

1. Introdução

A análise da constitucionalidade da imposição legislativa do regime de bens para os septuagenários à luz do princípio da dignidade da pessoa humana e do princípio do dirigismo estatal no atual Estado Democrático de Direito constitui o objetivo primordial do presente artigo científico.

Para alcançar o desiderato proposto, especialmente no que se refere à coleta de dados foi utilizado o método qualitativo, baseado em extensa obra bibliográfica referente ao assunto, quais sejam, livros, revistas e repertórios de jurisprudência dos Tribunais Pátrios, além da pesquisa documental, com inserção de leis envolvendo à temática tratada.

Para melhor acuidade da pesquisa foi relevante examinar as decisões judiciais proferidas no sentido de sustentar a inconstitucionalidade da imposição do regime de bens e os acórdãos em sentido contrário, pugnando pela constitucionalidade da norma.

O arrimo ao princípio nuclear da dignidade da pessoa humana foi abordado desde seus primórdios para outorgar a real dimensão de seus contornos, extensão e aplicabilidade nos dias atuais.

Igualmente foram abordados os aspectos negativos da imposição do regime de bens para os maiores de setenta anos, como forma de suprimir a liberdade de escolha dos nubentes por critério baseado na faixa etária.

2. Da Dignidade da Pessoa Humana

A Dignidade da pessoa humana constitui um dos valores fundantes do Estado Democrático de Direito, sendo elencada como fundamento da República Federativa do Brasil, no rol do artigo 1º da Carta Magna¹, ao lado da soberania, da cidadania, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo político.

¹BRASIL, *Constituição da República Federativa*. São Paulo: Saraiva, 2013, 9, ed., p.66.

A noção da dignidade da pessoa humana hoje é fruto da convergência de múltiplas doutrinas e concepções de mundo que vêm sendo estabelecidas há muito na cultura ocidental², sendo necessária a realização, ainda que sumária, da perspectiva histórica e filosófica.

Assim, a dignidade é um atributo do homem, como sujeito de autonomia prática, não podendo ser encurtada a criação constitucional, já que precedente a qualquer sistema normativo. A dignidade existe *a priori*, anterior a qualquer experiência especulativa³.

Nesse contexto, a vontade é concebida como a faculdade de se determinar a si mesmo e a atuar em consonância com a representação de certas leis. Aquilo que serve à vontade de princípio objetivo da sua autodeterminação é o fim, e este é dado pela razão, tem que ser igualmente válido para todos os seres racionais.⁴

Na seara do reconhecimento dos direitos individuais e de desenvolvimento do conceito da dignidade da pessoa humana, Immanuel Kant colaborou para a edificação de uma premissa da dignidade intrínseca, inata a toda e qualquer pessoa⁵.

Para Kant a dignidade tem como fundamento a autonomia ética do homem, fundada na liberdade de que dispõe para escolher conforme a razão e de agir nos moldes de seu entendimento e opção.

Partindo da premissa que exista alguma coisa cuja existência em si possua um valor absoluto e que, como fim em si mesmo, possa ser a estrutura de leis determinadas, nessa e só nela é que estará à base de um possível imperativo categórico, quer dizer de uma lei prática. O conceito de dignidade da pessoa humana foi abordado por Kant em sua filosofia, o que se depreende da análise de sua obra, especialmente por trechos como o presente:

“O homem, e, duma maneira geral, todo ser racional, existe com um fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo

² BITTAR, Eduardo C.B., *Hermenêutica e Constituição: a dignidade da pessoa humana como legado à pós-modernidade*, in: ALMEIDA FILHO, Agassi; MELGARÉ, Plínio (Org.) *Dignidade da Pessoa Humana. Fundamentos e Critérios Interpretativos*. São Paulo: Malheiros, 2010, p.246 a 247.

³ SARLET, Ingo Wolfgang. *As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível*. In: *Dimensões da Dignidade: ensaios da Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 20.

⁴ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007. p.67.

