às uniões estáveis, no entanto, por fins didáticos e pela delimitação do estudo, nos ateremos apenas à constitucionalidade da norma para fins relativos ao casamento (ARE 1.309.642/SP).

Uma vez em discussão, o ARE pontuou as contrariedades da ordem legal, elencando os princípios fundamentais inobservados pela a decisão do TJ/SP; dentre eles o princípio da dignidade humana; por vetar que pessoas capazes exerçam escolhas existenciais livremente e por não reconhecer o direito dos idosos, equiparando-os à mero instrumento patrimonial, fato que além de desrespeitoso é contrário ao atual direito civil, haja vista que esse se consolida na dignidade humana, vez que preza pela valorização do homem em detrimento do patrimônio.

Ademais, Bertolo e Reis (2024 apud Villela, 1980) lecionam no sentido de que a existência de uma normativa que impõe um regime de bens para pessoas com mais de 70 anos, ofende sua dignidade, de maneira que a norma não atua como mecanismo de proteção às próprias pessoas, mas sim ao seu patrimônio, bem como aos interesses dos herdeiros, suprimindo além da liberdade, a afetividade dos idosos, tal como se o direito de amar pertencesse apenas à jovens.

Nota-se, portanto, que muito embora a concepção de casamento nas sociedades, sobretudo, a moderna, tenha se alterado com o tempo; pouco se modificou acerca do entendimento do casamento enquanto instrumento social e político, que ocasiona no entendimento de Oliveira (2021) uma influência econômica com objetivo de garantir e preservar o patrimônio. Hipótese essa usada como argumento para legitimar o art. 1641, II, CC, sob pena de que idosos sofram golpes; sem sequer levar em consideração o verdadeiro animus do nubente, transformando-o em um incapaz.

Além disso, outra temática analisada no ARE 1.309.642/SP fora a dignidade humana mitigada na ocasião em que pessoas capazes não podem exercer o direito de decisão em suas vidas, em virtude de previsão legal. À vista disso, merece destaque o voto do Ministro Edison Fachin, que, inicialmente, reforça a necessidade do direito ser efetivo, contemporâneo e estar inserido “no mundo da vida em que as relações acontecem (...) para que sejam prestigiados os seres humanos, em sua dignidade e felicidade” (Brasil, 2024, p.111-124).

Mais adiante o Ministro discorre acerca da dignidade humana; destacando que tal princípio deve ir além de mero fundamento previsto na Lei Maior, de forma que coexista entre particulares e Estado o senso ético e recíproco de dever, proteção e respeito; humanizando, portanto, todas as relações, sobretudo, ao disciplinar relações afetivas e familiar. Complementa ainda, que o art. 1641, II, Código Civil, mediante essa análise, torna-se discriminatório e desproporcional, vez

que estabelece regras injustificadas que submetem cidadãos com mais de 70 anos à uma interdição forçada (Brasil, 2024).

O relator do caso, Ministro Luís Roberto Barroso, teve o voto acolhido e seguido por todos os demais ministros. Barroso, argumentou que a imposição legal cria a falsa premissa que pessoas idosas são mais propensas à carências afetivas, e de que não possuem discernimento para identificar as intenções de quem se aproxima afetivamente, bem como, aduziu o descompasso da norma ao princípio da intervenção mínima no direito das famílias, tendo em vista que esse ambiente deve ser vivido por seus integrantes, ao passo que a mão do Estado apenas aparece para proteção dos vulneráveis, hipótese essa que não pode ser caracterizada simplesmente em razão da idade. E sendo este o caso, o direito dispõe de institutos e ferramentas para promover a proteção, ocasião em que menciona a curatela, tomada de decisão apoiada e anulação do casamento, essa última quando preenchidos os requisitos legais (Brasil, 2024, p. 21-22).

