



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**MARTINS DA SILVA NERY FILHO**

**ASPECTOS ATUAIS DO REGIME DE SEPARAÇÃO  
OBRIGATÓRIA DE BENS PARA MAIORES DE 70 ANOS**

Salvador  
2018

**MARTINS DA SILVA NERY FILHO**

**ASPECTOS ATUAIS DO REGIME DE SEPARAÇÃO  
OBRIGATÓRIA DE BENS PARA MAIORES DE 70 ANOS**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Doutor Camilo de Lelis Colani  
Barbosa

Salvador  
2018

**TERMO DE APROVAÇÃO**

**MARTINS DA SILVA NERY FILHO**

**ASPECTOS ATUAIS DO REGIME DE SEPARAÇÃO  
OBRIGATÓRIA DE BENS PARA MAIORES DE 70 ANOS**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em  
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Salvador, \_\_\_\_/\_\_\_\_/ 2018

À  
Minha família, meus amigos e meu  
amor.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a Deus, por ser minha fortaleza, por me agradecer constantemente com o entusiasmo, a coragem e a paciência necessários para conclusão desta etapa;

Aos meus pais, Martins e Francisca, que são meus alicerces, o meu “muito obrigado!” por tudo, especialmente por terem construído a família que tanto amo, pelo amor incondicional e por não medirem esforços pela minha felicidade;

Aos meus irmãos, Camila e Thiago, por todo apoio, ensinamentos e companheirismo de sempre;

À minha pequena Maria Fernanda, por me encher de alegria nos dias mais difíceis, mesmo sem saber;

À minha namorada, Cíntia Pazelli, por ter sido fundamental em toda a minha caminhada na Universidade, por ser meu porto seguro, minha referência de pessoa, generosidade e por me fazer experimentar o amor mais sincero;

Ao meu eterno Bambam, *in memoriam*, por todos os 18 anos de convivência e pelo mais puro sentimento de amizade;

Aos meus amigos do Colégio Antônio Vieira e aos agregados do grupo do Whats'app “#ROBERTOCOMA”, por todos os momentos compartilhados nesses 15 anos de amizade;

Aos meus amigos da Faculdade Baiana de Direito, pela generosidade, carinho e solidariedade, que muito me ajudaram para a conclusão deste trabalho, em especial a Alice, Andrei, Caique, Felipe Borges, Flávia, Kaki, Larissa, Nathy, Nati, Tiago Tourinho e Vinicius Soares;

À todos do Barreto&Vieira, por todos os ensinamentos, pelos sorrisos diários, e todos os momentos de felicidade e de trabalho árduo por lá vividos, em especial aos meus chefes, Annibal Vieira e Matheus Barreto;

À Faculdade Baiana de Direito (FBD) e toda sua direção, administração, funcionários e corpo docente, pelo acolhimento, profissionalismo e excelência na qualidade do ensino, em especial à Amanda e à Vanessa, o meu muito obrigado;

Ao meu orientador, Professor Camilo de Lelis Colani Barbosa, pela confiança, atenção e por todos os ensinamentos adquiridos, minha eterna gratidão.

À todos vocês, minha admiração e agradecimento sinceros!

“A liberdade é o direito de fazer o próprio dever”.

Auguste Comte

## RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso tem por objetivo abordar as violações aos direitos fundamentais, notadamente os da dignidade da pessoa humana e da livre manifestação da vontade, oriundos da imposição legal ao regime de separação obrigatória de bens para as pessoas maiores de setenta anos. Para tanto, foi necessário perpassar-se pela evolução do direito civil, bem como o direito de família, elucidando o instituto do casamento no que tange ao seu conceito, natureza jurídica, efeitos e planos, bem como a exposição das principais características de cada um dos regimes de bens existentes, a saber, a comunhão parcial de bens, a comunhão universal de bens, a participação final nos aquestos, a separação convencional de bens e a separação legal de bens. Foram ponderados os princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da isonomia como referências para a avaliação da (in)constitucionalidade da norma analisada pelo presente trabalho. Também buscou-se verificar o posicionamento da doutrina e jurisprudência acerca do limite da intervenção estatal perante a autonomia privada; da aplicação e validade da súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, bem como os efeitos desta perante o dispositivo normativo supramencionado. De igual modo, foram tecidos apontamentos acerca dos poderes e deveres do idoso maior de 70 anos, de sua autonomia perante o poder do Estado, e dos fatores predominantes que caracterizariam a inconstitucionalidade do art. 1.641, inciso II, do CC/2002. Por fim, foi utilizado o método de pesquisa dedutivo alinhado com o método de interpretação teleológico, além da utilização da técnica de pesquisa bibliográfica.

**Palavras-chave:** regime de bens; casamento; idoso; separação obrigatória de bens; autonomia privada.



**LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

art.	artigo
CC	Código Civil
CF/88	Constituição Federal da República
ONU	Organização das Nações Unidas
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
LBI	Lei Brasileira de Inclusão

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>12</b>
<b>2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DE FAMÍLIA.....</b>	<b>14</b>
2.1. As ordenações Afonsinas, Filipinas e Manuelinas.....	14
2.2. A influência das ordenações Filipinas no Direito Civil Brasileiro.....	19
2.3. As relações familiares nas ordenações Filipinas.....	22
<b>3 CASAMENTO.....</b>	<b>25</b>
3.1. A evolução do instituto.....	26
3.2. A natureza jurídica do casamento.....	29
3.3. Definição de fato, ato e negócio jurídico. Os três planos do negócio jurídico.....	32
<b>3.3.1. O plano de existência do casamento.....</b>	<b>34</b>
<b>3.3.2. O plano de validade do casamento.....</b>	<b>39</b>
<b>3.3.3. O plano da eficácia do casamento e os seus efeitos.....</b>	<b>41</b>
3.4. Regimes de bens do casamento.....	44
<b>3.4.1. Comunhão parcial de bens.....</b>	<b>44</b>
<b>3.4.2. Comunhão universal de bens.....</b>	<b>46</b>
<b>3.4.3. Participação final dos aquestos.....</b>	<b>47</b>
<b>3.4.4. Separação de bens: consensual e legal.....</b>	<b>49</b>
<b>4 A SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS E SUA REPERCUSSÃO NA VIDA CIVIL.....</b>	<b>52</b>
4.1. Questão prévia: o advento do Estatuto do Idoso e a sua principiologia.....	52
4.2. Da análise do art. 1641.....	53
4.3. Da autonomia privada e do poder estatal.....	55
4.4. Da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal e sua aplicação prática.....	57
4.5 Da (in)constitucionalidade do inciso II do art. 1641 do código civil.....	63
4.6. Dos poderes e deveres do maior de 70 anos.....	64
<b>4.6.1. Dos Atos Da Vida Civil Permitidos aos Maiores De 70 Anos.....</b>	<b>64</b>

<b>4.6.2. Da Proteção Patrimonial Objetivada Pelo Código Reale.....</b>	<b>66</b>
4.7. Da autonomia privada x poder estatal como fatores determinantes para a (in)constitucionalidade do art. 1641, II, CC/02.....	67
<b>5 CONCLUSÃO.....</b>	<b>72</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>76</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 tem o papel principal de nortear todo conjunto normativo pátrio, bem como de sua aplicação prática, onde qualquer regra que vá de encontro às suas premissas deve ser decretada, de plano, inconstitucional, seja por meio do controle difuso ou concentrado.

Neste diapasão, o presente trabalho tem como objetivo analisar o inciso II do art. 1.641 do Código Civil Brasileiro, que prevê a obrigatoriedade do regime de separação obrigatória de bens quando um dos cônjuges tiver idade acima de 70 anos; e, indo além, tem como finalidade ponderar a origem e finalidade da norma com o real efeito que a mesma traz na esfera jurídica e individual do idoso, buscando identificar os fundamentos utilizados pelo legislador quando da criação da norma e sua compatibilidade com os preceitos da atual Constituição, bem como das normas infraconstitucionais, como, por exemplo, o Estatuto do Idoso.

Diante disto, antes da análise do tema abordado se faz imprescindível discorrer acerca da evolução histórico-normativa do Direito Civil e do Direito de Família. Perpassando-se pelas ordenações, e demonstrando as influências que tais compilações trouxeram para o ordenamento jurídico pátrio.

