

Revista SÍNTESE

Direito de Família

144 – Jun-Jul/2024

Conselho Editorial

Adriane Medianeira Toaldo
Álvaro Villaça Azevedo
Daniel Ustároz
Euclides de Oliveira
José Roberto Neves Amorim
Priscila M. P. Correa da Fonseca
Sergio Matheus Garcez
Sergio Resende de Barros

Síntese

uma marca do GRUPO IOB

Normas Editoriais para Envio de Artigos	7
--	----------

Assunto Especial

CASAMENTO – MAIORES DE 70 ANOS

DOCTRINAS

1. Fundamentos e Natureza Jurídica do Casamento e Sua Incompatibilidade com a Imposição do Regime da Separação Obrigatória de Bens para os Maiores de 70 Anos
Ives Gandra da Silva Martins, Rogério Vidal Gandra da Silva Martins e Roberta de Amorim Dutra 9
2. O Entendimento do STF Quanto ao Regime de Bens Envolvendo os Casamentos ou Uniões Estáveis com Pessoa Maior de 70 Anos
Rogério Tadeu Romano..... 30

Parte Geral

DOCTRINAS

1. Alienação Parental de Pessoa Idosa
João Gabriel Fraga de Oliveira Faria 35
2. Reforma do Código Civil: Família e Sucessões em Evidência
José Silvano Garcia Junior 39
3. Divórcio Unilateral – Nova Modalidade de Divórcio no Anteprojeto do Novo Código Civil
Cristiane Aparecida Marion Barbuglio..... 42
4. Testamento Vital – O Direito à Manutenção da Dignidade e Autonomia da Vontade no Momento de Morrer
Mirella Melo 44
5. Do Império à Era Digital: a Reforma do CC/2002 à Luz das Transformações Sociais e Tecnológicas
Tharlen Nascimento e Jeorginy Rocha 50
6. ITCMD Não Deve Ser Cobrado em Doações ou Heranças de Pessoa Residente no Exterior
Marina Baleroni 56

JURISPRUDÊNCIA

ACÓRDÃOS NA ÍNTEGRA

1. Supremo Tribunal Federal 59

Fundamentos e Natureza Jurídica do Casamento e Sua Incompatibilidade com a Imposição do Regime da Separação Obrigatória de Bens para os Maiores de 70 Anos

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

Sócio Fundador da Advocacia Gandra Martins, Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFMU, CIEE/SP, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército (Eceme), Superior de Guerra – ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martín de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia), Doutor *Honoris Causa* das Universidades de Craiova (Romênia), da PUC do Paraná e da PUC do Rio Grande do Sul, Catedrático da Universidade do Minho (Portugal), Presidente do Conselho Superior de Direito da Fecomércio/SP.

ROGÉRIO VIDAL GANDRA DA SILVA MARTINS

Advogado, Sócio da Advocacia Gandra Martins, Especialista em Direito Tributário, Juiz do TIT/SP, Conselheiro do Conselho Superior de Direito da Fecomércio/SP, Membro da Comissão de Direito Tributário da OAB/SP.

ROBERTA DE AMORIM DUTRA

Advogada, integrante da Advocacia Gandra Martins, Mestre em Direito Processual Constitucional Tributário pela PUC/SP, Especialista em Direito Tributário pela USP, Membro da Comissão de Direito Tributário da OAB/SP.

Atualmente, a sociedade moderna reconhece as mais diversas formas de famílias, levando em consideração o princípio constitucional da pluralidade de arranjos familiares, podendo-se citar não somente as famílias matrimonializadas, mas, também, as informais, monoparentais, reconstituídas, homoafetivas, multiparentais, entre outras, já reconhecidas pelo sistema jurídico nacional.

Analisaremos, neste artigo, a compatibilidade do art. 1.641, II, do Código Civil, destacado *supra*, com a Constituição Federal de 1988.

Ao longo de toda a sua evolução, o conceito de Estado Constitucional de Direito evoluiu até o constitucionalismo contemporâneo, no

qual encontramos o Estado Constitucional, como norteador de todas as condutas.

Portanto, a atividade estatal sempre será pautada pelos limites delineados no Texto Constitucional¹.

A norma constitucional encontra-se no ápice da pirâmide jurídica. A pirâmide jurídica, por sua vez, corresponde à representação figurada do sistema normativo, construída por Hans Kelsen. Referida pirâmide é formada pelo escalonamento de normas que encontram fundamento de validade na norma considerada de hierarquia superior. Assim, por exemplo, o decreto tem fundamento de validade na lei, e essa se firma na Constituição.

Por outro lado, as normas subordinadas para serem válidas devem harmonizar-se, necessariamente, com as normas superiores. Norma inválida equipara-se à norma inexistente e, portanto, não produz efeitos de direito.

As Constituições posicionam-se no alto da pirâmide jurídica. As Constituições rígidas, tal qual a brasileira, são o fundamento último de validade da legislação infraconstitucional. Todas as Constituições, por sua vez, constituem o fundamento de validade para si próprias, pois representam a soberania do Estado do qual emanaram. Diante dessa hierarquia, o intérprete possui meios para dirimir conflitos internos de normas.

A Constituição deve ser, rigorosamente, obedecida por todos, pessoas físicas, jurídicas, de direito público, de direito privado e até pelo Estado. Deve-lhe obediência, principalmente, o legislador infraconstitucional. Esse é o fundamento para a afirmação de que a Constituição é a lei fundamental do Estado.