⁵ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007. p.67.

*como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ter considerado simultaneamente com o fim.”*⁶

Kant contribuiu para a construção de um conceito de dignidade intrínseca, conatural a qualquer pessoa humana.

A teoria dos direitos inatos se transformou em doutrina de matriz político-revolucionária fornecendo as bases para a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, pela Assembleia Constituinte francesa de 1789, que instituiu o Estado liberal com base no individualismo e consagrou a existência dos direitos naturais, inspirando a revolução francesa e contribuindo para a conformação do constitucionalismo moderno e do Estado de Direito⁷.

Assim, os direitos naturais inatos, foram incorporados como direitos fundamentais individuais, em diversas Constituições⁸. A noção de pessoa concebida como sujeito de direitos e obrigações, cunhada pela modernidade caracteriza um sujeito universal, por englobar nesta categoria todas as pessoas. Igualmente em paralelo, a concepção que vigora prediz um sujeito individual, titular de direitos e da capacidade de exercê-los⁹.

O sujeito de direito se diz pessoa. Nesse sentido, o sujeito de direito é aquele que é empossado de poder jurídico, que se acha em posição de poder fazer valer a norma, invocando a realização a próprio favor¹⁰. Da análise constata-se que, pessoa e sujeito de direitos constituem a mesma coisa, sendo certo que a noção de personalidade está umbilicalmente ligada à de pessoa, por exteriorizar a habilidade genética, reconhecida atualmente aos seres humanos, para adquirir a titularidade de direitos e assumir obrigações. Assim capacidade de direito é aptidão oriunda da personalidade para contrair direitos e obrigações na vida civil¹¹.

⁶ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007. p.67-68.

⁷ CANTALI, op cit., p.36.

⁸ TOBEÑAS, José Castan. *Los Derechos de la Personalidad*, Madri: Réus. 1952, p.11-12.

⁹ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos da Personalidade e sua Tutela*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p.135.

¹⁰ FERRARA, Francesco. *Tratatto di Diritto Civile Italiano*. v. I. Roma: Athenaeum. 1921. p.135.

¹¹ HOGEMANN, Edna Raquel R. S. Danos Morais e Direitos de Personalidade uma Questão de Dignidade. In: KLEVENHUSEN, Renata Braga (coord.). *Direito Público e Evolução Social*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p.82.

3. A Intervenção do Estado na vida do indivíduo

A interferência do legislador sobre a vida privada das pessoas é fato que remonta a tempos imemoriais. O Direito Romano continha em seu ordenamento normas proibitivas da realização de matrimônio para determinadas pessoas, o que inclusive constava na *Lei Papia Poppaea*, posteriormente revogada.

No Brasil, o Código Civil de 1916 impunha o regime da separação obrigatória de bens levando em conta o critério biológico, assim as mulheres com mais de cinquenta anos e os homens com mais de sessenta anos de idade, para contrair núpcias precisariam adotar o regime imposto pela legislação.

No momento da feitura do Código Civil de 1916, a cultura, o pensamento social, as relações travadas entre os indivíduos e a vulnerabilidade da mulher fomentaram a adoção da mencionada regra.

Porém com a mudança de paradigmas e com a inserção intensa da mulher no mercado de trabalho a norma se tornou obsoleta, e já o era com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil que no artigo 5º, I¹² agasalhou o princípio da igualdade.

Nessa toada o Código Civil de 2002 equiparou homens e mulheres e mais especificamente no artigo 1641, II¹³ previu a obrigatoriedade de adoção do regime da separação de bens para a pessoa maior de sessenta anos, sem fazer distinção de gênero em obediência ao princípio da isonomia consagrado constitucionalmente.

Posteriormente o limite etário foi modificado pela Lei 12.344/2010¹⁴ resultante do Projeto de Lei de autoria da Deputada Solange Amaral, que alterou o inciso II do artigo 1641 do Código Civil¹⁵ ao estabelecer o regime da separação obrigatória de bens para os maiores de setenta anos, impulsionada pelo aumento da expectativa de vida do indivíduo na contemporaneidade.

