

INTRODUÇÃO

Um homem de 99 (noventa e nove) anos, internado em um leito de hospital da Zona Norte do Rio de Janeiro decide propor matrimônio à enfermeira que lhe presta amparo e que pacientemente dá-lhe ouvidos aos relatos de suas escassas memórias. Uma vez convescido, e quiçá como recompensa em troca da generosidade de sua ouvinte, promete-lhe que com ela irá se casar na Fazenda onde cresceu, deixando-lhe usar o véu de sua mãe, dar ordens aos empregados, dispor das joias de sua família e dirigir-se ao altar no cavalo que pertenceu à sua antiga esposa.

A remissão literária acima é eloquente, embora puramente figurativa. Logo na abertura do romance “Leite Derramado” – quarto livro do escritor Francisco Buarque de Holanda, lançado em 2009 – o juramento do personagem Eulálio Assumpção à sua cuidadora sem nome inspira e tangencia reflexões importantes sobre o tema da autodeterminação da pessoa idosa para o exercício de certos direitos e para o desenvolvimento digno de sua personalidade.

À luz de um recorte social centrado na valorização excessiva da capacidade de produção e de trabalho, enxergar o idoso como um indivíduo inútil, enfraquecido e assexualizado é uma consequência natural e quase inevitável. Em tempos de culto à juventude como uma qualidade em si mesma, o próprio conceito de velhice é, assim, reduzido a bases restritamente cronológicas, equiparando-se à ideia de senilidade (PONTES; TEIXEIRA, 2014).

Sob tal perspectiva, em que idoso é frequentemente tratado como incapaz, e visto como um fardo disfuncional e sem utilidade, a lei, ao intentar juridicamente protegê-lo termina quase sempre por infantilizá-lo, por silenciar sua voz, e por reduzir sua aptidão para fazer escolhas.

Na prática, a tutela normativa do idoso não se ocupa propriamente da realização máxima de sua dignidade, mas, sim, de mitigar sua capacidade decisória, ora como se quisesse resguardá-lo de si próprio e de suas pulsões incontidas, ora como se servisse de instrumento para realizar interesses patrimoniais futuros não seus, mas dos que se acham em na linha de sua eventual sucessão.

Exemplo dessa realidade está no art. 1.641, II do Código Civil atual, cuja dicção institui como norma cogente o chamado regime da separação obrigatória de bens às pessoas que decidam casar ou constituir união estável após a idade de setenta anos.

Embora não se trate aqui de uma novidade, eis que o próprio Código Civil de 1916 já continha previsão semelhante em seu no art. 258, II, o dispositivo, ao definir o fator *idade* como critério de limitação de escolhas e de restrição objetiva de direitos, reascende discussão que é em certa medida atual, e que escrutina o papel e a legitimação do Estado como pretense agente regulador da família constitucionalizada.

Em um debate sobre a sintonia da regra com o sistema fundamental de proteção das individualidades, uma abordagem mais crítica e menos textual encaminha, dentre outros questionamentos, os seguintes: a) quais são os limites da regulação estatal e normativa em um regime democrático? b) é possível reconhecer espaços reservados ao exercício da autonomia privada, que sejam materialmente impermeáveis ao poder e ao controle deliberativo do legislador? c) que interesses de fato se pretende juridicamente tutelar em razão do disposto no 1.641, II, do CCB/02? d) A imposição legal do regime de separação obrigatória de bens a pessoas idosas guarda alguma consonância com a noção fundamental de liberdade, cuja consequência mais íntima reside na garantia que se dá aos cidadãos de orientar suas escolhas e de construir sua personalidade de acordo com seus projetos e com sua própria visão individual de mundo?

No horizonte dessas reflexões, mas a título de estabelecer critérios para uma eventual conformação prática entre regulação estatal e autonomia privada invoca-se como referencial teórico imediato o *liberalismo igualitarista* de Ronald Dworkin, conceito que, demarcando posição refratária às teses do positivismo clássico e do realismo jurídico, compreende os direitos como “trunfos”, ou como trincheiras fundamentais, que protegem o cidadão contra pretensões externas que visem lhe impor concepções de felicidade, ou modos de desenvolvimento de sua personalidade que não sejam exatamente as de sua predileção.

Sob esse enfoque, o trabalho se organiza em quatro sessões. A segunda, que sucede a esta apresentação, expõe resumidamente algumas das cogitações de Ronald Dworkin, em especial as que teorizam o direito não como um conjunto de regras, ou como um enredo de práticas sociais voltadas à realização de um bem-estar coletivo, mas como uma atitude essencialmente interpretativa e não instrumental, cuja hipótese estética incorpora uma peculiar compreensão da dignidade da pessoa humana como igualdade de respeito e consideração, e como fundamento de legitimidade de toda e qualquer deliberação política.

A terceira seção sintetiza os principais aspectos e efeitos jurídicos que decorrem da aplicação do art. 1.641, II, do Código Civil, apontando qual sua verdadeira

objetividade jurídica e suas reais implicações, sob o especial enfoque do direito fundamental ao envelhecimento digno, norma que, apesar de não expressamente plasmada na literalidade no texto da Constituição, deflui-se da normatividade ampla de seu art. 230.

Feita essa avaliação, o quarto capítulo interpela o confronto entre a regra do art. 1641, II, do Código Civil e o conceito de dignidade em Ronald Dworkin, divisando, ao fim, que, apesar de estabelecer restrição injustificável, que presume o idoso como um incapaz para o exercício de direitos e escolhas, a imposição do regime de bens da separação obrigatória dispõe de lastro amplo na jurisprudência do STJ, que recentemente estendeu sua aplicação às uniões estável em geral.

O quinto e último item abriga um tópico de desfecho contendo um resumo crítico e descritivo das ideias expostas e a conclusão analítica acerca dos resultados obtidos.