No terceiro capítulo serão analisados o histórico, conceito, natureza jurídica e os planos de existência, validade e eficácia do instituto do casamento, sendo feita, ainda no mesmo capítulo, uma breve explanação de cada um dos regimes matrimoniais existentes no ordenamento jurídico pátrio, demonstrando as principais consequências de cada um deles, porém com destaque no regime de separação obrigatória de bens, objeto desse trabalho.

Já no quarto capítulo se analisará o art. 1641 do Código Civil e os motivos que originaram sua edição, bem como a limitação do poder estatal na seara em que a autonomia privada é absoluta. De igual modo, este mesmo capítulo analisará o verbete sumular nº 377 editado pelo Supremo Tribunal Federal e sua aplicabilidade, demonstrando-se o posicionamento jurisprudencial acerca utilização e aplicabilidade da súmula citada.

Por fim, se abordará os atos da vida civil permitidos aos maiores de setenta anos, bem como a proteção patrimonial objetivada pelo Código Civil de 2002, chegando a análise da súmula supracitada como forma de mitigação do dispositivo legal em questão, e exame da autonomia privada e o poder estatal como fatores

determinantes para a (in)constitucionalidade do inciso II, art. 1.641 do Código Civil de 2002.

Não sendo antecipado qualquer detalhe desta Pesquisa em linhas gerais, esta foi a abordagem do presente Trabalho.

## 2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DE FAMÍLIA.

Para melhor compreensão da problemática trazida, é imprescindível perpassar-se pela evolução histórica do Direito de Família. É dizer, para um melhor exame do tema em foco, mister uma pré-compreensão histórico-jurídica acerca da relação entre as Ordenações e o direito privado brasileiro, haja vista aquelas compilações monárquicas terem existido desde o período do descobrimento até a vigência do primeiro Código Civil pátrio, promulgado em 1917.

### 2.1. AS ORDENAÇÕES AFONSINAS, FILIPINAS E MANUELINAS.

É ululante que as Ordenações eram compilações das leis régias em vigor em determinado reino, e tinham desígnios de triagem e de sistematização das normas jurídicas esparsas, a fim de minimizar o problema em se ter dispositivos normativos dispersos e de elucidar o estatuto e a validade das normas do direito costumeiro (CRISTIANI, 2003).

Melhor dizendo. O período das Ordenações revela decisivas contribuições para a solidificação do Estado português e do Direito moderno ao passo que evidencia a frequente tentativa histórica dos povos consolidarem os poderes instituídos, possibilitando melhor distribuição de justiça. Nota-se que a iniciativa de compilar a legislação é mais expressiva após longos períodos de sua produção espontânea.

Deve-se observar que no século XV já haviam em Portugal diversas leis emanadas das culturas da Antiga Roma, dos germanos e da cultura eclesiástica, mas faltava certa sistematização que possibilitasse a ideia de uma unidade jurídica. Fazia-se necessário determinar quais seriam as fronteiras do Direito Canônico e do Direito Romano, bem como definir suas relações com os princípios do direito natural (CRISTIANI, 2003).

O vasto arcabouço de normas jurídicas e os conflitos existentes entre elas podem ser apontados como catalisadores das compilações portuguesas, que, em verdade, foram criadas para uma sistematização do direito português (SÉRGIO, 1983).

Assim, para melhor compreensão do problema que será trazido, é imperioso debruçar-se pela evolução histórica do Direito de Família. É dizer, para um melhor

exame do tema *in foco*, urge uma pré-compreensão histórico-jurídica acerca da relação entre as Ordenações e o direito privado brasileiro, haja vista tais compilações monárquicas terem existido desde o período do descobrimento até a vigência do primeiro Código Civil pátrio, promulgado em 1916.

Cláudio Valentim Cristiani assevera que tais codificações foram intituladas com o nome de seus regentes: a Afonsina de 1447, ordenada por Afonso IV, possuía cinco livros que versavam sobre Direito Administrativo (Livro I), Direito Constitucional (Livro II), Processo Civil (Livro III), Direito Civil (Livro IV), e Direito e processo Criminal (Livro V); as Ordenações Manuelinas datam de 1521 e foram elaboradas no reinado de D. Manuel, mantendo a mesma sistematização das Ordenações Afonsinas; e, por fim, as Ordenações Filipinas, que apesar de sua vigência ter iniciado em 1603, no reinado de Filipe II, iniciou-se em 1583, sob a égide de Filipe I. Sua sistematização de assuntos é a mesma das Ordenações anteriores, onde se encontram cinco livros, subdivididos em títulos e parágrafos (CRISTIANI, 2003).

Destarte, as Ordenações foram acervos jurídicos sistematizados pelos monarcas dos séculos XV, XVI e XVII, objetivando reunir em um só código as várias leis existentes, inclusive as extravagantes, bem como outras fontes normativas, que por estarem avulsas, dificultavam a aplicação adequada do direito (CRISTIANI, 2003, p. 331 – 347).

De início, cumpre salientar que as Ordenações Afonsinas foram publicadas entre os anos de 1446 e 1447, e intitulada de “Ordenações” em nome de Dom Afonso V, principiada no reino de Dom João I, recebendo as queixas que eram feitas nas cortes para aplicação do Direito que estivesse vigente àquela época, impedindo que ocorressem conflitos normativos que lesavam o andamento e a administração da justiça (SÉRGIO, 1983).

Nesse sentido, Dom João I incumbiu João Mendes da tarefa de organizar tal compilação. Entretanto, antes do cumprimento do serviço, ambos faleceram, tendo o monarca seguinte - Dom Duarte - ordenado à continuação dos trabalhos ao Doutor Rui Fernandes (SARAIVA, 1995).

É um tanto complexo afirmar o momento exato da entrada em vigor das Ordenações Afonsinas, tendo em vista que não existia nenhuma prática que concedesse publicidade aos atos legislativos e mesmo à sua vigência.

Contudo, é sabido que, com o falecimento de Dom Duarte, Dom Pedro, regente de D. Afonso V durante a sua menoridade, foi incumbido de dar o impulso necessário para o término da elaboração da referida compilação, que ocorreu em julho de 1446, tendo sido submetido a uma revisão e publicado, provavelmente, em 1447 (SÉRGIO, 1983).

Com relação a sua sistemática, as Ordenações Afonsinas foram organizadas em cinco livros, estes em títulos que, usualmente, se subdividiam em parágrafos. O livro I, com 72 títulos versa sobre Direito Administrativo, abarcando os cargos públicos, o governo, a justiça e o exército. O livro II, com 123 títulos aborda sobre os bens da Igreja, Direitos régios e da nobreza (SARAIVA, 1995).

O livro III trata de Processo Civil, contendo 128 títulos. Logo em seguida se tem o livro IV que trata do Direito Civil e tem 112 títulos. Por fim, o livro V contém 121 títulos e disciplina Direito e Processo Criminal (SARAIVA, 1995).

As Ordenações Afonsinas tinham como finalidade a reunião das normas vigentes da época, utilizando as fontes que deram origem a esse direito, quais sejam: o direito romano, o direito germânico, o direito canônico, as leis das sete partidas e os costumes nacionais, sendo as normas romanas e canônicas as mais influentes. As lacunas eram resolvidas pela glosa de Acúrsio; depois, pelo juízo de Bartolo (AGUIAR JÚNIOR, 2012).

Neste diapasão, tal obra teve papel primordial no direito português, consolidando o sistema jurídico lusitano, possibilitando sua posterior evolução.

No que se refere às Ordenações Manuelinas, necessário pontuar que, no decorrer do reinado de Dom Manuel, três juristas conhecidos da época foram encarregados de atualizar as Ordenações Afonsinas, tendo como fator precípua para tanto a introdução da imprensa em Portugal no final do século XV, como também o interesse que o próprio rei deveria ter em ver seu nome ligado a uma obra jurídica de grande envergadura (SÉRGIO, 1983).

Tal compilação teve sua versão definitiva em 1521, impondo-se a destruição de edições anteriores impressas entre 1512 e 1514. A edição final manteve a sistematização e estrutura das Ordenações Afonsinas, tendo as mesmas divisões e subdivisões (SÉRGIO, 1983).