Pois bem, o legislador apesar de ter tratado homens e mulheres paritariamente com a inserção da citada norma, ainda assim optou por manter a intervenção do estado na vida da pessoa maior de setenta anos, o que suscita dissenso na doutrina e na jurisprudência.

¹² BRASIL, *Constituição da República Federativa*. São Paulo: Saraiva. 2015, 13ª ed., p.6.

¹³ BRASIL, *Código Civil: Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. São Paulo: Saraiva. 2015, 13ª ed., p.265.

¹⁴ BRASIL, *Lei 12.344 de 09 de Dezembro de 2010*. São Paulo: Saraiva. 2015, 13ª ed., p. 1575.

¹⁵ BRASIL, *Código Civil: Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. São Paulo: Saraiva. 2015, 13ª ed., p.265.

4. Da limitação ao princípio da autonomia da vontade

O princípio da autonomia da vontade atingiu seu auge no período do Estado Liberal clássico dimanado da Revolução Francesa, em que a intervenção estatal não era uma constante na sociedade, assim o princípio do *pacta sunt servanda* passou a nortear as relações entre os particulares.

Superada esta fase, com a revolução industrial, o Estado Liberal devido às especificidades históricas e às peculiaridades da época se tornou obsoleto ensejando a necessidade de busca pela realização da igualdade material mediante o dirigismo estatal deveras praticado no Estado Social.

Nesse cenário o dirigismo contratual encontrou espaço para ascender através da edição de normas de ordem pública elaboradas com a finalidade de tutelar as pessoas desfavorecidas economicamente.

Hodiernamente a autonomia da vontade não é exercida de forma plena pelo indivíduo, haja vista que, o estado estabelece regras de comportamento, para impingir limites em prol de interesses sociais e da realização da justiça material.

A imposição do regime da separação obrigatória de bens para as pessoas que possuem mais de setenta anos é tema que promove substanciais controvérsias em âmbito doutrinário e jurisprudencial, mormente por interferir diretamente na autonomia privada tida como uma das importantes conquistas da sociedade no tocante à representação da liberdade como valor jurídico, expresso no Preâmbulo da Carta Magna e no artigo 170¹⁶.

Assim CHAVES e ROSENVALD¹⁷ asseveram que a norma em comento fere a dignidade da pessoa humana e não pode se sustentar atualmente. O Enunciado 125, fruto da I Jornada de Direito Civil possui previsão nesse sentido:

¹⁶ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p.77.

¹⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. Volume 6. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 80.

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

Pertinente asseverar que inexistente norma que torne a pessoa incapaz pelo simples fato de ter completado setenta anos, ao revés a principiologia estrutural do Estatuto do Idoso visa à promoção dos direitos e deveres do indivíduo com mais de sessenta anos, com intuito de promover-lhe uma existência digna, porém a norma inserta no inciso II do artigo 1641 do Código Civil¹⁸ limita a autonomia da vontade, denotando o famigerado dirigismo estatal em detrimento da autonomia privada.

A postura do Poder Legislativo mitiga o princípio do Direito de Família consubstanciado na Intervenção Mínima do estado na vida privada.

Em posição oposta o Poder Judiciário brasileiro tem se mantido firme no sentido de entender válido o regime da separação obrigatória de bens para as pessoas com mais de setenta anos, embora este seja o entendimento majoritário, serão apresentadas algumas decisões em sentido oposto, aplicando a inconstitucionalidade da norma contida no inciso II do artigo 1641 do Código Civil¹⁹.

5. O idoso como sujeito de direitos sob a ótica da Dignidade da Pessoa Humana

A Constituição da República Federativa do Brasil ao estabelecer os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana como fundamentos da República fixou as diretrizes

¹⁸ BRASIL, *Código Civil: Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. São Paulo: Saraiva. 2015, 13ª ed., p.265.

