

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA  
FACULDADE DE DIREITO

ANA LUIZA RIBEIRO NABACK LOPES

**IMPOSIÇÃO DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS AOS SEPTUAGENÁRIOS:  
UMA AFRONTA À IGUALDADE, À DIGNIDADE HUMANA E AOS DIREITOS DA  
PERSONALIDADE**

Juiz de Fora  
2012

**IMPOSIÇÃO DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS AOS SEPTUAGENÁRIOS:  
UMA AFRONTA À IGUALDADE, À DIGNIDADE HUMANA E AOS DIREITOS DA  
PERSONALIDADE**

ANA LUIZA RIBEIRO NABACK LOPES

Monografia de conclusão de curso apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, na área de concentração em Direito Civil, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito. Orientadora: Prof(a). Kelly Cristine Baião Sampaio.

Juiz de Fora  
2012

ANA LUIZA RIBEIRO NABACK LOPES

**IMPOSIÇÃO DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS AOS SEPTUAGENÁRIOS:  
UMA AFRONTA À IGUALDADE, À DIGNIDADE HUMANA E AOS DIREITOS DA  
PERSONALIDADE**

Monografia de conclusão de curso apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, na área de Direito Civil, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

---

Prof(a). Kelly Cristine Baião Sampaio – Orientadora  
Universidade Federal de Juiz de Fora

---

Prof(a). Flávia Lovisi Procópio de Souza  
Universidade Federal de Juiz de Fora

---

Arísio Antônio Fonseca Júnior  
Advogado

Juiz de Fora  
2012

O presente trabalho indubitavelmente pertence à minha família, que não poupou esforços para que eu chegasse até aqui.

Dedicação não menos importante ao amigo Nelson Rosenvald, que inesperadamente surgiu trazendo as luzes que direcionaram esse trabalho. Meu mais sincero agradecimento.

Ao amigo Andrey da Silva Brugger que, com calma, parceria e cumplicidade ímpares, foi alicerce para a elaboração dessa monografia. Mesmo em tempos difíceis soube firmemente me apoiar para que eu não desistisse no meio da caminhada.

Também ao amigo Arísio Fonseca Júnior, cuja contribuição foi imprescindível para o deslinde desse trabalho. É preciso muito mais que um mero agradecimento, pois que sem esse auxílio jamais seria possível o amadurecimento textual e até mesmo pessoal. Arísio é espelho. Muito obrigado por ter me recebido tão solícitamente.

## RESUMO

O presente trabalho presta-se ao ataque da norma contida no artigo 1.641, inciso II, do atual Código Civil. Referida disposição normativa transborda inconstitucionalidade, uma vez que fere diversas diretrizes constitucionais, sendo materialmente incoerente com o que modernamente tanto se preza: a valorização do ser humano. A norma traz em seu bojo afronta direta à igualdade constitucional, à dignidade humana e aos direitos da personalidade, pois é simultaneamente discriminatória, violadora dos preceitos de dignidade humana, sejam eles pertencentes à noção de eficácia positiva ou de eficácia negativa, e limitadora do livre desenvolvimento da personalidade.

Mediante abordagem histórica, interpretativa e crítica, buscou-se reconstruir o contexto histórico onde a norma se originou, bem como apresentar o contexto no qual hoje ela se insere, mostrando claramente que a sociedade, no grau de desenvolvimento em que se encontra, não mais admite a subversão axiológica presente nos tempos de liberalismo, cujo enfoque dos ordenamentos jurídicos era a tutela preponderante do patrimônio em detrimento do ser humano, este tão-somente considerado como um sujeito apto a exercer direitos e contrair obrigações, notadamente em relações patrimoniais.

O cenário pós-guerra foi determinante para a migração da pessoa para o centro das atenções. Como será demonstrado, passou-se a valorizar o ser humano, reconhecendo-lhe a dignidade como inerente à pessoa, a qual não pode ser conferida ou eliminada, devendo ser reconhecida e garantida tanto pelo Estado quanto pelos próprios particulares nas relações interindividuais. Ainda, será amplamente defendido o direito da pessoa ao livre desenvolvimento de sua personalidade, o qual está inequivocamente presente no ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que se trata de um desdobramento da tão famigerada dignidade humana.

Assim, será possível verificar que a norma do artigo 1.641, inciso II, do Código Civil, ao fulminar a autonomia do septuagenário no que tange à escolha do regime de bens que vigorará durante o enlace, fere-lhe a dignidade, representa um entrave ao seu livre desenvolvimento enquanto pessoa e, ainda, institui discriminação injustificada e desarrazoada, devendo tal dispositivo legal ser extirpado do ordenamento jurídico brasileiro.

**PALAVRAS-CHAVE:** regime de bens – septuagenários – inconstitucionalidade – dignidade – igualdade – personalidade – autonomia.

## ABSTRACT

This work lends itself to hit against the normative described in Article 1641 – section II – of present Civil Code. The normative overflows unconstitutionality, injuring several constitutional guidelines and being materially inconsistent with the most important concept it rises: Human life appreciation. The normative brings direct affront to constitutional equality, human dignity and personality rights because it is both discriminatory and profanatory of human dignity, whether regarding to a positive or negative efficacy and restricting of free personality development.

Through historical, interpretive and critical approach, we tried to reconstruct the historical frame of reference where the norm originated, as well as provide the context in which it falls today, clearly showing that society at current degree of maturity no longer admits axiological subversion presented at Liberalism period, whose legal system focus was the predominant property guardianship against human being – this merely considered as “fit to exercise rights and assume obligations, peculiarly in property relations”.

The post-war scenario was crucial to establish people at the center of attention. As will be shown, the world started to recognize the human being, giving him the dignity inherent to the person, which can not be designated or eliminated and should be recognized and guaranteed by both the state and by the individuals themselves in interpersonal relations. And we go even further, will be widely advocated a person's right to the free personality development, which is clearly present in Brazilian legal system, as it is an outspread of such notorious human dignity.

As final, will be possible to analyze that the Civil Code article norm 1.641, section II, when blast the septuagenarian autonomy regarding the property regime choice that will stand during the process, hurts its dignity, delineate an obstacle to free development as a person and also imposing unreasonable and unjustified discrimination, such legal provision should be excised from the Brazilian legal system.

**KEYWORDS:** property regime - septuagenarian - unconstitutional - dignity - equality - personality - autonomy

## SUMÁRIO

|  |           |
|--|-----------|
| <b>1. INTRODUÇÃO .....</b>   | <b>7</b>  |
| <b>2. A LOCALIZAÇÃO DA NORMA E A JUSTIFICATIVA DE SUA INSERÇÃO NO<br/>ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO .....</b>                                      | <b>8</b>  |
| <b>3. ANÁLISE DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.641, INCISO II, DO<br/>ATUAL CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO .....</b>                                    | <b>17</b> |
| 3.1. A afronta ao princípio constitucional da igualdade.....   | 17        |
| 3.2. “A pessoa vale pelo que <i>é</i> , e não pelo que <i>tem</i> ”: a afronta à dignidade da pessoa humana e<br>aos direitos da personalidade ..... | 22        |
| 3.2.1. A limitação da autonomia do idoso frente à dignidade humana: uma afronta à eficácia tanto negativa<br>quanto positiva da dignidade .....      | 29        |
| 3.2.2. A limitação da autonomia do idoso frente aos direitos da personalidade: um entrave ao livre<br>desenvolvimento da pessoa .....                | 35        |
| <b>4. CONCLUSÃO .....</b>  | <b>41</b> |
| <b>5. REFERÊNCIAS:.....</b>  | <b>43</b> |

## 1. INTRODUÇÃO

A promulgação da Constituição da República de 1.988 representou uma significativa alteração da compreensão da função e do significado de um texto constitucional em vista da instituição de um Estado democrático de direito, que passou a pugnar pela defesa dos interesses sociais após muito tempo em voga os períodos de liberalismo e individualismo exacerbados. Com isso, a Constituição da República pode ser tida como fruto de uma mudança no pensamento constitucional, em que a proteção da pessoa ganhou contornos mais aprofundados, principalmente com a instituição da dignidade da pessoa humana como razão e valor a ser defendido e garantido por um Estado. O texto constitucional deixou de versar predominantemente sobre organização estatal para ser o centro normativo de todo um ordenamento jurídico, dele irradiando as demais normas, tal como fosse ele fonte de vida, de modo que não há, hoje, direito que remanesça se contrário se puser aos ditames constitucionais.

Mesmo portadora de tão grande responsabilidade (pois comanda o sistema jurídico), a Constituição da República ainda é jovem, ficando, por isso, a cargo da doutrina e dos aplicadores do direito fazer incidir suas diretrizes sobre os diversos ramos jurídicos, pois que se trata de trabalho árduo e demorado, tendo em vista a diversidade e numerosidade das normas que compõem o direito brasileiro. E é ainda mais trabalhoso trazer esses ares aos vetustos institutos do direito civil, cuja dificuldade é mitigar o enraizado pensamento tradicional fundamentalmente patrimonialista para dar lugar a um direito revisado à luz da dignidade, na medida da pessoa humana, primando pela valorização das situações não patrimoniais e pela superação dos obstáculos à efetiva tutela da pessoa (MORAES, 2010, p. XI).

Não se trata de pegar todas as páginas de legislação codificada e jogá-las fora. É trabalho de reciclagem, aos poucos e sem pressa, para que à medida do transcurso do tempo sejam dados passos firmes e estruturados na busca da satisfatória atualização constitucional do ordenamento jurídico. E isso principalmente na seara civil, já que este é o ramo do direito que rege “a vida do homem comum” (MORAES, 2010, p. XI).

Mais precisamente no que toca ao direito das famílias regulado pelo atual Código Civil, em completo descompasso com os ideais de releitura constitucional se apresenta a norma que outorga a separação do regime de bens quando da união de pessoas com mais de setenta anos (artigo 1.641, inciso II). Houve, por parte do legislador infraconstitucional, a perda de duas oportunidades de sincronizar o diploma civil com os novos valores introduzidos pela Constituição da República, notadamente com a garantia e efetivação da dignidade da



pessoa humana. A primeira delas foi com a própria entrada em vigor do Código Civil atual, em 11 de janeiro de 2.003, que, por se tratar de um projeto iniciado em 1.975, traz em seu bojo normas arcaicas, reproduzidas a partir do Código Civil de 1.916, e que não mais acompanham a evolução jurídica. A segunda oportunidade desperdiçada foi a Lei 12.344, de 09 de dezembro de 2.010, quando poderia o legislador ter extirpado do ordenamento a previsão da obrigatoriedade do regime de separação de bens aos nubentes que já ultrapassaram certa idade. Mas não, a lei limitou-se a alterar a idade de sessenta para setenta anos, em nome do aumento da expectativa de vida do brasileiro, justificativa esta precária e desprovida de respeito ao texto constitucional, e que nada tem de avanço normativo.

Posto isso, desenvolver-se-á nesse trabalho, primeiramente para melhor compreensão, a localização da norma jurídica em discussão, hodierno artigo 1.641, inciso II, do Código Civil, para tanto realizando um breve retorno histórico, desde o seu surgimento até os dias atuais, para, depois, atacar o dispositivo legal através de um confronto direto da norma com a Constituição da República, a esta notadamente em relação à eficácia tanto negativa quanto positiva da dignidade da pessoa humana, ao princípio da igualdade e aos direitos da personalidade, demonstrando, assim, sua nítida inconstitucionalidade, objetivo que se pretende alcançar.

## **2. A LOCALIZAÇÃO DA NORMA E A JUSTIFICATIVA DE SUA INSERÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Diante da proposta do presente trabalho, de enfrentar a questão da inconstitucionalidade da atual norma prevista no artigo 1.641, inciso II, do Código Civil Brasileiro de 2.002, mister se faz uma regressão, com a permissão de não ser deveras alongada, por caracterizar um despropósito, buscando o contexto de inserção da norma no ordenamento jurídico brasileiro e, com isso, esmiuçar principalmente a pertinência da norma diante da sociedade na qual vigora.

Sabe-se que a relação matrimonial constitui-se pela esfera existencial, pertinente exclusivamente à vida em comunhão estabelecida pelo casal, fruto de uma conjugação de aspectos emocionais/espirituais, assim como pela esfera patrimonial, isto é, o patrimônio adquirido quando da vigência do casamento, fruto do esforço comum. Como afirmam Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald (2010, p. 263), nem somente de afeto é composta a relação familiar, de modo que as consequências de uma vida conjunta são também projetadas materialmente.

Dessa forma, é indissociável o estudo do regime de bens do estudo dos vínculos assumidos por duas pessoas, ensinando Arnold Wald que

a regulamentação patrimonial se impõe na sociedade conjugal, pois a vida em comum tem repercussão no campo material. Por mais que se queira separar os patrimônios dos cônjuges<sup>1</sup>, surge a necessidade de estabelecer normas especiais para reger as suas relações jurídicas no plano econômico. A doutrina reconhece pois que o regime pode ser mais ou menos complexo mas a sua existência, como quadro peculiar às relações conjugais, se impõe como uma necessidade imperativa (1962, p. 89-90).

