



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.309.642/SP

RELATOR: MINISTRO ROBERTO BARROSO
RECORRENTE: MARIA CECÍLIA NISPECHE DA SILVA
ADVOGADO: AGEU LIBONATI JUNIOR
ADVOGADO: ALEX LIBONATI
RECORRIDOS: SONIA MARIA RAYES PEREIRA E OUTROS
ADVOGADO: MARCELO AUGUSTO DE SOUZA GARMS
ADVOGADO: RODRIGO LOPES GARMS
PARECER AGEP-STF/PGR Nº 573170/2023

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

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

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



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

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

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

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

6. Proposta de tese de repercussão geral:

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

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



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Excelentíssimo Senhor Ministro Roberto Barroso,

Trata-se de recurso extraordinário, *leading case* do Tema 1236 da sistemática de Repercussão Geral, cujo objeto consiste em definir o “*regime de bens aplicável no casamento e na união estável de maiores de setenta anos*”.

Na origem, discute-se, em ação de inventário, qual seria o regime de bens a ser aplicado à união estável que se iniciou quando o *de cujus* já tinha mais de 70 (setenta) anos.

O juízo de primeiro grau reconheceu à companheira sobrevivente o direito de participar da sucessão hereditária em concurso com os descendentes e legatários do autor da herança e declarou a inconstitucionalidade incidental do art. 1.641, inciso II, do Código Civil de 2002, entendendo aplicável à união estável o regime da comunhão parcial de bens (art. 1.725 do CC).

Em agravo de instrumento, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reformou a decisão de primeiro grau, em acórdão assim ementado:

Agravo de instrumento. Inventário. Decisão que determinou a apresentação de plano de partilha pela inventariante, com observância da sistemática introduzida pelo RE nº 646.721/RS, e declarou a inconstitucionalidade do art. 1.641, II do CC. Irresignação. Regime da separação obrigatória de bens que, ao



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

restringir a autonomia de vontade dos nubentes, busca proteger a pessoa idosa de casamentos realizados com exclusiva finalidade patrimonial. Inconstitucionalidade não configurada. Restrição legal que se aplica igualmente ao casamento e à união estável. Precedentes do STJ e desta Corte. Companheira que, no entanto, tem direito à metade dos bens adquiridos durante a união estável. Incidência da Súmula nº 377 do STF. Decisão reformada. Agravo provido.

Desprovidos os embargos de declaração, foram interpostos recursos especial e extraordinário.

No recurso extraordinário, a recorrente sustentou que o acórdão impugnado teria ofendido os arts. 1º, III; 3º IV; 5º, I, X, LIV; 226, § 3º; e 230, todos da Constituição Federal, argumentando a inconstitucionalidade do art. 1.641, II, do CC.

Para tanto, afirmou que a pessoa maior de setenta anos é plenamente capaz para o exercício de todos os atos da vida civil, podendo escolher livremente o regime de bens no casamento e na união estável.

Também invocou a impossibilidade de interpretação extensiva de norma restritiva para fazer incidir o regime de separação legal na união estável, compreendendo que o art. 1.641 regulamenta somente as relações de casamento.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

Acrescentou que *“não careceria ao Estado interferir em deliberações de cunho estritamente pessoais, visto que a preferência quanto ao regime de bens incumbe somente aos cônjuges”*.

Inadmitidos os recursos excepcionais pelo Tribunal de origem, seguiu-se a interposição de agravos.

No Superior Tribunal de Justiça, o agravo em recurso especial não foi conhecido (AREsp 1.681.041/SP), e, transitado em julgado o acórdão, o presente agravo em recurso extraordinário ascendeu ao STF.

Submetido ao Plenário Virtual dessa Suprema Corte, foi reconhecida, por maioria, a existência de repercussão geral da controvérsia e delimitado o tema a ser examinado neste *leading case*:

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.*



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

O Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), o Ministério Público do Estado de São Paulo, a Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS) e o Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB) pleitearam o ingresso no feito, na condição de *amicus curiae*.

Vieram os autos à Procuradoria-Geral da República para parecer.

1. EXAME DO TEMA 1236 DA REPERCUSSÃO GERAL

1.1 Delimitação da controvérsia.

Foi delimitado como tema para o exame sob a sistemática da Repercussão Geral nestes autos analisar o “*regime de bens aplicável no casamento e na união estável de maiores de setenta anos*”.