As discrepâncias destas compilações são, principalmente, referentes ao direito subsidiário por meio de assentos da Casa da Suplicação, bem como a



superação da diferença social entre mouros, cristãos e judeus foram superadas (COSTA, 2002).

Outro ponto de suma importância consiste no período da união ibérica, ocorrida entre a Espanha e Portugal. Nesse período, os países uniram suas coroas em um momento de grande instabilidade política, centralizado a os seus governos.

Por fim, sobrevieram as Ordenações Filipinas, porém, é cogente pontuar que entre o período de Dom Manuel e o de Filipe II (1521/1603), período esse que transcorre a união ibérica, múltiplos diplomas independentes foram expedidos e que, não só revogaram princípios manuelinos, mas também legislavam sobre novas matérias (ALMEIDA, 1957).

Ademais, muitos entendimentos da Casa da Suplicação perpetravam a força vinculativa dos assentos, motivo pelo qual o Cardeal Dom Henrique, regente de Dom Sebastião, comandou a sistematização de todos os diplomas avulsos, cabendo tal tarefa a Duarte Nunes de Lião. Tal compilação teve vigência em 1569, composta por seis partes, onde cada uma possuía títulos designados por leis (ALMEIDA, 1957).

Esta obra de organização das leis extravagantes simplesmente reuniu em um único texto os diversos diplomas legais, não sendo feita, portanto, nenhuma reforma do texto manuelino, que necessitava cada vez mais de uma modificação para tornar mais eficaz o direito da época.

Por tal motivo, Filipe I, rei de Espanha e Portugal, conduziu os trabalhos de uma nova compilação entre 1583 e 1585, ficando esta concluída em 1595. Entretanto somente em 1603, no reinado de Filipe II, é que se iniciou sua vigência (ALMEIDA, 1957).

Passada a revolução de 1640, onde Portugal tornou-se independente do reino espanhol, Dom João IV ratificou o texto filipino em Lei elaborada em 1643. Imperioso pontuar que a edição no Brasil ocorreu em 1870 por Cândido Mendes de Oliveira (PAIVA; BITTAR; ASSUNÇÃO, 2007).

Isto é, com promulgação da Ordenação Filipina houve apenas uma concretização das normas que já eram vigentes (MACIEL, 2006).

Ademais, não era intenção dos regentes desta Ordenação impor novas leis, mas sim valer-se das normas já existentes. A norma editada seguia a estrutura dos Decretais de Gregório IX, dividindo-se em cinco livros que continham títulos e parágrafos: (I) Direito Administrativo e Organização Judiciária; (II) Direito dos Eclesiásticos, do Rei, dos Fidalgos e dos Estrangeiros; (III) Processo Civil; (IV)

Direito Civil e Direito Comercial; (V) Direito Penal e Processo Penal. Destaca-se o livro II, que evidencia a característica precípua dos direitos do Antigo Regime, isto é, a existência de normas especiais para cada uma das “castas” que formavam a sociedade daquele período (MACIEL, 2006).

Partindo desta premissa, percebe-se que os efeitos trazidos pelas Ordenações para o Direito Privado, em especial o Direito Civil, iniciam-se pela compilação de seu arcabouço normativo, reunindo tanto as normas de caráter geral quanto as normas especiais.

Porquanto, o Direito Civil, como sendo representante maior do Direito Privado, detém um arcabouço de normas que regulamentam as relações pessoais, numa forma genérica, ao passo que contém direitos privados especiais implicados como uma adequação do direito privado comum a determinadas circunstâncias especiais.

Nesse toar, em que pese o Código Civil de 1916 ter tomado a estruturação germânica pregada por Savigny, que compreende uma Parte Geral (das Pessoas, Coisas, Atos Jurídicos, Prescrição e Exercício de Direitos) e uma parte Especial (Direito de Família, Direito das Coisas, Direito das Obrigações e Direito das Sucessões) os institutos ali contidos observam certa continuidade da ordem jurídica (ANDRÉ, 2007).

Assim, observa-se que, por exemplo, no que tange aos regimes de bens, nenhuma das ordenações tratou sobre o tema, notadamente em razão da posição de submissão ocupada pela mulher. Destaca-se, que a submissão imposta ao gênero feminino era de tamanha expressão que, por exemplo, era conferido ao marido traído o poder de matar a sua companheira, bastando-se, inclusive, meros boatos de adultério por parte da mulher para que o homem estivesse autorizado por lei à prática de tal ato.

Diante disso, em razão de toda a submissão imposta ao gênero feminino, não fora regulamentado qualquer regime de bens, notadamente pelo fato do gênero feminino ter sido equiparado à condição de coisa/objeto, de propriedade inicialmente do pai e posteriormente do marido.

## 2.2. A INFLUÊNCIA DAS ORDENAÇÕES NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO.

É notório que, apesar da importância da cultura indígena que existia no Brasil na época da vigência das Ordenações, o direito português, por tudo que foi exposto, se sobrepôs de maneira preeminente.

Durante o descobrimento do Brasil, as Ordenações Afonsinas estavam em vigor, em Portugal, bem como as diversas leis extravagantes, tais quais outras fontes normativas como os alvarás e cartas régias (PAIVA; BITTAR; ASSUNÇÃO, 2007).

Nesse toar, as fontes normativas vigentes em Portugal também possuíam validade no Brasil, tendo sido fontes importantes para organização e coordenação de situações específicas da colônia, como por exemplo, as cartas de doação, os forais e os regimentos dos governadores (PAIVA; BITTAR; ASSUNÇÃO, 2007).

As cartas de doação e os forais foram instrumentos designados pelos monarcas para reger o povoamento e a exploração da colônia. As cartas concediam legitimidade, direitos e privilégios aos donatários, isto é, por meio delas que foram criadas as capitanias hereditárias (PAIVA; BITTAR; ASSUNÇÃO, 2007).

Quanto à esses instrumentos designados para o povoamento e a exploração do Brasil, vale mencionar, como exemplo, a própria estrutura fundiária de Salvador, que mostra-se repleta de enfiteuses até os dias atuais, demonstrando-se a total influência desses institutos coloniais.

No que se refere aos forais, consumavam a doação outrora concedida, definindo os encargos que deveriam ser pagos à coroa. Logo, os forais finalizavam a carta de doação, efetivavam o donatário como o senhor das terras doadas, tendo de obedecer ao rei, nos moldes do feudo medieval, onde este donatário era chefe das terras, tendo poder militar e devendo decidir os conflitos de interesse (PAIVA; BITTAR; ASSUNÇÃO, 2007).

Em 1548, Dom João III retirou os poderes outorgados aos donatários, inserindo o sistema dos “governadores-gerais”, nascendo então uma nova *legis* especial para estabelecer e regulamentar essa nova relação de poder, que foi constituída pelos “regimentos do governo-geral”, tendo como primeiro governador geral Thomé de Souza. No mesmo passo, o monarca instituía regimentos parciais para regulamentar os auxiliares diretos do governador como o ouvidor-mor e o provedor-mor (PAIVA; BITTAR; ASSUNÇÃO, 2007).

Com a independência do Brasil em relação a Portugal em 1822, a ruptura foi imediata no campo político, com a Constituição de 1824, entretanto, o sistema jurídico não sofreu um rompimento tão drástico (WEHLING, 2004).

Melhor dizendo. Na passagem de poder do Reino Português para o Império Brasileiro, constata-se uma maior democratização das leis, uma vez que atenuado o despotismo, as penas criminais e civis tornaram-se moderadas, tendo sido anulados os textos que sobrepujavam punições corporais à mulher e filhos (WEHLING, 2004).

No que tange ao direito privado, as alterações imperativas para progresso e solução dos conflitos que surgiam delongaram um pouco mais, tanto que somente em 1850 foi promulgado o Código Comercial Pátrio pela Lei nº 556, de 25/06/1850 (CAENEGEM, 2000).

Tal compilação originou-se de interesses econômicos da burguesia da época que carecia de uma maior celeridade e garantia nas relações mercantis, dada à inexistência de entendimentos jurisprudenciais firmados, haja vista grande quantidade de diplomas legislativos (CAENEGEM, 2000).

Apenas em 1916, no que se refere às relações estritamente civis, é que foi promulgado o Código Civil Brasileiro, entrando em vigor em 1º de janeiro de 1917, tendo permanecido as Ordenações Filipinas com eficácia quase plena por quase 315 anos, ou seja, de 1603 até 1916 (MACIEL, 2006).