Defende ainda que a obrigatoriedade de um regime de bens para maiores de 70 anos é resquício do etarismo, reconhecendo, portanto, que o dispositivo legal viola também o princípio da dignidade humana; condição inerente a todo indivíduo (Brasil, 2024). Por outro lado, elucida que essa violação e a inconstitucionalidade passa a existir somente quando a norma em pauta é interpretada de forma absoluta, isto é, enquanto uma norma cogente, que no entendimento de Reis Friele (2021) são aquelas normas que têm fim social e por isso não podem ser convencionadas pelas partes.

Ao passo que, a inconstitucionalidade deixa de existir quando a norma recebe uma interpretação mais flexível, isto é, a norma é tida como dispositiva, que para Reis Friele (2021) diverge da primeira, pois admite que haja convenção em razão de ato de vontade. Nessa perspectiva, o Ministro adverte que o ideal é tornar o inciso II, do art. 1641, CC, uma norma dispositiva, atribuindo a ela a característica da convencionalidade, de maneira que apenas prevalecerá na ausência de convenção dos nubentes.

Contudo, Barroso decidiu por não reconhecer e declarar a inconstitucionalidade do art. 1641, II, CC, mas dar à ele o status de norma dispositiva, de maneira que terá sua incidência limitada quando as partes, por ela afetadas, convencionarem; o que permite a livre e facultativa escolha do regime de bens. Tal decisão é justificada pela égide da segurança jurídica; haja vista que,

querendo o relator proteger direitos adquiridos e atos jurídicos perfeitos, buscou evitar que casos constituídos anteriormente a esse entendimento, pudessem ser reabertos e questionados; fato que tumultuaria os tribunais.

Em razão disso atribui à essa decisão efeitos ex nunc e visando uniformizar futuras decisões propôs a seguinte tese: “Nos casamentos e uniões estáveis envolvendo pessoa maior de 70 anos, o regime de separação de bens previsto no art. 1641, II, do Código Civil, pode ser afastado por expressa manifestação de vontade das partes, mediante escritura pública” (Brasil, 2024, p.26). Tese essa que fora aceita por todos os demais Ministros do Supremo Tribunal Federal, os quais, também por unanimidade, acompanharam a decisão do Ministro Relator, Luís Roberto Barroso, em negar provimento ao recurso extraordinário e, por conseguinte, à inconstitucionalidade do art. 1641, II, CC.

Dessarte, embora a votação tenha sido unânime, convém mencionar, que durante o debate, o Ministro Dias Toffoli argumentou que a norma em apreço seria compatível com a Constituinte de 1988, isso porque no entendimento de Toffoli, o inciso II do art., 1641, CC, não ofende a autonomia privada das pessoas com mais de 70 anos em eleger seu regime de bens, haja vista que, o direito oferece outros mecanismos de proteção e autonomia; como por exemplo a doação e o testamento; além de que houve uma delimitação legislativa. No entanto, após expor sua concepção o Ministro seguiu o voto do relator, esclarecendo que o faria por “colaboração corporativista” (Brasil, 2024, p.154)

Não obstante, o Ministro Gilmar Mendes reconhece que os argumentos apresentados durante o debate, sintetizam o início de um “processo de inconstitucionalização consolidado” (Brasil, 2024, p.160). Além disso, ressalta que a solução apresentada pelo Ministro Barroso lhe parece respeitosa com a imposição legislativa advinda do Parlamento, de modo que faz justiça a questão em pauta; não impedindo que futuramente reformas possam acontecer.

Mediante ao exposto, resta evidenciado que a fixação da citada tese como solução imediata tornou-se, meramente, um mecanismo alternativo dado pelo Supremo Tribunal Federal; haja vista que o inciso II do art. 1641, do Código Civil, permanece vigente no referido diploma legal e continua produzindo efeitos; de maneira que a problemática inicial, isto é, a (in)constitucionalidade da norma, ainda é pertinente, tendo em vista que, a utilização da escritura pública, para correta regulamentação pode se tornar um requisito burocrático e utópico no país. Ademais,

a partir da análise dos votos do Ministro Dias Toffoli e Gilmar Mendes, percebe-se indícios de que os Ministros destoam do que fora decidido, bem como, Mendes afirma abertura para possíveis reformas futuras (Brasil, 2024, p.160).