2. LEVANDO A SERIO OS DIREITOS: O CONCEITO DE DIGNIDADE EM RONALD DWORKIN

A referência explicitada no título acima é uma óbvia alusão a um dos principais e mais conhecidos escritos de Ronald Dworkin. “Levando os Direitos a Sério” é uma coletânea de artigos escritos e publicados nas décadas de 1960 e 1970, época em que o autor exercia a cátedra de Teoria Geral do Direito, na Universidade de Oxford.

Logo na introdução do livro, Dworkin expõe o pressuposto essencial para a compreensão de seu empreendimento. Sua pretensão em “Levando os Direitos a Sério” é engendrar uma teoria do direito capaz de refletir os preceitos do liberalismo, e ao mesmo tempo propor uma alternativa crítica ao positivismo (no plano ontológico)¹ e ao

¹ Em sua contraposição ao positivismo, Dworkin define como “alvo” a versão teórica de Herbert Hart, para quem seria o positivismo um conjunto de regras explícitas oriundas de uma fonte formal autorizada e objetivamente determinável nas quais o direito se resume e se exaure. Dworkin, nesses termos, critica essa ideia de redução do direito a normas postas, sob o argumento de que, “quando os juristas raciocinam e debatem a respeito de direitos e obrigações, particularmente naqueles casos difíceis, nos quais nossos problemas com esses conceitos parecem mais agudos, eles recorrem a padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões” (2020, p. 36).

utilitarismo (no campo deontológico)², que ele admitia serem as teorias jurídicas que mais influenciaram sua geração³.

Nesse sentido, se o direito é uma mixagem entre positivismo e utilitarismo, então, para Dworkin, um “sério” problema se coloca em termos de compreensão do conceito de liberdade. É que, em suas cogitações, uma das premissas centrais do liberalismo é a de que os indivíduos têm direitos, e que esses direitos são independentes dos direitos que a legislação institucional lhes atribui, não estando definidos por convenção, nem determinados por uma decisão político-legislativa. Eles pressupõem essa convenção e servem de fundamento a essa determinação político-legislativa.

Ancorando em pressuposto contrário, no entanto, de que o direito se exaure no conteúdo das regras explícitas, que são criadas para proporcionar o maior número possível de bons resultados para o maior número possível de pessoas, as teorias positivista e utilitarista falham em pelo menos dois aspectos (em uma perspectiva liberal): primeiro porque, ao reduzirem o direito a um conjunto de normas postas, elas configuram uma estratégia não de proteção, mas de limitação, ou de cerceamento aos direitos⁴; segundo porque, ao considerarem que as leis boas e justas são aquelas definidas e elaboradas para realizar o que se entende por “bem-estar coletivo”, elas subvertem uma das mais essenciais funções do direito, que é a de resguardar os indivíduos do que os consensos político-majoritários definam como “interesse geral” (o utilitarismo).

2.1 A Desconstrução do Positivismo Jurídico.

² Relativamente à sua crítica ao utilitarismo como abordagem deontológica do direito, Dworkin o designa como uma estratégia de maximização do bem-estar coletivo, em razão da qual as compreensões do que seja “justo” e do que seja “desejável” consistem em proporcionar maior número de “bons resultados” para o maior número possível de pessoas (2020).

³ Os diferentes capítulos deste livro definem e defendem uma teoria liberal do direito. Não obstante isso, são profundamente críticos em relação a outra teoria, que é amplamente considerada por muitos como uma teoria liberal. Essa teoria é tão popular e influente que a chamarei de teoria dominante do direito. A teoria dominante tem duas partes e insiste na independência de cada uma delas. A primeira parte é uma teoria sobre o que é o direito [...] Esta é a teoria do positivismo jurídico, que sustenta que a verdade das proposições jurídicas consiste em fatos a respeito das regras que foram adotadas por instituições sociais específicas [...] A segunda parte é uma teoria acerca do que o direito deve ser [...] Essa é a teoria do utilitarismo, que sustenta que o direito e suas instituições deveriam estar a serviço do bem-estar geral e tão-somente isso. (2020, p. VI, VII)

⁴ Em resposta aos seus principais críticos, em especial à Ronald Dworkin, Hart acrescentou um capítulo inédito à segunda edição de sua obra *Magna “O Conceito de Direito”*, que ele próprio intitulou “pós-escrito”. Na ocasião, Hart reafirma o seu critério teórico de identificação do direito, observando que, de acordo com sua ideia central “a existência e o teor do direito podem ser determinados consultando-se as fontes sociais do direito (por exemplo a legislação, as decisões judiciais e os costumes sociais), sem referência à moral, exceto quando o próprio direito assim identificado tiver incorporado critérios morais para sua identificação (2009, p. 347).

Com base na afirmação de que a vertente teórica mais influente de sua época incorre em erros graves de perspectiva, Dworkin se lança em um histórico duelo de argumentos com aquela que ele próprio diz considerar a mais sofisticada filosofia jurídica *liberal* anglo-saxã, até então: o positivismo analítico de Herbert Hart.

De saída, Dworkin apresenta o empreendimento filosófico de Hart como uma síntese teórica de três teses objetivas: a primeira tese (tese das regras) assinala o direito como um sistema de regras formais explícitas (oriundas de uma fonte formal autorizada), por força do qual os indivíduos só possuem os direitos e só estão sujeitos às obrigações que essas regras formais explícitas lhes venham a reconhecer e atribuir (as regras formais e explícitas exaurem e esgotam a estrutura e o conteúdo do direito).

A segunda tese (tese do *teste de pedigree*) diz que as regras que estruturam e exaurem o direito podem ser identificadas – todas elas – por meio de um teste de validade e de pertinência formal, que leva em consideração exclusivamente a fonte de sua elaboração (*teste de pedigree*). Em outras palavras, para o positivismo, as regras são *boas, justas e válidas* não em razão de sua substância, mas desde que obtenham aprovação em uma análise estritamente formal de compatibilidade com suas fontes sociais autorizadas, o que, em alguma medida, remete à ideia *kelseniana* de *norma fundamental*⁵).