Ainda nesse sentido, atesta Antônio Chaves que as relações econômicas, com vistas ao casamento, manifestam-se em três oportunidades, antes, durante e após o enlace (1991, p. 388), reiterando, assim, a posição de indissociabilidade afirmada alhures.

O regime de bens na vida em comum define a maior ou menor simetria entre o homem e a mulher, no plano social, chegando a afirmar Pontes de Miranda que “a história humana poderia ser lida, em linhas gerais, na história dos regimes matrimoniais” (2001, p. 146). Isso implica salientar que o regime de bens, antes apenas tocante ao casamento, hoje envolvendo as uniões estáveis, traduziu a evolução social, percorrendo os caminhos de sujeição humana entre os sexos e chegando ao constitucional *status* de igualdade entre homem e mulher, o que permite afirmar que referido sistema “não teve, nem tem, entre os povos, o mesmo fundamento e a mesma eficácia” (MIRANDA, 2001, p. 146). Decerto que o contexto em que a norma em discussão foi inserida no ordenamento é de importância ímpar. Como se pretende mostrar, houve um progresso social que o legislador ordinário negou-se (e nega-se) a incorporar, reproduzindo a norma, que antes vigorava numa sociedade machista e patriarcal, em que a mulher chegava a ser considerada, inclusive, relativamente incapaz<sup>2</sup> por unir-se em matrimônio com um homem, em um contexto social notadamente diferente e enriquecido.

Salientada a importância do regime de bens, a caminhada tem início nas Ordenações Filipinas, seja através dos estudos de Lafayette Rodrigues Pereira, seja pela tentativa de Augusto Teixeira de Freitas, por convocação do Governo Imperial, de elaborar um projeto de codificação das leis civis, a fim de estabelecer um diploma único da matéria, atendendo,

---

<sup>1</sup> É importante esclarecer que neste capítulo, quando se fala em regime de bens no casamento, não se está mitigando a extensão do instituto também às uniões estáveis. Todavia, por se tratar de uma análise histórica da norma no ordenamento, desde já se elucida que, antes do reconhecimento da união estável como entidade familiar, a legislação ordinária brasileira protegia apenas o matrimônio como vínculo formador de família, daí porque, até a análise da norma no Código Civil de 2.002, falar-se-á, apenas, em regime de bens no casamento.

<sup>2</sup> Antes da igualdade garantida constitucionalmente entre homens e mulheres, estas eram consideradas incapazes perante a sociedade machista que vigeu por muito tempo. Antes do casamento, eram submetidas ao poder patriarcal, após o matrimônio, sujeitavam-se aos maridos, sendo-lhes concedidos, pela legislação, apenas alguns direitos de realizar certos atos sem a autorização do marido.

assim, aos clamores doutrinários pautados em um pensamento de unidade, organizando e facilitando a aplicação do direito no Brasil.

Em Lafayette Rodrigues Pereira, constata-se que os nubentes eram livres para escolher o regime de bens que melhor lhes aprouvesse, sendo limitada a escolha quando a viúva quinquagenária, com filhos ou descendentes, viesse a constituir novo matrimônio. Assim, embora diante da limitação normativa, poderia ela casar-se sob o regime da comunhão universal, mesmo sendo-lhe perfeitamente facultado optar pelo regime de separação de bens já existente na ocasião ou qualquer outro de interesse dos nubentes, desde que a viúva quinquagenária não dispusesse de dois terços do seu patrimônio constituído antes e durante o matrimônio (PEREIRA, 1869, p. 95-96). A intenção do legislador, nesse caso, não visava unicamente proteger a mulher de relações pautadas em interesse, mas principalmente garantir seus herdeiros, tanto que o terço restante poderia entrar na comunhão, ou mesmo o todo, desde que os herdeiros renunciassem à herança ou falecessem antes, porque, nesses dois casos, esvaziada estaria a razão da norma (PEREIRA, 1869, p. 96-97).

Augusto Teixeira de Freitas, em seu projeto de codificação de caráter vanguardista, fez por bem organizar as normas aplicáveis à época no Brasil, dando origem à Consolidação das Leis Civis. Todavia, como em vigor as Ordenações Filipinas, predominantemente a Consolidação pautou-se na reprodução de seus dispositivos legais, às vezes com alguma reescrita feita pelo autor, para melhor adaptação e aplicabilidade do direito. Embora nenhuma inovação normativa relevante contenham os artigos lá desenhados, pode-se assim dizer, os comentários de Teixeira de Freitas, dispositivo por dispositivo, são de importância ímpar, quiçá mais ainda que o projeto em si, por retratarem as tendências do período em que se deu a redação do referido projeto.

Com isso em mente, na análise da Parte Especial, Livro I – Dos Direitos Pessoais, Seção I – Dos Direitos Pessoais nas Relações de Família, Título I – Do Matrimônio, observa-se a manutenção da regra que determina o regime da comunhão universal quando ausente convenção em contrário fixada em pactos antenupciais. Entretanto, em comentário ao artigo 111, o qual versa exatamente sobre a afirmação anterior, o supramencionado jurista aponta uma limitação ao regime de comunhão ao dispor que não haverá comunicabilidade dos bens no casamento de homem livre com a mulher escrava e na sua recíproca. Ainda, indica existir mais duas limitações quando o assunto é o casamento por *carta de ametade* (comunhão universal), quais sejam quando o marido finge-se rico para contrair matrimônio, porém em verdade é pobre, e quando o menor casa-se sem licença do juiz. Referente a essas duas últimas, insurge-se por ausência de justificativa, isto é, aduz que há a aplicação da norma,

contudo sem qualquer embasamento justificador de sua aplicabilidade. Chega a questionar de onde vêm referidas limitações, criticando, no primeiro caso, a distinção feita quando a lei não a faz e, no segundo, por ser tal limitação, inclusive, contrária ao Direito, uma vez que a única “sanção” imposta ao menor órfão que se casa sem licença do juiz ou do tutor é a privação da administração de seus bens até a idade de vinte anos completos (FREITAS, 1876, p. 116-117).

Naquela menção já feita por Lafayette Rodrigues acerca da viúva quinquagenária, Teixeira de Freitas traz no bojo de seu comentário sobre o artigo 161 da Consolidação das Leis Civis<sup>3</sup> – dispositivo legal que versa sobre a limitação imposta às viúvas quinquagenárias que pretendem dispor de seus bens ou contrair novas núpcias – uma importante tendência interpretativa traçada por alguns pensadores da época, de estender a proibição de comunicação ou disposição de dois terços dos bens às mulheres em geral, interpretação extensiva esta severamente criticada pelo jurista, que chegou a afirmar que “não podem deixar de ter a alma despótica, ou o espírito enfermo, os que assim contra a letra da lei querem generalizar uma exceção” (FREITAS, 1876, p. 153).

A apreensão de Teixeira de Freitas, todavia, consolidou-se no Decreto 181, de 24 de janeiro de 1.890, no qual passou a constar inovadoramente a proibição de comunicação de quaisquer bens quando o cônjuge possuísse menos de quatorze e mais de sessenta anos, se homem, ou menos de dezesseis e mais de cinquenta anos, se mulher fosse. Referida previsão era a do artigo 58 da espécie normativa em análise:

Art. 58. Também não haverá comunhão de bens:

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

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

§ 3º Si os conjuges forem parentes dentro do 3º gráo civil ou do 4º duplicado.

§ 4º Si o casamento for contrahido com infracção do § 11 ou do § 12 do art. 7º, ainda que neste caso tenha precedido licença, do presidente da Relação do respectivo districto. [sic]

Não obstante referida previsão de que inexistia comunicação de bens quando verificadas as hipóteses elencadas no dispositivo, o artigo 59 desse decreto determinava em sua redação que, em cada caso dos parágrafos do artigo 58, todos os bens da mulher – nenhuma menção quanto aos bens dos homens, donde se conclui que para os cônjuges varões com idade inferior a quatorze e superior a sessenta anos já vigorava a imposição legal do regime de separação de

---

<sup>3</sup> Art. 161. As viúvas, que casao de cincoenta ou mais annos, tendo filhos ou outros descendentes successiveis, não podem alienar por titulo algum, em sua vida ou por sua morte, as duas partes dos bens, que tinham ao tempo do casamento. [sic]

bens –, fossem eles presentes ou futuros, seriam considerados dotais<sup>4</sup> e, como tais, garantidos na forma do direito civil vigente na época<sup>5</sup>.

Em 1.916 finalmente foi promulgada a Lei 3.071, instituidora do Código Civil Brasileiro, também conhecido como Código Bevilacqua. No tocante ao tema em discussão, o artigo 258 do Diploma Civil Brasileiro assim versava:

Art. 258 – Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens, entre os cônjuges, o regime da comunhão universal.

Parágrafo único. É, porém, obrigatório o da separação de bens, no casamento:

I. Das pessoas, que o celebrarem com infração dos estatuído no art. 183, n.ºs. XI a XVI (art. 216).

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

III. Do órfão de pai e mãe, ou do menor, nos termos dos arts. 394 e 395, embora case, nos termos do art. 183, n. XI, com o consentimento do tutor.

IV. De todos os que dependerem, para casar, de autorização judicial (arts. 183, n. XI; 384, n. III; 426, n. I, e 453).

É possível notar, em comparação ao direito anterior e levando em conta apenas a disposição pertinente ao presente trabalho – inciso II –, que a principal diferença reside na previsão do regime de separação de bens ao invés do regime dotal, como antes dispunha o Decreto 181, de 24 de janeiro de 1.890, mais precisamente em seu artigo 59. A justificativa para tal alteração veio direta e ácida nas palavras do próprio Clóvis Bevilacqua, ao afirmar que o maior de sessenta e a maior de cinquenta já passaram da idade em que o casamento se realiza por impulso afetivo (1977, p. 645). Clarividente, nesse ponto, o empenho da legislação civil brasileira em salvaguardar patrimonialmente essas pessoas, de modo que,

receando que interesses subalternos, ou especulações pouco escrupulosas, arrastem sexagenários e quinquagenárias a enlaces inadequados ou inconvenientes, a lei põe um entrave às ambições, não permitindo que seus haveres passem ao outro cônjuge por comunhão (1977, p. 645).

---

<sup>4</sup> Art. 59. Em cada um dos casos dos parágrafos do artigo antecedente, todos os bens da mulher, presentes e futuros, serão considerados dotais, e como tais garantidos na forma do direito civil.

<sup>5</sup> O regime dotal, cumpre, pois, uma breve consideração para elucidação, era o regime em que a mulher, ao se casar, trazia para o matrimônio o dote, constituído por ela própria ou por alguém pela mulher, o qual dizia respeito à porção de bens transferida ao marido, consoante a lição de Pontes de Miranda, para, com os frutos e rendimentos provenientes dele, sustentar os encargos do casamento, sob as cláusulas de incomunicabilidade e restituição de tais bens, ou do seu valor, quando dissolvida a sociedade conjugal (2001, p. 305). Ainda, o regime dotal era aquele em que o patrimônio do casal mantinha-se em separação ou comunhão, conforme vontade das partes ou da lei, exceto o dote que a mulher trazia, o qual permanecia sob a administração do marido e concorria, com seus frutos e rendimentos, para o sustento da família (2001, p. 305-306). É imperioso notar que, independente de comunicação ou separação totais dos bens, caso fosse constituído o dote, por força de lei (artigos 58 e 59 do Decreto 181 de 24 de janeiro de 1.890) ou por acordo entre as partes – pacto antenupcial válido –, haveria certa comunicação, pode-se assim dizer, somente dos seus frutos e rendimentos para manutenção da vida conjugal, ficando ressalvada a propriedade dos bens ao constituidor do dote, que poderia ser, inclusive, a própria mulher.

Apesar da previsão de incomunicabilidade dos bens, o Código Civil de 1.916 carregou consigo grande ambiguidade normativa, ocasionando acalorada discussão que, inclusive, vigora até os dias de hoje. Explica-se. No artigo 258, parágrafo único, excetuou-se do regime da comunhão de bens (regime legal da época) algumas pessoas, nelas inseridos os maiores de sessenta e as maiores de cinquenta anos. Todavia, imediatamente após, o ordenamento civil dispôs, no artigo 259, que, “embora o regime não seja o da comunhão de bens, prevalecerão, no silêncio do contrato, os princípios dela, quanto à comunicação dos adquiridos, na constância do casamento”. Referido dispositivo legal provocou imenso alvoroço, distinguindo, dentro do regime de separação de bens, duas espécies: a separação pura/absoluta e a separação simples/limitada. Na separação absoluta de bens, caberia aos nubentes, na elaboração do pacto antenupcial, reiterar a intenção de manter a incomunicabilidade de todos os bens, isto é, ao mencionar a adoção do regime de separação, caso o desejo fosse a total separação dos bens, o casal deveria mencionar expressamente que inexistiria comunhão que tocasse tanto os bens privativos de cada um dos nubentes, quanto os bens futuramente adquiridos. Na ausência da expressa menção, automaticamente o regime de separação descaracterizar-se-ia para o regime de separação limitada, o qual apregoava a incomunicabilidade apenas dos bens que cada nubente possuísse antes do enlace matrimonial. Os bens futuros, ou seja, aqueles adquiridos na constância do casamento, comunicar-se-iam, nos termos do artigo 259, do Código Civil de 1.916. Diante disso, passou-se a questionar como se deveria proceder em relação às pessoas abarcadas pela previsão do parágrafo único do artigo 258, do Código Bevilacqua, tendo em vista que existiam duas espécies de separação de bens.