Gomes Canotilho fundamenta a superioridade constitucional nas seguintes premissas: (a) autoprímazia normativa; (b) as normas constitucionais são fontes de produção jurídica (“norma *normarum*”); e (c) todos

1 Nesse sentido, destacamos as lições de Elizabeth Nazar Carrazza, que elucida bem a questão ao afirmar: “O interesse comum da sociedade organizada – em oposição aos interesses egoísticos associados ao ‘estado de natureza’ – induz a composição de um Estado. Não um Estado Absoluto, todavia, onde o povo se torna destinatário passivo de imperativos do soberano, mas um Estado de Direito – onde o poder do príncipe sofre limitações jurídicas – no qual suas próprias normas, enquanto manifestações institucionalizadas da vontade popular, definem positiva e negativamente o âmbito territorial da normatividade” (*IPU e progressividade*, p. 27-28).

os atos dos poderes políticos devem obediência ao princípio da conformidade com a Constituição.

No Brasil, exige-se não só que as normas infraconstitucionais estejam em conformidade com a Constituição Federal, bem como que o Poder Legislativo não se omita na aplicação das normas constitucionais, quando a carta assim o exigir. Essa conclusão decorre da letra do art. 103, § 2º, da CF, que prevê o cabimento de ação direta de inconstitucionalidade por omissão².

O sistema jurídico compreende os sistemas de direito público e de direito privado, que se subdividem em outros, erradicando-se do Texto Supremo.

Em nosso País, a Constituição Federal é o ponto de partida para se estudar o sistema de legislação nacional como um todo.

Importante se faz destacar, inicialmente, que, após o advento da Constituição Federal de 1988, o direito civil passou a ser norteado pelos princípios da dignidade da pessoa humana.

Considerando que o direito de família, mais que qualquer outro ramo do nosso ordenamento, é o que mais reflete as mudanças de nossa sociedade e, nesse sentido, cumpre salientar que o Texto Constitucional prevê a igualdade e a dignidade da pessoa humana, considerando tais princípios como normas de autodeterminação e escolha.

Em regra, o Estado não intervém nas relações entre particulares, isso fica a cargo, apenas, do direito público. Mas como a família é base da sociedade e tem um papel essencial previsto pela Carta Magna, há momentos em que o Estado deve intervir para preservá-la e fortalecê-la, como bem afirma o art. 226 da CF. Não obstante essa previsão, o Estado não pode interferir nas relações privadas, tampouco no direito de família e sucessões, de tal modo que o transforme em um ramo do direito público.

Daí se constata que o direito civil não pode mais ser visto somente sob o enfoque patrimonialista, pois o princípio da afetividade e os direi-

2 Eis o texto constitucional: "Art. 103. [Omissis]. § 3º Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade por omissão de medida pra tornar efetiva norma constituc onal, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias".

tos existenciais têm importante função na interpretação e aplicação das normas no Direito brasileiro, e, apesar de ter sido publicado em 2002, o projeto do Código Civil foi redigido em meados de 1975, ou seja, há quase 50 anos.

Desse modo, tendo a vigência se dado após a Constituição Federal, não há que falar em recepção do Código Civil, mas as suas normas podem e devem sofrer análises de constitucionalidade e inconstitucionalidade para se aferir a compatibilidade delas com o ordenamento jurídico brasileiro.

Dworkin³ sustenta que há dois princípios de integridade política, um legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar moralmente coerente o conjunto de leis, e um jurisdicional, que demanda que a lei seja vista como coerente nesse sentido, principalmente, com as determinações contidas no Texto Supremo.

E, assim sendo, de acordo com o referido autor, o direito como integridade pressupõe as proposições jurídicas como verdadeiras se derivam dos princípios de equidade, justiça e devido processo legal que oferecem melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade.

Após 35 anos da promulgação da Constituição Federal, que procurou consolidar uma democracia política, econômica e social, para instituir um “Estado Democrático de Direito”, importante se faz destacar a importância dos princípios para efeitos de direito de família e seus efeitos sucessórios.

Esse modelo de Estado representa muito mais que um Estado de Direito voltado para a legalidade, mas um Estado Democrático de Direito voltado, para a defesa dos direitos sociais e garantias individuais.

O princípio da dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e se encontra insculpido no art. 1º, III, da CF.

Em decorrência de tal princípio e da maior relevância para a sociedade, foram assegurados direitos e garantias individuais, estabelecidos pelo art. 5º da nossa Lei Maior.

3 DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

Rafael Gómes Pérez⁴ aduz que os direitos fundamentais decorrem da dignidade da natureza humana, são aqueles que nascem com cada homem. Posição, por sua vez, lastreada por uma visão religiosa, a de que o homem foi criado por Deus, a sua imagem e semelhança. A dignidade da pessoa advém dessa concepção, e essa seria, também, a origem dos direitos fundamentais.

Considerando que os direitos fundamentais derivam da própria natureza humana, que, por ser singularíssima, confere ao homem dignidade ímpar. Foi a posição adotada pelo Constituinte de 1988, que consagrou, como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito brasileiro, a “dignidade da pessoa humana” no art. 1º, III, da CF.

Podemos afirmar, assim, que são direitos fundamentais, na Constituição de 1988, aqueles que, direta ou mesmo indiretamente, derivam do princípio da dignidade da pessoa.

É a primeira vez que uma Constituição brasileira consagra, de forma expressa, o princípio da dignidade da pessoa, e este assume, no ordenamento atual, a condição de princípio normativo fundamental⁵.

Assim, a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que compreende o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem desde o direito à vida.

Nesse sentido é que se deve analisar a redação do art. 1.641, II, do CC, que determina a imposição do regime da separação obrigatória de bens para os maiores de 70 anos.

Assim dispõe a referida norma:

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

[...]