Nesta época, tais codificações disciplinaram as relações civis da época colonial a independência do Brasil, passando pelos dois governos imperiais, atingindo a república e resistindo até o século XX. Em janeiro de 2003, o Novo Código Civil Brasileiro começou a ter vigência, através da Lei nº 10/406 de 10 de janeiro de 2002, revogando o Código Civil de 1916 e parte do Código Comercial de 1850 (CAENEGEM, 2000).

Apesar de, ter sido promulgado em 2002, cumpre esclarecer que o Código Civil, entrou em tramitação em 1973, tendo sua aprovação ocorrido, após diversas modificações, em 1983 na câmara dos deputados. Nesse passo, nota-se que o Código Civil brasileiro nasceu com uma estrutura defasada por cerca de vinte e nove anos, sendo promulgado, como já mencionado, apenas em 2002.

A primeira Carta Magna do Brasil, mais especificamente em 1824, no seu art. 179, XVIII, fez alusão à estruturação de um Código Civil. Contudo, apenas na década de 40 daquele século, entabulou-se esboços para elaboração do novo códex civil e processual (CAENEGEM, 2000).

Em 1855, Teixeira de Freitas ficou incumbido da feitura desse trabalho preparatório, que após sua conclusão ficou conhecido como “esboço”. Este ensaio de compilação da lei civil não logrou êxito nacionalmente, porque a comissão revisora priorizou contendas delongadas acerca do projeto, ao invés de alcançar conclusões efetivas (CARVALHO, 2013).

Ao contrário do que aconteceu fora do Brasil, onde o “esboço” de Teixeira de Freitas foi reconhecido e, inclusive, foi forte influência quando da elaboração do Código Civil Argentino (CARVALHO, 2013).

De igual modo, o esboço de Joaquim Felício dos Santos e da comissão formada por Antonio Joaquim Ribas, Antonio Ferreira Viana, Antonio Coelho Rodriguês, Francisco Gonçalves de Andrade, Lafayette Rodriguês Pereira e também por Felício dos Santos, não logrou êxito (CARVALHO, 2013).

Por fim, o projeto apresentado por Clóvis Beviláqua só foi abonado após 1736 emendas, convertendo-se na Lei 3.071, de 01 de janeiro de 1916, e entrando em vigor em 1º de janeiro de 1917 (CARVALHO, 2013).

O Códex Civil de 1916 teve o Código Civil Alemão como norte, é dizer, utilizou como método a primado científico-racional, elaborado por Savigny, onde encontra-se uma Parte Geral e uma Parte Especial (CARVALHO, 2013).

Desse modo, na parte geral encontram-se dispositivos que versam sobre pessoas, bens e fatos jurídicos; já a Parte Especial disciplina sobre direito de família, direito das coisas, direito das obrigações e direito das sucessões.

A codificação civilista promulgada em 2002 entendeu por permanecer com a metodologia científica-racional, sendo desmembrado em uma parte geral e outra especial. Nesta, a distribuição das matérias foi modificada, sendo adicionado o direito de Empresa, ordenado da seguinte forma: Livro I – Do Direito das Obrigações; Livro II – Do Direito de Empresa; Livro III – Do Direito das Coisas; Livro IV – Do Direito de Família; Livro V – Direito das Sucessões; além do Livro Complementar que trata de Direito Intertemporal, Das Disposições Finais e Transitórias (CARVALHO, 2013).

Assim, ao analisar as Ordenações Filipinas no tocante ao Códex Civil Pátrio, percebe-se que houve um rompimento ordenado, o que é esclarecido pela evolução jurídica codificadora, que foi dada pelo positivismo jurídico no final do século XVIII e início do século XIX (MACIEL, 2006).

As Ordenações do Reino acompanharam uma estruturação dúbia, onde as normas de direito de família, direito das sucessões e direitos obrigacionais se embaralhavam, sem uma anterior distinção dessas searas, aglomerados em um só livro (CARVALHO, 2013).

Todavia, em hipótese alguma, a herança jurídica recebida de Portugal pode ser esquecida, sob pena de se perder raízes históricas e culturais, derivadas de séculos de evolução jurídica, que foram incorporados desde a ocupação da Península Ibérica pelos romanos, bárbaros e mulçumanos, e, é claro, o Direito Canônico, que humanizou diversas situações.

Portanto, há de se reconhecer que, não obstante o Código Civil de 1916 ter seguido uma estruturação distinta do direito civil antecedente, diversos primados nele em vigor dificilmente seriam tornados ineficazes, tendo em vista já estarem enraizados na sociedade brasileira.

É fato que houve progresso desses institutos, e o surgimento de novas normas sobre matérias que ao tempo das Ordenações não havia realidade para serem disciplinadas. Interminável seria esta exposição se fosse realizada uma análise comparativa de todos os institutos no tempo das Ordenações e comparados com os institutos vigentes no novo código civil e no código de 1916.

### 2.3. AS RELAÇÕES FAMILIARES NAS ORDENAÇÕES FILIPINAS.

É manifesto que o direito de família versa sobre regras e princípios do casamento, sendo eles, sua celebração, validade, efeitos, regime de bens, sua dissolução, parentesco, relações entre pais e filhos, tutela, curatela e ausência.

O Livro I da parte especial do Código Civil Brasileiro de 1916 disciplinava o direito de família, ao contrário do Código Civil Alemão que principia a parte especial com direito das obrigações.

Tal orientação foi resultado do pensamento nacional da época que, consoante o pensamento de Pontes de Miranda, citado por André Luiz Pedro André, onde a sociedade brasileira acreditava que a organização se encontrava no seio familiar (ANDRÉ, 2007). O Código Civil de 2002 se amoldou a nova realidade social, sendo implantado em seu Livro I da Parte Especial o direito obrigacional.

As disposições específicas sobre direito de família no Livro IV das Ordenações são raras. As alusões achadas são, na maioria das vezes, reguladoras

de obrigações entre marido e mulher, como por exemplo, a doação de bens móveis, feita pelo marido sem outorga da mulher, contida no Título LXIV (NOBRE, 2014).

Não obstante as Ordenações tratem de direito privado, encontram-se disposições relativas ao direito de família esparsas neste corpo legislativo, evidenciando a falta de sistematização legislativa da época.

De maneira precisa, Pontes de Miranda afirma que, naquela época, o conceito de família na verdade era submissa ao patriarcado, é dizer, a família é o pai, não tendo a mulher qualquer poder familiar (ANDRÉ, 2007).

Logo, percebe-se que o legado que foi perpassado, e que é bastante encontrado no Código Civil de 1916, como exemplo, o artigo 233, IV, que dispunha (antes da redação dada pela Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962) sobre a permissão do marido para o exercício da profissão pela mulher.

Em síntese, na estruturação das Ordenações, havia o patriarca, como chefe da família, como o dever de criar e educar os filhos, incumbido de pregar a ordem. O direito de vida e morte e de vender os filhos já tinha sido completamente extirpado do direito luso desde a lei dos Wisigodos (SIMÃO, 2013).

A família começa a adotar forma nuclear e restrita, apesar de ser o início de um extenso processo que só se finda em no fim do século XX. Tal mudança pode ser exemplificada no que se refere ao conceito de família, que cada vez mais passa a ser centralizada e menos ampla, revelada pelo direito das sucessões (GOMES DA SILVA, 2006).

No Brasil, até 1907, com a Lei Feliciano Penna, os parentes colaterais até 10º grau afastavam o cônjuge da sucessão. É dizer, no início do século XX, constata-se uma transformação expressiva para derrocar noção histórica e secular pela qual o parentesco era mais importante que o casamento para a construção de vínculos familiares (SIMÃO, 2013).

No que tange ao castigo aos filhos, nas Ordenações existem, ainda, o poder e dever dos pais em informar às autoridades aqueles filhos incorrigíveis. No âmbito patrimonial, os filhos começam a deter direito aos bens conquistados por meio de herança, doação ou de seu trabalho, sendo mantido o direito do progenitor de gozar de tais bens em razão de seu poder paternal, que cessava quando o filho se emancipasse ou casasse (SIMÃO, 2013).