Nesse aspecto, a sensatez de Pontes de Miranda ao afirmar que não incidiria a disposição do artigo 259 quando o regime de separação fosse o imposto por lei (2000, p. 434) quanto a de Américo de Oliveira Castro – citado pelo então ministro do Supremo Tribunal Federal Edgard Costa, na década de 40 –, ao expor que a lei, além de aludir claramente à ideia de contrato, verificável apenas quando a separação fosse convencional, não poderia ser interpretada extensivamente, a um, porque irrisório e ridículo restaria o caráter notadamente coercitivo da norma e, a dois, porque a previsão do parágrafo único do artigo 258 não distinguia sobre quais bens recaia a separação (se aos presentes tão somente ou se aos presentes e aos futuros), sendo descabida, portanto, aos aplicadores do direito, a tomada para si dessa função (BRASIL, 1948, p. 2), em estrito respeito à regra *ubi lex non distinguit, nec non distinguere debemus*<sup>6</sup>, caíram por terra quando a jurisprudência uniu-se na súmula 377 do

---

<sup>6</sup> Livre tradução: “onde a lei não distingue, não devemos distinguir”.

Supremo Tribunal Federal, publicada oficialmente em 1.964, que assim enunciou: “no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.”

O principal argumento adotado para referido entendimento foi o afastamento do enriquecimento ilícito de um dos cônjuges em detrimento do outro. Isso porque, embora primordialmente justa a cautela da lei, os resultados práticos nem sempre são aptos a darem os resultados visados, sendo essas as palavras do Ministro Lafayette de Andrada no voto vencido do RE 1.928, de 17 de dezembro de 1.948, “pois muitas vezes as consequências são danosas para as pessoas que a lei visa proteger” (BRASIL, 1948, p. 4). E nesse aspecto, não falta razão ao Ministro do Supremo Tribunal Federal, principalmente quando há notável contribuição de um dos cônjuges para a formação dos bens do casal, pois, ao visar acobertar os casamentos pautados no interesse meramente patrimonial, a lei acaba por fuzilar, também, aqueles que não o são, ocasionando, ao contrário da sua pretensão, o prejuízo patrimonial de uma das partes.

Dessa forma, objetivando a solução do impasse, de um lado alguns doutrinadores formularam propostas no sentido de promover o deslocamento das questões atinentes aos regimes de bens para a esfera geral do Direito Civil, de modo que tais normas adquiririam *status* de negócio jurídico e seriam, assim, resolvidas segundo os costumes negociais. Logo, não se discutiria a comunicabilidade ou não dos bens adquiridos na constância de um matrimônio celebrado sob a égide do regime de separação obrigatória de bens, uma vez que sobre eles recair-se-iam as normas reguladoras das sociedades de fato, por exemplo, afastando a discussão do direito das famílias por tratar-se de matéria de cunho eminentemente patrimonial. Todavia, do outro lado, sabidamente pontuou Arnold Wald, já na década de 60,

que seria muito difícil, atendendo-se à natureza especial dos vínculos que unem marido e mulher, aplicar-lhes sucessivamente os princípios gerais do direito das obrigações, do enriquecimento sem causa, do comodato e do mútuo, como se fossem estranhos. A intimidade do lar, o esforço comum realizado para assegurar o bem estar da família exigem uma regulamentação própria que o casal fixa no momento da celebração do contrato (1962, p. 90)

sendo, portanto, correta e sensata a opção do legislador brasileiro em situar e manter tais normas no âmbito do direito das famílias, uma vez que o regime de bens, apesar de ponto de contato entre o direito de família e o direito dos contratos, encontra-se mais intimamente vinculado à família.

Tendo em vista que o deslocamento da norma, além de ineficaz, não sanaria por completo os problemas que juntos os artigos 258, parágrafo único e 259, ambos do Código Civil de 1.916, e a súmula 377, do Supremo Tribunal Federal, causaram aos aplicadores do

direito, veio, ainda, para acentuar a discordância, a Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1.977, que instituiu, no silêncio das partes, o regime de comunhão parcial de bens, consoante previsão do artigo 50, número 7<sup>7</sup>. O peso dessa previsão diz com a possível equiparação do regime de comunhão parcial com o regime de separação legal de bens, considerando-se, para tanto, a comunhão de aquestos previstos pela supramencionada súmula. Esclarecendo. De acordo com a jurisprudência, restou pacificado o entendimento de que haveria a comunhão dos bens adquiridos na constância do casamento quando este fosse celebrado sob a égide do regime da separação obrigatória de bens, donde se concluía que apenas não haveria comunhão quando se tratasse de bens particulares de cada cônjuge. Nesse mesmo sentido era o objetivo traçado pela comunhão parcial de bens, instituída pela Lei 6.515/1.977, regime no qual não se comunicam entre os cônjuges os bens que cada um trouxer para o casamento, sendo somente objetos de meação aqueles adquiridos quando da vigência do vínculo matrimonial. Portanto, diante de tamanha similitude de institutos, questionou-se sobre o esvaziamento da norma outorgante do regime de separação legal.

A crença em obter respostas com a publicação de um novo diploma civil não granjeou a concretização necessária para se impor no mundo real. Pelo contrário, o Código Civil atual, vigente desde 11 de janeiro de 2.003, ao invés de aliviar os ânimos e acabar de vez com essa limitação inconstitucional à livre escolha do regime da união de vidas, tão-somente extirpou do ordenamento a previsão do artigo 259, do Código Civil de 1.916, e continuou com a imposição do regime de separação de bens aos maiores de sessenta anos, trazendo apenas a mudança referente à equiparação do patamar etário ao sexagésimo ano de vida de uma pessoa. Assim, homens e mulheres maiores de sessenta anos não poderiam convolar núpcias com a livre estipulação do regime de bens dada a limitação legal, agora vigente artigo 1.641, inciso II, cuja redação segue:

Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:  
I – (...)  
II – da pessoa maior de 60 (sessenta) anos;  
III – (...).<sup>8</sup>

Entretanto, o problema com a promulgação da nova lei civil diz respeito à manutenção do entendimento jurisprudencial. Isso quer dizer que, em que pese no vigente Código Civil

---

<sup>7</sup> Art. 50 - São introduzidas no Código Civil as alterações seguintes: (...);7) "Art. 258 - Não havendo convenção, ou sendo nela, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime de comunhão parcial. (...)"

<sup>8</sup> Referido dispositivo legal conta com mais duas hipóteses em que o regime de separação será obrigatório no matrimônio, quais sejam a do inciso I (das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento) e a do inciso III (de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial), mas que, por motivo de objetividade, não serão fruto de análise do presente trabalho, em que pesem futuras menções a título meramente exemplificativo e sem maiores aprofundamentos.



não conter mais a previsão de comunicação de aquestos quando as partes não ratificavam a intenção de ser absoluta a separação de bens, a súmula 377, do Supremo Tribunal Federal continuou com sua validade intocada, sendo aplicada até os dias de hoje. A situação notadamente agravou-se porque, antes, a comunhão de bens adquiridos durante o enlace vigia tanto para a separação consensual (quando ausente no pacto antenupcial a ratificação da intenção de ser absoluta a separação), por força o artigo 259, Código Bevilaqua, quanto para a separação legal de bens, por força da súmula 377, do Supremo Tribunal Federal; e, com a entrada em vigor do Código Civil em 2.003, afastada estava aquela primeira possibilidade (a de comunhão de aquestos para a separação convencional, uma vez que o artigo 259 foi revogado), de modo que a comunicabilidade remanesceu apenas para a separação obrigatória de bens, o que permitiu o tratamento diverso para institutos cujo objetivo deveria ser o mesmo: a não confusão patrimonial entre cônjuges.

A doutrina enlouquecida com o tratamento diverso quis derrubar a tese pacificada pela jurisprudência, defendendo aos cantos que não mais deveria ser aplicada a súmula 377, do Supremo Tribunal Federal, embora seja corriqueira sua utilização pelos tribunais afora. Todavia, não é o caso ou não de se afastar a incidência da súmula e manter a unidade de tratamento conferido pela legislação. Quando o assunto é a imposição legal do regime de separação de bens aos maiores de certa faixa etária, necessário é o afastamento da previsão normativa em seu todo, pois totalmente dissonante da tábua axiomática definida pela Constituição da República.

E mesmo com toda a problemática em voga, o legislador civil infraconstitucional, em recente oportunidade de adequação do Código Civil (artigo 1641, inciso II) à Constituição da República, houve por mal desperdiçá-la. Ao invés de revogar tal disposição, através da Lei 12.344 de 09 de dezembro de 2.010, tão-somente elevou o patamar etário de sessenta para setenta anos, em atenção ao aumento da expectativa de vida dos brasileiros. Assim, hoje vige no ordenamento brasileiro a seguinte norma:

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;  
III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

Posto isso, após essa localização da norma em análise, cumpre iniciar a demonstração de sua afronta aos ditames constitucionais, motivo pelo qual deve ser eliminada do ordenamento jurídico brasileiro.

### **3. ANÁLISE DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.641, INCISO II, DO ATUAL CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO**

Ao prever o artigo 1.641, inciso II, do atual Código Civil, que aos maiores de setenta anos toca a obrigatoriedade do regime de separação de bens quando da contração de núpcias, a afronta à Constituição da República é visível por vários ângulos que serão sucessivamente destrinchados.

Antes de iniciar a análise propriamente dita, é preciso esclarecer que, em que pesem os posicionamentos acerca do caráter sancionatório da norma no tocante às demais previsões do referido dispositivo legal, quais sejam das pessoas que contraírem matrimônio com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento (inciso I) e de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial (inciso III), ao pálido argumento de proteção patrimonial dos envolvidos, quando a imposição se estende aos septuagenários (inciso II) é melhor tratar como limitação injustificada ao invés de sanção propriamente dita. Não é sanção porque não pressupõe uma violação, como em tese ocorre nos outros casos<sup>9</sup>, e não pode ser assim considerada porque nenhum ser humano viola lei alguma pelo simples fato de alcançar setenta anos de idade. Dessa forma, a fim de uma ideal adequação, tratar-se-á como limitação injustificada – e inconstitucional – a imposição do regime de separação de bens a essas pessoas, em escancarada afronta a princípios constitucionais basilares, como a dignidade da pessoa humana e a isonomia, além de desmedida ingerência estatal no núcleo familiar e redução dos direitos da personalidade.

#### **3.1. A afronta ao princípio constitucional da igualdade**

“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, sendo garantida aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)”, são as palavras de enunciação do artigo 5º da Constituição da República.

Sendo o preceito magno da igualdade o primeiro integrante do rol exemplificativo de direitos e garantias fundamentais assegurados constitucionalmente, certo é que sua importância é ímpar, pois cumpre à norma máxima de um Estado, preliminarmente, garantir equânime tratamento às pessoas. Entretanto, conferir igualdade às pessoas vai muito além do mero nivelamento delas diante de uma norma posta. A igualdade alcança, antes, o legislador,

---

<sup>9</sup> Como já dito alhures, tais hipóteses (incisos I e III do artigo 1.641) não serão alvo de análise do presente trabalho.

tendo este como principal destinatário, de modo que a lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia. A própria edição da lei se sujeita à garantia de igualdade, atuando a isonomia como real limitador da atividade legiferante, por mais discricionários possam ser os critérios da política legislativa (MELLO, 2004, p. 9).

Isso significa que ao próprio ditame legal é vedado deferir privilégios ou dispensar perseguições para situações equivalentes. Vale, nesse ponto, a afirmação de Hans Kelsen de que pouco importa a igualdade *perante* a lei, a relevância recai na igualdade contida *na* própria lei (*apud* MELLO, 2004, p. 10), pois, obviamente, a edição precede a aplicação, de modo que se a norma já nasce infringindo a garantia constitucional da igualdade, não será no plano da realidade que ela se corrigirá e assegurará de forma satisfatória a isonomia entre pessoas que estejam em situação de equivalência.

Ademais, a aferição da isonomia vai além da concepção de que igualdade significa serem tratados igualmente aqueles que se encontram em semelhante circunstância e desigualmente os que se põem de forma desigual. Transcende no sentido de que tal assertiva é insuficiente na medida em que não carrega em seu bojo a noção de quem são os iguais e quem são aqueles que podem ser considerados desiguais. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, para que a distinção possa ser feita sem agravos à isonomia (pois que notadamente ninguém é igual a ninguém) cumpre encontrar um “critério legitimamente manipulável” para indagar quais as discriminações são juridicamente intoleráveis, já que é característica funcional das leis discriminarem situações para submetê-las à regência de tais ou quais regras (2004, p. 11).