Na origem, o Tribunal aplicou à união estável o regime de separação legal de bens, em observância ao art. 1.641, II, c/c o art. 1.829, ambos do Código Civil de 2020, bem como reconheceu à companheira sobrevivente o direito à metade dos bens adquiridos na constância da união estável, nos termos da Súmula 377 do STF¹.

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



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

A questão em análise consiste em saber se o regime de bens obrigatório previsto no inciso II do art. 1.641 do Código Civil é compatível com a ordem constitucional e, ainda, *“se tal restrição normativa alcançaria também as uniões estáveis”*.

Eis o teor do mencionado dispositivo para compreensão:

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

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

Ao votar pela existência de Repercussão Geral, o Ministro Relator entendeu que, em favor da inconstitucionalidade do dispositivo, estaria a capacidade de escolha, livre e consciente, do regime de bens de relação conjugal contraída por indivíduo com 70 (setenta) anos ou mais, à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana, da proibição à discriminação aos idosos, da proteção às uniões estáveis e do dever de amparo aos idosos (arts. 1º, III; 3º IV; 226, § 3º; e 230, CF).

Em contrapartida, sinalizou que, a favor da sua constitucionalidade, ter-se-ia a análise da proteção de *“uniões familiares formadas sem bases afetivas consistentes, integradas por pessoas idosas e outras que tenham por objetivo principal a obtenção de vantagens econômicas”*, sob o viés da



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

preservação aos direitos de propriedade do idoso e de sua herança (art. 5º, XXII e XXX, CF).

Diante disso, identificou a relevância dos seguintes aspectos: *“(i) social, já que a definição do regime de bens aplicável às uniões familiares contraídas por maiores de setenta anos produz impactos diretos na organização da vida da sociedade brasileira; (ii) jurídico, porque a questão guarda relação com a interpretação e o alcance de normas constitucionais que asseguram especial proteção a pessoas idosas; e (iii) econômico, eis que a tese a ser fixada produzirá impacto direto nos regimes patrimonial e sucessório de maiores de setenta anos”*.

Para o enfrentamento do tema, há de se sopesar as duas dimensões do princípio da igualdade, para se concluir pela possibilidade ou não de regramento constitucional diferenciado a determinadas relações ou grupos de indivíduos, inclusive na seara privada.

Em seguida, há de se rememorar os aspectos sociais e jurídicos relacionados à vulnerabilidade relativa da pessoa idosa, levando-se em conta os dados da Organização Mundial de Saúde, as metas estabelecidas pela Agenda 2030 e as normas e decisões existentes tanto no âmbito internacional quanto nacional sobre o tema.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

A partir da compreensão da concretude da igualdade material, da vulnerabilidade e dos cenários fático e jurídico existentes, a instituição do regime de separação obrigatória de bens há de ser analisada pela origem das normas, desde o Código Civil de 1916.

Há de se examinar, ainda, os aspectos justificadores da norma (art. 1.641, II, do CC) pela perspectiva das disposições constitucionais e de direito internacional relativas ao usufruto digno da propriedade pela pessoa idosa e do seu direito à preservação da sua herança, levando-se em consideração, ademais, a autonomia de vontade, livre e consciente, dela administrar seus bens em vida (itens 1.5 e 1.6).

Sopesadas as possíveis justificativas para o recorte etário e realizado o juízo de conformação do art. 1.641, II, do Código Civil com a ordem jurídico-constitucional, há de ser analisada a sua incidência nas hipóteses de uniões estáveis, tendo como parâmetro o entendimento da Suprema Corte no julgamento do Tema 809 da sistemática da Repercussão Geral.

1.2 A igualdade material como fundamento para a constitucionalidade do regramento diferenciado para maiores de 70 anos.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

O princípio constitucional da igualdade, como base fundamental da República e da democracia, permite que a lei estabeleça tratamento diferenciado entre pessoas que guardem distinções de grupo social, de sexo, de profissão, de condição econômica ou de idade, dentre outras. O que se afasta é o proceder discrepante e arbitrário, de forma desarrazoada, sem o correspondente pressuposto lógico e racional que o justifique.

O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de assentar que *“tratamento jurídico diferenciado conferido a um determinado indivíduo ou grupo de indivíduos nem sempre é inconstitucional em si mesmo, sendo indispensável, para se chegar a essa conclusão, averiguar-se a legitimidade das causas que ensejaram a desequiparação”*².