E a terceira e última tese (tese da discricionariedade) assevera que, nos casos concretos, se houver alguma dúvida quanto à aplicação técnico-dedutiva de uma regra formal, os juízes decidirão livremente, consoante suas escolhas e preferências. Ou seja, se as regras nas quais o direito se esgota não preconizam uma solução determinada para a causa está será decidida por discricionariedade judicial.

Após identificar as bases do pensamento de Hart, Dworkin observa, no entanto, que, em determinadas situações, os juízes não se limitam a aplicar as regras explicitamente estabelecidas. Eles recorrem a padrões normativos não contemplados nas cogitações do jurista inglês, mas que igualmente se permeiam do caráter de normas jurídicas – os chamados princípios - mesmo sem passarem ou se submeterem a nenhum teste formal de validade. Em suas palavras:

⁵ Na fórmula de Kelsen, por sua vez, “Todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma e mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa. A norma fundamental é a fonte comum de validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. O fato de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que seu último fundamento de validade é a norma fundamental desta ordem. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento de validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa” (1994, p. 217)

Minha estratégia será organizada em torno do fato de que, quando os juristas raciocinam ou debatem a respeito de direitos e obrigações jurídicos, particularmente naqueles casos difíceis nos quais nossos problemas com esses conceitos parecem mais agudos, eles recorrem a padrões que não funcionam como regras, mas que operam diferentemente, como princípios, políticas e outros padrões. Argumentarei que o positivismo é um modelo de e para um sistema de regras e que sua noção central de um único teste fundamental para o direito nos força a ignorar os papéis importantes de outros padrões que não são regras (2020, pp. 35-36).

Dworkin, portanto, infere que o direito, enquanto linguagem social, fundamenta-se não apenas em regras explícitas emanadas de fontes formais autorizadas, mas também em *princípios*, os quais malgrado não necessariamente estejam escritos na legislação, devem ser respeitados e obedecidos, sob pena de as decisões judiciais carecerem de sustentação e de aceitabilidade.

Com suporte nessa conclusão, depreende-se que, se o direito não se exaure nas normas escritas, mas também acolhe e reconhece princípios, utilizando-os como padrões morais de argumentação na resolução dos chamados *casos difíceis*, logo é insustentável a primeira tese *hartiana*, que define o direito como um sistema essencialmente formado por *regras explícitas*.

De igual forma, se os princípios integram o direito e se, por serem implícitos, não são identificáveis em um teste formal de *pedigree*, tal constatação faz *cair por terra* a segunda tese do jurista britânico, de acordo com a qual o que qualifica uma norma como *jurídica*, ou como pertencente ao direito é o fato de ela ser oriunda de uma fonte formal autorizada.

Por fim, se os princípios configuram normas jurídicas que incidem efetivamente sobre casos concretos, de modo a atribuir maior peso a certa decisão do que a outras, mesmo nas situações em que as regras não apontem uma resposta determinada ou encaminhem soluções moralmente inaceitáveis, a inserção dos princípios como elementos de composição do direito impõe o falseamento da tese positivista da discricionariedade, subtraindo do julgador a possibilidade de decidir à luz de suas escolhas e preferências.

2.2 Liberdade Revisitada. A Tese da Unidade de Valor e a Dignidade Humana como Hipótese Estética do Direito

Em sua fase teórica que se seguiu à publicação de “O Modelo de Regras”, Dworkin dedica-se à construção de uma teoria construtivista do direito. Como consequência da ideia de que os juízes decidem por princípios, os quais integram o direito,

mas preexistem às regras escritas, Dworkin conclui que, nos casos difíceis, cuja solução não esteja contida em um padrão normativo fechado e explícito, o julgador, invés de julgar conforme suas escolhas, ou inventar novos direitos, tem a responsabilidade política de descobrir quais são os direitos das partes e qual delas faz jus a ganhar a causa (DWORKIN, 2020).

Aliás, para Dworkin, o próprio ofício decisório propriamente dito só conhece uma razão de ser, só faz de fato algum sentido e só pode ser tomado como algo a sério, na medida em que “este engajamento seja voltado à busca de uma resposta correta, o que demonstra que há algo superior em uma alternativa quando relacionada com a outra” (TOVAR, 2018, p. 133).

O desafio de Dworkin, nesse contexto, será demonstrar, na esteira de tal diretiva, que caminhos os juízes devem percorrer, que critérios devem observar, e que procedimentos e comportamentos devem seguir em prol do objetivo de alcançarem respostas corretas.

Nessa jornada, aliás, Dworkin instituiu alguns de seus mais conhecidos enunciados teóricos, os quais, por não serem adequadamente compreendidos, sofrem ataques diversos e constantes, como resultado, muitas vezes, de uma assimilação equivocada ou caricatural “muito distante de uma leitura correta e honesta que qualquer autor merece” (PEDRON; OMMATI, 2020, p. 4).

Por recorrer frequentemente a metáforas para explicar e expor algumas de suas propostas, parte delas, quando tomadas ao *pé-dá-letra*, atraem distorções de muitas ordens. Sobre sua tese da única resposta correta por exemplo (que é uma alegoria crítica à discricionariedade positivista e que afirma que, para cada caso concreto, só há uma única decisão correta a ser proferida), é vista como uma pressuposição ingênua, ou como uma utopia irrealizável, que sequer serve à concatenação de uma teoria descritiva.

Já a representação do juiz Hércules ganha ares metafísicos e fantasiosos ao supostamente atribuir ao julgador características épicas e sobre-humanas, mas que não conhecem uma correspondência factível no plano concreto, ou alguma possibilidade de implementação no mundo real.

De resto - para ficar só nisso – quanto à ideia de *Romance em Cadeia* (*chain novel*) não é raro achar quem diga, em objeção, que o direito não é uma prática literária, mas política, de modo que cogitar o juiz como um romancista coautor de uma obra coletiva, além de solapar sua liberdade e sua independência, não assegura a integridade e univocidade do processo interpretativo.