Como a diferenciação parte da própria lei, incumbe verificar se o fator de discriminação por ela empregado pode ser alçado à condição de matriz do *discrîmen*, sob pena de violação ao princípio da igualdade. Nesse aspecto, compete analisar se o patamar etário fixado pelo artigo 1.641, do atual Código Civil, quando estabelece a obrigatoriedade do regime de bens para as pessoas com idade igual ou superior de setenta anos (inciso II), é legítimo fator de diferenciação a ser tolerado ou se vai de encontro ao ditame constitucional igualitário. Até mesmo porque, embora haja a expressa determinação de atendimento à igualdade traçada pela Constituição da República, também pertinentemente o Estatuto do Idoso traz no bojo do artigo 4º a proibição de qualquer tipo de discriminação, por ação ou por omissão<sup>10</sup>.

Mesmo tendo em vista que qualquer elemento residente nas coisas, pessoas e situações pode ser fator de discriminação, não é o traço de distinção escolhido que representará,

---

<sup>10</sup> Art. 4º Nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei.

sozinho, desacato à igualdade, mas também a situação perante a qual ele se coloca, isto é, segundo Bandeira de Mello

as discriminações são recebidas como *compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica* entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, *desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição* (2004, p. 17).

Ainda, afirma com maestria que “é certo que *fator objetivo algum pode ser escolhido aleatoriamente, isto é, sem pertinência lógica com a diferenciação procedida*” (2004, p. 18). Logo, é preciso, relevantemente, que o fator de *discrímén* encontre a justificativa plausível para sua manutenção no meio jurídico, sob o risco de odiosa inconstitucionalidade.

Sendo assim, no estudo sobre a imposição do regime de separação de bens a certas categorias de pessoas encontra-se evidente que uma das razões fundamentadoras do *discrímén* é a idade. No artigo 1.641, inciso II, estipula-se que o regime de separação será obrigatório para os septuagenários. No inciso III, apenas a título comparativo, afirma-se que a indispensabilidade do regime de separação tocará também aqueles que precisarem de suprimento judicial para se casar. Pois bem, aqui está inserido o suprimento de idade, para os menores de dezesseis anos (previsão do artigo 1.520, do Diploma Civil), e também o suprimento de consentimento, para os nubentes cuja idade está entre os dezesseis e os dezoito anos de idade, conforme previsão do artigo 1.517, do Código Civil. Embora o fator de discriminação seja a idade, para o caso do inciso III a explicação é plausível e apta a justificar a diferença feita pela lei. Como é sabido, o próprio Código Civil, em seu artigo 3º, inciso I, aponta que serão enquadrados como absolutamente incapazes os menores de dezesseis anos e, em seu artigo 4º, inciso I, fixa a incapacidade relativa daqueles com idade entre dezesseis e dezoito anos. Em que pesem os critérios de determinação da capacidade civil das pessoas (que não é fruto de estudo do presente trabalho), é pacificado o entendimento de que as pessoas apresentam evolução de discernimento a partir da idade, donde se conclui que um adulto possui mais discernimento que uma criança ou um adolescente, por exemplo, sendo plenamente aceitável que a lei faça a distinção com base na idade nesse caso.

Por outro lado, o inciso II do artigo 1.641, do Código Civil, afirma que o regime de separação de bens se imporá aos que se casam com mais de setenta anos. O motivo, a princípio, diz-se ser proteção patrimonial (aquela mesma justificativa lá apresentada por Clovis Bevilacqua quando da vigência do Código Civil de 1.916), uma vez que o Estado se investe na figura de protetor dos vulneráveis e aduz que os casamentos que se realizam entre

peessoas acima desse patamar etário são pautados no interesse, de modo que a ele impende evitar o locupletamento de um dos cônjuges em detrimento do cônjuge mais velho. Notadamente carece de embasamento consistente tal pretensão do legislador infraconstitucional, ou seja, é impossível visualizar nessa previsão normativa um “critério legitimamente manipulável” de discriminação, sendo, portanto, a discriminação instituída pela lei agressiva à cláusula constitucional da igualdade.

Nota-se que é admissível aferir a afronta à isonomia com apenas um raso olhar sobre a norma. Todavia, ainda é possível sedimentar mais a agressão ao princípio constitucional, tomando por base uma série de critérios interessante apontados por Celso Antônio Bandeira de Mello, de modo que, se respondidos, clarivamente apresentar-se-á a incompatibilidade constitucional, ratificando-se, assim, a inconstitucionalidade do dispositivo legal em manifesto ataque.

Em primeiro lugar, segundo aquele doutrinador, haverá a quebra da isonomia quando uma norma for editada com o intuito de singularizar um destinatário, no *presente*, de tal modo que a situação nela prevista somente se aplicará ao sujeito determinado, sem que haja possibilidade de sua reprodução em outras ocasiões. Isso importa dizer que uma lei que tenha o condão de abarcar apenas um indivíduo, mesmo que sua redação seja mascarada de generalidade e abstração, ferirá o princípio da igualdade insculpido na Constituição da República. É importante deixar esclarecido que pode haver norma individualizadora sem que haja ofensa à isonomia, desde que a singularização que ela carrega consigo diga com um sujeito indeterminado ou indeterminável à época de sua edição.

Com esse primeiro requisito em mente, tem-se que a norma ora em estudo (artigo 1.641, inciso II) nele não se enquadra. Embora o dispositivo legal contenha um critério diferenciador, qual seja a fixação de um patamar etário para a imposição do regime de separação de bens, ele não tem o condão de alcançar tão-somente um sujeito individualizado, pois que atinge toda e qualquer pessoa que queira se casar e que possua idade igual ou superior a setenta anos.

Em um segundo momento, o estudo do conteúdo jurídico do princípio da igualdade se dá mediante uma correlação lógica entre o fator de *discrímen* e a desequiparação procedida. Melhor dizendo, uma lei se revelará destoante da cláusula isonômica quando, ao apartar situações para fim de regulá-las diversamente, pautar-se em fatores que não guardam pertinência com a desigualdade do tratamento jurídico dispensado (MELLO, 2004, p. 37). Trata-se de uma contraposição entre o fator discriminante e a justificativa racional para a existência do tratamento diferenciado.

Pois bem. Diante da necessidade de conexão lógica entre o *discrímen* e a situação que confere diferenciado tratamento, observa-se que aquela não se encontra quando o assunto é o disposto no artigo 1.641, inciso II, do atual Código Civil. Sob o crivo protetivo, o Estado cria demasiada e injustificada ingerência na esfera da autonomia privada das pessoas e nas relações familiares. Falta razão à lei que impõe ao maior de setenta anos convolar núpcias obrigatoriamente sob a égide do regime de separação de bens. A um porque, levando em consideração a justificativa contida no mesmo artigo, porém em outro inciso – refere-se aqui ao inciso III que versa sobre a imposição do regime aos que demandam suprimento judicial para casar –, o critério idade foi usado de modo diverso: quando diz com os necessitados de suprimento judicial, é legítima a diferenciação, uma vez que a estas pessoas falta o completo desenvolvimento mental, isto é, reconhece-se que aos menores de dezoito anos não há a perfeita formação do discernimento necessário para a prática dos atos civis. Em contrassenso, o inciso II acaba por estabelecer uma presunção de incapacidade decorrente da senilidade, o que é lamentável.

É insustentável, ainda, tal restrição feita pela lei ordinária quando o silêncio impera na Constituição da República no tocante a essa matéria. Ou melhor, se na Carta Magna não há, para a escolha do regime de bens, limitação da capacidade de exercício quando o ser humano alcança certo patamar etário, configura abuso da lei ordinária fixá-lo, ainda mais sem substancial justificativa. Aquele discurso que versa sobre a proteção patrimonial do senil é de grande insignificância diante da gravidade do teor da norma.

Assim, a conformidade isonômica do dispositivo legal atacado encontra sua primeira barreira ao não conseguir transpor o segundo requisito de constatação da igualdade segundo a proposição de Celso Antônio Bandeira de Mello. Notadamente carece tal texto de lei de correlação lógica entre a discriminante (maior de 70 anos) com a situação díspar que pretende criar (obrigatoriedade do regime de separação de bens). Se a capacidade de exercício verifica-se em sua plenitude com o alcance da maioridade e cessa ou com a morte, ou com a interdição da pessoa, se nem uma nem outra hipótese se verifica, não pode a lei, por si só, ao bel prazer do legislador infraconstitucional e sem qualquer escopo plausível, retirar da pessoa humana a sua capacidade de exercício, ainda mais, é mister salientar, para proteger o patrimônio do cônjuge maior de setenta anos. É intolerável cogitar que a capacidade civil da pessoa foi posta em xeque por uma mera proteção patrimonial.

O terceiro requisito, por fim, é, pois, uma derivação do segundo. Ainda de acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, uma norma atenderá à cláusula da isonomia quando houver

consonância da discriminação com os interesses constitucionalmente protegidos. Isso importa dizer que

não basta a exigência de pressupostos fáticos diversos para que a lei distinga situações sem ofensa à isonomia. Também não é suficiente o poder-se arguir fundamento racional, pois não é qualquer fundamento lógico que autoriza desequiparar, mas tão-só aquele que se orienta na linha de interesses prestigiados na ordenação jurídica máxima (2004, p.43).

Dessa forma, embora a Constituição da República confira proteção ao patrimônio, certo é que, valendo-se da técnica da ponderação de valores, maior relevância adquire a proteção da dignidade da pessoa humana, que é mais do que direito fundamental, é fundamento do Estado Democrático de Direito. Demais disso, será na figura da dignidade da pessoa humana, principalmente quanto à sua eficácia positiva, que se analisará mais a fundo o impacto da norma contida no artigo 1.641, inciso II, do Diploma Civil Brasileiro, seja no tocante aos direitos da personalidade, seja referente à invasão estatal na esfera da autonomia privada e à presunção de incapacidade civil do maior de setenta anos.

### **3.2. “A pessoa vale pelo que é, e não pelo que tem”<sup>11</sup>: a afronta à dignidade da pessoa humana e aos direitos da personalidade**

São intrínsecos os estudos da dignidade humana e dos direitos da personalidade. A dignidade, posta pacificamente como valor fundamental de um Estado democrático de direito, é núcleo essencial e diretriz hermenêutica de todo e qualquer direito fundamental que envolva a pessoa. Os direitos da personalidade, por sua vez, são direitos fundamentais do ser humano enquanto pessoa que é, decorrência da própria dignidade humana, responsáveis hodiernamente por regular não só as relações entre Estado e indivíduo, como também as relações interindividuais.

No que toca à dignidade, foi longo o caminho percorrido para se alcançar hoje uma concepção abrangente e eficaz à proteção da pessoa humana. Embora não seja o objetivo do presente trabalho reconstruir detalhadamente a evolução do conceito de dignidade humana, cumpre mencionar em breves linhas os principais momentos que demonstram a transmutação por que passou a noção de dignidade.

Na Antiguidade Clássica falar em dignidade significava falar em posição social ocupada por um indivíduo e no seu grau de reconhecimento pelos demais membros da sociedade, estabelecida numa estratificação social. Dessa forma, a dignidade como *status*

---

<sup>11</sup> (CANTALI, 2009, p. 21)

social referia-se à posição política ou social ocupada no estrato, sendo decrescentemente conferida aos indivíduos, cujos integrantes da nobreza eram pessoas mais dignas do que aquelas pessoas aglomeradas nas classes inferiores. Todavia, essa premissa de dignidade estratificada não era bastante para justificar a já remota ideia de valor intrínseco ao ser humano, donde alguns pensadores da época chegaram a cogitar que a dignidade, então, corresponderia a uma dupla posição hierárquica ocupada pela pessoa: não só a referente aos mais elevados lugares que possuía no seio da sociedade, mas também a posição mais alta dentre as espécies de seres vivos, pois que o ser humano é o único ser racional existente.

Não obstante a impossibilidade de desvinculação entre dignidade e valor intrínseco, o ideário cristão, nesse contexto, veio afirmar que a dignidade era, portanto, conferida às pessoas por serem elas a imagem e semelhança de Deus, dando ênfase à atribuição metafísica em detrimento da atribuição social da dignidade. Assim, os homens, pelo simples fato de serem seres humanos, eram dotados de dignidade.

Evolutivamente, o pensamento filosófico atrelou à visão metafísica da dignidade a questão da racionalidade humana, a fim de assegurar o lugar privilegiado e diferenciado da pessoa em relação aos demais seres vivos. A fixação da capacidade de autodeterminação do ser humano, assinalada por Immanuel Kant<sup>12</sup> e atribuída à razão e ao livre arbítrio, como núcleo essencial da dignidade foi imprescindível para a sua desvinculação da aceção meramente metafísica. Ademais, a laicização veio para corroborar tal entendimento, afastando da ciência jurídica a influência religiosa.