Conceitua-se como igualdade formal, dentro da concepção de Estado liberal, a prescrição abstrata de igualdade perante a lei no sentido de que *“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”* (art. 5º, caput, CF). Já a igualdade material funda-se na concretização desse comando pelo Estado, ao criar mecanismos efetivos que assegurem o exercício dos direitos, seja por meio da elaboração de leis ou por implementação de políticas públicas tendentes a extinguir ou diminuir as desigualdades de fato.

2 ADI 4.976/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 29/10/2014.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

O constituinte de 1988 estabeleceu precedência da igualdade material sobre a formal, permitindo ao Estado intervir para corrigir as distorções oriundas de aspectos históricos que desembocaram em diferenças de índole econômica, social e cultural entre os grupos sociais³. O que decorre a identificação da discriminação positiva constitucionalmente legítima pelo Estado, com vistas a estimular a inclusão de grupos tradicionalmente excluídos⁴.

- 3 No julgamento da ADPF 186/DF, o Min. Relator Ricardo Lewandowski destacou: *“É escusado dizer que o constituinte de 1988 – dada toda a evolução política, doutrinária e jurisprudencial pela qual passou esse conceito – não se restringiu apenas a proclamar solenemente, em palavras grandiloquentes, a igualdade de todos diante da lei. À toda evidência, não se ateuve ele, simplesmente, a proclamar o princípio da isonomia no plano formal, mas buscou emprestar a máxima concreção a esse importante postulado, de maneira a assegurar a igualdade material ou substancial a todos os brasileiros e estrangeiros que vivem no País, levando em consideração – é claro – a diferença que os distingue por razões naturais, culturais, sociais, econômicas ou até mesmo acidentais, além de atentar, de modo especial, para a desequiparação ocorrente no mundo dos fatos entre os distintos grupos sociais. Para possibilitar que a igualdade material entre as pessoas seja levada a efeito, o Estado pode lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminado de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares.”*
- 4 Em voto, o Ministro Marco Aurélio destaou que *“Não se pode olvidar, na atualidade, uma consciência constitucional sobre a diferença e sobre a especificação dos sujeitos de direito, o que traz legitimação às discriminações positivas voltadas a atender as peculiaridades de grupos menos favorecidos e a compensar desigualdades de fato, decorrentes da cristalização cultural do preconceito”* (ADI 4.424, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 1º/8/2014). Confirma-se também ADPF 186, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe 17/10/2014.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Dessa quadra, estabelece-se duas hipóteses válidas para o tratamento diferenciado:

(1) as previstas na própria Constituição Federal, como por exemplo, aposentadoria com menor idade para mulheres (arts. 40, § 1º, III, e 201, § 7º), aposentadoria compulsória (art. 40, § 1º), idade mínima e máxima para o exercício de funções públicas, em especial dos próprios Ministros do STF (arts. 14, § 3º, V; 73; 89, VII; 101; 103-B; 104, parágrafo único), preferência no pagamento de precatórios de natureza alimentícia (art. 100, § 2º); e

(2) as determinadas por lei, em consonância com os valores tutelados pela Constituição, a exemplo do Estatuto da Pessoa Idosa (Lei 10.741/2003) que garante aos idosos, dentre outros direitos, a gratuidade nos transportes coletivos e nos medicamentos, preferência em filas de bancos, entre outros.

Tais mecanismos, constitucionais e legais, garantem ao Estado buscar efetivamente que todos possam gozar dos mesmos direitos e obrigações, mesmo que para isso seja necessário criar instrumentos diferenciadores, com vistas à promoção da igualdade material.

1.3 A vulnerabilidade da pessoa idosa e a especial proteção às minorias como fundamento para a constitucionalidade do regramento diferenciado para maiores de 70 anos.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

A noção de igualdade é reforçada pela necessidade de reconhecimento dos direitos das minorias⁵. Há o ente público de se preocupar com os particularismos que integram os diversos grupos sociais, respeitando a identidade dessas categorias.

As minorias possuem interface de vulnerabilidade a indicar situação de risco e fragilidade, por vários motivos, dentre eles, sociais, econômicos, ambientais, que permitem definir algo como risco social. De acordo com Cezar Roberto Bitencourt⁶, tendo em vista os diversos enfoques, há duas categorias de vulnerabilidade: a relativa, em que o ser humano detém determinada autonomia, e a absoluta, quando carece de amparo pleno para administrar sua vida, sendo uma questão de interpretação.