Em sua obra certamente mais madura, *Justice for Headhogs* (Justiça para Ouriços), Dworkin, reforçando sua concepção teórica de direito como integridade, e sem abandonar - antes pelo contrário - a maioria de suas ideias tradicionais difundidas no últimos 50 (cinquenta) anos, reconduz seu argumento à tese da unidade de valor para sustentar, em resumo, que os preceitos éticos, jurídicos, políticos e morais compõem um sistema único e estabelecem entre si um vínculo de correlação e de interdependência (DWORKIN, 2021).

Essa abordagem, que, segundo ele, é ao mesmo tempo uma crença e uma estratégia de *bem viver*, emoldura uma discussão filosófica ampla e complexa que, em última análise, consolida a noção de igualdade como elemento integrante (e principal) do núcleo-duro do conceito de liberalismo.

Em suas instâncias, um governo só é de fato legítimo quando se mostra apto a endossar *dois princípios soberanos*: (i) tratar com *igual consideração* o destino e as pretensões de felicidade de seus governados; (ii) a dedicar *igual respeito* ao direito de qualquer pessoa de “decidir por si mesma como fazer de sua vida algo valioso” (DWORKIN, 2021, p. 5). Prossegue Dworkin, nessa direção:

As pessoas só são responsáveis quando fazem escolhas levando em conta quanto essas escolhas, feitas por elas, custam para os outros. [...] A questão da Justiça distributiva exige, portanto, uma solução para duas equações ao mesmo tempo. Temos de encontrar uma solução que respeite ambos os princípios soberanos, o da igual consideração e o da responsabilidade pessoal; e temos de fazê-lo de modo a não comprometer nenhum dos dois princípios, mas, sim, encontrando concepções atraentes de cada um deles que satisfaçam plenamente a ambos (2014, p. 6)

Sob essa perspectiva em particular, Dworkin compreende a ética como um domínio da ação humana, que define normas (dimensão normativa da ética), critérios e diretrizes acerca do que cada pessoa deve fazer para atingir suas metas e seus objetivos e obter sucesso em suas aspirações individuais de bem viver.

Não obstante, deve-se indagar em que medida cada estratégia particular de realização individual pode se harmonizar com as pretensões de liberdades alheias e igualmente legítimas. Nesse contexto e sob tal panorama o horizonte da moral se impõe como uma espécie de *virtude* política cuja principal tarefa é servir como parâmetro de conformação, ou como mediador argumentativo voltado à conjugação de múltiplas e diferentes opções individuais de felicidade.

Nesse ponto, Dworkin institui sua compreensão de dignidade humana. Ele a define como um aspecto peculiar da teoria moral cuja substância se fragmenta em três

ideias básicas: a ideia de igual respeito, que significa reconhecer como legítimas quaisquer concepções pessoais de vida boa que não frustrem projetos alheios de felicidade; a ideia de igual consideração, que consiste em atribuir a todos os indivíduos, sem distinções, o mesmo catálogo de direitos, liberdades e oportunidades; e a ideia de *não-paternalismo*, ou seja, de não se admitir ao Estado e à sociedade que imponham “uma decisão a alguém supostamente pelo bem dessa pessoa, mas em contradição com a noção que ela própria tem acerca do que lhe é bom” (DWORKIN, 2021, p. 553).

Dito isso, o sentido que Dworkin confere à expressão igualdade (de respeito e de consideração) é com efeito, um sentido legitimador de uma prática jurídico-interpretativa em permanente construção, que, de uma só vez, incorpora a dignidade humana como hipótese estética do direito, e a consolida como eixo de gravitação filosófica em torno do qual se desenvolve o aqui revistado e discutido conceito de igual-liberdade. Ou, como acentua o próprio Dworkin, é, senão, a igual-liberdade, em sua perspectiva ambivalente (*equal concern and respect*) a própria *virtude soberana* de uma comunidade de princípios (DWORKIN, 2011).

Em Dworkin, tratar alguém de modo digno, na dimensão jurídico-hermenêutica do termo, traduz uma atitude simultaneamente de engajamento e de abstenção; de engajamento porque implica admitir como válida, justa e legítima toda e qualquer opção de felicidade individual que não rivalize com opções de felicidade terceiras; e de abstenção porque impõe um não-agir coletivo, na exata medida em que nenhuma pessoa, por ação do Estado, ou da sociedade, pode ser instrumentalizada, ou submetida às opções de felicidade de outrem.

Exatamente nesse ponto o conceito dworkiano de dignidade como igualdade de respeito e de consideração (ou como concretização dos princípios da igualdade e da liberdade) opera como limitador à regulação e ao controle estatal sobre as relações de direito privado. (MUTEDO, 2017). Uma vez que tal compreensão seja efetivamente levada a sério, torna-se possível, pelo menos no plano teórico, reservar espaços jurídicos de não-intervenção legislativa com vistas ao livre desenvolvimento da personalidade.

3 O ART. 1.641, II, DO CCB E SUA INCOMPATIBILIDADE COM O CONCEITO DE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

No item anterior, sustentou-se em Ronald Dworkin a ideia não positivista de que os direitos, ao mesmo tempo em que são anteriores aos consensos político-deliberativos

da legislação posta, servem-lhe como fundamento lógico e como pressupostos morais de conformação e de validade. Nessa medida, é possível falar em direitos fundamentais que não estejam expressos em norma escrita, ou que não emanem de fontes normativas oficiais ou previamente autorizadas.

O chamado direito ao envelhecimento digno, no entanto, embora não se contenha em um dispositivo constitucional explícito – ao menos não com uma clareza que permita sua identificação em termos literais – dispõe de assento na normatividade do art. 230 da constituição de 1988, cuja dicção, com efeito, atribui ao Estado, à família e à sociedade a obrigação de respeitar a dignidade do idoso, garantindo-lhe o direito à vida e assegurando sua ampla participação na comunidade.