De certo é que somente com a Constituição de 1988, artigo 5º, que há plena equiparação entre homem e mulher dentro da sociedade conjugal. Nessa evolução

foram reconhecidos direitos e deveres aos concubinos que antes só eram reconhecidos aos cônjuges.

O Título XLVI do Livro IV das Ordenações Filipinas especifica “como marido e mulher são meeiros em seus bens”. Desta forma, a compilação filipina dispensava especial atenção à proteção dos bens do casal, constituído perante a Igreja Católica, sendo que o pecado poderia ser punido com a perda dos bens constituídos pelo casal (ANDRÉ, 2007).

As Ordenações Filipinas denotam um caráter contratual ao casamento, independente das crenças de cada pessoa, uma vez que a igreja católica seria a autoridade maior (ANDRÉ, 2007).

A importância deste instituto pode ser vista com relação a sua evolução para as modernas disposições sobre o Direito de Família, que atualmente dispensam espaço relevante sobre o tema, como fez o código de 1916, e atualmente o novo civil, que dispõe em seu Livro IV, Título II, Do Direito Patrimonial, traçando os regimes de bens entre os cônjuges.



### 3 DO CASAMENTO.

O casamento, por muitos séculos e até hoje, apresenta-se como um instituto principal, ou melhor dizendo, fundamental para a constituição da família. De modo que, a própria Carta Magna de 1988 trouxe em seu bojo à proteção ao matrimônio, e demais formas de conjugação familiar, tendo por objetivo de salvaguardar a base da sociedade, a família.

Nesse ponto, na visão de Camilo de Lelis Colani Barbosa, é na gênese do Estado que se encontra a ideia do casamento como núcleo principal de constituição familiar, sendo a união entre homem e mulher a célula mãe da sociedade (BARBOSA, 2006, p. 9).

Por muito tempo, o casamento foi exclusivamente a única forma instituidora de família legítima, gozando de diversos privilégios. Por esse ângulo, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald asseveram que fora do casamento a família era ilegítima, espúria ou adúltera, não merecendo a proteção do ordenamento jurídico familiarista, produzindo efeitos, apenas no âmbito das relações obrigacionais (FARIAS; ROSENVALD, 2018, p. 174).

Posteriormente, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, e com a redação contida em seu art. 226, passam-se a serem aceitas como família legítima, não somente aquela oriunda do casamento, mas também, as resultantes de união estável, dentre outras manifestações de afeto, sendo considerada como entidade familiar, inclusive, a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, como extrai-se do mencionado dispositivo:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 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.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

[...]

Ao interpretar o *caput* do referido dispositivo, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald sinalizam que a CF88, por assegurar à família especial proteção do Estado, qualquer núcleo familiar, constituído de qualquer modo, seria merecedor

da proteção do Estado, não podendo sofrer qualquer discriminação. Diante disso, de forma extensiva, por assim dizer, o casamento passou a conviver com outros mecanismos de constituição do núcleo familiar, como a família homoafetiva (FARIAS; ROSENVALD, 2018, p. 174).

Quanto à conceituação do casamento, é imperioso destacar a sua diversidade de aspectos. Para Pontes de Miranda, a essas relações intersubjetivas dava-se a referência de “processos sociais de adaptação”, sendo explicado como:

Toda definição do fato religioso, moral, jurídico, econômico, que não aluda ao processo científico de adaptação que os caracteriza, cai, inevitavelmente, em ontologismo. Não há, cientificamente, religião, nem direito, nem economia, que sejam dados absolutos. Há processos adaptativos, fatos, relações que se distribuem segundo critérios especiais de adaptar e, variáveis no tempo e no espaço (MIRANDA, 1971, p. 161).

O referido autor prossegue enumerando os referidos processos adaptativos:

Os principais processos adaptativos são sete: 1) o religioso (e.g., a caridade, a piedade, o devotamento); 2) o moral (critério do ético e do não-ético); 3) o estético (valores de beleza); 4) o gnosiológico (conhecimento, ciência); 5) o jurídico (justo, injusto, ordem extrínseca); 6) o político (organização, administração pública, ordem intrínseca); 7) o econômico (útil, inútil, produção de riqueza).

Nesse passo, percebe-se que a enumeração e organização dos mais variados aspectos do casamento, contribuiu sobremaneira para a atual conceituação do casamento. Além disso, cumpre destacar e elucidar que, mesmo após a ampliação do rol de institutos que possibilitam a formação de uma instituição familiar, como visto acima, entende-se ser o casamento o principal deles, de modo que a partir do matrimônio, ambos os nubentes, passam a ter de forma solene, um único objetivo, um único propósito, a comunhão de vida.

### 3.1. A EVOLUÇÃO DO INSTITUTO.

O debate acerca de como e porquê o casamento deve ser realizado perpassou-se por séculos, sendo que as conclusões oriundas destas discussões precisavam ser concebidas pelas pessoas, e para tanto foi imprescindível a criação de um arcabouço normativo de natureza moral apto a justificar aos olhos dos fieis o cumprimento da legislação que exigia a bênção da Igreja e todo um trâmite

burocrático condizente com a seriedade do sacramento do casamento celebrado em face da Igreja. Tornava-se necessária sua inclusão na catequese e um grande trabalho de convencimento que ficaria a cargo do clero e dos moralistas (SILVA 1984).

O casamento teve uma importância imensurável nas áreas coloniais, inclusive no Brasil, onde foi um meio de apaziguar a população e de resguardar a estrutura social portuguesa, tal qual de disseminar os princípios cristãos entre os colonos (PIMENTEL, 2002).

Diferente do que se constata *prima*, a sacramentalização do casamento não foi estabelecida desde o início do cristianismo, pelo contrário, apenas entre os séculos XI e XIII conseguiu fixar-se após extenso processo, este encoberto de ambiguidades e de impasses (VAINFAS, 1992).

O casamento, como forma de impedir a concupiscência, era indicada somente para os indivíduos que não eram capazes de se comedirem. Protegendo a superioridade e autoridade da matéria espiritual sobre a temporal, do celibato sobre o casamento, colocava-se a Igreja como superior ao poder secular (VAINFAS, 1989).

Conforme preconizado por Ronaldo Vainfas:

[...] a reforma gregoriana, projeto de construção da supremacia eclesiástica no Ocidente, possuía, na estratégia matrimonial, um dos seus maiores pontos de apoio. E dela constava o reconhecimento e a benção do matrimônio para os leigos e a supressão absoluta do casamento de padres. Era esta uma fórmula de compromisso com a doutrina – particularmente com a moral apostólica e o ideal de castidade – e, também, um instrumento de poder, na medida em que transferia o matrimônio para a chancela da Igreja. Era esta, ainda, uma fórmula capaz de representar, no plano simbólico, a superioridade do clero no “mundo de Deus...” Ao clero, homens do mundo espiritual, deveria caber a castidade e o poder. Aos leigos, homens do mundo profano, caberia o matrimônio e a obediência... No bojo desse processo, a Igreja afirmou-se como o poder supremo no Ocidente. A sacramentalização do casamento foi a base, portanto, do triunfo político da Igreja, e matéria privilegiada da codificação moral da cristandade (VAINFAS, 1989, p; 35-36).

Michel Foucault sopesa o instituto do casamento como um “dispositivo de aliança” que atém e distende parentescos, nomes e bens, aduzindo ainda que tal dispositivo se sustenta em derredor a um conjunto normativo que estabelece, em síntese, o que se pode ou não fazer (FOUCAULT, 1997).

Partindo desta premissa, o matrimônio abarcava interesses cruciais da família, o que obstaculizou o assenso do casamento como sacramento, o qual dava aos noivos o direito de se casarem sem o consentimento explícito dos pais, transferindo da esfera doméstica para a religiosa a benção competente de reconhecer as uniões, sendo intitulado de “cristianismo de fachada” (MARQUES, 1981).

Com intuito de implantar o matrimônio, a Igreja e o Estado buscaram tornar tal instituto efetivamente aceito. No entendimento da Igreja, o matrimônio deveria ser norteado com observância a três princípios: o da propagação humana, composta para o culto e honra de Deus; a fé, e a lealdade, que os casados deveriam guardar mutuamente; e o da inseparabilidade dos mesmos casados, significativa da união de Cristo Senhor nosso com a Igreja Católica (VIDE, 1853).