De acordo com a Organização Mundial de Saúde – OMS⁷, a população mundial com mais de 60 (sessenta) anos estimada será, até 2050, de 2 bilhões. Segundo a publicação, “*Mais de 8% da população tinha 65 anos ou*

5 Termo empregado para designar a compreensão de minoria histórica e socialmente excluída, afastando-se o conceito meramente quantitativo.

6 Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-jun-19/cezar-bitencourt-conceito-vulnerabilidade-violencia-implicita#:~:text=O%20legislador%20atribui%2C%20num%20primeiro,causa%2C%20n%C3%A3o%20possa%20oferecer%20resist%C3%Aancia>. Acesso em 22/6/2023.

7 Dados disponíveis em: <https://www.paho.org/pt/decada-do-envelhecimento-saudavel-nas-americas-2021-2030> e <https://brasil.un.org/pt-br/55124-mundo-ter%C3%A1-2-bilh%C3%B5es-de-idosos-em-2050-oms-diz-que-envelhecer-bem-deve-ser-prioridade-global>. Acesso em 21/6/2023.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

mais em 2020 e estima-se que essa porcentagem dobre até 2050 e exceda 30% até o final do século”.

A Assembleia Geral das Nações Unidas, em dezembro de 2020, declarou a “*Década do Envelhecimento Saudável 2021-2030*”, como principal estratégia para construir uma sociedade para todas as idades. Também instituiu, na Agenda 2030, o Objetivo do Desenvolvimento Sustentável (ODS) 3 que visa “*assegurar uma vida saudável e promover o bem-estar para todos, em todas as idades*”.

No âmbito normativo internacional, a Organização dos Estados Americanos (OEA) aprovou, em 15 de junho de 2015, a Convenção Interamericana sobre Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos, assinado pelo Brasil e pendente de ratificação, com o propósito de regular de forma completa a sistemática dos direitos a essa parcela da população⁸. De acordo com o texto, “*O objetivo da Convenção é promover, proteger e assegurar o reconhecimento e o pleno gozo e exercício, em condições de igualdade, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais do idoso, a fim de contribuir para sua plena inclusão, integração e participação na sociedade*”.

8 O Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos, promulgado pelo Decreto 3.321/1999, é considerado o primeiro instrumento vinculante que incorpora especificamente os direitos das pessoas idosas.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Por sua vez, a Corte Interamericana de Direito Humanos já teve oportunidade de ressaltar a suscetibilidade a violações desse grupo. Ao julgar o caso da Associação Nacional de Desempregados e Aposentados da Superintendência Nacional de Administração Tributária (ANCEJUB-SUNAT) vs. Peru, decidiu que a falta de pagamento de pensões afeta a qualidade de vida dos idosos, na medida em que *“implica angústia, insegurança e incerteza quanto ao futuro de um idoso devido à eventual falta de recursos econômicos para a sua subsistência, uma vez que a privação de uma renda acarreta intrinsecamente privações no avanço e desenvolvimento de sua qualidade de vida e de sua integridade pessoal”*.

E, no Caso Professores de Chañaral e outras municipalidades vs. Chile, a Corte IDH assentou que *“pode-se deduzir que, quando se trata de pessoas em situação de vulnerabilidade, como as supostas vítimas do presente caso, todas elas pessoas idosas [...], exige-se um critério de celeridade reforçado em todos os processos judiciais e administrativos, incluindo a execução de sentenças”*⁹.

Já no âmbito nacional, tem-se alertado para uma especial visibilidade à existência digna das pessoas *“com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos”*, de acordo com o Estatuto da Pessoa Idosa (art. 1º da Lei

9 Citações dos julgados disponíveis em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaInternacional/anexo/STF_ConvencaoAmericanaSobreDireitosHumanos_SegundaEdicao.pdf. Acesso em 27/6/2023.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

10.741/2003), a abarcar todas as searas da vida, pública ou particular, desse indivíduo.

A perspectiva da vulnerabilidade das pessoas maiores de 60 anos foi especialmente considerada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento ADI 6.727 em que se discutia a proteção do idoso contra o superendividamento. Na ocasião, decidiu-se que tais indivíduos não de *“receber tratamento prioritário e proteção integral pela sociedade”*, à luz do que prescreve o art. 230 da Constituição Federal¹⁰.