4 La filosofía del Derecho de Norberto Bobbio. Cómo hablar de los derechos humanos sin fundamentarlos. *Boletim Acepresa*, Madrid: Adosa, Servicio 1157/91, 1991.

5 J. J. Canotilho e Vidal Moreira, a propósito, escrevem: “Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, o conceito de *dignidade da pessoa humana* obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo – constitucional e não uma qualquer idéia apriorística do homem, não podem reduzir-se o sentido de dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir teoria do núcleo de personalidade individual ignorando-a quando se trate de direitos econômicos, sociais e culturais” (*Constituição e República portuguesa anotada*. 2. ed. Coimbra, v. I, 1984. p. 70).

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

[...].

Podemos tratar como regime de bens como o instituto que determina se haverá a comunicação ou não dos bens do casal após a realização do casamento. O que vale dizer, será por meio dele que se determinará qual é o patrimônio anterior e posterior ao casamento e, ainda, como se dará a administração dos bens após a união do casal.

Essa tutela constitucional da dignidade da pessoa humana e a sua densidade valorativa resultam na prescrição de que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos a existência digna (art. 170), a ordem social visará à realização da justiça social (art. 193), à educação, ao desenvolvimento da pessoa e ao seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205), etc., e não como meros enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana.

José Afonso da Silva descreve o princípio da dignidade da natureza humana da seguinte forma:

Não basta porém, a liberdade formalmente reconhecida, pois a dignidade da pessoa humana reclama *condições mínimas de existência*, existência digna conforme os ditames da justiça social como fim da ordem econômica. É de se lembrar que constitui um desrespeito à dignidade da pessoa humana um sistema de profundas desigualdades, uma ordem econômica em que inumeráveis homens e mulheres são torturados pela fome, inúmeras crianças vivem na inanição, a ponto de milhares delas morrerem em tenra idade. Não é concebível uma vida com dignidade entre a fome, a miséria e a incultura. A liberdade humana com frequência se debilita quando o homem cai na extrema necessidade, pois a igualdade e dignidade da pessoa exigem que se chegue a uma situação social mais humana e mais justa. (*Comentário contextual à Constituição*. Malheiros, 2005. p. 38/39)

Concluimos, portanto, todas as pessoas são iguais em dignidade. Além do mais, a dignidade da pessoa humana é irrenunciável e inalienável, pois constitui característica intrínseca ao ser humano.

Isso porque a dignidade da pessoa não é criada, concedida ou retirada pelo direito, mas apenas reconhecida e amparada. Assim, mes-

mo sem a previsão expressa, todos os ordenamentos atuais consagram proteção à dignidade da pessoa.

Para verificar o seu campo de abrangência, é preciso definir o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa. Ingo Sarlet afirma que o elemento nuclear desse princípio é o direito de autodeterminação, ou seja, a liberdade que cada um tem de conformar a sua própria vida. A liberdade é, assim, uma das exigências da dignidade da pessoa⁶.

Como se constata, o bem jurídico a ser protegido pela norma constitucional quanto à dignidade da pessoa humana é a vida.

A dignidade da pessoa impõe ao Estado não só o dever de observar os direitos fundamentais que dela decorrem, como também de criar condições para que esses direitos sejam exercidos e fruídos.

É possível encontrar o núcleo essencial e universal desse princípio, que proíbe a coisificação do homem. Assim, em atenção à dignidade da pessoa, o homem nunca poderá ser tratado como um mero objeto. É óbvio que sempre haverá pessoas que, em determinadas circunstâncias, o direito põe em situação de vantagem com relação a outras, em atenção até mesmo ao princípio da igualdade material. Essa circunstância não fere o princípio da dignidade da pessoa. O que não se pode é negar a singularidade da natureza do homem, a importância distintiva de sua vida, na linguagem de Dworkin⁷.

O importante, contudo, é frisar que, como princípio fundamental, a dignidade da pessoa serve como guia para identificação dos direitos fundamentais na ordem jurídica. Essa conclusão é apoiada no magistério de Ingo Sarlet, que é firme em consignar que “os direitos fundamentais constituem – ainda que com intensidade variável – explicitações da dignidade da pessoa, por via de consequência e, ao menos em princípio, em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa”⁸.

O primeiro signatário deste artigo⁹ assim escreveu:

6 *Op. cit.*, p. 45-46.

7 *Apud* Ingo Sarlet, *Idem*, p. 52.

8 *Idem*, p. 89.

9 MARTINS, I. G. da S. *Conheça a Constituição – Comentários à Constituição brasileira*. Manole, v. I, 2005.

O Estado pode criar diversos institutos, mas não pode criar aquilo que diz respeito ao ser humano, à sua vida, à sua dignidade. Afinal, a função do Estado, nesse caso, é apenas reconhecer e respeitar. E o nosso constituinte colocou a dignidade humana como terceiro inciso, para já na enunciação dos princípios fundamentais, deixar claro que o Estado brasileiro é um Estado Democrático de Direito, ou seja, é aquele que assegura os direitos e garantias ao cidadão, perante a atuação do Estado.

Este, portanto, é o conteúdo do valor da dignidade da pessoa humana, como cidadão e como um dos princípios que fundamenta o Estado brasileiro.

Em linhas gerais, o princípio da dignidade da pessoa humana representa as exigências fundamentais do ser humano como escopo de lhe assegurar os recursos de que dispõe a sociedade para a manutenção de uma existência digna, resguardando-lhe ainda as condições indispensáveis para o desenvolvimento de suas potencialidades. Assim, o princípio em causa protege várias dimensões da realidade humana, como a vida, a honra, a imagem, a educação, a saúde, a assistência social, etc.