O contrato matrimonial anterior ao casamento sacramento ocorria por meio de que cultos próprios, onde o pai da noiva era responsável por conduzir todas as praxes necessárias para legitimação da relação conjugal que passaria a existir (VAINFAS, 1992).

No casamento como sacramento o padre tornou-se responsável por reger tais relações, iniciando-se então o primado de que as uniões que não fossem realizadas perante a Igreja não teriam validade, e as pessoas que possuíssem tal relação conjugal passariam a viver “em fama de casados”, submetendo-os ao julgamento de toda a comunidade. Tal liturgia foi utilizada pela Igreja como forma de imposição aos leigos sua moral e de normalizar a sexualidade (VAINFAS, 1992).

Assim, o contrato matrimonial tornou-se meio efetivo de hierarquização, empregado na afirmação do status dos dominantes e voltado contra os dominados como marca de seu desajuste.

Como forma de resistência a um cotidiano opressor, existiam os divórcios e de promessa de casamento, com fito de manifestar-se acerca da discordância para com o que estava sendo imposto (VAINFAS, 1992).

Constata-se que, em verdade, os objetivos do casamento eram para a criação dos filhos, a transmissão de valores, importando em um núcleo econômico, servindo como cerne da estabilidade, sendo mais importante que o próprio amor entre os casais (VAINFAS, 1992).

Em que pese marcos importantes, como a criação da Igreja Anglicana, em 1534, e a dissolução do casamento entre o Rei inglês Henrique VIII e a rainha

espanhola Catarina de Aragão, foi somente em 1670 que se iniciou a contestação da característica permanente do casamento (VAINFAS, 1992).

Como precedentes para o divórcio atual, é possível citar, por exemplo, decisões parlamentares que causaram o rompimento de matrimônios de determinados indivíduos, bem como, o fato de que na Europa, partir de 1836, o casamento passou a ser realizado no civil, deixando de ser ato exclusivo da Igreja (VAINFAS, 1992).

Para se referir ao divórcio, mister pontuar o seguinte dispositivo:

CAPITULO IX  
DO DIVORCIO

Art. 80. A acção do divorcio só compete aos conjuges e extingue-se pela morte de qualquer delles.

Art. 81. Si o conjuge, a quem competir a acção, for incapaz de exercel-a, poderá ser representado por qualquer dos seus ascendentes, descendentes ou irmãos, e na falta delles pelos parentes mais proximos, observada a ordem em que são mencionados neste artigo.

Art. 82. O pedido de divorcio só póde fundar-se em algum dos seguintes motivos:

§ 1º Adulterio.

§ 2º Sevicia, ou injuria grave.

§ 3º Abandono voluntario do domicilio conjugal e prolongado por dous annos continuos.

§ 4º Mutuo consentimento dos conjuges, si forem casados ha mais de dous annos.

Art. 83. O adulterio deixará de ser motivo para o divorcio:

§ 1º Si o réo for a mulher e tiver sido violentada pelo adultero.

§ 2º Si o autor houver concorrido para que o réo o commettesse.

§ 3º Quando tiver sobrevindo perdão da parte do autor.

Isto porque, o Brasil foi um dos últimos países ocidentais a adotar o divórcio, tendo como marco a edição do decreto nº 181 de 24 de janeiro de 1890, que em seu capítulo IX passou a disciplinar a separação de corpos, sendo incluídas todas as causas autorizadoras do divórcio.

### 3.2. A NATUREZA JURÍDICA DO CASAMENTO.

Para deslinde do tema em conteste, também se faz necessário abordar e esclarecer a natureza jurídica do casamento, transcorrendo, inclusive, por seus planos, quais sejam, Existência, Validade e Eficácia, para, a partir de então, entender a necessidade da proteção patrimonial existente nesse instituto.

Destaca-se que o Código Civil de 2002 não define com precisão o instituto do Casamento. Diante disso, a doutrina cumpre esse papel e aborda três teorias acerca

do casamento, são elas, a “contratualista”, “institucionalista” e a mista, que cumpre o papel de unir as duas teorias iniciais.

No entendimento de Caio Mário da Silva Pereira, a doutrina ocidental fixa opiniões acerca das teorias “contratualista” e a “institucionalista” (PEREIRA, 2015, p. 85).

Quanto a estes entendimentos, tem-se que a contratual é àquela decorrente do ato volitivo das partes, assim como os negócios jurídicos. Além disso, na visão de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 184):

[...] no alvorecer do século XXI, com a possibilidade de dissolução consensual do casamento em cartório, se tornam despiciendas as discussões acerca da natureza jurídica do matrimônio, eis que o ordenamento jurídico brasileiro, de certo modo, confirma que a sua formação e a sua extinção dependem, fundamentalmente, da vontade das partes, o que é sinal indicativo indiscutível da sua natureza negocial.

Para Silvio Rodrigues, o matrimônio é um contrato de direito de família que tem como finalidade motivar a junção do homem e da mulher, com intuito de regulamentar suas relações sexuais, dar uma atenção cautelosa a prole comum e conceder mútua assistência (RODRIGUES, 2002; p. 19).

Para Eduardo de Oliveira Leite, apesar de terem existido várias teorias tendentes a emoldurar o matrimônio em uma espécie jurídica, hoje está decisivamente pacificada a doutrina, que fixa o casamento como um contrato especial (LEITE, 2005, p. 48).

Já para a teoria institucionalista, na palavra de Washington de Barros Monteiro, o casamento consiste em “uma grande instituição social, que, de fato, nasce da vontade dos contraentes, mas que, da imutável autoridade da lei, recebe sua forma, suas normas e seus efeitos” (MONTEIRO, 2014, p. 13).

Para César Fiúza, a corrente institucionalista do matrimônio é uma criação social, no grau que é um complexo de regras admitidas por um todo para regularizar a ligação entre marido e mulher (FIÚZA, 2003, p. 19).

No que se refere à teoria mista, tem-se que o casamento ganharia em sua formação o status de contrato, já no conteúdo seria uma instituição (VENOSA, 2012, p. 26).

Arnaldo Rizzardo traz um pensamento peculiar acerca de tal instituto, veja:

O casamento constitui assim uma grande instituição social, que de fato nasce da vontade dos contratantes, mas que da imutável autoridade da lei recebe sua forma, as suas normas e seus efeitos. As pessoas que o contraem, explica Salvat, têm a liberdade de realiza-lo ou não; uma vez que o decidem, porém, a vontade delas se alheia e só a lei impera na regulamentação de suas relações (RIZZARDO, 2004, p.22).

A natureza jurídica segundo Carlos Roberto Gonçalves possui duas correntes, quais sejam: individualista ou contratualista amparado pelo Código de Napoleão. Sendo o casamento um ato de cunho religioso onde entrevia-se um sacramento. Seus seguidores destinavam ao casamento as disciplinas triviais a todos os contratos (GONÇALVES, 2008. p.24).

Quanto às essas discussões acerca da teoria cabível e mais adequada ao casamento, Camilo de Lélis Colani Barbosa, sintetiza: “revela a condição social, refletindo a tendência histórica adotada pelo direito de um determinado país e determinada época” (BARBOSA, 2013, p. 19).

Destarte, cumpre evidenciar que tais discussões não geram implicações, unicamente doutrinárias, uma vez que, sendo o casamento um contrato, deverá carregar consigo os princípios e os deveres próprios dos contratos estabelecidos pelo Código Civil.

Por parte da doutrina majoritária, entende-se pela supremacia da teoria contratualista em face da institucionalista pelo fato do indivíduo ter a possibilidade de pactuar o regime de bens a ser seguido no decorrer do matrimônio.

No que diz respeito ao regime de bens, a doutrina de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho conceitua como sendo o “conjunto de normas que disciplina a relação jurídico-patrimonial entre os cônjuges, ou, simplesmente, o estatuto patrimonial do casamento” (GAGLIANO; PAMPLONA, 2014, p. 312).

Já Carlos Roberto Gonçalves, leciona o referido instituto da seguinte forma: “conjunto de regras que disciplina as relações econômicas dos cônjuges, quer entre si, quer no tocante a terceiros, durante o casamento.” Complementando, ainda, o referido conceito, sinaliza que deverá regular, inclusive, o domínio e a administração dos bens anteriores e os adquiridos na constância da união conjugal, por ambos ou separadamente (GONÇALVES, 2017, p. 436).