¹⁹ BRASIL, *Código Civil: Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. São Paulo: Saraiva. 2015, 13ª ed., p.265.

mínimas que deveriam ser seguidas pelo legislador infraconstitucional, adotando esse paradigma o Estatuto do Idoso assegurou as pessoas com mais de sessenta os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral da legislação, assegurando-lhe por lei ou por outros meios, as oportunidades e facilidades, para viabilizar preservação da saúde física e mental, bem como seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

O artigo 2º do Estatuto do Idoso²⁰ parece conflitar com a regra estabelecida no artigo 1641, II do Código Civil²¹ que mitiga o princípio da autonomia da vontade ao subtrair do idoso o direito de escolha do regime de bens de seu casamento.

Oportuno rememorar Rodrigues²² ao destacar que a senilidade constitui uma fase da vida que se inicia com a concepção desenvolve-se com o nascimento, infância, juventude, fase adulta até chegar à velhice. Assim, a pessoa idosa é plenamente capaz até que se demonstre o contrário, através de prova técnica produzida em procedimento judicial com ulterior prolação de sentença reconhecendo a incapacidade do indivíduo para os atos da vida civil, já que a senilidade por si só, isoladamente considerada não tem o condão de conduzir a incapacidade.

Deve ser levar em conta a capacidade de discernimento da pessoa, assim como a presença do estado psicopatológico incapacitante.

O legislador pátrio ao manter a obrigatoriedade do regime da separação absoluta de bens para as pessoas com mais de setenta anos revela sua nítida feição patrimonialista, com ênfase a proteção aos bens do idoso e de sua família deixando em segundo plano a autonomia da vontade do indivíduo, olvidando de seu direito de escolha quando da celebração do casamento.

Assim, sob a ótica patrimonialista o idoso é tratado, nesse particular como um incapaz, como alguém que por conta de um critério exclusivamente etário, não tenha discernimento suficiente para fazer escolhas pautadas em interesse próprio e no afeto.

²⁰ BRASIL, *Lei 10.741 de 01 de outubro de 2003*. São Paulo: Saraiva. 2015, 13ª ed., p.560.

²¹ BRASIL, *Código Civil: Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. São Paulo: Saraiva. 2015, 13ª ed., p.265.

²² RODRIGUES, Oswaldo Peregrina. *A pessoa idosa e sua convivência em família*. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A Ética da Convivência Familiar e sua Efetividade no Cotidiano dos Tribunais*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

Nesse sentido Fiúza critica a posição do legislador ao asseverar que a exigência representa uma *capitis diminutio* aos maiores de 70 anos, já que a norma os infantiliza, os idiotiza, e não representa o que de fato ocorre na realidade. Com o aumento da expectativa de vida é possível dizer que um indivíduo de setenta anos é, de fato, ainda jovem. E mesmo se assim não fosse o que importa é se o indivíduo possui ou não consciência de seus atos, se tem discernimento o ato é válido, sendo desarrazoada a intervenção do Estado na esfera privada²³.

A norma veiculada no inciso II do artigo 1641 do Código Civil é atentatória do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, por reduzir a autonomia do indivíduo e por constrangê-lo a tutela reducionista²⁴.

De fato, a compreensão da dignidade da pessoa humana, assim como a concepção do direito natural se originou de um processo de racionalização e laicização, sendo preservada a noção basal da igualdade de todos os homens em dignidade e liberdade²⁵.

O homem como possuidor de dignidade não deve ter seu direito de escolha tolhido pelo estado em situações em que pode manifestar livremente sua vontade, sob pena de ser impedido de exercer um direito fundamental garantido constitucionalmente.