O princípio da dignidade da pessoa impõe, como anota Paulo Bonavides, “a observância, a prática e a defesa dos direitos sociais, a sua inviolável contextura formal” e, ainda, “sem a concretização dos direitos sociais não se poderá alcançar jamais ‘a sociedade livre, justa e solidária’, contemplada constitucionalmente como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil” (art. 3º)¹⁰.

Essa conclusão, de que os direitos petrificados pela Constituição de 1988 são não só os direitos individuais clássicos, mas, também, os direitos individuais sociais, que harmonizam a letra do art. 60, § 4º, IV, com o espírito do Texto Constitucional, que tem como fundamento “a dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III), os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV), em prol da construção de uma “sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, I), na qual sejam erradicadas “a pobreza e a marginalização”, com a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III). É, ainda, objetivo fundamental do Estado brasileiro a promoção do “bem de todos” (art. 3º, IV).

10 *Op. cit.*, p. 642.

Decorrem desses direitos e do princípio da dignidade da pessoa os seguintes direitos individuais assegurados pelo art. 5º, que, a nosso ver, também são, por essa razão, cláusulas pétreas.

Da análise dos dispositivos supratranscritos resta transparente nosso entendimento de que não são todos os direitos e garantias outorgados pelo art. 5º da CF, mas apenas aqueles direitos e garantias individuais que, de alguma forma, implementem o princípio da dignidade da pessoa.

A previsão do regime obrigatório de bens, prevista no art. 1.641, II, do CC, se contrapõe com os princípios constitucionais da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana, à medida que retira a autonomia da vontade dos nubentes em escolher livremente o seu regime patrimonial, tornando-os momentaneamente incapazes para realizar um ato de caráter aparentemente privado, violando, ainda, o princípio da igualdade, já que o idoso é uma pessoa como qualquer outra, um sujeito de direitos e de deveres, como qualquer cidadão normal, inclusive, daqueles que convivem sob o regime da união estável.

A sua simples condição de atingir um determinado limite de idade não é motivo suficiente para que alguns direitos lhes sejam retirados, como no caso da escolha do regime de bens, representando, na verdade, uma sanção ao nubente maior de 70 anos, pois limita a autonomia, causa constrangimentos e, por consequência, fere a dignidade humana, ao impor uma norma que o Texto Constitucional não previu.

Cabe aqui destacar que o *Supremo Tribunal Federal*, ao julgar os REs 878.694 e 646.721¹¹, acerca da inconstitucionalidade do disposto no art. 1.790 do CC – que tratavam de matéria similar, no tocante à forma diferenciada regime de casamento e união estável –, para aplicar a norma estabelecida pelo legislador constitucional e dar a ele interpretação conforme a sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, assim se posicionou:

Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988. Assim sendo, o art. 1.790 do Código Civil, ao revogar as Leis nº 8.971/1994 e nº 9.278/1996 e discriminar a

11 Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 878.694, Minas Gerais.

companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente e da vedação do retrocesso.

O Ministro Luís Roberto Barroso, Relator, firmou a seguinte tese acerca do tema: “No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado em ambos os casos o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002”.

E, recentemente, tivemos a questão novamente apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Tema 1236 (ARE 130642), e, por unanimidade, fixou o entendimento de que, “nos casamentos e uniões estáveis envolvendo pessoas maiores de 70 anos, o regime de separação de bens previsto no art. 1.641, II, do CC, pode ser afastado por expressa manifestação de vontade das partes, mediante escritura pública”.

O Ministro Barroso, em seu voto, acompanhado pelos 9 ministros, traçou importante panorama histórico, desde a edição do Código Civil de 1916 até os dias atuais, em que vivenciamos o aumento da expectativa de vida da sociedade brasileira e a necessidade de combate expresso ao etarismo, que se torna um elemento de desequiparação entre as pessoas, o que viola o espírito do que restou consolidado pelo legislador constituinte, vez que tal texto legal feria de morte a dignidade e a autonomia da pessoa idosa.

A nosso ver, a decisão do Suprema Corte merece aplausos, pois corrige a falha que existia em nossa legislação e permite que pessoas com mais de 70 anos possam contrair matrimônio ou união estável, com a opção de optar pelo regime de casamento que melhor lhes convier.

Isso porque a escolha do regime de bens diz respeito, apenas, aos cônjuges, pois se trata de sua própria autonomia da vontade, sem qualquer fundamento para uma intervenção de ordem pública em tal direito, o que, a nosso ver, configura como uma excessiva intervenção estatal em assunto que não demanda tal proteção.

De tal forma que a substituição da vontade pelo Estado tem caráter excepcional, pois as normas de direito de família regulam apenas situações entre particulares. E, ainda, que a família seja parte integrante do

Estado, o direito de família continua fazendo parte do direito civil ramo do direito privado.

No mesmo sentido, alerta Euclides de Oliveira¹²:

Quanto ao regime da separação de bens, pode ser convencional (pacto antenupcial) ou obrigatório, em hipóteses assemelhadas ao sistema do Código de 1916. Ligeira modificação se faz, no Código vigente, art. 1.641, para igualar em 60 anos o limite de idade das pessoas sujeitas ao regime da separação obrigatória de bens, tanto o homem quanto a mulher (antes, para esta, o limite era de 50 anos). Ainda assim, o dispositivo continua padecendo de manifesta inconstitucionalidade por estabelecer restrição à liberdade de escolha do regime de bens por pessoas que, nessa faixa etária, são consideradas plenamente capazes para todos os atos da vida civil [...]. Trata-se, com efeito, de flagrante discriminação aos cônjuges considerados como idosos e necessitados de proteção legal, que, em verdade, sofrem indébita restrição de sua capacidade de agir no plano patrimonial do casamento.