A partir de tais constatações fáticas e jurídicas, no modelo de justiça social, decorre diretamente do texto constitucional e dos tratados de direitos humanos, que a República Federativa do Brasil aderiu o papel do Estado, ao

10 Eis o acórdão assim ementado:

“[...] PROIBIÇÃO A INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS, CORRESPONDENTES BANCÁRIOS E SOCIEDADES DE ARRENDAMENTO MERCANTIL DE REALIZAREM PUBLICIDADE OU ATIVIDADE DE CONVENCIMENTO DE APOSENTADOS E PENSIONISTAS PARA A CONTRATAÇÃO DE EMPRÉSTIMOS. [...] VULNERABILIDADE ECONÔMICA E SOCIAL DE APOSENTADOS E PENSIONISTAS. PROTEÇÃO INTEGRAL AO IDOSO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA IMPROCEDENTE.

1. Proibição da Lei paranaense n. 20.276/2020 a instituições financeiras, correspondentes bancários e sociedades de arrendamento mercantil realizarem telemarketing, oferta comercial, proposta, publicidade ou qualquer tipo de atividade tendente a convencer aposentados e pensionistas a celebrarem contratos de empréstimos resulta do legítimo exercício da competência concorrente do ente federado em matéria de defesa do consumidor, suplementando-se os princípios e as normas do Código de Defesa do Consumidor e reforçando-se a proteção de grupo em situação de especial vulnerabilidade econômica e social. [...]

(ADI 6.727, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 19/5/2021)



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

assumir ativamente a proteção desses grupos relativamente vulneráveis, usando como pano de fundo a garantia, em vida, de atenção ao bem-estar digno.

Dessa quadra, em regra, considerando a especial proteção a ser dada à pessoa idosa, é constitucionalmente legítimo o uso da idade como critério de diferenciação entre os indivíduos e/ou grupos sociais, salvo se for manifestamente desproporcional ou injustificada.

1.4 A evolução legislativa do regime de bens e a justificação para o recorte jurídico etário.

Dada a amplitude conceitual de enquadramento da pessoa idosa na condição coletivista de vulnerabilidade relativa¹¹, assim como o aumento mundial na longevidade do indivíduo e a necessidade de se impor diferenciação legal por faixas etárias, há de se verificar a compatibilidade do estabelecimento do regime obrigatório de separação de bens (art. 1.641, II, do CC), a partir da sua origem.

11 Em tese intitulada *“O reconhecimento das capacidades humanas em uma sociedade decente: por um conceito jurídico de vulnerabilidade para as pessoas idosas”*, Celany Queiroz Andrade conclui que, *“até mesmo no que tange às várias ideologias impositivas por intermédio das instituições sociais e políticas, as pessoas idosas são passíveis de vulneração mais acentuada, especialmente em decorrência de suas fragilidades características”*. Disponível em: [http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/11836/Celany%20Queiroz%20Andrade .pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/11836/Celany%20Queiroz%20Andrade.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em 22/6/2023.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

Com a edição do Código Civil em 1916 (Lei 3.071/1916) que vigorou até 10 de janeiro de 2003, foram instituídos os regimes de bens no casamento da comunhão parcial, da comunhão universal, dotal e da separação de bens. O seu art. 258, parágrafo único, inciso II, disciplinava que o regime de separação de bens seria de cunho obrigatório para os homens maiores de 60 anos e para as mulheres maiores de 50 anos.

Em seguida, o Código Civil de 2002 estabeleceu o regime da participação final nos aquestos, mantendo os regimes da comunhão parcial, da comunhão universal e da separação legal de bens. Esta, por sua vez, se destinava inicialmente às pessoas maiores de 60 anos e, a partir de 2010, o legislador aumentou para os maiores de 70 anos (Lei 12.344/2010).

É certo que o intuito do regime de separação obrigatória, e a sua manutenção em 2002, foi o de desestimular casamentos eivados da intenção de enriquecimento ilícito, bem como o de preservar tanto o bem-estar de indivíduos em condições vulneráveis quanto o patrimônio de seus herdeiros¹².