Por outro lado, Caio Mário da Silva Pereira aduz que a constituição do regime de bens como sendo “*princípios jurídicos que disciplinam as relações econômicas entre os cônjuges, na constância do matrimônio*” (PEREIRA, 2015, p. 217).

Nesse mesmo sentido, Arnaldo Wald em sua obra “Direito Civil”, conceitua o regime de bens como “o conjunto de normas que disciplinam as relações patrimoniais entre cônjuges, na constância do matrimônio” (WALD; FONSECA, 2013, p. 167).

Assim, resta evidente que o regime de bens estará atrelado, sempre, às normas, ou diretrizes, que disciplinarão as relações patrimoniais entre os consortes e também perante terceiro.

Diante disso, firma-se, novamente, a preferência por admitir o casamento como um contrato, reiterando tal posicionamento ante os conceitos extraídos do regime de bens, lei que rege as relações econômicas dos cônjuges.

### 3.3. DEFINIÇÃO DE FATO, ATO E NEGÓCIO JURÍDICO. OS TRÊS PLANOS DO NEGÓCIO JURÍDICO.

Inicialmente, é fundamental conhecer o conceito de fato, ato e negócio jurídico, a fim de diferenciá-los e enquadrá-los na seara jurídica, bem como de se entender completamente em quais destas espécies o casamento se enquadra.

Em apertada síntese, fato consiste em qualquer situação que tenha ou não relação com o âmbito jurídico, onde sempre que houver repercussão para o direito, existirão fatos jurídicos.

Sendo assim, tais fatos jurídicos podem ser tanto naturais quanto humanos, onde os fatos naturais, ou fato jurídico stricto senso, não dependem da atuação humana, diferente dos fatos humanos, que, por sua vez, podem ser Ato Jurídico Lato Sensu ou Ato Ilícito (VENOSA, 2012).

Os atos jurídicos são classificados em ato jurídico em sentido estrito, que consiste em uma manifestação de vontade onde suas consequências estão previstas em lei e não na vontade das partes envolvidas; negócio jurídico, é a ação humana onde os indivíduos gerem seus interesses, com um acordo de vontades, onde o objeto deve ser lícito (TARTUCE, 2011); e ato-fato jurídico, que é um fato jurídico qualificado por uma atuação humana, por uma vontade não relevante juridicamente, levando-se em consideração o efeito resultante do ato.



Já o ato ilícito consiste em uma conduta voluntária ou involuntária em contrário com o quanto previsto pela legislação vigente, podendo ser penal, administrativo ou civil.

Ultrapassados tais conceitos inaugurais, mister analisar o negócio jurídico no que se refere aos seus três planos, quais sejam, existência, validade e eficácia.

O negócio jurídico tem com fito regulamentar direitos e deveres específicos em conformidade com os indivíduos envolvidos.

Antônio Junqueira de Azevedo brilhantemente afirma que o negócio jurídico constitui o principal exercício da autonomia privada da liberdade negocial. Respeitando sempre os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide (AZEVEDO, 2002).

Pontes de Miranda, citado por Azevedo, afirma que o negócio jurídico possui três planos, quais sejam: o da existência, da validade e da eficácia. O primeiro são os elementos essenciais; o segundo são os elementos do plano da existência com algumas qualificações; e no último estão os efeitos gerados pelo negócio em relação às partes e em relação a terceiros (AZEVEDO, 2002).

No que tange ao plano de existência, este deve observar certos requisitos mínimos, regulados pelo sistema normativo do Código Civil, sendo eles: a manifestação ou declaração de vontade; partes ou agente emissor da vontade; objeto; e forma. Não se avaliando, neste plano, a invalidade ou eficácia desse fato jurídico, se atendo apenas a presença dos elementos existenciais mínimos (BEVILÁQUA, 1999).

No que se refere ao plano da validade, os fatores que o estruturam são idênticos aos do plano da existência, contudo a manifestação de vontade por si só não é o bastante, precisando esta ser livre, sem vícios, devendo os indivíduos envolvidos serem capazes, bem como o objeto deve ser lícito, possível, determinado ou determinável e a forma deverá ser prescrita ou não defesa em lei (BEVILÁQUA, 1999).

Por fim, o plano da eficácia, que objetiva constatar se o negócio jurídico repercute juridicamente no plano social, isto é, a eficácia da declaração negocial manifestados como queridos (BEVILÁQUA, 1999).

Contudo, imperioso chamar atenção para o fato de que até mesmo um ato eivado de nulidade absoluta produzirá efeitos jurídicos, conforme depreende-se do ensinamento feito pelo doutrinador Sílvio de Salvo Venosa, onde preconiza que “o

negócio é juridicamente nulo, mas o ordenamento jurídico não pode deixar de levar em conta efeitos materiais produzidos por esse ato. Isso é verdadeiro tanto em relação aos atos nulos como em relação aos atos anuláveis” (VENOSA, 2001).

### **3.3.1. O plano de existência do casamento.**

Assim, após tecer alguns esclarecimentos acerca do negócio jurídico e seus planos, quanto ao plano da existência, cumpre asseverar que se trata de premissa fundamental e insuperável para qualquer acontecimento jurídico, como também o casamento (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 196).

Nesse ponto, os negócios jurídicos, desde sua forma mais ampla até as mais complexas, atingem a existência quando são preenchidos os requisitos mínimos para a sua inserção no suporte fático da norma. Em outras palavras, o plano da existência será o plano do ser. Nele ingressarão todos os fatos jurídicos, sejam lícitos ou ilícitos (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 229).

Ademais, no plano da existência não se busca a eficácia ou a invalidade do negócio jurídico, importando, apenas a realidade da sua existência. Busca-se o entendimento primordial e fundamental da descoberta se o suporte fático se compôs, ensejando-se a incidência.

Marcos Bernardes de Mello, traz como exemplo, o casamento realizado perante quem não tenha autoridade para casar, como um delegado de polícia, o que não configura um fato jurídico, e sim, um ato inexistente. Diante disso, não há o que se discutir acerca da nulidade ou da ineficácia do negócio jurídico, nem mesmo quanto à necessidade de ser desconstituído judicialmente, como costumam fazer os Franceses, notadamente por ser a existência um não ser (MELLO, 2000, p. 83).

Assim, para a existência do casamento, percebe-se a real necessidade do preenchimento de alguns requisitos, estes, que por sua vez, não estão presentes no Código Civil.

Vale ressaltar, que uma vez não preenchido os requisitos para a existência do matrimônio, ou seja, para que possa ultrapassar a barreira do dever ser para adentrar à do ser, tal instituto não se configurará, sendo encarado como um não casamento, um nada jurídico (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 229).

Oportunamente, mister destacar que o conceito de “nada jurídico” ou da teoria da inexistência, não são reconhecidos pelo direito positivo brasileiro, sendo,

inclusive, um desafio encontrar doutrinadores que diferenciem estes conceitos no âmbito do casamento, sendo, em diversas oportunidades, encarado como casamento nulo, conceito este, correspondente ao plano da validade (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 229).

Quanto à teoria da inexistência, tem-se com exatidão que a referida fora concebida para justificar determinadas situações que marcam, particularmente, o casamento. Destaca-se que fora na França que a teoria da inexistência fora engendrada, notadamente, para justificar a impossibilidade de reconhecer invalidades sem expressa cominação legal (*pas de nulittè sans texte*), vez que à época somente eram toleráveis invalidades textualmente previstas nas leis. Tem-se como justificativa, exemplificativamente, que a ausência absoluta de consentimento dos noivos (não é caso de manifestação defeituosa de vontade, mas de ausência de vontade declarada) obstaría a própria formação do negócio, razão pela qual prevalece a sua inexistência em face da sua invalidade (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 229).

Destarte, percebe-se que o Código Civil não trata expressamente dos pressupostos necessários para a existência do casamento, notadamente, por entender desnecessária a sua enumeração haja vista já fazer referência aos elementos naturais do casamento que, por si só, já demonstram evidencia (DINIZ, 2011, p. 67).