Não mais contestada a dignidade como corolário da capacidade de autodeterminação do ser humano, o principal impasse verificado no decorrer dos anos foi a tentativa, fracassada, ressalta-se, de concretizar a dignidade humana através da constituição de um conceito único e, ao mesmo tempo, abrangente. Falar em dignidade humana significa falar em flexibilidade. Diante do cenário mundial de multiculturalismo, a dignidade humana, que pode ser uma aqui e outra acolá, deve ter ao menos estabelecido um conteúdo mínimo de aplicabilidade universal, em que pesem as diferenças culturais existentes nos cantos do mundo. Dessa forma, a ciência jurídica busca, hoje, não um conceito definido de dignidade do homem, pelo contrário, ela prima pelo alcance de uma “conceituação”, pode-se assim dizer, com máxima

---

<sup>12</sup> “O Homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio para uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como um fim... Portanto, o valor de todos os objetos que possamos adquirir pelas nossas ações é sempre condicional. Os seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita essa medida todo o arbítrio (e é um objeto de respeito)”. (*apud* SARLET, 2012, p. 40-41).



elasticidade e abrangência, de forma a englobar todas as facetas que esse pressuposto axiológico dos Estados democráticos de direito é capaz de desabrochar.

Sendo assim, atualmente condizente com a abertura que se requer para a dignidade humana, sem, contudo, deixar que sua aplicação decorra unicamente da discricionariedade dos aplicadores do direito (nota-se a complexidade da matéria, pois que não pode a dignidade ser limitada aos contornos de um conceito fixo nem pode ser, ao mesmo passo, demasiadamente aberta a ponto de delegar às concepções pessoais de cada aplicador do direito a sua extensão nos diversos casos concretos), Ingo Wolfgang Sarlet propõe um conceito, não com o objetivo de afirmar ser isto fixamente a dignidade, mas com a intenção de traçar arestas flexíveis que devem ser moldadas segundo o desenvolvimento da proteção da pessoa, na medida de sua dignidade cada vez mais evoluída e respeitada. De acordo com referido doutrinador, é ponto de partida para o estudo da dignidade humana considerá-la como

a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida (2012, p. 73).

Delineado um conceito aberto para direcionar a aplicação mais satisfatória da dignidade humana, cumpre saber de que modo ela será efetivada. Isso importa dizer que não basta reconhecer sua existência e que se afirme ser a dignidade o valor fundamental de um Estado de direito, pressuposto normativo e interpretativo de outros direitos, sejam eles de cunho fundamental ou não. É preciso mais, que no plano concreto seja dada efetividade à dignidade do homem, de modo que ela saia do papel para a vida real, assumindo a missão de garantia do desenvolvimento da pessoa. E, para tanto, entram em cena os direitos da personalidade.

No que toca aos direitos da personalidade, devido à correlação existente entre dignidade humana e tais direitos, a caminhada de ambos dar-se-á simultaneamente, desde que se reserve em mente o legado kantiano de que o homem deve ser tratado como um fim em si mesmo e não como um meio, de modo a se afastar toda e qualquer espécie de coisificação e instrumentalização, e que os direitos da personalidade referem-se a direitos fundamentais que conferem a proteção e garantia do ser humano como pessoa.

Do mesmo modo que não é o objetivo profícuo dessa monografia enfrentar exaustivamente o percurso vencido ao longo dos anos pelos direitos da personalidade até

ocupar a posição que têm hoje no campo jurídico, o tracejar de poucas linhas faz-se necessário para a almejada convergência entre valor fundamental – dignidade humana – e direitos fundamentais de proteção à pessoa – direitos da personalidade.

Em relação aos direitos da personalidade, foi também considerando a natureza do homem que discretamente iniciaram as proposições garantidoras dessa categoria de direitos. Isso implica dizer que, remotamente, na seara do pensamento greco-romano, a proteção da personalidade, ainda tímida, justificava-se a partir da noção de que o ser humano encontrava-se no centro do ordenamento, tal como hoje – entretanto ressalta-se que nem sempre se permaneceu nessa linha de raciocínio –, sendo o homem, nas palavras de Capelo de Souza, “tido como a *origem* e a *finalidade* da lei e do direito” (*apud* CANTALI, 2009, p. 29). E é nesse contexto, ainda, que ganhava contorno a cláusula geral protetora da personalidade.

Com o decorrer da história, a feição de direito em prol do homem mudou radicalmente para um direito em prol do patrimônio. Quando em voga o liberalismo econômico, a ascensão da classe burguesa não só promoveu o deslocamento do foco de proteção do ser humano como destinatário primeiro e final da ordem jurídica para a proteção das riquezas, como também ocasionou a cisão entre Direito Público e Direito Privado, cabendo àquele os cuidados com a estruturação e funcionamento do Estado e, a este, o disciplinamento da sociedade civil. Assim, o Direito Civil passou a ser o cerne da regulação da vida interindividual, com especial exaltação da autonomia privada e da livre iniciativa, dado que o poder de um país no cenário mundial dizia com seu poderio econômico.

A grande consequência desse momento foi, para além da outorga de liberdade e poder político social aos burgueses, a intenção de promover exaustiva positividade do direito (tinha como ideologia os “três C’s”: os códigos deveriam ser completos, claros e coerentes)(CANTALI, 2009, p. 39) em detrimento do declínio da cláusula geral de proteção da personalidade. Como a preocupação do Direito Privado era regulamentar com mais enfoque o “ter” ao invés de conferir também proteção individualizada e específica à pessoa, a proteção do “ser” ficou sob a égide do Direito Público, que emanava normas protetivas à pessoa em relação às atividades do Estado. Entre particulares a situação de proteção seguia adormecida, fracionada e insuficientemente tipificada de forma esparsa na lei.

O enaltecimento do patrimônio teve reflexos, como era de se esperar, na questão da dignidade humana, infelizmente numa razão inversamente proporcional. Cada vez mais que se dava ênfase ao acúmulo de riquezas através da defesa extremista da livre autonomia e iniciativa, menos se conferia proteção à pessoa. O homem, nessa toada em que se encontrava o Direito, passou a ser também “coisificado”, pois que era tão-somente visto como sujeito, ou

melhor, como indivíduo, capaz de exercer direitos e contrair obrigações, isto é, o ser humano só tinha vez no ordenamento jurídico caso apresentasse aptidão para ser titular de relações jurídicas propriamente patrimoniais.

Tal viés essencialmente patrimonialista da ciência jurídica, entretanto, principalmente durante a exasperação do individualismo burguês, perdeu força paulatinamente após o contexto mundial do pós-guerra.

Quando a dignidade humana caracterizou-se como alicerce dos Estados democráticos de direito, imperativa se fez uma reavaliação da tutela da pessoa, o que significa dizer que não era suficiente reconhecer que a dignidade era intrínseca ao ser humano pela sua condição de ser racional capaz de se autodeterminar, mas se mostrou necessária a busca de maneiras de assegurar a efetivação dessa tão famigerada dignidade.

Assim, a primeira das maneiras tratou da superação da identidade entre capacidade e personalidade. Ambas se misturavam na medida em que a personalidade refletia a aptidão do indivíduo em ser sujeito capaz de exercer direitos e contrair obrigações. Nesse aspecto a personalidade, como se nota, era a própria capacidade de exercício, ao invés daquela ser o pressuposto de existência desta. A personalidade dizia com a titularidade das relações jurídicas, numa tentativa mascarada de proteger a pessoa, quando em verdade a proteção volta-se proeminentemente para o patrimônio, pois que, tendo em mente a referida vinculação de personalidade com titularidade de relações jurídicas, a pessoa acabava sendo considerada como um conceito jurídico abstrato, desprovido de valor (CANTALI, 2009, p. 63).

Contudo, num cenário de proteção da dignidade humana, era descabido tal pensamento. Não poderia o ser humano ser tão descaracterizado a ponto de ser posto como algo desprovido de valor, portanto carecedor da merecida tutela conferida pelo ordenamento jurídico não só público como privado, pois também já sem fundamento a continuidade da dicotomia existente entre ambas as esferas do Direito. A proteção da pessoa reclamava ampla abrangência, de modo que todas as facetas da ciência jurídica deveriam ser aptas a conferi-la. Nesse interregno, postulou Immanuel Kant que “no reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade”, explicando, ainda, que

quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então ela tem dignidade... Esta apreciação dá pois a conhecer como dignidade o valor de uma tal disposição de espírito e põe-na infinitamente acima de todo o preço. Nunca ela poderia ser posta em cálculo ou confronto com qualquer coisa que tivesse um preço, sem de qualquer modo ferir a sua santidade (1980, p. 140).

Como o ser humano não tem preço, e sim dignidade, a dissonância existente entre tratamento da pessoa como unicamente sujeito de direitos (capacidade e personalidade como conceitos análogos) e o momento de valorização existencial – corolário da dignidade – cedeu lugar quando houve o amadurecimento do entendimento jurídico até então defendido. A superação operou-se a partir do momento em que o homem conseguiu ser visto também como objeto do Direito, vencendo a alusão à personalidade como capacidade, ou seja, poderia o ser humano, em relação ao ordenamento jurídico, ocupar tanto o polo subjetivo da relação jurídica – ser sujeito de direito (e, portanto, ter capacidade, já que a personalidade lhe é pressuposto) – como também poderia ele mesmo ser tutelado pelo Direito – ser objeto de direito (tutela da personalidade) –, donde se conclui que a concepção da personalidade, nos dizeres de Daniel Sarmiento, assume dupla perspectiva: como centro de imputação e pressuposto para a aquisição de direitos (uma vez que só tem capacidade aquele que goza de personalidade) e como destinatário dos direitos de personalidade (*apud* CANTALI, 2009, p. 67).

Isso se justifica pelo alargamento do conceito jurídico de bem. Se originalmente concebido para tutelar as relações essencialmente econômicas, obviamente o objeto das relações jurídicas era reduzido aos bens patrimoniais. Ao ampliar a proteção também à pessoa, a fim de conferir efetividade à então em voga dignidade humana, o objeto das relações jurídicas abrangeu, também, os bens extrapatrimoniais, tutelando, assim, os interesses existenciais.

Desse modo, ao livre desenvolvimento do “ter” acresceu-se o livre desenvolvimento do “ser”, demonstrando não a necessidade da sobreposição de um em relação ao outro (ora vigendo o livre desenvolvimento do “ter”, ora o do “ser”), mas sim a possibilidade de caminharem ambos os conceitos conjuntamente, garantindo-se, assim, desenvolvimento patrimonial e existencial do ser humano com dignidade.

Logo, perdeu seu espaço a prevalência da tutela do patrimônio. Nas palavras de Eroulths Cortiano Júnior, ocorreu uma subversão axiológica, pois

o direito, na contemporaneidade, é marcado pelo reconhecimento da necessidade de tutela dos valores essenciais para o ser humano, que outrora foram relegados a uma proteção indireta, quando existente. (...) No âmbito do direito privado, deixa-se atrás a velha concepção do patrimonialismo, marcante nas codificações que praticamente atravessaram este século. (...) Revolta-se o direito contra as concepções que o colocavam como mero protetor de interesses patrimoniais, para postar-se agora como protetor direto da pessoa humana. Ao proteger (ou regular) o patrimônio, se deve fazê-lo apenas e de acordo com o que ele significa: suporte ao livre desenvolvimento da pessoa (1998, p. 31-33).

A segunda das maneiras de se conferir palpabilidade à dignidade humana refere-se à superação da concepção dos direitos da personalidade como sinônimo de um direito geral de abstenção, em que os demais sujeitos ficariam adstritos ao dever de não violar os bens jurídicos que integram a personalidade de outrem (CANTALI, 2009, p. 72).

Inegavelmente a proteção dos direitos da personalidade assume maior amplitude quando se fala em um direito geral de personalidade. Contudo nem sempre foi assim, ou melhor, o ordenamento jurídico ainda sofre com as consequências da era da positividade exacerbada, condizente com o momento do protecionismo notadamente patrimonial. Trata-se de uma mudança em trezentos e sessenta graus, porque inicialmente reconhecia-se que a proteção da pessoa era pertinente, porém era feita mediante uma cláusula geral protetiva. Posteriormente passou-se a quase nenhuma proteção, tendo em vista que os direitos da pessoa seriam garantidos senão pelo Estado, através da regulação do Direito Público, ficando sob a competência do Direito Privado a disciplina das relações jurídicas patrimoniais. Positivamente avançou-se para o reconhecimento de algum direito à pessoa em consonância com a valorização da dignidade humana no cenário pós-guerra, todavia impregnado da necessidade de positividade, isto é, só seriam direitos da pessoa aqueles que constassem em rol legislativo, donde se observa a incontestável limitação da proteção à pessoa. Por fim, o que se vive modernamente é uma espécie de retorno ao estado anterior, ou seja, pugna-se, hoje, pela prevalência de uma cláusula geral de proteção da personalidade, pois se reconhece que dificilmente seriam esgotadas as diversas situações da vida cotidiana que clamassem por proteção do homem enquanto ser humano dotado de personalidade. Os direitos da personalidade até então positivados, por conseguinte, representariam uma espécie de proteção especial da pessoa.