12 Nas palavras de Mairan Gonçalves Maia Junior: “Por mais que a regra geral na fixação do regime patrimonial seja a autonomia privada, o CC, no caso do art. 1.641, II, esta é afastada para impor a adoção de regime de separação de bens. Na verdade, pretende o legislador tutelar não a pessoa do nubente, mas o patrimônio da família, evitando sua dispersão em benefício de terceiros e em detrimento dos integrantes do núcleo familiar, pois o casamento é permitido, não pode é haver a comunicação dos bens dos cônjuges” (MAIA JUNIOR, Mairan Gonçalves. Do Regime da Comunhão Parcial de Bens no Casamento e na União Estável. São



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ao analisar a questão pelo viés infraconstitucional, reforça que:

A mens legis do art. 1.641, II, do Código Civil é conferir proteção ao patrimônio do idoso que está se casando e aos interesses de sua prole, impedindo a comunicação dos aquestos. Por uma interpretação teleológica da norma, é possível que o pacto antenupcial venha a estabelecer cláusula ainda mais protetiva aos bens do nubente septuagenário, preservando o espírito do Código Civil de impedir a comunhão dos bens do ancião. (REsp 1.922.347/PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 7/12/2021).

O STF, no julgamento da ADI 4.976¹³, ao analisar a Lei 12.663/2012 (Lei Geral da Copa), expressamente assentou ser *“plenamente justificada a iniciativa dos legisladores federais – legítimos representantes que são da vontade popular”*. Na oportunidade, a Ministra Cármen Lúcia destacou, em seu voto, a necessidade de se verificar o fator que discrimina constitucionalmente uma norma, *“[...] se há uma razão jurídica legitimamente aceita e aceitável daquilo que se põe para diferenciar uma situação de outra. Se é boa, ou não, a razão, a mim não compete dizer, desde que o fator de identificação seja constitucionalmente legítimo”*.

Como visto, partindo-se do pressuposto de validade constitucional do recorte etário para o usufruto de determinados direitos, passa-se à análise do enfoque do direito que se pretende proteger no presente caso, isto é, o

Paulo: Revista dos Tribunais, 2010).

13 Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe 29/10/2014.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

exercício constitucional do direito de propriedade da pessoa maior de 70 anos e, conseqüentemente, do direito de herança como expressão do direito de propriedade desse indivíduo.

1.5 A proteção ao direito de propriedade e à herança como fundamento para a constitucionalidade do regime regramento diferenciado para maiores de 70 anos.

Tendo em vista o foco na pessoa vulnerável, prevalece a necessidade de resguardo do seu bem-estar e da sua velhice em condições dignas que são proporcionados, dentre outras proteções estatais, por meio do usufruto de seus bens adquiridos em vida¹⁴.

Essa prevalência é reforçada pela compreensão de que o direito de propriedade (art. 5º, XXII, CF) é classificado como norma constitucional de eficácia contida que, embora esteja regulada pelo constituinte originário, é possível a atuação restritiva por parte da competência discricionária do Estado¹⁵.

- 14 Confira-se: VENOSA, Silvio de Salvo. Código Civil interpretado. São Paulo: Atlas, 2010. p. 1.511-1.512.
- 15 O professor José Afonso da Silva leciona: “[...] São outros tantos conceitos que interferem na eficácia de determinadas normas constitucionais. Com base neles o poder público pode limitar situações subjetivas, circunscrevendo a autonomia de sujeitos privados, especialmente em relação ao direito de propriedade” (SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 7ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2007).



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Do mesmo modo, tratando-se de desdobramento do direito de propriedade, o direito de herança (art. 5º, XXX, CF) possui a perspectiva do proprietário, no caso a pessoa maior de 70 anos, que “[...] tem a garantia de que o patrimônio que acumulou durante toda sua vida poderá ser transmitido conforme sua vontade, nos termos da lei, não representando sua morte oportunidade para o Estado apropriar-se de seus bens”¹⁶.

Esse panorama também encontra substrato na Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos, que riguarda a proteção, em vida, do direito de propriedade da pessoa idosa, ao prever em seu art. 23:

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

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

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

Os Estados Partes se comprometem a adotar medidas para eliminar toda prática administrativa ou financeira que discrimine o idoso, principalmente as mulheres idosas e os grupos em situação de

16 PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Constitucional descomplicado. 9ª Edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2012, p. 152.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

vulnerabilidade no que se refere ao exercício de seu direito à propriedade.

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.

1.6 Resguardo à autonomia de vontade. Disposição dos bens em vida.

O inciso II do art. 1.641 do Código Civil, apesar de impor o regime diferenciado, resguarda a autonomia da vontade da pessoa idosa que pode, em vida, dispor dos seus bens da maneira que entender melhor.