É de se ressaltar, ainda, que até mesmo o servidor público pode continuar na ativa até os 75 anos de idade, e não mais aos 70, como se dava no Texto Constitucional anterior à EC 88/2015. Nesse sentido, temos muitos Ministros do Supremo Tribunal Federal, com mais de 70 anos, que proferem decisões com impactos na vida diária de toda a população brasileira e, muitas vezes, dada com efeitos *erga omnes*. Um dos signatários do presente parecer, inclusive, atualmente, conta com seus 88 anos e, mesmo assim, permanece redigindo seus pareceres e artigos que são divulgados em todo o País.

Portanto, amesquinhar o regime de casamento como obrigatório, após os 70 anos, como se o cidadão comum após seus 70 anos não tivesse mais condições de sanidade mental, a ponto de eleger o melhor regime de bens para o seu matrimônio, seria o mesmo que trazer à tona que a grande maioria da população brasileira de nosso País não teria mais condições de gerir os seus negócios, em flagrante ofensa ao princípio da liberdade¹³, o que torna tal norma desproporcional e infrigente à

12 *Direito de herança: a nova ordem da sucessão*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 96.

13 No mesmo sentido já se manifestou Maria Berenice Dias: "A Constituição, ao instaurar o regime democrático, preocupou-se em banir discriminações de qualquer ordem, conferindo especial atenção à liberdade e à igualdade, e neste particular cita a imposição do regime de separação de bens como um dos mais flagrantes exemplos de afronta ao princípio da liberdade" (*Manual de direito das famílias*. 10. ed. São Paulo: RT, 2015).

razoabilidade e proporcionalidade, vetores regentes e responsáveis pela harmonia de todo sistema normativo.

A invocação ao princípio da proporcionalidade para a interpretação dos dispositivos objeto do presente artigo se impõe justamente por se tratar da regulamentação de direito fundamental.

Esse é critério não só válido, como decorrente do próprio texto constitucional (art. 5º, LIV, da CF) e amplamente adotado pelas Cortes Constitucionais, caminho também trilhado pelo Supremo Tribunal Federal¹⁴ na interpretação de direitos fundamentais.

Eis a extensão que a doutrina impregna a esse critério constitucional de solução de conflito entre direitos fundamentais¹⁵:

O princípio da proporcionalidade, entendido como mandamento de otimização do respeito máximo a todo direito fundamental, em situação de conflito com outro(s), na medida do jurídico e faticamente possível, tem um conteúdo que se reparte em três “princípios parciais” [...]: “princípio da proporcionalidade em sentido estrito” ou “máxima do sopesamento” [...], “princípio da adequação” e “princípio da exigibilidade” ou “máxima do meio mais suave”. [...]. O “princípio da proporcionalidade em sentido estrito” determina que se estabeleça uma correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado, que seja *juridicamente* a melhor possível. Isso significa, acima de tudo, que não se fira o “conteúdo essencial” [...] de direito fundamental, com o desrespeito intolerável da dignidade humana, bem como que, mesmo havendo desvantagens para, digamos, o interesse de pessoas, individual ou coletivamente consideradas, acarretadas pela disposição normativa em apreço, as vantagens que traz para interesses de outra ordem superam as desvantagens.

Os subprincípios da adequação e da exigibilidade, por seu turno, determinam que, dentro do faticamente possível, o meio escolhido se preste para atingir o fim estabelecido, mostrando-se, assim, “adequado”. Além disso, esse meio deve ser mostrar “exigível”, o que significa não haver outro igualmente eficaz e menos danoso a direitos fundamentais. Sobre essa distinção, vale referir a formulação lapidar do Tribunal Constitu-

14 AI 595395/SP, Rel. E. Min. Ceiso de Mello, DJ 03.08.2007; ADPF 130; Rcl 18.186.

15 GUERRA FILHO, W. S. Noção essencial do princípio da proporcionalidade. In: MARTINS, I. G. da S.; JOBIM, E. (coord.). *O processo na Constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 616/7.

cional alemão: “O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado, quando com seu auxílio se pode promover o resultado desejado; ele é exigível quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não-prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível a direito fundamental”.

Enquanto garantia constitucional contra o arbítrio estatal no exercício do poder¹⁶, o princípio da proporcionalidade há de ser reconhecido, mesmo quando esse exercício revestir a aparência de legalidade, posto que *a norma jurídica, para ser constitucional, deve, antes de tudo, ser proporcional aos fins que objetiva alcançar, os quais devem estar em sintonia com os objetivos constitucionalmente almejados.*

Propõe, assim, Hesse¹⁷, a adoção do princípio da proporcionalidade para identificação dos limites da legislação regulamentadora de direitos fundamentais, como sendo o instrumento adequado a vedar limitações arbitrárias ou desarrazoadas, garantindo-se a preservação do núcleo essencial.

O princípio da proporcionalidade tem origem no direito constitucional alemão, que atribui a esse princípio a qualidade de norma constitucional não escrita, derivada do Estado de Direito.

Muito embora a doutrina use, indistintamente, os termos “proporcionalidade” e “razoabilidade”, com maestria, Willis Santiago Guerra Filho¹⁸ frisa que esses dois princípios são totalmente diversos.