Constata-se, por fim, que a problemática ainda persiste e é objeto de estudo, merecendo ser enfrentada pela Suprema Corte e nos dizeres de Vilela (1999) “quem fala bilateral negociado, fala em espaço para a expressão das individualidades e, portanto, em recuo dos atos de autoridade”. Neste panorama, é que se conclui a extrema necessidade do recuo do Estado em face da autonomia do indivíduo e do direito de amar das pessoas com mais de setenta anos, sem que a elas sejam atribuídos estigmas, por simples critério etário, razão pela qual urge a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo legal.

3 CONCLUSÃO

A análise do ARE 1.309.642/SP frente ao princípio da autonomia privada e ao regime obrigatório de bens para pessoas com mais de 70 anos evidencia um importante confronto entre os avanços sociais e os resquícios de um direito que, em muitos aspectos, ainda carrega vestígios patrimonialistas e discriminatórios. A imposição legal do regime de separação de bens, embora aparentemente fundada em intenções protecionistas, revela-se como uma interferência indevida do Estado em relações afetivas e familiares, desconsiderando os princípios constitucionais da dignidade humana, liberdade e autonomia privada.

O estudo histórico e jurídico demonstrou como a evolução da concepção de casamento caminhou em direção à valorização do afeto e da autodeterminação, rompendo com modelos rígidos que limitavam as escolhas individuais. Contudo, o dispositivo analisado perpetua estigmas etaristas, restringindo a capacidade de escolha de pessoas idosas e sugerindo uma presunção de incapacidade baseada apenas na idade. Essa perspectiva não apenas viola direitos fundamentais, mas também desconsidera a dinâmica demográfica e os contextos sociais contemporâneos, nos quais o envelhecimento populacional e os recasamentos são fenômenos cada vez mais presentes.

A decisão do Supremo Tribunal Federal, ao flexibilizar a aplicação da norma ao permitir a manifestação expressa dos nubentes, representa um avanço no reconhecimento da autonomia privada como princípio estruturante do Direito Civil.

No entanto, a manutenção da validade do dispositivo legal em sua essência aponta para a necessidade de reformas mais profundas no ordenamento jurídico, que assegurem o pleno respeito à liberdade individual e à igualdade de tratamento em todas as faixas etárias.

Conclui-se que o combate ao etarismo e a promoção de uma legislação mais inclusiva e alinhada aos valores constitucionais são passos fundamentais para a efetivação da dignidade humana e da autonomia privada nas relações familiares. A superação de normas ultrapassadas, como o regime obrigatório de bens para pessoas com mais de 70 anos, requer um esforço conjunto entre sociedade, legisladores e o Judiciário, a fim de construir um direito que não apenas reflita as mudanças sociais, mas que também esteja comprometido com a garantia de direitos individuais em todas as etapas da vida.

REFERÊNCIAS

ALVES, Gabriel Veloso; RIEGERT, Matheus Guerine. **A inconstitucionalidade do art. 1641, II, do Código Civil: a vedação de escolha ao regime de bens aos maiores de 70 anos**. Revista acadêmica novo milênio, [s.l.], n. 4, vol. 3, 2021.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Por um direito de família mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no âmbito do Direito de Família**. 2009. Tese (Pós-Graduação em Direito)- Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009. Disponível em: https://bib.pucminas.br/teses/Direito_AlvesLB_1.pdf. Acesso em: 14 jul. 2024.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil. Introdução**. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 347-348.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: Introdução**. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROS, Sérgio Resende de. A ideologia do afeto, Revista Brasileiro de Direito e Família, Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v.14, jul./set. 2002.