De fato, a pessoa septuagenária que contrair uma relação conjugal não poderá escolher o regime de casamento, conforme previsão expressa na lei. Dessa compreensão, contudo, encontra-se ausente a premissa genérica de que lhe falta a oportunidade de dispor de outra(s) forma(s) do seu patrimônio, porque, ainda que caracterizada a sua vulnerabilidade relativa, persiste a liberdade de administrar sua vida, seus bens, assegurando-se sua autonomia de vontade.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

Esse é o comando exposto no próprio Código Civil ao assim disciplinar no capítulo “Do Regime de Separação de Bens”:

Art. 1.687. Estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real.

Art. 1.688. Ambos os cônjuges são obrigados a contribuir para as despesas do casal na proporção dos rendimentos de seu trabalho e de seus bens, salvo estipulação em contrário no pacto antenupcial.

Considerando a ausência de arbitrariedade, a referida orientação harmoniza-se igualmente com a determinação do art. 30 da Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos:

Sem prejuízo do disposto no presente Artigo, 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.

Por se tratar de proteção na perspectiva exclusiva da pessoa idosa, há de se afastar interpretações que privilegiem a parte contrária da relação ou se limitem a declarar que se trata de uma relação puramente contratual¹⁷. Em

17 Sobre o assunto, Washington de Barros Monteiro, atualizado por Regina Beatriz Tavares da Silva, observa que: “(...) os limites à liberdade individual existem em várias regras desse ordenamento, especialmente no direito de família, que vão dos impedimentos



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

outras palavras, a norma em questão estabeleceu apenas o regime de bens a regular relação conjugal, sem adentrar e disciplinar aspectos atinentes à disposição do patrimônio em vida da pessoa maior de 70 anos, enquanto manifestação da vontade livre e consciente.

O estabelecimento de regime de bens diverso da separação legal poderia acarretar consequências ruinosas ao cônjuge idoso, na hipótese de dissolução *inter vivos* da sociedade conjugal, ou aos seus filhos, no caso de dissolução *causa mortis*.

Além disso, pelo princípio da variabilidade, a autonomia da vontade marcada pelo direito de escolha entre os regimes de casamento existentes, ou até mesmo criar um outro regime, não é absoluto, pois será exercido desde que não contrarie a lei – no caso, o art. 1.641 do CC.

Esse arcabouço fático e normativo legitima a proteção na perspectiva, em primeiro lugar, da pessoa idosa, calcada justamente nos princípios constitucionais da solidariedade e da dignidade da pessoa humana

matrimoniais (art. 1.521, I a VII), que vedam o casamento de certas pessoas, até a fidelidade, que limita a liberdade sexual fora do casamento (art. 1.566, I). É ainda de salientar que não pode o direito de família aceitar que, se reconhecidos os maiores atrativos de quem tem fortuna, um casamento seja realizado por meros interesses financeiros, em prejuízo do cônjuge idoso e de seus familiares” (MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil 2. São Paulo: Saraiva, 2016).



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

(art. 1º, I e III), da legalidade (art. 5º, II), da proibição de privação de seus bens (art. 5º, LIV) e do dever de amparo às pessoas idosas (art. 230).

Por todo o exposto, o art. 1.641, II, do Código Civil conforma-se com a ordem jurídico-constitucional, porque (i) a CF prevê diferenças etárias; (ii) é constitucionalmente possível ao estado regular relações privadas; (iii) a pessoa idosa merece atenção estatal e é sujeito de direitos na acepção de relativamente vulnerável; (iv) houve justificativa plausível na criação e manutenção do regime diferenciado, assegurando o direito à propriedade da pessoa idosa e à herança por seus herdeiros; (v) a contemporaneidade democrática pela escolha do legislador federal também é fator de validade; e (vi) há resguardo à autonomia de vontade.

1.7 Aplicabilidade do regime da separação obrigatória às uniões estáveis: aderência à tese fixada no Tema 809 da Repercussão Geral.

O Supremo Tribunal Federal, nos Temas 498 (RE 646.721) e 809 (RE 878.694), fixou a seguinte tese: *“É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002”*.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Na oportunidade, a ementa destacou que a *“hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988”*, à luz dos princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente e da vedação de retrocesso.