Nesse sentido Maria Berenice Dias argumenta aduzindo que a discriminação em razão da idade é odiosa e inconstitucional, já que a capacidade plena é adquirida com o advento da maioridade e só pode ser afastada em situações extremas e por meio de processo judicial²⁶ de interdição, em que se assegure a ampla defesa e o contraditório.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina no julgamento da Apelação Cível nº. 575350 julgou matéria afeta ao regime de bens e por sua Quarta Câmara de Direito Civil decidiu por dar provimento à apelação e assim viabilizar a alteração do regime de bens segundo escolha do casal e afastar a obrigatoriedade do regime de separação obrigatória, conforme se constata no julgado abaixo transcrito:

*“APELAÇÃO CÍVEL - PROCEDIMENTO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA
- MODIFICAÇÃO DO REGIME MATRIMONIAL DE BENS - SENTENÇA
QUE DECLAROU EXTINTO O PROCESSO POR AUSÊNCIA DAS
CONDIÇÕES DA AÇÃO - LEGITIMIDADE E INTERESSE PARA PLEITEAR*

²³ FIÚZA, César. *Direito Civil*. 17 ed. São Paulo: RT, Belo Horizonte, 2014, p. 1184.

²⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil Comentado*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 242-243.

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 32 e *A eficácia dos Direitos Fundamentais*, p.45.

²⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

A RESPECTIVA ALTERAÇÃO, QUE ENCONTRARIA RESPALDO NO ART. 1.639,§ 2º, DO CC - MATRIMÔNIO CONTRAÍDO QUANDO OS INSURGENTES POSSUÍAM MAIS DE 60 (SESSENTA) ANOS DE IDADE - SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS - PRETENDIDA MODIFICAÇÃO PARA O REGIME DE COMUNHÃO UNIVERSAL - INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DO CÓDIGO CIVIL E DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - CONCLUSÃO DE QUE A IMPOSIÇÃO DE REGIME DE BENS AOS IDOSOS SE REVELA INCONSTITUCIONAL - AFRONTA AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - LEGISLAÇÃO QUE, CONQUANTO REVESTIDA DE ALEGADO CARÁTER PROTECIONISTA, MOSTRA-SE DISCRIMINATÓRIA - TRATAMENTO DIFERENCIADO EM RAZÃO DE IDADE - MATURIDADE QUE, PER SE, NÃO ACARRETA PRESUNÇÃO DA AUSÊNCIA DE DISCERNIMENTO PARA A PRÁTICA DOS ATOS DA VIDA CIVIL - NUBENTES PLENAMENTE CAPAZES PARA DISPOR DE SEU PATRIMÔNIO COMUM E PARTICULAR, ASSIM COMO PARA ELEGER O REGIME DE BENS QUE MELHOR ATENDER AOS INTERESSES POSTOS - NECESSIDADE DE INTERPRETAR A LEI DE MODO MAIS JUSTO E HUMANO, DE ACORDO COM OS ANSEIOS DA MODERNA SOCIEDADE, QUE NÃO MAIS SE IDENTIFICA COM O ARCAICO RIGORISMO QUE PREVALECIA POR OCASIÃO DA VIGÊNCIA DOCC/1916, QUE AUTOMATICAMENTE LIMITAVA A VONTADE DOS NUBENTES SEXAGENÁRIOS E DAS NOIVAS QUINQUAGENÁRIAS - ENUNCIADO Nº 261, APROVADO NA III JORNADA DE DIREITO CIVIL, QUE ESTABELECE QUE A OBRIGATORIEDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS NÃO SE APLICA QUANDO O CASAMENTO É PRECEDIDO DE UNIÃO ESTÁVEL INICIADA ANTES DE OS CÔNJUGES COMPLETAREM 60 (SESSENTA) ANOS DE IDADE - HIPÓTESE DOS AUTOS - APELANTES QUE CONVIVERAM COMO SE CASADOS FOSSEM NO PERÍODO COMPREENDIDO ENTRE 1964 E 2006, QUANDO CONTRAÍRAM MATRIMÔNIO - CONSORTES MENTALMENTE SADIOS - PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA NO SENTIDO DE SE ADMITIR A PRETENDIDA ALTERAÇÃO - SENTENÇA OBJURGADA QUE, ALÉM DE DENEGAR INDEVIDAMENTE A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL, REVELA-SE IMPEDITIVA DO DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA - DECISUM CASSADO - REGIME DE BENS MODIFICADO