Tal reconhecimento, uma vez compreendido como dado essencial de um sistema de direitos fundado na autonomia privada e na liberdade de propósitos, encaminha um significado estrutural de largo alcance. Atribuir a alguém o direito de envelhecer dignamente (em uma perspectiva de dignidade como igualdade de respeito e consideração) é o mesmo que afirmar, dentre outras compreensões, que nenhuma restrição jurídica individual pode ancorar em critérios de idade, ou estabelecer a *velhice* como seu pressuposto lógico.

Ou, em outras palavras, todos os direitos reconhecidos em uma comunidade a pessoas *não-idosas*, necessariamente devem ser estendidos a *pessoas idosas*, não se admitindo o fator cronológico (ou biológico) como parâmetro válido de discriminação, ou de exclusão legítima.

Não obstante, o art. 1.641 do Código Civil de 2002, ao estabelecer o regime da separação obrigatória de bens no casos que regula, prescreve disciplina aplicável apenas aos cidadãos maiores de 70 (setenta) anos, ocasionando, no mínimo, os seguintes efeitos e desdobramentos diretos: a) subtrai dessas pessoas a possibilidade de escolherem livremente o seu regime de bens; b) desconstitui sua condição de herdeiras necessárias de seu cônjuge (ou companheiro), bloqueando sua participação efetiva em eventual sucessão legítima ou testamentária deste; e c) reduz seu poder de disposição sobre o próprio patrimônio, impedindo-as de beneficiar seu cônjuge (ou companheiro) por ato *inter vivos* em testamento, ou em razão de testamento⁶

⁶ O art. 312 do Código Civil de 1916 proibia expressamente a doação entre cônjuges casados em regime de separação obrigatória. Malgrado tal vedação não tenha sido revalidada pelo Código Civil de 2002, a doutrina majoritária entende que ela subsiste como decorrência intrínseca à própria regra do art. 1.641, II. Para quem assim sustenta, admitir contrário seria permitir um mecanismo de burla ao próprio regime imposto por lei para pessoas maiores de 70 (setenta) anos (ANDRADE, 2018).

Nesse ponto, é de relevo retomar a indagação acerca de que interesses jurídicos o legislador quis efetivamente tutelar em razão da imposição sob análise: se os interesses jurídicos do próprio idoso; ou se os interesses jurídicos de sua família, a saber, de seus dependentes e de seus eventuais ou possivelmente futuros sucessores. Dentre os que fiam na primeira tese, Zeno Veloso assinala:

Achamos, porém, que a regra protetiva - o casamento sob o regime imperativo da separação - deve ser mantida. Os amores crepusculares tornam as pessoas presas fáceis de gente esperta e velhaca, que quer enriquecer por via de um casamento de conveniência, o que na linguagem popular se conhece por "golpe do baú" (VELOSO, 2008, p. 32).

Já em meio aos que acolhem a segunda posição, enxergando a separação obrigatória como um *instrumento* realizador da especial proteção que a Constituição confere à família, Carlos Roberto Gonçalves considera que a limitação legal traduz uma prudência legislativa, eis que um matrimônio celebrado com um dos cônjuges em situação de vulnerabilidade e de acentuada carência afetiva, pode acarretar efeitos desastrosos tanto para ele próprio, “[...] numa dissolução *inter vivos* da sociedade conjugal, ou mesmo para seus filhos, numa dissolução *causa mortis* do casamento” (2013, p. 410).

Parece, de fato, que a ideia a justificar o regramento, estaria “na prevenção do popularmente denominado *golpe do baú*, isto é, na proteção da legítima dos filhos” (MUTEDO, 2018, p. 244). Tal argumento, no entanto, não se sustenta, nem ancora em juridicidade. A esse respeito “[...] se não existe herança de pessoa viva e se o patrimônio do *de cuius* só se transmite aos herdeiros com a morte, não há que se falar em preocupação com a legítima enquanto a pessoa for viva e plenamente capaz” (MUTEDO, 2018, p. 244).

Curioso é que, em que pese a regra da separação obrigatória seja assimilada e aceita como algo necessário ao atendimento de determinados escopos relacionados a um conceito socializante de dignidade, a legislação civil em vigor é paradoxalmente tolerante com certas práticas similares.

A título de exemplo, embora um idoso não possa escolher o regime de bens de seu casamento, a ele se permite, sem nenhuma objeção, alienar livremente seus bens, (ii) realizar doações (desde que não o faça em favor de seu cônjuge ou companheiro), (iii) elaborar testamento (desde que não contemple seu cônjuge ou companheiro), celebrar contratos, (iv) prestar aval e fiança, contrair e confessar dívidas, investir no mercado financeiro, exercer direitos políticos, dispor de capacidade eleitoral plena, praticar

operações de crédito e até mesmo participar de atividades empresárias e societárias como sócio ou administrador.

O que em verdade se afigura, nesses termos, é que a imposição do regime de separação obrigatória a pessoas idosas, sem que igual preocupação normativa acometa outros aspectos de sua vida civil - reflete uma cultura jurídica fundada em superstições e em estereótipos. O contorcionismo teórico presente no discurso de naturalização do art. 1.641, II do CCB, não passa de estratégia argumentativa para ocultar – conscientemente ou não – uma visão preconceituosa de mundo⁷, segundo a qual, “toda pessoa que se aproxima do idoso não o faz motivada pelo afeto, mas pelo interesse material” (LOBO, 2011, p. 297).

Nesse sentido, aliás, invocando a inconstitucionalidade da norma em questão, Ana Carolina Brochardo Teixeira e Renata de Lima Rodrigues, observam que o dispositivo configura inequívoca afronta ao princípio da isonomia “por presumir falta de discernimento em razão da idade dos consortes” (TEIXEIRA; RODRIGUES, 2010, p. 95).

Em igual direção, sustentam Paulo Netto Lôbo, para quem a separação obrigatória de bens viola o princípio da dignidade da pessoa humana, e Francisco José Cahali (atualizando a obra de Sílvio Rodrigues), cujo escólio considera descabida e injustificável a discriminação por idade em relação ao poder de escolha do regime de bens (LÔBO, 2011; RODRIGUES, 2008).

