

MBD
Nº 70002243046
2001/CIVEL



AÇÃO DECLARATÓRIA.

**De todo descabido, por meio de ação de carga eficaz
meramente declaratória, buscar a decretação da
nulidade do regime matrimonial constante no assento
de casamento.**

REGIME DE BENS.

**Não vigora a restrição imposta no inciso II do art. 258
do CC, ante o atual sistema jurídico que tutela a
dignidade da pessoa humana como cânone maior da
Constituição Federal, revelando-se de todo descabida a
presunção de incapacidade por implemento de idade.**

Apelação provida.

APELAÇÃO CÍVEL

SÉTIMA CÂMARA CÍVEL

Nº 70002243046

ROSÁRIO DO SUL

A.M.M.

APELANTE

ESPÓLIO DE A.A.M.,
representado por seu inventariante,
C.I.M.

APELADO

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, prover o apelo.

Custas, na forma da lei.

Participaram do julgamento, além da signatária, os eminentes Senhores Desembargadores Luiz Felipe Brasil Santos e Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves.

Porto Alegre, 11 de abril de 2001.

DESª MARIA BERENICE DIAS,

Relatora-Presidente.

MBD
Nº 70002243046
2001/CIVEL



RELATÓRIO

DESª MARIA BERENICE DIAS (RELATORA-PRESIDENTE) –

O ESPÓLIO DE A.A.M., representado por seu inventariante, C.I.M., propôs ação declaratória contra A.M.M., buscando a declaração da nulidade do regime de bens adotado quando do casamento do falecido com a ré. Alega que, contando ele 63 anos e ela 56 anos ao casarem, o regime de bens a adotar era obrigatoriamente o da separação, por força do art. 258, parágrafo único, II, do CC, e não o da comunhão parcial, como constou da certidão de casamento.

A requerida ofereceu contestação (fls. 21/25) argüindo, preliminarmente, a carência de ação por impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que a via procedimental utilizada não se presta ao fim pretendido pelo autor. No mérito, alega que, antes do casamento, já mantinha uma relação concubinária com o *de cujus*, o que legitima o regime de bens adotado. Requer o benefício da assistência judiciária gratuita.

Houve réplica (fls. 29/30).

Foi concedida à ré a gratuidade judiciária (fl. 31).

Instadas as partes a se manifestar sobre as provas que pretendiam produzir (fl. 35), declarou a ré não possuir outras provas a produzir (fl. 36).

O Ministério Público opinou pela rejeição da preliminar suscitada pela ré e pela procedência da ação (fls. 38/41).

Sobreveio sentença (fls. 44/48), que julgou procedente a ação, para decretar a nulidade do regime matrimonial de bens adotado, declarando que o regime que deverá constar na certidão de casamento é o regime da separação de bens. Condenou, ainda, a ré ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 3 URHs, restando suspensa a sua exigibilidade por litigar a parte sob o pálio da justiça.

Irresignada, a requerida apela (fls. 51/54) repisando a prefacial invocada no sentido de que a via declaratória não se presta a tornar sem efeito o regime matrimonial de bens adotado pelas partes.

O apelado ofertou contra-razões (fls. 57/58).

O Ministério Público manifestou-se pelo desprovimento do recurso (fls. 60/61), com o que subiram os autos a esta Corte.

MBD
Nº 70002243046
2001/CIVEL



A Procuradoria de Justiça, com vista, opinou pelo desprovimento do apelo (fls. 63/65).

É o relatório.

VOTO

DES^a MARIA BERENICE DIAS (RELATORA-PRESIDENTE) –

Por dupla motivação o recurso merece provido.

A primeira diz com a espécie de demanda intentada pela parte. Nominando a ação como “declaratória”, restou, ao final, o espólio autor *ver declarada por sentença a nulidade do regime de bens constante da certidão de casamento*.

De nítida incongruência se reveste a pretensão, pois pela via declaratória é buscada a alteração do regime de bens adotado no ato do casamento do *de cujus* com a ré. Ainda que seja inquestionável o direito ao uso da via judicial com o só fito de buscar a certeza jurídica sobre qualquer situação que possa gerar eventual dissenso, não se alberga no seu espectro eficaz a possibilidade de a sentença gerar qualquer alteração no mundo jurídico, que, ao fim e ao cabo, foi o que ocorreu *in casu*. Pediu a parte, e deferiu a juíza, a alteração do regime de bens, consignado no documento certificador das núpcias contraídas.

De qualquer forma - e isso, por si, poderia levar à procedência do recurso - a descabida alteração perseguida por equivocada via procedimental não pode gerar, como quer a apelante, a simples extinção do processo, proclamando-se a impossibilidade jurídica do pedido. É que se reveste de significado maior do que o *nomem juris* da ação o que é buscado pelo autor, devendo atentar-se mais ao pedido formulado para a outorga da prestação jurisdicional, sob pena de consagrar-se um injustificável apego ao formalismo.