PARA O DE COMUNHÃO UNIVERSAL - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. ²⁷

Ao apreciar o Incidente de Inconstitucionalidade n.º. 2010107802, o Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe declarou a inconstitucionalidade do art. 1.641, II do Código Civil, nos seguintes termos:

“INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE - REGIME DE BENS - SEPARAÇÃO LEGAL OBRIGATÓRIA - NUBENTE SEXAGENÁRIO - INCISO II, DO ART. 1.641, DO CÓDIGO CIVIL - DISPOSITIVO QUE FERRE O DIREITO FUNDAMENTAL DO CÔNJUGE DE DECIDIR QUANTO À SORTE DE SEU PATRIMÔNIO DISPONÍVEL - PRESUNÇÃO DE INCAPACIDADE POR IMPLEMENTO DE IDADE - INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA. ^{28”}

Em 18 de agosto de 1998 foi lavrado emblemático acórdão no julgamento da Apelação Cível n.º 007.512-2/2-00, do Tribunal de Justiça de São Paulo, contendo o voto do desembargador Cezar Peluso que à época integrava o citado tribunal, *in verbis*:

“Reduzir, com pretensão de valor irrefutável e aplicação geral, homens e mulheres, considerados no ápice do ciclo biológico e na plenitude das energias interiores, à condição de adolescentes desvairados, ou de neuróticos obsessivos, que não sabem guiar-se senão pelos critérios irracionais das emoções primárias, sem dúvida constitui juízo que afronta e amesquinha a realidade humana, sobretudo quando a evolução das condições materiais e espirituais da sociedade, repercutindo no grau de expectativa e qualidade de vida, garante que a idade madura não tende a corromper, mas a atualizar as virtualidades da pessoa, as quais constituem o substrato (...) Não é tudo. A eficácia restritiva da norma estaria, ainda, a legitimar e perpetuar verdadeira degradação, a qual, retirando-lhe o poder de dispor do patrimônio nos limites

²⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Apelação Cível n.º. 575350. Florianópolis – SC*, 01 dez., 2011. Disponível em: <http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/avancada.jsp #resultado_ancora>. Acesso em: 04 junho, 2017.

²⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. *Incidente de Inconstitucionalidade n.º. 2010107802*. Aracaju – SE, 17 nov., 2010. Disponível em: <<http://www.tjse.jus.br/tjnet/jurisprudencia/relatorio.wsp?tmp.numprocesso=2010107802&tmp.numacordao=201011738>>. Acesso em: 04 jun. 2017.

do casamento, atinge o cerne mesmo da dignidade pessoa humana que é um dos fundamentos da República (art. 1, III, da Constituição Federal), não só porque a decepa e castra no seu núcleo constitutivo de razão e vontade, na sua capacidade de entender e querer, a qual, numa perspectiva transcendente, é vista como expressão substantiva do próprio Ser, como porque não disfarça, sob as vestes grosseiras do paternalismo insultuoso, todo o peso de uma intromissão estatal indevida em matéria que respeita, fundamentalmente, à consciência, intimidade e autonomia do cônjuge²⁹.”

As decisões judiciais proferidas só denotam a possibilidade de escolha do regime de bens pelos nubentes, quando presentes a capacidade civil e, o discernimento, que não podem ser limitados pura e simplesmente pelo critério etário em detrimento a autodeterminação da pessoa.

Errônea e preconceituosa é a presunção de que a pessoa ao completar setenta anos se torna emocionalmente instável e por esta razão necessita de proteção legal, mesmo que violadora de sua capacidade de escolha e de seu discernimento.

6. Considerações finais

A Constituição da República Federativa do Brasil considerou a dignidade da pessoa humana e a igualdade como princípios estruturais do Estado Democrático de Direito que devem ser preservados pelo legislador infraconstitucional.