BERTOLO, Roger William; REIS, Jorge Renato dos. **A imposição legal do regime de casamento pela separação obrigatória de bens aos maiores de 70 anos: proteção ou indignidade?** Revista Direito UNIFACS, n. 285, 2024. Disponível em <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/8713/5060>. Acesso em: 20 jul. 2024.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005, p.52.

BRASIL. **Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003.** Dispõe sobre o Estatuto da Pessoa Idosa e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm. Acesso em: 24 jul. 2024.

BRASIL. **Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm . Acesso em: 24 jul 2024.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Código Civil. DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 1 dez. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo em recurso extraordinário 1.309.642.** 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. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 01 fev de 2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15365774108 & ext = .pdf> Acesso em: 11 jul. 2024.

CICCO. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.e atual. Salvador: Juspodivm, 2020.

DOREA, Egídio. Idadismo e suas implicações no Brasil. **Revista E**, São Paulo, n.ano 30, n. 5, p. 62-64, 2023. Disponível em: <https://www.sescsp.org.br/editorial/idadismo-no-brasil-artigos-refletem-sobre-seu-avanco-e-as-consequencias-deste-tipo-de-preconceito/#novembro23-integra>. Acesso em: 16 jul. 2024.

FABRO, Roni Edson; RECKZIEGEL, Janaína. **Autonomia de Vontade e Autonomia Privada no Sistema Jurídico Brasileiro.** Revista de Direito Brasileira, ano 4, vol.8, maio/ago., 2014.

GOLDANI, Ana Maria. **Desafios do preconceito etário no Brasil.** Educ. Soc., Campinas, v. 31, n. 111, p. 411-434, abr.-jun. 2010. Disponível em: <http://www.cedes.unicamp.br>. Acesso em 23 jul. 2024.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família.** 16.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 46- 51.

GREIN, Franciane Suelen Ramos Soares; WECHINEWSKY, Patrícia Minini. **A inconstitucionalidade na vedação à escolha do Regime de Bens para pessoas acima de setenta anos de idade.** Revista Científica Eletrônica- Editora UnC- Universidade do Contestado, Mafra, 2019. Disponível em: https://scholar.google.com.br/citations?view_op=view_citation&hl=pt-BR&user=iyjXq3

sAAAAJ&citation_for_view=iyjXq3sAAAAJ:UeHWp8X0CEIC. Acesso em: a gos. 2024.

GUEDES, Ana Paula Antunes; GHILARDI, Dóris. **Considerações sobre o regime de separação obrigatória de bens e a Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal**. Revista Eletrônica Direito e Política, Itajaí, v. 12, n. 3, p. 1516-1538, 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Estatísticas do Registro Civil 2022**, Rio de Janeiro, v.49, p.1-12, 2022. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2022_v49_informativo.pdf. Acesso em 30 jul. 2024.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Mudança Demográfica no Brasil no Início do Século XXI: Subsídios para as projeções da população**. Estudos e Análises, Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9197-mudanca-demografica-no-brasil-no-inicio-do-seculo-xxi.html>. Acesso em: 24 jul. 2024.

LÔBO, Paulo. **Direito de família e os princípios constitucionais**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Tratado de Direito das Famílias. 3. ed. Belo Horizonte: Ibdfam, 2019. p. 109-134.

MACIEL, Marcos Gabriel de Almeida; SILVA, Talles Vinicius Brasil da; CASTRO, Priscila Araújo Fraga. **Análise da imposição do regime de separação obrigatória de bens no casamento de pessoas maiores de 70 anos e sua (in)eficácia**. Facit Business and Technology Journal, Tocantins, ed. 36, vol. 2, p. 564-581, 2022.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia Científica**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **O direito pela perspectiva da autonomia privada: relação jurídica, situações jurídicas e teoria do fato jurídico na segunda modernidade**. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014. p. 83.