O princípio da razoabilidade é originário do Direito inglês e foi fortemente desenvolvido pelo direito constitucional norte-americano. Esse princípio tem função negativa, de revelar a violação da consciência jurídica social, ou seja, a realização de uma injustiça. Já o princípio da proporcionalidade tem função positiva, de demarcar os limites da legi-

16 O Ministro Carlos Velloso, quando da decisão, pelo STF (Tribunal Pleno), da Reclamação nº 383-3/SP, em seu voto, consignou: “Ora, a meu ver, essa interpretação puramente literal de um texto isolado não seria boa. Temos que interpretar as normas constitucionais no seu contexto e quando interpretamos a Constituição é bom lembrar a afirmativa de Marshall, no ‘M Culloch v. Maryland’, de 1819: *quando se interpretam normas constitucionais, deve o intérprete estar atento ao espírito da Constituição, ao que ela contém no seu contexto.* Parece-me que a interpretação literal não prestaria obséquio à Constituição, que deve ser sistematicamente interpretada” (grifamos).

17 *Apud MENDES, Op. cit.*, p. 245.

18 *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*, p. 25 e 26.

timidade jurídica e de indicar os caminhos para que esses limites sejam respeitados, ainda quando não pareça ser razoável.

O princípio da proporcionalidade encerra os juízos de necessidade, adequação e proibição de excesso (proporcionalidade em sentido estrito), é critério de validação dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais.

Por *adequação* entende-se que a medida a ser adotada pelo Poder Público deve mostrar-se *apta a atingir os fins pretendidos*. Assim, é necessária uma relação de pertinência entre a restrição ao direito fundamental e a teleologia constitucional. Já a *necessidade*, também denominada pela doutrina de exigibilidade, impõe a verificação da inexistência de outro meio menos gravoso para que seja atingida a finalidade almejada. Por fim, a *proporcionalidade*, em sentido estrito, consiste na *ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido*, para constatar se é justificável ou não a invasão na esfera de direitos do cidadão prestigiada pelo texto constitucional.

Tais princípios consubstanciam um juízo de adequação, necessidade e conformidade entre o interesse público que suporta uma determinada medida estatal, limitadora do alcance ou do exercício de um bem juridicamente protegido, e o peso que este bem jurídico assume no caso concreto.

Enquanto garantia constitucional contra o arbítrio estatal no exercício do poder¹⁹, o princípio da proporcionalidade há de ser reconhecido, mesmo quando esse exercício revestir a aparência de legalidade, posto que *a norma jurídica, para ser constitucional, deve, antes de tudo, ser proporcional aos fins que objetiva alcançar, os quais devem estar em sintonia com os objetivos constitucionalmente almejados*²⁰.

19 O Ministro Carlos Velloso, quando da decisão, pelo STF (Tribunal Pleno), da Reclamação nº 383-3/SP, em seu voto, consignou: "Ora, a meu ver, essa interpretação puramente literal de um texto isolado não seria boa. Temos que interpretar as normas constitucionais no seu contexto e quando interpretamos a Constituição é bom lembrar a afirmativa de *Marshall*, no 'M Culloch v. Maryland', de 1819: *quando se interpretam normas constitucionais, deve o intérprete estar atento ao espírito da Constituição, ao que ela contém no seu contexto*. Parece-me que a interpretação literal não prestaria obséquio à Constituição, que deve ser sistematicamente interpretada" (grifamos).

20 A proporcionalidade em sentido estrito é por alguns denominada razoabilidade, que, na acepção da doutrina administrativista, teria o seguinte alcance: "O princípio da razoabilidade significa, no contexto jurídico-sistemático da persecução do interesse público, a exigência de justificada e adequada ponderação administrativa, aberta nos exatos limites em que a regra de competência habilitadora autorizar, dos princípios, valores, interesses, bens ou direitos consagrados no ordenamento jurídico, observadas as valorações positivada em todos os seus escalões normativos, impondo aos agentes administrativos que maximizem a proteção jurídica

Nesse sentido, destacamos as lições de Humberto Ávila²¹:

Se a proporcionalidade em sentido estrito for compreendida como amplo dever de ponderação de bens, princípios e valores, em que a promoção de um não pode implicar a aniquilação de outro, a proibição de excesso será incluída no exame da proporcionalidade. Se a proporcionalidade em sentido estrito compreender a ponderação dos vários interesses pessoais dos titulares dos direitos fundamentais restringidos, a razoabilidade como equidade será incluída no exame da proporcionalidade.

Ora, no caso presente, ponderando-se os valores *supra*, é indiscutível que a conduta praticada pelo Estado impõe ao cônjuge de pessoa maior de 70 anos ônus demasiados ao ver parte de seu patrimônio, construído não por dias, mas por uma vida toda, ser dividido de forma desigual somente do *de cuius*, pelo simples fato de, à época da conversão de sua união estável em casamento, seu cônjuge já tinha mais de 70 anos, o que representa verdadeira ofensa aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, de vez que nenhum deles se encontra atendido, na situação em comento.

Assim, a referida legislação em questão desconsiderou, por completo, a finalidade do instituto, mostrando-se desarrazoada e desproporcional, ao impor penalidade tão gravosa e sem propósito.

Como destaca Willis Santiago Guerra Filho²²:

Nesse quadro, vale acrescentar, com relação ao controle das medidas provenientes da Administração Pública, que, por se tratar de uma função estatal a ser exercida em obediência a normas preexistentes, não há tanto a se discutir sobre finalidade e objetivos “desejados”, mas, sim, acima de tudo, sobre a adequação daquelas medidas a tais propósitos, previstos normativamente.

A propósito, vale transcrever trecho do voto proferido pelo Ministro Celso de Mello, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.992, que reflete os contornos do princípio da proporcionalidade,

dispensada para cada qual, segundo a peso, importância ou preponderância que venham adquirir e ostentar em cada caso objeto de decisão” (DALLARI, A. A.; NASCIMENTO, C. V. do; MARTINS, I. G. M. (coord.). *Tratado de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, v. I, 2013. p. 226).