Acolhendo-se em tudo essa perspectiva, pontue-se, finalmente, que o direito à escolha do regime de bens se insere nos domínios de situações patrimoniais específicas, que pressupõem a realização plena dos direitos de personalidade (PERLINGIERI, 2008), cujo desenvolvimento livre, vale dizer, constitui direito fundamental implícito, integrante da própria estrutura normativa da dignidade da pessoa humana (GAMA; PONTES; TEIXEIRA, 2014)

Assim é que, ao optarem por este ou por aquele regime, ou mesmo ao silenciarem a respeito, submetendo-se espontaneamente à disciplina supletiva da comunhão parcial de bens, os nubentes, em última análise, estão a realizar interesses *fundamentalmente*

⁷ “A mentalidade por trás desse pensamento é a do chamado *sanism*, um preconceito irracional que causa atitudes generalizadas de racismo, sexismo, homofobia e intolerância étnica – no presente caso, etária – que pode afetar desde o legislador, passando pela jurisprudência, até os operadores do direito. Os preconceitos originados da *sanism* são amplamente tomados como verdades absolutas, são difíceis de detectar e são extremamente aceitos pela sociedade. Esse fenômeno se embasa em estereótipos, mitos, superstições e é perpetuado por apelar ao senso comum e a argumentações falhas” (MUTEDO, 2017, p. 245).

existenciais, não apenas em virtude do impacto de suas decisões para o equilíbrio da própria família, mas porque “eventual escolha errada pode se tornar, inclusive, a causa motivadora do divórcio” (TEIXEIRA; KONDER, 2012, p.15).

Sob esse enfoque, o modo como as pessoas encaminham a gestão de suas relações econômicas durante o matrimônio ou a união estável somente a elas interessa. Vale dizer, é questão restrita à esfera de sua intimidade e, portanto, infensa a qualquer espécie de controle ou de regulação pelo Estado.

Restringir a autonomia e o poder decisório dos indivíduos nesse tocante, seja para proteger seus futuros e eventuais sucessores, seja supostamente para resguardá-los de suas próprias pulsões afetivas, é transformá-los em instrumentos de um projeto de felicidade que lhes é estranho, contrariando, senão, a própria lógica do conceito de dignidade como liberdade, que fundamenta e estrutura as bases de uma democracia.

4 SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA E O OLHAR DOS TRIBUNAIS

Preteritamente, questionou-se as relações entre a dignidade do idoso e a regra do art. 1.641, II do Código Civil, que impõe o regime de separação obrigatória de bens às pessoas maiores de 70 anos que queiram casar ou constituir uma união estável. Defendeu-se que o espírito normativo nesse particular reflete um simulacro de protecionismo, que, em verdade, além de invadir espaços reservados ao exercício autodeterminação individual, serve ao recrudescimento de um discurso jurídico socializador, cujo efeito mais deletério e imediato é o de fomentar uma cultura de predomínio dos interesses patrimoniais sobre a dignidade da pessoa humana e sobre o direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade.

Essa mentalidade, no entanto, que já era e é amplamente difundida e assimilada na legislação infraconstitucional desde o Código Civil de 1916, vem sendo reiteradamente prestigiada, e de certo modo até ultimamente reforçada pela jurisprudência dos tribunais superiores, em especial, do Superior Tribunal de Justiça.

Sobre o assunto, uma rápida digressão teórica o antecede. É que, historicamente o regime de separação obrigatória entre nós cumpriu finalidade ambivalente, funcionado ora como norma-sanção, para punir quem violava os chamados *impedimentos matrimoniais relativos* (incisos XI a XVI do art. 183, Código Civil de 1916), ora como norma-remédio para proteger pessoas em situação de presumida vulnerabilidade (inciso I e III do art. 1.641 do Código Civil de 2002).

Nos casos de imposição da regra em sua versão sancionadora, o Supremo Tribunal Federal⁸ firmou entendimento no sentido de fazê-la incidir sem exceções ou ressalvas, como se viu, a propósito, no julgamento dos Recursos Extraordinários nº 24128⁹, 433295¹⁰, 76531¹¹, dentre outros.

Relativamente às demais hipóteses, incluindo os casamentos de pessoas idosas¹², a Suprema Corte (na esteira do art. 259, do Código Civil de 1916) temperou a orientação tradicional passando a autorizar a divisão dos chamados *aquestos*, com presunção de esforço comum na ausência de pacto antenupcial. À luz desse critério, encaminhou-se a criação da súmula 377, cujo enunciado se aplica até hoje sem maiores discussões, embora tenha sido editado há mais de 58 anos, sob a vigência da Constituição de 1946 e sob o plexo normativo do Código Civil revogado.

Conquanto haja inegavelmente excepcionado a obrigatoriedade do regime da separação de bens, ao menos em favor de pessoas casadas sob certas circunstâncias, o que pouco se comenta é que a tal *comunicabilidade dos aquestos*, mesmo que sob presunção de esforço comum¹³, introduziu uma nova regra de cerceamento da liberdade por meio de regulação estatal.

Assim como antes, e apesar de lançados, contudo, em um *regime* mais abrangente (e, quiçá, aparentemente mais justo), os cônjuges, em razão da súmula 377, continuaram igualmente privados da possibilidade de escolherem “o modo como pretendem regular as

⁸ Competia ao STF, nas constituições de 1946 (art. 101, III, *a e b*) e de 1967 (art. 114, III, *a e b*), julgar em Recurso Extraordinário as causas decididas em última instância por outros tribunais ou juízes quando a decisão fosse contrária à dispositivo de lei federal, ou questionasse a validade de lei federal em face da própria Constituição.