Ademais, não obstante o reconhecimento da cláusula geral de proteção, derivada de um dever geral de abstenção, faz-se ainda necessário um viés promocional da personalidade e também da dignidade humana.

Diante disso, sustenta Fernanda Borghetti Cantali que, então, trata-se de uma dupla dimensão, de modo que a

dignidade se manifesta simultaneamente como a expressão da autonomia da pessoa, ou seja, o direito de autodeterminação que cada pessoa tem para tomar decisões que digam com a sua própria existência, bem como a necessidade de o Estado prestar assistência, protegendo-a (2009, p. 87).

Onde se lê dignidade deve-se também estender ao estudo da personalidade essa premissa de dupla dimensão, tendo em vista que esta decorre daquela e que, se há um viés promocional da dignidade da pessoa humana, na mesma proporção deve-se exigir esse apelo promocional

também que tange aos direitos da personalidade, ou seja, além de o legislador conferir proteção ao livre desenvolvimento da pessoa, deve simultaneamente conferir-lhe meios de propiciar esse livre desenvolvimento. É o que se denomina eficácia positiva da dignidade humana e dos direitos fundamentais (direitos da personalidade no âmbito desse trabalho).

### **3.2.1. A limitação da autonomia do idoso frente à dignidade humana: uma afronta à eficácia tanto negativa quanto positiva da dignidade**

Notadamente a outorga do regime de separação legal de bens aos nubentes septuagenários trata-se de uma herança de mau gosto da era do patrimonialismo que impregnou o Direito, principalmente na seara privada. Enraizada num argumento cultural, pois que em evidência a gênese da lei num contexto de supervalorização do indivíduo como unicamente um sujeito capaz de adquirir direitos e contrair obrigações e, por isso, ser titular de relações jurídicas de cunho essencialmente econômico, descabe de sentido tal norma diante da sociedade que hoje se impõe, mais aberta e mais pró-pessoa, tendo em vista a valorização do ser humano agora tutelado pela dignidade humana que irradia suas diretrizes para todo o ordenamento jurídico, sejam elas de cunho legislativo (no momento da produção da norma), sejam elas de cunho interpretativo (interpretação conforme a Constituição da República).

Partindo do pressuposto de que a dignidade é fonte de direitos e de garantia da pessoa, bem como parâmetro hermenêutico para a aplicação do direito como um todo, deve-se atentar, principalmente tendo em vista seu conceito aberto e indeterminado, para que não ocorra sua utilização de forma temerária, injustificada e inflacionada, de modo que toda e qualquer suposta violação a um direito de alguém seja alçada como afronta à dignidade. Em relação a essa preocupação muito bem aponta Laurence Tribe ao afirmar que a dignidade não deve ser tratada como “espelho no qual todos veem o que desejam ver”, tornando a concretização da dignidade humana uma tarefa estritamente discricionária (*apud* SARLET, 2012, p. 121).

A fim de tornar mais palpável a incidência da dignidade humana aos mais variados casos que são colocados em pauta para análise, a exemplo do que ocorre com a norma do artigo 1.641, inciso II, do Código Civil, é preciso ter duas coisas em mente: que a dignidade humana se estende para além de uma noção geral de abstenção, abarcando também, e não menos importante, um viés promocional, isto é, deve a dignidade ser ao mesmo tempo respeitada seja mediante a abstenção da prática de atos ultrajantes, seja através de políticas de promoção da pessoa; e que a dignidade deve cingir-se pela delimitação objetiva de um conteúdo mínimo, evitando-se, assim, a sua banalização.

No que toca à questão da eficácia da dignidade, pontua Ingo Wolfgang Sarlet que

o princípio da dignidade da pessoa humana impõe ao Estado, além do dever de respeito e proteção, a obrigação de promover as condições que viabilizem e removam toda sorte de obstáculos que estejam a impedir as pessoas de viverem com dignidade (2012, p. 132-133).

Pois bem. Analisando a norma contida na previsão do artigo 1.641, inciso II, do atual Código Civil, percebe-se que notadamente há a afronta à dignidade humana.

Inicialmente fuge ao texto constitucional qualquer vedação ao casamento dos maiores de setenta anos, bem como inexistente qualquer menção à proibição acerca da liberdade de escolha do regime de bens. Pelo contrário, o artigo 230 afirma categoricamente que é dever, não só do Estado, como da sociedade e da família, amparar a pessoa idosa promovendo-a a ter uma vida participativa e regada de dignidade. Assim dispõe a norma constitucional:

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

E não há estagnação na regulação da defesa do idoso, como se pode ver com a vigência de estatuto próprio, instituído pela Lei 10.741, de 1º de outubro de 2003, o qual compõe um microsistema de tutela aos maiores de sessenta anos, com o mérito de nele se reconhecer as necessidades especiais dessas pessoas, traduzindo-se o estatuto em normas definidoras de direitos fundamentais de aplicação imediata e garantidora dos desígnios constitucionais (DIAS, 2005, p. 410).

No Estatuto do Idoso, precisamente no Título I – Disposições Preliminares –, estabelece-se, primordialmente, quem são as pessoas enquadradas como idosas. De acordo com o artigo 1º, integram essa categoria os maiores de sessenta anos. Imediatamente após a definição dos destinatários das normas ali traçadas, põe o legislador infraconstitucional artigo nuclear, não só das previsões intrínsecas ao estatuto, como das previsões aplicáveis a toda e qualquer manifestação do Direito nas mais diversas searas jurídicas. Assim dispõe:

Art. 2º. O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

Já em relação a esse artigo se manifesta a afronta da norma disposta pelo Código Civil que impõe aos maiores de setenta anos o regime de separação legal de bens, uma vez que vai de encontro com significativa parte da redação legal. A um, quando o Código Civil extirpa a

faculdade de escolha do regime de bens do idoso, ele desrespeita a previsão inicial do dispositivo, pois que se todo idoso goza de todos, ressalta-se, de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa e se os direitos fundamentais são alçados à esfera constitucional, não pode norma infraconstitucional trazer limitação a esses direitos sem que haja permissão na Constituição da República para tanto. A dois, o artigo 1.641, inciso II, Código Civil, transparece inquestionável antinomia no que tange ao artigo 2º do Estatuto do Idoso – e também ao artigo 230 da Carta Magna – pois fere a autonomia da pessoa maior de setenta anos em dispor do seu patrimônio da forma que melhor lhe aprouver. Se é direito fundamental de qualquer ser humano a liberdade, a autonomia e a propriedade, presente a capacidade de exercício da pessoa em sua plenitude, valendo-se de liberdade e autonomia ela pode dar a destinação que quiser ao seu patrimônio, já que de sua propriedade, desde que respeitada a função social daquele. E, a três, se tanto a Constituição da República, em seu artigo 230, quanto a Lei 10.741/2003, em seu artigo 2º, versam sobre a promoção do idoso assegurando-lhe eficazmente a incidência dos direitos fundamentais, principalmente conferindo tutela à participação nos atos da própria vida, carece de lógica o artigo 1.641, inciso II, do Código Civil, quando dispõe que o maior de setenta anos não pode escolher seu regime de bens, podendo-lhe, assim, o direito de participação nos atos que regerão sua própria vida. A ingerência estatal na esfera da vida privada não mais se justifica, conforme afirmado alhures, tendo em mente que a dantes subversão de valores (patrimônio sobre a pessoa) cedeu vez à valorização do ser humano.

Nesse mesmo sentido é a previsão do artigo 10, *caput*, e mais precisamente dos parágrafos segundo e terceiro, da Lei 10.741/2.003:

Art. 10. É obrigação do Estado e da sociedade, assegurar à pessoa idosa a liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis.

(...)

§ 2º O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, de valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.

§ 3º É dever de todos zelar pela dignidade do idoso, colocando-o a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

Nota-se que em mais de um momento exige-se que à pessoa mais velha seja conferida especial proteção, o que até mesmo se justifica pela alteração da ocupação social por que passou o idoso. Isso importa dizer que na época em que se vangloriava a proteção do patrimônio (ascensão do capitalismo e da burguesia), a pessoa era proporcionalmente desmerecida de tutela à medida que ia perdendo a intensidade de atuação nas relações



jurídicas eminentemente de cunho econômico. A preocupação não era assegurar um patrimônio mínimo existencial, de modo que ao seu titular fosse conferido amplo poder de disposição, mas sim garantir que ele não fosse dissipado desarrazoadamente, como poderia ocorrer no caso dos casamentos das pessoas acima de determinado patamar etário, sendo pertinente trazer à baila novamente a justificativa de Clóvis Bevilacqua de que a partir de dada idade o vínculo matrimonial de duas pessoas pautar-se-ia exclusivamente pelo interesse (1977, p. 645).

É ainda mais gravosa essa previsão do diploma civil quando se atenta para a questão da proteção do patrimônio a ser herdado pela família com a morte de seu dono. O legislador brasileiro, malgrado o fato de o Código Civil não ser tão novo assim, já que seu projeto remonta à década de setenta, ou seja, antes da promulgação da Constituição da República, esqueceu-se de afastar, quando da vigência do novo diploma normativo, a previsão de vedação da faculdade de adoção de regime de bens quando do enlace de pessoas septuagenárias. Por isso, além do argumento de cunho cultural, argumenta-se também no sentido de proteção do patrimônio dos herdeiros, uma vez que a idade avançada aproxima mais o ser humano do evento propiciador da sucessão. Entretanto, aos sucessores de uma pessoa ocorre meramente uma expectativa de direito, isto é, ao longo da vida de acumulação de patrimônio de uma pessoa, seus eventuais herdeiros serão dotados de uma expectativa de sucessão de tais bens integrantes do patrimônio. Justamente por ser expectativa, a lei civil veda, inclusive, sejam realizados negócios jurídicos embasados em herança ainda a ser percebida (pacto sucessório ou de corvina). Ora, se um negócio jurídico qualquer não pode ser celebrado pautado em herança de pessoa viva, porque gera meramente uma expectativa em relação a ela, questiona-se por que a lei, contraditoriamente, impossibilita a livre disposição patrimonial de pessoa viva apenas em razão de sua idade, numa espécie de proteção sucessória, se também a esses herdeiros se permite apenas uma expectativa de direito.

Como se observa, tal justificativa para tamanha ingerência estatal na intimidade das pessoas maiores de setenta anos merece cair por terra, já que fere a dignidade humana em seu mais íntimo aspecto. O artigo 1.641, inciso II, do Código Civil retira do idoso a faculdade de dispor livremente de seu patrimônio quando da escolha do regime de bens, traduzindo-se referida proibição em norma discriminatória e constrangedora, bem como em um contrassenso, dado que ao Estado também ocorre um dever de abstenção, fruto da eficácia negativa da dignidade humana.

E não é só. Se ao Estado, além do dever de abster-se de ingerência na esfera individual que seja contrária à dignidade pessoa, é ao mesmo tempo imperiosa a promoção da pessoa, aí que se reforça a carência de guarida da referida norma ordinária em análise.

Por meio da eficácia positiva da dignidade, é também necessário que o Estado atue de forma a promover a pessoa, em especial o idoso. Assim, cumpre ao Poder Público conformar a atividade legiferante tendo como parâmetro a dignidade do homem, de tal maneira que a norma, ao ser elaborada, represente por vezes limitações e por vezes estímulos ao desenvolvimento pessoal.

Com isso em mente é possível perceber que a disposição do artigo 1.641, inciso II, do Código Civil, quando estabelece a obrigatoriedade do regime de separação de bens aos maiores de setenta anos, é norma desestimulante ao desenvolvimento pessoal. Isso significa dizer que o Estado não atende ao objetivo profícuo traçado tanto pela Constituição da República quanto pelo Estatuto do Idoso de zelar pela incitação da participação ativa do sexagenário no rumo a ser dado na própria vida, donde se conclui que também ultraja a Carta Magna no que tange à eficácia positiva da dignidade humana.

A impressão que se tem é que a disposição da lei civil retira a capacidade de exercício do idoso sem qualquer justificativa plausível. A lei simplesmente dita que o maior de setenta anos não pode dispor livremente do seu patrimônio quando do enlace com outra pessoa, como se fosse incapaz de coordenar os próprios atos da vida civil. Ademais, a discrepância de tratamento chega a ser tão grande que, para esse determinado ato, que tem como escopo a proteção do patrimônio, o legislador limita a capacidade, praticamente presumindo ser a senilidade pressuposto para a incapacidade. Doutra vista, o legislador, embora verse ainda sobre patrimônio, não limita a faculdade de disposição dos bens diante de um negócio jurídico qualquer, por exemplo, porque não proíbe que o maior de determinado patamar etário celebre, por exemplo, um contrato de compra e venda ou de doação (neste caso deve-se atentar para que a doação não se torne inoficiosa). Isso tem o condão de demonstrar, inclusive, a ofensa da norma à unidade do ordenamento jurídico.