21 *Ob. cit.*, p. 160.

22 *Teoria processual da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002. p. 86.

bem como o seu entrelaçamento com o princípio do devido processo legal substantivo, que nasceu como uma exigência de que a validade de determinado ato do Poder Público não seja apreciado apenas sob o prisma de legalidade e legitimidade, sendo necessária uma razoabilidade interna que lhe justifique a edição:

Coloca-se em evidência, neste ponto, o tema concernente ao princípio da proporcionalidade, que se qualifica – enquanto coeficiente de aferição da razoabilidade dos atos estatais [...] – como postulado básico de contenção dos excessos do Poder Público. Essa é a razão pela qual a doutrina, após destacar a ampla incidência desse postulado sobre os múltiplos aspectos em que se desenvolve a atuação do Estado – inclusive sobre a atividade estatal de produção normativa –, adverte que o princípio da proporcionalidade, essencial à racionalidade do Estado Democrático de Direito e imprescindível à tutela mesma das liberdades fundamentais, proíbe o excesso e veda o arbítrio do Poder, extraíndo a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula, em sua dimensão substantiva ou material, a garantia do *due process of law* [...].

Como precedentemente enfatizado, o princípio da proporcionalidade visa inibir e neutralizar o abuso do Poder Público no exercício das funções que lhe são inerentes, notadamente no desempenho da atividade de caráter legislativo.

Dentro dessa perspectiva, o postulado em questão, enquanto categoria fundamental de limitação dos excessos emanados do Estado, atua como verdadeiro parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais.

A validade das manifestações do Estado, analisadas estas em função de seu conteúdo intrínseco – especialmente naquelas hipóteses de imposições restritivas incidentes sobre determinados valores básicos – passa a depender, essencialmente, da observância de determinados requisitos que atuam como verdadeiras limitações materiais à ação normativa do Poder Legislativo.

É de se notar, ainda, que o próprio Presidente da República foi eleito aos seus 77 anos, o que torna ainda mais sem sentido a norma mantida em nosso ordenamento jurídico, ao não conceder autonomia a uma pessoa maior de 70 anos para escolher com qual regime de bens deseja se casar.

Tanto é assim que tal entendimento já resta consolidado, como se constata do *Enunciado nº 261 da III Jornada de Direito Civil*: “A obrigatoriedade do regime da separação de bens não se aplica a pessoa maior de sessenta anos, quando o casamento for precedido de união estável iniciada antes dessa idade”.

No mesmo sentido, tem se manifestado o *Superior Tribunal de Justiça*. Confira-se:

DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES – RECURSO ESPECIAL – ALIENAÇÕES FEITAS PELO CÔNJUGE VARÃO, FALECIDO, EM NOME DE SUA ESPOSA – MORTE DO VARÃO SEM DEIXAR PATRIMÔNIO – INVASÃO DA LEGÍTIMA – RECURSO PROVIDO – VOTO VENCIDO – 1. Hipótese em que o *de cujus*, casado pela terceira vez, destina parte significativa de seu patrimônio para adquirir, em nome de sua nova esposa e dos filhos desta, bens imóveis e um automóvel e que, em função disso, faleceu sem patrimônio algum. Os filhos propõem ação visando à declaração de ineficácia dessas aquisições, de modo que delas constem o falecido como adquirente. Argumenta-se que o *de cujus* colocou os bens em nome de terceiros para desviar o patrimônio das constantes investidas de sua segunda esposa. [...] 7. O reconhecimento da existência de união estável anterior ao casamento é suficiente para afastar a norma, contida no CC/1916, que ordenava a adoção do regime da separação obrigatória de bens nos casamentos em que o noivo contasse com mais de sessenta, ou a noiva com mais de cinquenta anos de idade, à época da celebração. As idades, nessa situação, são consideradas reportando-se ao início da união estável, não ao casamento. 8. O requisito do prequestionamento demanda que a matéria, como um todo, tenha sido enfrentada pelo Tribunal de origem. Eventual anulação do processo com base na ofensa ao art. 535 do CPC apenas para que o Tribunal se manifeste expressamente quanto a um tema que foi debatido em todo o processo implicaria ofensa ao princípio da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVII, da CF/1988). 9. Em tese, para que se reconheça a invasão das legítimas em decorrência de eventual doação promovida pelo *de cujus*, seria necessária a prova do patrimônio total do doador, em comparação com o bem doado. Entretanto, numa hipótese em que o pai dos recorrentes falece sem deixar patrimônio algum, naturalmente essa prova pode ser dispensada. Não há dúvida da ocorrência de doações inoficiosas. 10. Se a viúva jamais acumulara capital para adquirir bens imóveis até o momento em que se uniu ao *de cujus*, não é razoável supor que ela tivesse passado a ter condições de acumular vultoso patrimônio, por esforço próprio, após

a união. Do mesmo modo, se o *de cuius* sempre adquiriu bens, conforme sugere o fato de ele ter atravessado duas separações com partilhas disputadas, também não é razoável pensar que ele deixou de ter possibilidade de comprar qualquer coisa depois de se unir à ré. Deve-se, portanto, reconhecer que os bens controvertidos foram adquiridos pelo *de cuius* e concomitantemente doados à viúva. Há, portanto, doação inoficiosa de 50% do patrimônio total. 11. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 918.643/RS, 3ª Turma, Rel. Min. Massami Uyeda, Relª p/o Ac. Min. Nancy Andrighi, J. 26.04.2011, DJe 13.05.2011)