⁹ AQUESTOS NO REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATORIA DE BENS ENTRE OS CONJUGES. NÃO SE COMUNICAM. CONHECIMENTO E DESPROVIMENTO DO RECURSO. (Rel. Min. Orozimbo Nonato. Publicado em 05/08/1954)

¹⁰ REGIME DE BENS NO CASAMENTO. SE A SEPARAÇÃO E OBRIGATORIA, IMPOSTA PELA LEI COMO PENA, NÃO SE COMUNICAM OS BENS ADQUIRIDOS NA CONSTANCIA DO CASAMENTO. (Rel. Min. Luiz Gallotti. Publicado em 03/09/1959)

¹¹ CASAMENTO DE SEXAGENÁRIO. DOAÇÃO ANTE-NUPCIAL. OS EFEITOS DA OBRIGATORIA SEPARAÇÃO DE BENS NÃO PODEM SER CONTORNADOS MEDIANTE DOAÇÃO DE UM NUBENTE AO OUTRO EM ESCRITURA ESPECIAL QUE CORRESPONDA, NESSE PARTICULAR, AO PACTO ANTE-NUPCIAL PREVISTO NO ART. 312 DO CÓDIGO CIVIL. (Rel. Min. Aliomar Baleeiro. Publicado em 02/01/1974).

¹² No Código civil de 1916 o Regime de separação obrigatória se impunha aos homens maiores de 60 anos e às mulheres com idade superior a 50 anos (art. 258, II)

¹³ Em sentido oposto quanto a presunção do esforço comum: “[...] 5 - A Segunda Seção do STJ, em releitura da antiga Súmula n. 377/STF, decidiu que, “no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento, desde que comprovado o esforço comum para sua aquisição” EREsp 1.623.858/MG, Rel. Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª região), Segunda Seção, julgado em 23/05/2018, DJe 30/05/2018), ratificando anterior entendimento da Seção com relação à união estável (EREsp 1171820/PR, Rel. Ministro Raul Araújo, Segunda Seção, julgado em 26/08/2015, DJe 21/09/2015). (REsp 1.922.347/PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 07/12/2021. (grifo nosso)

relações patrimoniais e econômicas a vigorarem durante o matrimônio” (PEREIRA, 2003, p.190).

Essa tendência jurisprudencial se espalhou nos tribunais mesmo depois do advento do Código Civil de 2002, reforçando-se a crença sobre a necessidade de intervenção do Estado em determinados aspectos da vida civil, ainda que por motivações indemarcadas. Longe de chegar a um consenso acerca de qual é, exatamente, a racionalidade por trás do art. 1.641, II, sua aplicação é acolhida sem desvios, desconhecendo-se qualquer decisão, mesmo em cortes estaduais, ou em tribunais regionais federais, que o tenha afastado completamente, ainda que de modo incidental, ou por ocasião do julgamento específico de algum caso concreto¹⁴.

O que se tem visto, sim, são estratégias decisórias, em certa medida performáticas, que, antes corroboram a crítica feita no item anterior quanto à tentativa de vitaminar a regra do art. 1.641, II como instrumento de proteção da legítima, ou como meio de resguardar interesses dos futuros e eventuais sucessores da pessoa idosa.

A título de ilustração, cite-se acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação Cível nº 0019222-17.2010.8.26.0482, de Relatoria do Desembargador Paulo Alcides, julgado em 13/03/2012. Na oportunidade, a corte paulista confirmou sentença de primeiro grau que julgara válido testamento elaborado por pessoa que, após contrair casamento sob o regime da separação obrigatória, contemplou seu cônjuge com a parte disponível de sua herança sem avançar sobre a legítima.¹⁵

Sem embargo, no âmbito do STJ, a *tese* de inaplicabilidade, ou de inconstitucionalidade material do art. 1.641, II do CCB subsiste com certa força. Por lá, ainda prevalece a ideia de que o regime de bens aplicável aos septuagenários é o da separação legal de bens, reconhecendo-se tão só aos nubentes, por meio de escritura pública pré-nupcial, o direito de excluírem entre eles a comunicabilidade de eventuais aquestos.

¹⁴Exemplificativamente, em razão do julgamento da apelação cível nº 0399286-78.2009.8.26.0577, de relatoria do Des. Fábio Quadros (julgado em 09/09/2013, o Tribunal de Justiça de São Paulo, aproximando-se de afastar do art. 1.641, II, do CCB, aplicou o art. 1.790, IV do mesmo diploma para favorecer companheira de pessoa falecida que, embora tenha com ela iniciado relacionamento após os 70 anos de idade, morreu sem deixar ascendentes ou descendentes.

¹⁵ “DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE TESTAMENTO PÚBLICO. Sentença de improcedência. Inocorrência de fraude na elaboração do ato jurídico. Falecido maior de sessenta anos e plenamente capaz, que contraiu matrimônio atendendo ao disposto no art. 1.641, II, do Código Civil. Autor da herança que disponibilizou sua parte no patrimônio em favor de cônjuge, respeitada a legítima dos herdeiros necessários. Impossibilidade de tolher manifestação de vontade. Sentença mantida.”

A teor dessa posição, todavia, permanece vedado aos cônjuges maiores de 70 (setenta) anos a possibilidade de escolherem o seu próprio regime de bens, a não ser para adotar opção mais restrita que a da lei, afastando a incidência da súmula 377, do STF¹⁶.

Aliás, mesmo nesse ponto a solução jurisprudencial esbarra em uma dificuldade sistemática. Com efeito, o art. 70 da Lei de Registros Públicos (lei 6.015/73) estabelece que as escrituras antenupciais não podem ser averbadas no assento de casamento quando o regime de bens for o legal. De conseguinte, uma vez que o art. 1.641, II configura hipótese de regime de bens imposto por lei, não é incomum haver recusa à consignação do pacto¹⁷, ou mesmo declaração judicial de sua nulidade, com fundamento em violação a tal dispositivo¹⁸.

Por fim, ao revés de abrir-se à superação de tal paradigma, reconhecendo incongruência da regra art. 1.641, II do CCB em face do direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade, o STJ tem frequentemente reiterado e até expandido o discurso da separação obrigatória. Tanto assim que, em decisão recente, admitiu a aplicabilidade do dispositivo às famílias constituídas por união estável, ao pressuposto de que sua não-extensão implicaria desestímulo ao casamento, o que discreparia da própria finalidade do art. 226, § 3º, parte final da Constituição de 1988¹⁹.