Como não bastante para o delineamento da palpabilidade da dignidade humana, disse-se anteriormente que também se devia atentar para a proposta de estabelecimento de um conteúdo mínimo de dignidade. É de bom alvitre ponderar que a dignidade, por se tratar de um conceito aberto e indeterminado, não comporta um único parâmetro de concretização, porém o que se pretende, agora, é demonstrar, através de um conteúdo mínimo que seja, que a disposição do artigo 1.641, inciso II, do Código Civil, ultrapassa a intuição de violação da dignidade, podendo ser também aferida a afronta sob um viés mais objetivo.

Nesse aspecto propõe Luís Roberto Barroso (ressalte-se que se trata de apenas uma proposta com o fim de ratificar ainda mais a inconstitucionalidade da norma atacada) alguns requisitos que devem ser buscados no momento da apresentação do caso concreto para a verificação da violação a dignidade do homem. Assim, a dignidade deve ser identificada sob três aspectos, quais sejam: como valor intrínseco de todos os seres humanos; como autonomia de cada indivíduo e como valor comunitário, sendo que este diz respeito a algumas restrições legítimas impostas à autonomia do indivíduo em nome de valores sociais ou interesses estatais (2010, p. 21).

O requisito do valor intrínseco já foi trabalhado quando se traçou a linha evolutiva da dignidade humana. Embora delineado rapidamente, o que importa é ter para si que a dignidade é inerente ao ser humano em virtude de sua capacidade de autodeterminação (desdobramento da autonomia e do livre arbítrio), fugindo-se, assim, da concepção de valor atribuído em decorrência da localização do homem dentro de uma sociedade estratificada ou de valor conferido metafisicamente. Ademais, aquele doutrinador chega a afirmar que o valor intrínseco decorre de um postulado antiutilitarista, pautado na concepção kantiana de que o homem é um fim em si mesmo, não devendo ser tido como meio para metas coletivas ou de projetos pessoais de outros; e de um postulado também antiautoritário, donde conclui que o Estado é que existe para o indivíduo, e não o contrário (BARROSO, 2010, p. 22).

Dessa forma, constata-se que ao legislar restritivamente em relação à escolha do regime de bens para os septuagenários o Estado agiu de forma desmedida, influenciando negativamente a capacidade de autodeterminação da pessoa e, portanto, feriu a qualidade de valor intrínseco da dignidade humana. A ingerência injustificada assume contornos autoritários da atividade legiferante, uma vez que, segundo já reiterado e até de uma maneira incessante, a sociedade não mais comporta esse tipo de protecionismo, considerando que não existe mais ampla subversão axiológica. A subversão de valores, desse modo, deita-se atualmente em poucos lugares, como no caso do artigo 1.641, inciso II, do Código Civil, reclamando, portanto, especial atenção para superação desse impasse que representa um retrocesso.

Em relação ao requisito da autonomia, esse é o que mais simboliza o atentado à dignidade humana. Todavia, por ser mais condizente com a questão da personalidade do homem e com o livre desenvolvimento da pessoa, será mais bem trabalhado no tópico seguinte, cujo assunto lhe é pertinente. Apenas adiantadamente, cumpre mencionar que o Estado, ao impor o regime de separação de bens aos maiores de setenta anos que queiram contrair união, ultraja a autonomia desses indivíduos na medida em que cerceia o direito de a

pessoa praticar livremente os próprios atos da vida civil. Há, portanto, um desrespeito à intimidade.

Por fim, no que toca à questão do valor comunitário, conforme dito alhures, Luís Roberto Barroso pretendeu enquadrar desse modo as restrições legítimas impostas à autonomia do indivíduo em nome de valores sociais ou interesses estatais (2010, p. 28). Por restrições legítimas, é de bom grado partir da premissa de que os costumes de uma vida em sociedade contornam o direito que a rege, de modo que as condutas socialmente aceitas ou reprovadas serão alicerce da elaboração de um ordenamento jurídico (consensos sociais mínimos). Ademais, a legitimação para a produção das normas integrantes do sistema parte do próprio povo, pois nesse sentido corrobora a Constituição da República ao adotar a democracia como regime político, consagrando que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes<sup>13</sup>.

Mais uma vez é preciso por em voga a significativa alteração do contexto social. Pretender que seja aplicada uma norma nascida há dois séculos é conduta sem compromisso com os avanços tanto jurídicos como sociais. Os valores dantes vigentes no seio da sociedade cederam vez para outros valores, mais participativos, igualitários e promocionais, em detrimento de valores patriarcais e excessivamente patrimoniais, cujo reflexo direto é a mudança no enfoque legislativo.

Assim, o valor comunitário presente nos séculos passados não é mais o que vigora hoje em dia, o que facilmente pode ser percebido com a análise das normas de proteção ao idoso que estão em vigor, tais como o artigo 230, da Constituição da República, e a Lei 10.741/2003, donde se conclui que a norma do artigo 1.641, inciso II, do atual Código Civil, também fere o conteúdo mínimo da dignidade humana por essa égide. O desrespeito do legislador para com o progresso da sociedade fulmina a constitucionalidade do dispositivo, que merece ser extirpado do ordenamento.

### **3.2.2. A limitação da autonomia do idoso frente aos direitos da personalidade: um entrave ao livre desenvolvimento da pessoa**

Conforme assinalado por Fernanda Borghetti Cantali, não há diferença substancial entre direitos fundamentais e direitos da personalidade, sendo apenas ocupantes de searas

---

<sup>13</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (Constituição da República).

diversas do Direito: enquanto os primeiros são regulados pelo Direito Público, os da personalidade são tutelados pelo Direito Privado, numa razão de gênero e espécie. Todavia, diante do fenômeno de constitucionalização do ramo privatístico, de nada importa a localização de um grupo ou de outro. O objetivo de ambos é o mesmo: a proteção da pessoa (CANTALI, 2009, p. 129). Ademais, há entre os planos de disciplina constitucional e infraconstitucional uma interdependência quando o assunto é a tutela da pessoa, pois que no plano dos direitos da personalidade, que são espécies de direitos fundamentais, inequívoca é a dependência das normas constitucionais para a garantia de uma tutela protetiva e promocional. Na visão de Konrad Hesse, “os direitos da personalidade, como forma de assegurar o livre desenvolvimento humano, exigem uma proteção jurídica tal que só os direitos fundamentais podem lhes conferir, até porque tais direitos constituem questão essencial dos tempos atuais”. Indo-se mais além, arremata afirmando que

a proteção conferida pelos direitos fundamentais é a mais efetiva e robusta. Além disso, o significado do Direito Constitucional para o Direito Privado consiste em funções de garantia, orientação e impulso, eis que aquele, justamente pela abertura e amplitude de suas normas, assimila com maior facilidade e rapidez as mudanças sociais, mediando, assim, o desenvolvimento do Direito Privado e atuando como mola propulsora de modificação legislativa e jurisprudencial. (*apud* CANTALI, 2009, p. 104-105)

Partindo dessa premissa, de que integram o rol dos direitos fundamentais os direitos da personalidade, nota-se que, com a valorização do homem depois de uma tormentosa era de privilégios tão-somente ao patrimônio, ganhou destaque a questão da proteção do livre desenvolvimento da pessoa. Nesse aspecto, além das normas de caráter protetivo, tem-se também, à semelhança do que ocorre e já foi tratado quando da explanação sobre a dignidade humana, as normas propulsoras, estimuladoras de dignidade e desenvolvimento pessoal. São normas que instigam o homem a se desenvolver no plano existencial.

Sendo assim, a importância da análise do artigo 1.641, inciso II, do Código Civil, que também comporta seja feita frente aos direitos da personalidade, mais precisamente no que toca à cláusula geral de proteção da personalidade, mostra-se inicialmente pelo fato de ser o envelhecimento tratado, no Estatuto do Idoso, como direito fundamental personalíssimo:

Art. 8º O envelhecimento é um direito personalíssimo e a sua proteção um direito social, nos termos desta Lei e da legislação vigente.

A norma da lei civil que torna obrigatório aos maiores de setenta anos o regime de separação de bens fere o direito personalíssimo ao envelhecimento, pois traz em seu bojo um correspondente de incapacidade, uma presunção de imbecilidade, já que os septuagenários,

pelo simples fato de alcançarem tal idade, são inaptos a escolher como será a disposição do patrimônio, por meio do estabelecimento do vínculo conjugal, acumulado ao longo da vida.

Logo, a principal interferência reside na limitação do livre desenvolvimento da personalidade a partir da limitação da autonomia do indivíduo, na medida em que a autonomia é um poder da pessoa de estabelecer sua própria lei, de criar um ordenamento próprio, legitimado pela ordem jurídica global.

É importante desde logo esclarecer que não se trata de apologia ao absolutismo dos direitos. Pelo contrário, reconhece-se inequivocamente a impossibilidade de defesa do caráter absoluto dos direitos, principalmente porque é a própria sociedade a destinatária das normas, de modo que se fossem conferidos direitos absolutos a todas as pessoas a permanente conflituosidade se instalaria dada a imposição de uns sobre os outros, sem qualquer possibilidade de solução das divergências. Logo, é certo que os direitos da personalidade comportam relativização, a depender do caso concreto. Entretanto, o que se pretendeu mostrar até aqui é que a limitação feita pelo legislador infraconstitucional no artigo em análise é excessiva e desmotivada, sendo por isso carente de constitucionalidade material.

No que toca à esfera de proteção do livre desenvolvimento pessoal, o Poder Público até pode proteger a pessoa contra si mesma, numa espécie de paternalismo, intervindo quando a pessoa, por seus próprios atos, atentar contra a sua dignidade. Contudo, é incoerente falar que uma pessoa septuagenária, ao unir-se com outra pessoa, independentemente da idade desta outra, seja ela mais nova ou com equivalente patamar etário, escolhendo o regime de bens que melhor lhes aprouver, pratica ato atentatório contra a própria dignidade ensejando tamanha ingerência do Estado.

Como inúmeras vezes reiterado, pregar pelo livre desenvolvimento da pessoa, sob o prisma da liberdade e da autonomia convergentes na autodeterminação da pessoa, não significa pugnar pelo retorno de um Estado não interventor (tal como na era do liberalismo econômico), com ênfase na individualidade. Se isso, estar-se-ia defendendo um retrocesso, o que é inadmissível diante dos avanços jurídicos de proteção à pessoa que se tem hoje.

É deveras sabido que no atual contexto social, de enaltecimento da pessoa, de vigência de um Estado democrático de direito, tem-se como legítima a limitação, melhor dizendo, tem-se como legítima a relativização dos direitos das pessoas. Isso importa dizer que ao Estado é conferida a possibilidade de atuar restritivamente, interferindo em certos atos da vida civil dos seres humanos, com o objetivo de resguardar seja a dignidade da própria pessoa, seja a dignidade de terceiros ou da comunidade. Todavia, aos atos de restrição de direitos,

principalmente daqueles alçados à condição de fundamentais, uma dose extra de cautela há de ser ministrada.

Sendo inevitável a ingerência na esfera privada da pessoa, alguns parâmetros para que tal conduta não ganhe contornos abusivos devem ser observados, tais como a manutenção da intangibilidade mínima, a plausível justificativa para tanto, a proporcionalidade da ingerência comparando-se o direito restringido e o direito preservado e a lesão à dignidade de terceiros (leia-se aqui um terceiro determinado ou a própria coletividade).

Em relação à intangibilidade mínima, quis-se afirmar que um direito fundamental, até mesmo a dignidade humana, pode sofrer restrição, desde que não haja gravosa ofensa ao seu núcleo essencial, a ponto de a restrição fulminar o próprio direito. Pois bem. Tendo isso em mente, percebe-se que quando se fala em imposição do regime de separação de bens aos maiores de setenta anos está-se a ofender a autonomia do indivíduo septuagenário, pois que este é tolhido, de forma irreversível, da faculdade de optar por qual regime de bens vigorará seu enlace. Essa irreversibilidade, por sua vez, traduz-se na quebra da intangibilidade mínima da autonomia, uma vez que tal regime não comporta superação. Explica-se. Para os demais casos tutelados pelo artigo 1.641, do Código Civil, é possível a alteração do regime de separação obrigatória de bens quando sanadas as causas que deram azo à incidência do dispositivo legal. Em que pese a mudança no entendimento acerca da possibilidade ou não da alteração do regime de bens no curso do matrimônio ou união de pessoas, porque não é objetivo do presente trabalho, mister se faz esclarecer que modernamente é permitida a revogação ou modificação das cláusulas contidas no pacto antenupcial, inclusive daquela que estabelece o regime de bens adotado (artigo 1.639, parágrafo segundo, Código Civil). Assim, se, por exemplo, não mais existirem as causas suspensivas do casamento (inciso I do artigo em ataque), podem os nubentes promover a alteração do regime de bens, donde se conclui que apenas vigorará a imposição do regime de separação enquanto perdurarem as causas suspensivas. Uma vez extintas, a autonomia para a escolha do regime matrimonial volta a pertencer aos nubentes. Da mesma forma o inciso III (de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial), já que desaparecida a razão que diz com a necessidade de suprimento judicial, pode ocorrer a alteração do regime de bens. Logo, aos maiores de setenta anos, é inviável a modificação, dado que tal condição que impõe o regime de separação de bens de maneira alguma cessará; uma vez alcançada certa idade, não mais se pode voltar no tempo.