Hodiernamente não existe justificativa plausível para manter o regime da separação obrigatória de bens para os maiores de setenta anos, com base unicamente no critério etário. A concepção patrimonialista do Código Civil idealizado no século XX não se coaduna com os tempos atuais e com os valores que emergem da sociedade.

A interpretação dos institutos advindos do Direito Civil deve ser elaborada conforme a tábua axiológica da Lei Maior.

²⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível n. 007.512-2/2-00*. Segunda Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. DJ 18/08/98 >. Acesso em: 04 jun. 2017.

O idoso tem o direito de contrair matrimônio e em observância ao princípio da autonomia da vontade de escolher o regime de bens, de acordo com seus interesses particulares, prescindindo da intervenção estatal.

A regra inserida no inciso II do artigo 1641 do Código Civil³⁰ promove a desvalorização do septuagenário como pessoa e declina o afeto como elemento norteador e importante na formação da família, sob o argumento de proteção ao aspecto patrimonial tido como preponderante.

Assim, como princípio que estrutura o ordenamento jurídico pátrio, a dignidade da pessoa humana, deve pautar as relações jurídicas e servir de ponto de partida para a interpretação e aplicação da legislação infraconstitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BITTAR, Eduardo C.B., *Hermenêutica e Constituição: a Dignidade da Pessoa Humana como Legado à Pós-Modernidade*, In: ALMEIDA FILHO, Agassi; MELGARÉ, Plínio (Org.) *Dignidade da Pessoa Humana. Fundamentos e Critérios Interpretativos*. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL, *Constituição da República Federativa*. São Paulo: Saraiva. 13ª ed. 2015.

BRASIL, *Código Civil: Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. São Paulo: Saraiva. 13ª ed. 2015.

³⁰ BRASIL, *Código Civil: Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. São Paulo: Saraiva. 2015, 13ª ed., p.265.

BRASIL, *Lei 10.741 de 01 de outubro de 2003*. São Paulo: Saraiva. 13ª ed. 2015.

BRASIL, *Lei 12.344 de 09 de Dezembro de 2010*. São Paulo: Saraiva. 13ª ed. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. *Incidente de Inconstitucionalidade nº. 2010107802*. Aracaju – SE, 17 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.tjse.jus.br/tjnet/jurisprudencia/relatorio.wsp?tmp.numprocesso=2010107802&tmp.numacordao=201011738>>. Acesso em: 04 jun. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Apelação Cível nº. 575350*. Florianópolis – SC, 01 dez., 2011. Disponível em: <http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/avancada.jsp#resultado_ancora>. Acesso em: 04 jun. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível n. 007.512-2/2-00*. Segunda Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. DJ 18/08/98 >. Acesso em: 04 jun. 2017.

CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da Personalidade – Disponibilidade Relativa, Autonomia Privada e Dignidade Humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. Volume 6. 3ª ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2011.

FERRARA, Francesco. *Tratatto di Diritto Civile Italiano*. v. I. Roma: Athenaeum. 1921. p.135.

FIÚZA, César. *Direito Civil*. 17 ed. São Paulo: RT, Belo Horizonte, 2014.

HOGEMANN, Edna Raquel R. S. *Danos Morais e Direitos de Personalidade uma Questão de Dignidade*. In: KLEVENHUSEN, Renata Braga (coord.). *Direito Público e Evolução Social*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil Comentado*. São Paulo: Atlas, 2003.

RODRIGUES, Oswaldo Peregrina. *A pessoa idosa e sua convivência em família*. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A Ética da Convivência Familiar e sua Efetividade no Cotidiano dos Tribunais*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível*. In: *Dimensões da Dignidade: ensaios da Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos da Personalidade e sua Tutela*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

TOBEÑAS, José Castan. *Los Derechos de la Personalidad*. Madrid: Réus, 1952.

_____. *Los Derechos del Hombre*. Madrid: Réus, 1969.