Como se percebe, a visão dos tribunais, mormente do STJ, sobre a questão do regime de separação de bens na hipótese do art. 1.641, II, do CCB, ancora em presunções descabidas e retroalimenta crenças estereotipadas, como a que compreende o idoso como um indivíduo sem aptidão para fazer suas próprias escolhas e para cuidar de seus próprios interesses.

Dita percepção, contudo, demanda uma abordagem crítica, capaz de interpelar a realidade vigente e estabelecer o idoso como protagonista de um conceito de dignidade que valha para todos, sem as distinções e os preconceitos que sua especial condição costuma assimilar.

¹⁶ REsp 1.922347/PR, Rel. Min Luiz Felipe Salomão, julgado em 07/12/2021.

¹⁷ Em sentido contrário, o art. 664-A, do Provimento nº 8/2016 da Corregedoria Geral do Estado de Pernambuco: “No regime da separação legal ou obrigatória de bens, na hipótese do artigo 1641, inciso II, do Código Civil, deverá o oficial do registro civil cientificar os nubentes da possibilidade de afastamento da incidência da Súmula 377 do STF, por meio de pacto antenupcial”

¹⁸ “Pontua-se em especial, pelo disposto no art. 70, da lei 6.015/1973 [...] não raro o Ministério Público opina pelo cancelamento do pacto antenupcial lavrado ao argumento de nulidade, caindo por terra as disposições dos nubentes sobre a preservação do regime da separação total de bens.” (MUTEDO, 2017, p. 248-249).

¹⁹ § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, **devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.** (grifo nosso)

CONCLUSÃO

A proposta de identificar espaços de atividade reservados ao exercício da autonomia privada em uma democracia liberal encontra no direito das famílias uma esfera pródiga e amplamente permeável a escrutínios diversos. Como ideia central, investigou-se, a fundo, as relações entre liberdade, dignidade da pessoa humana e controle normativo, buscando, sob o recorte temático do art. 1.641, II, do Código Civil, demarcar limites privados para além dos quais a intervenção estatal seria defesa.

A hipótese de incompatibilidade do dispositivo com o catálogo de direitos fundamentais que atende à pessoa do idoso foi aqui presentemente testada em três perspectivas, encaminhando-se à conclusão que ora se acolhe e se expõe.

Na primeira, divisou-se a aproximação de um conceito de dignidade da pessoa humana à luz das cogitações de Ronald Dworkin, trabalhando-se, na esteira de suas refutações teóricas às compreensões do positivismo e do utilitarismo, a ideia de que os direitos fundamentais não apenas antecedem as normas postas, como as pressupõem e as fundamentam. Nesse ponto, abordou-se a dignidade como hipótese estética do direito, definindo-a, em termos de uma democracia liberal, como igualdade de respeito e de consideração.

Após ancorar em tais pressupostos, indagou-se se a limitação decorrente do art. 1.641, II do Código Civil de 2002 é, de algum modo, conciliável com o sistema de proteção das liberdades plasmado na Constituição de 1988. Em resposta, obteve-se que, impor o regime da separação obrigatória de bens às pessoas maiores de setenta anos que queiram se casar equivale a trata-las de forma indigna, cerceando, em certo aspecto, seu direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade. Por conseguinte, ao positivar essa restrição, o legislador civilista excedeu às arestas de seu poder de regulação, solapando uma esfera que, em essência, é privativa à deliberação individual.

Em terceiro nível, questionou-se a evolução do temas na dimensão jurisprudencial, observando-se que, não obstante o esforço crítico empreendido na direção de resgatar a liberdade e autonomia das pessoas idosas no que tange às suas escolhas e ao exercício de seus interesses existenciais, os tribunais brasileiros, em especial o STJ, conquanto sob algumas ressalvas, mantém firme posição no sentido de prestigiar a incidência do art. 1.641, II do Código Civil atual, reconhecendo sua aplicabilidade inclusive às famílias constituídas por união estável.

REFERÊNCIAS

DWORKIN, Ronald. **A Virtude Soberana: teoria e prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2011

_____. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2020.

_____. **A Raposa e o Porco-espinho: Justiça e Valor**. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2021.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira; PONTES, João Gabriel Madeira; TEIXEIRA, Pedro Henrique da Costa. O direito civil-constitucional e o livre desenvolvimento da personalidade do idoso: o dilema de Lear. **Revista Brasileira de Direito Civil**. v. 1. jul/set. 2014

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: contratos e atos unilaterais**. São Paulo: Saraiva, 2013.

HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOBO, Paulo Netto Luiz. **Direito Civil: Família**. 4ed. São Paulo: Saraiva, 2011

MUTEDO, Renata Vilela. **Liberdade e Família: Limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais**. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

PEDRON, Flavio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar. **Teoria do direito contemporânea: uma análise das teorias jurídicas de Robert Alexy, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas, Klaus Günther e Robert Brandon**. 2ed. Belo Horizonte: Conhecimento, 2020.

PERLINGIERI, Piero. A doutrina do direito civil na legalidade constitucional. *In*: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 01-11.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: direito de família**. 28 ed. In CAHALI, Francisco José (atualizador). São Paulo: Saraiva, v. 6, 2008.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochardo; RODRIGUES, Renata de Lima. **O direito de família entre a norma e a realidade**. São Paulo: Atlas, 2010.

TOVAR, Leonardo Zehuri. **Teoria do direito e decisão judicial: elementos para a compreensão de uma resposta adequada**. Salvador: Juspodvim, 2018.

VELOSO, Zeno. **Regime matrimonial de bens.** Disponível em: <
<https://www.direitodefamilia.adv.br/2020/wp-content/uploads/2020/07/zeno-veloso-regime-matrimon.pdf>> Acesso em 09/12/2022.