Sob essa perspectiva de impossibilidade de reversão da norma que impõe o regime de separação legal de bens, pode-se ainda falar que ocorre a quebra da igualdade, como já

discutido alhures, por ser a igualdade um dos desdobramentos da própria dignidade humana, que influi diretamente na questão do livre desenvolvimento da pessoa: enquanto este é viabilizado para as categorias abrangidas pelos demais incisos, pois que a norma, nesses casos, assume apenas a natureza de sanção reversível, não o é para os que se enquadram na previsão do inciso II, uma vez que a idade é irreversível.

No que tange à plausível justificativa para tamanha ingerência estatal, é esta a tecla em que não se cansa de bater. Não há, indiscutivelmente, embasamento sólido, legítimo e satisfatório para que se retire do idoso a capacidade de disposição de seus bens mediante a escolha do regime matrimonial. Falar em proteção em face do enriquecimento injustificado do outro é insuficiente. Ao que parece, a lei limita a autonomia, direito fundamental para o desenvolvimento da personalidade, com medo de que o outro cônjuge venha a locupletar-se indevidamente. O Estado está mais preocupado com o possível melhoramento financeiro do cônjuge ou parceiro do septuagenário do que com a promoção da pessoa. Veja-se bem. A lei veda o enriquecimento ilícito retirando, reprise-se, retirando a capacidade de disposição patrimonial de uma pessoa única e exclusivamente em razão de sua avançada idade. O legislador infraconstitucional nem ao menos se preocupa com as características do outro cônjuge, de modo que há, nessa previsão, uma presunção de má-fé, o que também é condenável perante o Direito, lembrando, a propósito, que é axioma deste a necessidade de comprovação da má-fé.

Intrinsecamente relacionada com a carência de plausibilidade da motivação, encontra-se a desproporcionalidade da restrição legislativa. Em nome da proteção patrimonial do cônjuge maior de setenta anos (e até mesmo da expectativa de herança já condenada linhas acima), restringe-se desarrazoadamente um direito da personalidade, afronta-se a autonomia interferindo radicalmente no livre desenvolvimento da pessoa. E em relação a esse livre desenvolvimento, que cada vez mais deve ser defendido com afinco, bem assevera José de Oliveira Ascensão, ao dizer que o “homem é um projeto, com fins próprios: tende ilimitadamente a aperfeiçoar-se”, de modo que

esse aperfeiçoamento é por outro lado um direito de cada um, que deve ser assegurado. Os direitos da personalidade tomam agora um caráter dinâmico. A garantia do espaço de atuação de cada um concentra-se essencialmente na ideia de liberdade: porque só em liberdade o homem pode desenvolver a sua personalidade. As várias liberdades asseguram o exercício da autonomia necessário ao desenvolvimento humano (ASCENSÃO, 1997, p. 98).

Diante dessa assertiva, percebe-se que o legislador infraconstitucional aleatoriamente fixou prazo de aperfeiçoamento existencial: as pessoas que atingem os setenta anos já



adquiriram tamanho aperfeiçoamento que não mais lhes é conferido o direito a um livre desenvolvimento da personalidade. Isso notadamente é um equívoco e demonstra uma incoerência legislativa. Se assim fosse, se houvesse um aperfeiçoamento completo em função da idade, inexisteriam normas que pugnassem pela promoção do idoso, como as da Lei 10.741/2.003, principalmente a do artigo 2º, que assim versa:

Art. 2º. O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade. (grifo nosso)

Ainda, é desproporcional a norma do artigo 1.641, inciso II, do Código Civil, na medida em que, no exercício de ponderação de direitos, os direitos fundamentais ao envelhecimento com dignidade e ao livre desenvolvimento da personalidade são inferiorizados perante a justificativa de proteção patrimonial. Apenas exemplificativamente, imagine que o cônjuge septuagenário não tenha constituído significativo patrimônio no decorrer da vida e, demais disso, venha a contrair união com outra pessoa, independentemente das características desta. Notadamente, não seria viável cogitar de união por interesse, dado que patrimônio o cônjuge com mais de setenta anos não possui, mas mesmo assim permanece tolhido na sua autonomia para escolher o regime de bens que lhes convenha. Ora, não pode o legislador transformar em regra o que é exceção diante da realidade brasileira que hoje se verifica. É extremamente gravoso limitar a autonomia, a liberdade de escolha do regime de bens para proteger patrimonialmente apenas uns poucos idosos com patrimônio que por aí se encontram disponíveis.

Por fim, no que toca ao parâmetro que visa justificar a restrição de um direito fundamental da personalidade – leia-se, para o caso, direito à autonomia – a fim de se evitar lesão à dignidade da própria pessoa ou de terceiro determinado ou indeterminado (coletividade), tem-se que mais uma vez a norma do artigo 1.641, inciso II, do Diploma Civil Brasileiro, não encontra suporte para a sua manutenção no sistema jurídico. Até mesmo a olhos rasos, não há afronta ao livre desenvolvimento conceder total autonomia ao idoso, nem tampouco à dignidade. O que se observa é o inverso. A norma do artigo 1.641, inciso II, do Código Civil, ao retirar-lhes a opção de escolha do regime de bens, afronta ela própria a dignidade, uma vez que limita o livre desenvolvimento da pessoa e rebaixa o idoso ao presumir incapacidade existente. Portanto, se não há atentado voluntário à dignidade, ao livre desenvolvimento, o Estado não está autorizado a intervir em face dos atos das pessoas em

nome de uma proteção contra elas mesmas, da mesma forma que não há autorização para a interferência se não há prejuízo à sociedade como um todo ou a terceiros diretamente relacionados ao nubente septuagenário.

Assim, nos dizeres de Carlos Alberto Bittar, a liberdade individual do exercício da vida privada é o “poder que a pessoa tem de direcionar suas energias no mundo fático, em consonância com a própria vontade, no alcance dos objetivos visados, seja no plano pessoal, seja no plano negocial, seja no plano espiritual” (*apud* CANTALI, 2009, p. 216). Ao mesmo tempo, é dever do Estado garantir o alcance desses objetivos, seja sob o viés negativo, seja sob o viés positivo, promocional, donde se conclui que o artigo 1.641, inciso II, ao impor o regime de separação de bens aos maiores de setenta anos, não condiz nem com o mencionado viés negativo, pois traduz uma ingerência estatal injustificada, nem ao menos com o viés positivo, uma vez que ao invés de promover o aperfeiçoamento do idoso, presume-lhe incapacidade decorrente da senilidade.

#### **4. CONCLUSÃO**

Diante de toda a explanação feita, fica clarividente a inconstitucionalidade da norma que prevê a imposição do regime de separação de bens aos maiores de setenta anos. A pretensão foi aprofundar e dar contornos sólidos e justificados a uma intuição que pode ser extraída com o simples lançar de olhos sobre o texto do artigo 1.641, inciso II, do Código Civil.

Dessa maneira, buscou-se traçar a afronta à Constituição da República objetivamente, donde foram apontados critérios pouco discricionários para a constatação do ultraje. Assim, no que tange ao atentado à igualdade constitucional, três critérios objetivos de análise da legitimidade da discriminação foram apresentados, aduzindo que não basta apenas estabelecer um tratamento desigual sem antes averiguar a pertinência da desigualdade. Posto isso, a norma do Código Civil atacada ao longo desse trabalho foi de encontro ao requisito da correlação lógica entre o fator de *discrimen* e a desequiparação procedida, na medida em que não houve, por parte de legislador infraconstitucional, justificativa racional para a existência do tratamento diferenciado. Ainda em sede de igualdade, a norma infligidora do regime de separação de bens aos septuagenários não atende ao requisito da consonância entre a discriminação e os interesses constitucionalmente assegurados. Pela exposição feita concluiu-se exatamente o contrário: há uma incoerência entre a legislação civil e os preceitos constitucionais.

Permanecendo no estudo da disposição legal frente à Constituição da República, o artigo 1.641, inciso II, do Código Civil também representa um atentado à dignidade humana. Hoje tão em voga a proteção e a promoção do ser humano, eficácias negativa e positiva respectivamente, tal dispositivo legal está mais para um retrocesso, pois que regado da já condenada subversão axiológica vigente nos tempos de liberalismo, em que se conferia preponderantemente proteção ao patrimônio em detrimento da pessoa. Ademais, ratificou-se a inconstitucionalidade da norma infraconstitucional até mesmo diante de um conteúdo mínimo de dignidade, o que acentua ainda mais a sua reprovabilidade.

Por fim, a norma também simboliza um entrave ao livre desenvolvimento da pessoa, tendo em vista que traz em seu bojo ofensa à autonomia e uma odiosa presunção de incapacidade do maior de setenta anos, o que não se pode permitir em tempos modernos. Logo, restou demonstrada, assim, a incompatibilidade do artigo 1.641, inciso II, do Código Civil, com o ordenamento jurídico como um todo, já que não condiz nem com as diretrizes constitucionais protetivas e promocionais da pessoa, nem com as disposições da seara ordinária, em que se preza pelo constante aperfeiçoamento e interação do idoso na sociedade, como se observa na disposição do Estatuto do Idoso.

## 5. REFERÊNCIAS:

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil: teoria geral: introdução, as pessoas, os bens.** Coimbra: Coimbra, 1997, v. I.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação.** Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em:

<<http://www.osconstitucionalistas.com.br/wp-content/uploads/2010/12/LRBarroso-A-dignidade-da-pessoa-humana-no-Direito-Constitucional-contemporaneo.pdf>>

Acesso em: 04 set. 2012.

BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clovis Bevilacqua.** Edição histórica. 3. tiragem. Rio de Janeiro: Rio, 1977.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>

Acesso inicial em: 18 abr. 2012

BRASIL. **Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890.** Promulga a lei sobre o casamento civil.

Disponível em:

<<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=49585&norma=65368>>

Acesso em: 22 jun. 2012.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em:

<[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>

Acesso inicial em: 18 abr. 2012.

BRASIL. **Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003.** Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/110.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm)>

Acesso em: 29 ago. 2012.

BRASIL. **Lei nº 12.344, de 9 de dezembro de 2010.** Altera a redação do inciso II do art. 1.641 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para aumentar para 70 (setenta) anos a idade a partir da qual se torna obrigatório o regime da separação de bens no casamento. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12344.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12344.htm)>

Acesso em 26 jul. 2012.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1 de janeiro de 1916.** Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Revogada pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em:

<[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm)>

Acesso inicial em: 18 abr. 2012.

BRASIL. **Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977.** Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6515.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm)>

Acesso em: 20 abr. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 9.138.** Recorrente: Amélia Fontana de Sousa. Recorrido: Espólio de João Gualberto de Sousa. Relator: Ministro Edgard Costa. Minas Gerais, 17 de dezembro de 1948. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=116528>>

Acesso em: 25 jul. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 377, de 03 de abril de 1964.** Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=377.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>

Acesso em: 25 jul. 2012.

CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade:** disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CHAVES, Antonio. **Tratado de direito civil:** direito de família. 2. ed. refund. São Paulo: Revista dos Tribunais, c1991. v. 5. t. I.

CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. **Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade**. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das Leis Civis**. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1876. Disponível em:

<<http://ia700505.us.archive.org/1/items/ConsolidaoDasLeisCivis/CLC.pdf>>

Acesso em: 24 jun. 2012.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

KANT, Immanuel. **Fundamentos da Metafísica dos Costumes**, in: Os Pensadores – Kant (II). Trad. Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Monografia Jurídica**. 9. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito de família: direito matrimonial (continuação)**. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. 1. ed.. Campinas: Bookseller, 2001. v. II

\_\_\_\_\_. **Tratado de direito privado (parte especial): dissolução da sociedade conjugal. Eficácia jurídica do casamento**. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2000. t. VIII

\_\_\_\_\_. **Tratado de direito privado (parte especial):** direito de personalidade. Direito de família: direito matrimonial (existência e validade do casamento). Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana:** Estudos de Direito Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de família.** [Rio de Janeiro]: B.L. Garnier, 1869.

Disponível em:

<[http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/17871/Direitos\\_de\\_familia.pdf?sequence=1](http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/17871/Direitos_de_familia.pdf?sequence=1)>

Acesso em: 21 jun. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

WALD, Arnold. **Direito civil brasileiro:** direito de família. Rio de Janeiro: Lux, 1962.