Partindo-se do pressuposto jurídico já estabelecido pela Suprema Corte de que é ilegítima qualquer diferenciação entre cônjuge e companheiro, bem como que a sucessão patrimonial será regida pelo art. 1.829 do CC, há de ser realizada a compatibilidade do art. 1.725 do Código Civil (*“Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”*) com a imposição do regime de separação obrigatória.

Ou seja, a garantia às partes dos mesmos direitos e deveres previstos no casamento gera como consequência lógica a mesma regra de que, na união estável, o regime será da comunhão parcial ou o convencionado pelas partes, **exceto** no caso de união com pessoa maior 70 anos em que vigorará invariavelmente o regime de separação obrigatória de bens.

Esse raciocínio permite igualmente afastar a compreensão tanto da inaplicabilidade de norma mais restritiva quanto do fato de que a união



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

estável é uma relação contratual e, como tal, haveria o regime de ser o estipulado pelas partes.

Como corolário lógico do entendimento da Suprema Corte, tanto proferido no Tema 809 da Repercussão Geral, quanto na necessidade de conceder à pessoa idosa tratamento prioritário e proteção integral pela sociedade (ADI 6.727), ante a possibilidade de interpretação em sentido discriminatório do art. 1.641, II, do CC/2002, faz-se necessária a utilização da técnica de *“interpretação conforme à Constituição”*, para reconhecer a incidência à união estável, contraída por indivíduo maior de 70 anos, das mesmas regras e consequências do regime de separação legal de bens previsto para o casamento.

2. APLICAÇÃO DO DIREITO AO PROCESSO

A recorrente entende que há de ser aplicada à união estável o regime da comunhão parcial, na ausência de pactuação de outra forma contratual, *“até porque o autor da herança contava com 72 anos e a norma constitucional determina aposentadoria compulsória apenas aos 75 anos”*, assim como porque *“o autor estava em sua plena capacidade laboral e cognitiva tanto que até o momento da sua morte mantinha sua atividade agropastoril”*, sob pena de



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

ofensa, em especial, aos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade jurídica.

Também argumenta a existência de *“intervencionismo excessivo por parte do Estado”* ao regular relações do ramo do direito privado, assim como a impossibilidade de extensão à união estável da obrigatoriedade de regime.

Primeiramente, inexistente substrato jurídico para legitimar a suposta vinculação argumentativa entre o direito patrimonial de regime de bens com o direito previdenciário à aposentadoria compulsória. São institutos completamente diversos e independentes. Tampouco se está em discussão parâmetros etários, como parece crer a recorrente ao diferenciar as idades, para a incidência do regime de separação obrigatória.

Trata-se, na verdade, como visto, na escolha do poder constituinte de 1988, com a concretude do legislador federal, de proteção a indivíduos e grupos sociais relativamente vulneráveis, dentre eles as pessoas maiores de 70 anos, como forma de proteção estatal, social e familiar.

Esse recorte etário para o exercício de determinados direitos constitucionais e infraconstitucionais afasta sobremaneira interpretações relacionadas à incapacidade absoluta das pessoas idosas. Pelo contrário, a legislação (arts. 1.687 e 1.688 do Código Civil c/c arts. 23 e 30 da Convenção



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos) prestigia e assegura a autonomia de vontade, livre e consciente, de pessoas maiores de 70 anos administrarem e disporem sobre seu patrimônio, dentro dos limites legais.

Em havendo justificativa plausível e razoável na criação e manutenção do regime diferenciado, há de ser reconhecida a validade da norma prevista no art. 1.641, II, do CC.

Por outro lado, a obrigatoriedade do regime de separação legal de bens atinge as uniões estáveis, por ser inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros (Tema 809 de Repercussão Geral) como também para preservar a proteção constitucional ao patrimônio da pessoa idosa e dos seus herdeiros.

Portanto, o recurso extraordinário há de ser desprovido, para que, confirmando-se o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, seja mantido o regime obrigatório de separação de bens na união estável.

3. CONCLUSÃO

Em face do exposto, opina o PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA pelo desprovido do recurso extraordinário. Considerados a sistemática da



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

Repercussão Geral e os efeitos do julgamento deste recurso em relação aos demais casos que tratem ou venham a tratar do Tema 1236, sugere a fixação da seguinte tese:

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.

Brasília, data da assinatura digital.

Augusto Aras
Procurador-Geral da República
Assinado digitalmente

[CPT-MCTF]