Assim, ainda que equivocada a tipificação da demanda, mas de forma clara tendo indicado a inicial a pretensão da parte, nada justifica ceifar-se o direito a uma resposta com a apreciação do pedido da maneira como foi formulado.

Portanto, não há motivo para que seja desconstituída a ação, que merece ser apreciada, ainda que seja para ser desacolhida.

MBD
Nº 70002243046
2001/CIVEL



Toda a controvérsia cinge-se ao regime de bens do casamento do inventariado com a ré, pois o mesmo foi celebrado quando contava ele 63 anos de idade e ela 56 anos.

Escudando-se no disposto no inciso II do art. 258 do CC, quer o espólio ver reconhecido que, ainda que tenha constado da certidão de casamento que o regime de bens era o da comunhão parcial de bens (fl. 08), tal disposição deve ser tida por não escrita, devendo vigorar o regime de separação imposto por determinação legal.

Tenho que a matéria recebeu uma abordagem exemplar no voto do ilustre Des. Cezar Peluso, quando do julgamento da AC 007.512-4/2-00, pela Segunda Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em 18.8.1998. Não há como deixar de apontar dito julgamento, que se encontra publicado no Revista Brasileira de Direito de Família do IBDFam, vol. 1, p. 98, como um *leading case*.

De forma absolutamente precisa, coerente e corajosa, o eminente Relator evidencia que a sociedade atual não mais pode ser regida por regra editada em uma época em que autêntica ficção jurídico-normativa restringia a capacidade jurídica das pessoas - mas isso, tão-só, para o casamento. A presunção de que o afeto é uma prerrogativa para os jovens, e que ninguém depois de uma certa idade – os homens a partir dos 60 anos e as mulheres após os 50 – pode ser amado, sendo-lhe subtraído o direito de dispor de seu próprio patrimônio quando age movido pelo amor, é de todo injustificada.

Assim, cabe tão-só transcrever o referido voto, que merece ser integralmente adotado como razões de decidir:

“(...) o disposto no art. 258, parágrafo único, II, do Código Civil, refletindo concepções apenas inteligíveis no quadro de referências sociais doutra época, não foi recepcionado, quando menos, pela atual Constituição da República, e, portanto, já não vigendo, não incide nos fatos da causa.

É que seu sentido emergente, o de que varão sexagenário e mulher quinquagenária não têm liberdade jurídica para dispor acerca do patrimônio mediante escolha do regime matrimonial de bens, descansa num pressuposto extrajurídico óbvio, de todo em todo incompatível com as representações dominantes da pessoa humana e com as conseqüentes exigências éticas de respeito à sua dignidade, à medida que, por via de autêntica ficção jurídico-normativa, os reputa a ambos, homem e mulher, na situação típica de matrimônio, com base em critério



arbitrário e indução falsa, absolutamente incapazes para definirem relações patrimoniais do seu estado de família.

*A ratio legis, que uníssonas lhe reconhecem a doutrina e a jurisprudência, vem do receio político, talvez compreensível nos curtos horizontes culturais da sociedade arcaica dos séculos anteriores, de que, pela força mecânica e necessária de certo número de anos, estipulado, sem nenhum suporte científico, nem fundamentação empírica, de maneira diversa para cada sexo, assim o homem, como a mulher, posto que em idades diferentes, já não estariam aptos para, nas relações amorosas, discernir seus interesses materiais e resistir à cupidez inevitável do consorte. 'Estas pessoas', dizia-se outrora e repete-se hoje sem preocupação crítica, 'já passaram da idade, em que o casamento se realiza por impulso afetivo' (CLOVIS, *op.cit.*, p. 132, obs. 6), de modo que a proibição de que um alienasse bens a outro, ainda quando por efeito jurídico direto de regime legal adotado com entendimento lúcido e ânimo resoluto, apareceria como 'invento eficaz para neutralizar a influência desmoralizadora que a cobiça podia exercer no seio do casamento e ao mesmo tempo impedir que, obcecado pela força do amor, um dos cônjuges não se empobrecesse em benefício do outro' (LAFAYETTE, 'Direitos de família', RJ, ed. Virgílio Maia & Comp., 1918, p. 211, § 97).*

Noutras palavras, decretou-se, convocação de verdade legal perene, embora em assunto restrito, mas não menos importante ao destino responsável das ações humanas, a incapacidade absoluta de quem se achasse, em certa idade, na situação de cônjuge, por deficiência mental presumida iuris et de iure contra a natureza dos fatos sociais e a inviolabilidade da pessoa.