RECURSO ESPECIAL – DIREITO CIVIL – FAMÍLIA – MATRIMÔNIO CONTRAÍDO POR PESSOA COM MAIS DE 60 ANOS – REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS – CASAMENTO PRECEDIDO DE LONGA UNIÃO ESTÁVEL INICIADA ANTES DE TAL IDADE – RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO – 1. O art. 258, parágrafo único, II, do Código Civil de 1916, vigente à época dos fatos, previa como sendo obrigatório o regime de separação total de bens entre os cônjuges quando o casamento envolver noivo maior de 60 anos ou noiva com mais de 50 anos. 2. Afasta-se a obrigatoriedade do regime de separação de bens quando o matrimônio é precedido de longo relacionamento em união estável, iniciado quando os cônjuges não tinham restrição legal à escolha do regime de bens, visto que não há que se falar na necessidade de proteção do idoso em relação a relacionamentos fugazes por interesse exclusivamente econômico. 3. Interpretação da legislação ordinária que melhor a compatibiliza com o sentido do art. 226, § 3º, da CF, segundo o qual a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento. 4. Recurso especial a que se nega provimento. (STJ, REsp 1318281/PE, 2012/0071382-0, 4ª Turma, Relª Min. Maria Isabel Gallotti, J. 01.12.2016, DJe 07.12.2016; *RevPro*, v. 267, p. 553)

“Processual civil. Recurso especial. Ação de conhecimento sob o rito ordinário. Casamento. Regime da separação legal de bens. Cônjuge com Superior Tribunal de Justiça idade superior a sessenta anos. Doações realizadas por ele ao outro cônjuge na constância do matrimônio. Validade. São válidas as doações promovidas, na constância do casamento, por cônjuges que contraíram matrimônio pelo regime da separação legal de bens, por três motivos: (i) o CC/1916 não as veda, fazendo-o apenas com relação às doações antenupciais; (ii) o fundamento que justifica a restrição aos atos praticados por homens maiores de sessenta anos ou mulheres maiores que cinquenta, presente à época em que promulgado

o CC/1916, não mais se justificam nos dias de hoje, de modo que a manutenção de tais restrições representam ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana; (iii) nenhuma restrição seria imposta pela lei às referidas doações caso o doador não tivesse se casado com a donatária, de modo que o Código Civil, sob o pretexto de proteger o patrimônio dos cônjuges, acaba fomentando a união estável em detrimento do casamento, em ofensa ao art. 226, § 3º, da Constituição Federal. Recurso especial não conhecido. (REsp 471.958/RS, 3ª Turma, Relª Min. Nancy Andrighi, J. 18.12.2008, DJe 18.02.2009)

Daí se denota que a imposição do regime obrigatório de bens não é medida excepcional e a alegada ordem pública não justifica tal restrição, pertence ao direito de família, que é ramo do direito privado.

Nesse sentido, ainda colacionamos importante voto vencedor proferido pelo ex-Ministro do STF, Cezar Peluso, quando ainda era Desembargador no Tribunal de Justiça de São Paulo, assim se pronunciou:

Lei que, com o propósito racional de guardar o patrimônio das 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 denexo 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 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. (Apelação Cível nº 007.512-4/2-00, 2ª Câmara de Direito Privado, J. 18.08.1998)

No mesmo sentido, os *Tribunais pátrios* assim têm se manifestado:

CASAMENTO CELEBRADO PELO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS POR IMPLEMENTO DE IDADE – UNIÃO ESTÁVEL ANTERIOR AO CASAMENTO – DIREITOS SUCESSÓRIOS – Afronta a Constituição Federal o tratamento desigual conferido aos cônjuges e companheiros relativamente aos direitos sucessórios, bem como a adoção do regime da separação obrigatória de bens por implemento de idade. Dessa forma, à cônjuge supérstite casada pelo regime da separação obrigatória de bens e que viveu em união estável no período que antecedeu ao casamento conferem-se os direitos hereditários previstos no art. 1.829, inciso I, cumulado com art. 1.832 do Código Civil, concernentes ao regime da comunhão parcial de bens. Apelo provido. (TJRS, Apelação Cível nº 70017318940, 7ª Câmara Cível, Relª Maria Berenice Dias, J. 20.12.2006)

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE – DIREITO CIVIL – CASAMENTO – CÔNJUGE MAIOR DE SESSENTA ANOS – REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS – ART. 258, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI Nº 3.071/1916 – INCONSTITUCIONALIDADE – VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA DIGNIDADE HUMANA – É inconstitucional a imposição do regime de separação obrigatória de bens no casamento do maior de sessenta anos, por violação aos princípios da igualdade e dignidade humana. (TJMG, ARG 10702096497335002/MG, Órgão Especial, Rel. José Antonino Baía Borges, J. 12.03.2014, DJ 21.03.2014)

ANULAÇÃO DE DOAÇÃO – REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS – Descabe a anulação de doação entre cônjuges casados pelo regime da separação obrigatória de bens, quando o casamento tenha sido precedido de união estável. Outrossim, o art. 312 do Código Civil de 1916 veda tão-somente as doações realizadas por pacto antenupcial. A restrição imposta no inciso II do art. 1.641 do Código vigente, correspondente do inciso II do art. 258 do Código Civil de 1916, é inconstitucional, 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. Apelo, à unanimidade, desprovido no mérito, e, por maioria, afastada a preliminar de incompetência, vencido o em. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. (TJRS, Apelação Cível nº 70004348769, 7ª Câmara Cível, Relª Maria Berenice Dias, J. 27.08.2003)

Logo, diante de tais decisões e do forte posicionamento jurisprudencial, estamos convencidos de que o Supremo Tribunal Federal bem decidiu a questão, a fim de declarar a inconstitucionalidade de tal diploma legal.