OLIVEIRA, Ana Clara Cordeiro de. **O Poder do matrimônio no Medievo: repercussões sobre o controle do homem, da mulher e a sociedade de títulos**. Epígrafe, São Paulo, v.10, n.2, p.416-438, 2021.

OLIVEIRA, Jorge Rubem Folena de. **O direito como meio de controle social ou como instrumento de mudança social?** Revista de informação legislativa, Brasília, v.34, n.136, p.377-381, out./dez. 1977. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/324>. Acesso em: 20 jul 2024.

PAUL, Ana Carolina Lobo Gluck. **Limites à Autonomia Privada**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/handle/handle/8078?mode=full>. Acesso em: 26 jun 2024

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Tratado de Direito das Famílias**. 3. ed. Belo Horizonte: Ibdfam. 2019, p. 109-134.

PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p.9-12.

RAMALHO, Dimas. Combater o etarismo é uma tarefa de todos. **Tribunal de contas do Estado de São Paulo**, São Paulo: Disponível em: <https://www.tce.sp.gov.br/6524-artigo-combater-etarismo-e-tarefa-todos-conselheiro-dimas-ramalho>. Acesso em: 01 ago. 2024.

RECKZIEGEL, Janaína; FABRO, Roni Edson. **Autonomia da Vontade e Autonomia Privada no Sistema Jurídico Brasileiro**. Revista de Direito Brasileira, ano 4, vol. 8, maio-agosto 2024.

REIS FRIEDE, Roy. **Teoria da Norma Jurídica**. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n. 82, p. 215-232, out./dez.2021.

RIBEIRO, Cristiane Galvão; et al. **Representações sociais do casamento: um estudo intergeracional**. Revista Ágora, Vitória, n.22, p. 298-315. ISSN 1980-0096.

RODRIGUES, Millena Santos; AVILA, Vitor Ruiz. **Da análise do art. 1641, inciso II do Código Civil de 2002 frente aos mandamentos constitucionais**. Revista Etic-Toledo Prudente Centro Universitário, [s.l.], v. 16, n. 16, 2020.

ROSA, Conrado Paulino da. **Direito de Família Contemporâneo**. 7. ed. rev., ampl.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada. São Paulo: Saraiva, 2005.

SÁ, Luiza Vieira; OLIVEIRA, Reinaldo Ayer de. **Autonomia: uma abordagem interdisciplinar**. Saúde, Ética & Justiça. 2007;12(1/2):5-14. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/sej/article/view/44280>. Acesso em: 30 de julho de 2024.

SANTOS, Edilson Oliveira dos; MILHOMEM, Nádia Regina Stefanine. **A inconstitucionalidade do art. 1641 Código Civil: A obrigação do Regime de Bens aos maiores de 70 anos**. Facit Business and Technology Journal, Tocantins, ed. 39, vol. 1, p. 337-355, 2022.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 154-155.

SARMENTO, Daniel. Escola Superior do Ministério Público da União. **Seção IV- Ordem Pública e Relações Jurídicas Privadas**. Brasília: Boletim Científico ESMPU, jan- março 2005, p. 167-170.

TATSCH, Alessandro. **A inconstitucionalidade do art. 1641, II, do Código Civil de 2002 à luz da Constituição Federal de 1988**. Monografia (Graduação em Direito). Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2015.

TROVÃO, Antônio. Direito Net. **A ditadura da terceira idade: Sobre como uma legislação fundada em exigências de ordem moral podem causar deteriorações**

no mundo real. 2009 Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/4998/A-ditadura-da-terceira-idade>. Acesso em: 02 de junho de 2024.

VELOSO, Zeno. **Direito Civil**. Salvador: Juspodivm, 2019.

VILLELA, João Baptista. Repensando o direito de família. **Nova Realidade do Direito de Família**, Rio de Janeiro, tomo 2, p. 52-59, 1999.