Essa regra anacrônica e caprichosa argúi a consciência jurídica contemporânea, a qual não pode tolerar a consagração nomológica de um preconceito injurioso e rebarbativo, mal dissimulado sob a aparência de presunção legal absoluta, que, não correspondendo à verdade dos fatos originários nem comportando justificação autônoma, assume os contornos de ficção ilegítima, suscetível de invalidação judicial.

Reduzir, com pretensão de valor irrefutável e aplicação geral, homens e mulheres, considerados no ápice teórico 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 sociológico na noção da capacidade jurídica.

É, nesse aspecto, absurda como tese, embora possa não sê-lo como hipótese marginal, irrelevante às indagações do discurso normativo, a suposição de que não saberia, hoje, uma mulher rica ou remediada, com a experiência dos cinquenta anos e na posse de todas as faculdades mentais, esquivar as trapaças de um casamento ditado por mero interesse econômico. Coisa enorme fora essa, que o amor obscurecesse toda as mulheres de meia-idade e as inabilitasse para governar sua fazenda e dirigir-se a si próprias! 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 do casamento, atinge o cerne mesmo da 'dignidade' da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República (art. 1º, 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 grosseira de paternalismo insultuoso, todo o peso de uma intromissão estatal indevida em matéria que respeita, fundamentalmente, à consciência, intimidade e autonomia do cônjuge.

E aqui, para agravo da classificação jurídica que, como toda legislação, opera, distinguindo entre categorias de cônjuges, fundado em critérios factuais aleatórios, o velho art. 258, parágrafo único, II, do Código Civil, perpetra discriminação não menos desarrazoada e injusta, porque não há norma nem princípio jurídico que impeça a alguém, em razão de idade avançada e de envolvimento afetivo, doar bens ao parceiro, antes ou durante o concubinato, e sequer no decurso de relacionamento efêmero que reúna todos os ingredientes de uma aventura amorosa. Tampouco estão os mais jovens imunes aos riscos patrimoniais da ilusão e da farsa.

Por que é, pois, sob pretexto de vulnerabilidade psíquica, subentendida como doença peculiar da instituição matrimonial haveriam de ser tolhidos na mais nobre das manifestações humanas, que é o exercício da generosidade e da justiça, apenas os cônjuges – os quais não raro têm largas razões para compartilhar e repartir -, por conta de injunção normativa, esta, sim decrépita, e cuja menor extravagância está em desestimular, por reação legítima em resguarda da autonomia ética e



da liberdade jurídica, que relações não matrimoniais se convertam em casamento? E atentado considerável à estabilidade do ordenamento jurídico é já o descrédito notório, que, provocado pela inconveniência dessa conversão, capaz de satisfazer anseios genuínos e evitar incertezas danosas à ordem social levaria, ou vem levando, à 'desuetudo' dos casamentos tardios. Nessa moldura, percebe-se, logo, que o comando legal não encerra uma classificação normativa razoável e, como tal, viola a um só tempo as regras constitucionais do justo processo da lei (art. 5º, LIV, da Constituição Federal), tomado na acepção substantiva (substantive due process of law), e da igualdade (art. 5º, I), à medida que convergem ambas para, limitando a discricionariedade da produção normativa, manter o cidadão a salvo de leis arbitrárias e discriminatórias, a que, por definição, falta utilidade social e sobeja invasão das esferas das autonomias individuais.

Lei que, como o propósito racional de guardar o patrimônio de algumas pessoas contra as fraquezas da submissão amorosa, priva-as a todas de exercitarem a liberdade jurídica de dispor sobre seus bens e de pautarem suas ações por razões íntimas, ressentem-se de nexos de proporção entre o objetivo legítimo, que está na tutela dos casos particulares de debilidade senil, e o resultado prático exorbitante, que é, no fundo, a incapacitação da ampla classe das pessoas válidas na mesma faixa etária. Ou seja, inabilita e deprecia quase todos, por salvar uns poucos, que, aliás, têm outros meios jurídicos para se redimir dos enganos das paixões crepusculares.

'O precdito normativo, nesse caso, soa irrazoável, irracional e por certo injusto, eis que em nada auxilia para a consecução de finalidades legislativas constitucionalmente válidas. Ao revés, a diferenciação jurídica carece de motivação idônea, restando sem alicerce de fundamentação capaz de autorizar o descime legislativo...', até, 'pelo fato de incluir... em seu raio distintivo um número demasiado... de pessoas sujeitas ao comando legislativo, fazendo com que, de um modo ou de outro, o traçado de clientela da regra classificatória torne-se injusto e, por isso, questionável quanto à sua constitucionalidade' (CARLOS ROBERTO DE SIQUIERA CASTRO, 'O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova constituição do Brasil', RJ, forense, 2ª ed., 1989, p. 164).

E, quando tal injustiça é concretizada, no plano técnico normativo, por meio de ficção violenta, identificada sob uma presunção absoluta (irrebuttable presumption) sem correspondência significativa com as relações sociais, como é a de que, acima dos cinquenta anos, as pessoas



em geral se tornem de algum modo mentecaptas, então a lei 'creates an irrational classification in violation of the equal protection component of the Due Process Clause', consoante já se decidiu alhures (US Dept. of Agriculture v. Moreno, 413 U.S. 533 (1973), apud LAURENCE H. TRIBE, 'American Constitutional Law', Mineola, NY, The Foundation Press, 2ª ed., 1988, p. 762, § 10-19). A irrebutable presumption doctrine tem servido, aliás, de fundamento formal para invalidação de normas que introduzam presunções arbitráias de incapacidade jurídica, relativa ao exercício de certos direitos, como sucedeu no caso 'Turner v. Dept. of Employment Sec.' (423 U.S. 44,965 (1975)), de cuja decisão tomada per curiam se vê que: 'The presumption of incapacity and unavailability for employment was found to be virtually identical to the presumption invalidated in Lafleur. In both these cases, the provisions were invalidated not because they were a denial of equal protection but because they constituted 'irrebutable presumptions'(NOWAK e ROTUNDA, "Constitutional Law", St. Paul, Minn. West Publishing Co. 5ª ed., 1995, p. 791) mas, pressuposto que toda norma jurídica envolve sempre classificação de alguma espécie, a cláusula constitucional da igualdade já exige, em si, que 'qualquer classificação de "pessoas" seja razoavelmente relevante para os propósitos reconhecidos do bom governo' (CORWIN, 'A Constituição Norte-Americana e Seu Significado Atual', RJ, Jorge Zahar Ed., 1986, p. 322).

O alcance irracional e injusto da mesma norma vulnera ainda princípios constitucionais, até com gravidade maior, sob outro ponto de vista, que é o da mutilação da 'dignidade' da pessoa humana em situação jurídica de casamento, porque, desconsiderando-lhe, de modo absoluto e sem nenhum apoio na observação da realidade humana, o poder de autodeterminação, sacrifica, em nome de interesses sociais limitados e subalternos, o direito fundamental do cônjuge de decidir quanto à sorte de seu patrimônio disponível, que, não ofendendo direito subjetivo alheio nem a função social da propriedade, é tema pertinente ao reduto inviolável de sua consciência. É muito curta a razão normativa para invasão tamanha.

A lei, aqui, é modo exemplar de intrusão estatal lesiva do direito à intimidade (right of privacy, ou como se usa dizer, direito à privacidade), enquanto dimensão substancial da pessoa humana e objeto de tutela constitucional explícita (art. 5, X, da Constituição da República) e implícita (art. 5º, LIV). Agasalhando o direito à intimidade nas emanções da garantia do substantive due process of law observou a Suprema Corte norte-americana, pelo voto do Justice BRENNAN, em exegese aplicável entre nós: 'Yet the marital couple is not an

MBD
Nº 70002243046
2001/CIVEL



independent entity with a mind and heart of its own, but an association of two individual each with a separate intellectual and emotional make-up. If the right of privacy means anything, it the right of individual, married or single, to be free from unwarranted governmental intrusion into manners so fundamentally affecting a person' (*Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972), apud *GERALD GUNTHER*, "CONSTITUTIONAL LAW", Westbury, NY, The Foundation Press, 12^a ed., 1991, p. 504).

São estas todas razões mais que bastantes por negar vigor ao art. 258, parágrafo único, II, do Código Civil, em especial na sua imodesta conseqüência de proibir alienações, gratuitas ou onerosas, entre os cônjuges."

Por tais fundamentos, dou provimento ao apelo para julgar improcedente a ação, invertendo-se os encargos processuais.

DES. LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS – Peço Vista.

DES. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES – Aguardo.

V I S T A

DES. LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS – Acompanho a Relatora.

DES. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES –

Embora sedutora a tese da eminente Relatora, com ela não me comprometo. No entanto, dadas as peculiaridades do caso concreto, estou também provendo o recurso, já que havia, entre a apelante e o *de cujus*, convivência marital anterior ao casamento.

DES^a MARIA BERENICE DIAS – PRESIDENTE – APELAÇÃO CÍVEL nº 70002243046, de ROSÁRIO DO SUL.

“PROVERAM. UNÂNIME.”

Decisor(a) de 1º Grau: Miroslava do Carmo Mendonça.