Sobre tais aspectos, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald expõem:

Conquanto o Código Civil não mencione expressamente os elementos da existência do casamento (e dos negócios jurídicos como um todo), é indubitoso que, antes de produzir efeitos no plano concreto, o casamento precisa existir juridicamente. Não existindo juridicamente, sequer precisa ser desconstituído juridicamente, porque a inexistência é o “*não ser*”, o *nada juridicamente falando*. Logo, não tendo vocação para produzir qualquer efeito, não havendo necessidade de ser declarado inexistente. Excepcionalmente, apenas, é necessária a declaração judicial da inexistência de um casamento, em razão de efeitos indiretos fáticos gerados por ele. É o exemplo do casamento celebrado por um Delegado de Polícia ou por um Juiz do Trabalho. O ato em si é inexistente e, como tal, não se mostra necessária a propositura de uma ação para declará-lo como tal. Todavia, pode ser admissível o ajuizamento de ação para anular o registro público eventualmente lavrado (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 331).

Diante disso, para que o casamento exista, conforme o novo entendimento da doutrina e jurisprudência serão necessários, apenas, dois elementos existenciais, e não três como antigamente.

Nesse passo, será necessária a existência de consentimento dos nubentes (manifestação de vontade); e que a celebração do matrimônio seja realizada por uma autoridade competente. Destarte, o requisito da diversidade de sexo entre os nubentes deixou de ser elemento fundamental para a existência do matrimônio, o qual, a partir de então poderá existir entre pessoas do mesmo sexo (FARIAS; ROSENVALD, 2015).

Ressalta-se que, por muito tempo a doutrina e a jurisprudência entenderam a diversidade sexual entre os nubentes como um requisito fundamental para a existência do matrimônio, mesmo sem a Constituição Federal de 1988 ou o Código Civil de 2002 terem feito qualquer menção expressa acerca do tema.

Neste diapasão, levando-se em consideração o desenvolvimento social e a influência de diversos países, como a Argentina, o Uruguai, Holanda, Portugal, dentre outros, a exigência da diversidade de sexos para o casamento deixou de ser elementar para que o casamento passasse a existir (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 232).

Entendendo-se o casamento como qualquer outra entidade familiar assentado na comunhão de vida afetiva, deixando-se de lado, inclusive, o arcaico entendimento do matrimônio como um instrumento para a perpetuação biológica da espécie, o direito brasileiro, inicialmente através da doutrina e depois pela jurisprudência e finalmente pelo CNJ firmaram entendimento no sentido de possibilitar o casamento homoafetivo (FACHIN, 2013).

Quanto aos demais pressupostos de existência do casamento, encontra-se a ausência de celebração, ou a ausência de autoridade celebrante. Por exemplo, a escritura pública de convivência e o casamento presidido por pessoa distinta da autoridade não poderão constituir o casamento.

Por sua vez, em alguns casos, mesmo sem o devido preenchimento dos pressupostos de existência do matrimônio, o referido poderá ser considerado como putativo, como ocorre em casos que o casamento é celebrado por juiz incompetente *ratione loci*, por exemplo por ser de outra circunscrição, sendo nesse caso, um vício sanável, (VENOSA, 2015, p. 114) consoante art. 1.554, IV, do Código Civil como observa-se:

“Art. 1.554. Subsiste o casamento celebrado por aquele que, sem possuir a competência exigida na lei, exercer publicamente as funções de juiz de casamentos e, nessa qualidade, tiver registrado o ato no Registro Civil”.

Em outras palavras, se um juiz de direito, materialmente competente para a celebração matrimonial, por equívoco, preside o ato em comarca fora da sua atuação funcional, tratar-se-á de incompetência em razão do local, ou seja, simples anulabilidade (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 214).

Ressalta-se parecer sem sentido entendimento diverso do supramencionado, notadamente, caso seja interpretada friamente a “incompetência da autoridade celebrante” para que seja reconhecida em quaisquer casos, seja de incompetência material ou relativa (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 215).

Desta forma, resta notório que, mesmo aparentemente o ato seja inexistente, a boa-fé dos nubentes é capaz de justificar a existência do ato e a sua possível convalidação, tomando por base a teoria da aparência.

Nesse prisma, em seu curso de direito das obrigações, Rodolfo Pamplona e Pablo Stolze, ao tratarem do assunto, fazem referência à teoria do funcionário de fato, conceituando com maestria o tema discutido:

[...] em determinadas situações, a simples aparência de uma qualidade ou de um direito poderá gerar efeitos na órbita jurídica. Tal ocorre na chamada teoria do funcionário de fato, provida do direito administrativo, quando determinada pessoa, sem possuir vínculo com a administração Pública, assume posto de servidor, como se realmente fosse, e realiza atos em face de administrados de boa-fé, que não teriam como desconfiar do impostor. Imagine-se, em um distante município, o sujeito que assume função de um oficial de Registro Civil, realizando atos registrários e fornecendo certidões. Por óbvio, a despeito da flagrante ilegalidade, que, inclusive acarretará responsabilização criminal, os efeitos jurídicos dos atos praticados, aparentemente lícitos, deverão ser preservados, para que se não prejudiquem aqueles que, de boa-fé, hajam recorrido aos préstimos do suposto oficial. Da mesma forma, se nos dirigimos ao protocolo de uma repartição pública para apresentarmos, dentro de determinado prazo, um documento, e lá encontramos uma pessoa que se apresenta como funcionário encarregado, não existe necessidade de se perquirir a respeito de sua legitimidade. Se o sujeito era um impostor, caberá à própria Administração Pública apurar o fato, com escopo de punir os verdadeiros funcionários que permitiram o acesso de um estranho ao interior de suas instalações. O que não se pode supor é que o administrado será prejudicado com a perda do prazo para a apresentação do documento solicitado (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 155).

Assim, percebe-se que tal conceito não deverá ser aplicado apenas ao ramo Administrativo do Direito, mas também ao Direito Civil, em especial ao Direito de Família ao tratar do existência do matrimônio, este que deverá subsistir mesmo em razão de celebração realizada por impostor, desde que os nubentes estejam de boa-fé, a fim de não prejudica-los.

Existe, ainda, o terceiro pressuposto de existência do casamento, notadamente para a doutrina atualizada, o segundo pressuposto, já que a diversidade sexual, como já demonstrado não figura mais como condição de existência para o matrimônio, sendo esse, o consentimento ou manifestação de vontade.

Em prima face, cumpre elucidar que como bem destaca a doutrina de Orlando Gomes, a declaração de vontade do indivíduo apresenta-se como pressuposto de todos os negócios jurídicos, e não apenas das relações matrimoniais, podendo ser também denominada de consenso consciente (GOMES, 2001, p. 381).

Destaca-se que a manifestação da vontade pode aflorar-se de duas formas, tácita ou expressa. A expressa é aquela manifestada através da palavra escrita ou falada, ou até mesmo através de gestos ou sinais. Por outro lado, a tácita consiste naquela que será resultado de uma ação ou omissão de um agente, desde que tal comportamento demonstre a concordância ou a discordância com determinado aspecto, sendo comportamento negativo ou positivo.

Nesse passo, Marcos Bernardes de Mello, destaca em sua obra que “a exteriorização da vontade consciente constitui o elemento nuclear do suporte fático do ato jurídico *lato sensu*” (MELLO, 2000).

Por esta razão, a manifestação da vontade adquire diversas feições e característica, como, por exemplo, a manifestação da vontade, que para se aperfeiçoar necessita do conhecimento da parte contrária, conhecida como manifestação de vontade receptícia. Existem, também, meios que neutralizam a manifestação volitiva do sujeito, como ocorre com a violência física ou coação física, conhecida como *vis absoluta*, ou até mesmo a hipnose, as quais, tornam o negócio jurídico inexistente (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 202).

Em outra seara, precisamente no plano da validade, é onde a coação moral atua. Nesse conceito, apesar de ser melhor tratado a frente, em outro tópico, tem-se como premissa fundamental para a distinção entre ambas coações, o fato da coação moral não anular, por completo, a vontade do agente, e sim, embaraçá-la, apenas. Destarte, jamais a coação moral gerará a inexistência do ato ou negócio jurídico, sendo existente, portanto, o matrimônio ocorrido em razão de pressão familiar (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010, p. 403).

### 3.3.2. O plano de validade do casamento.

Nesse tópico, será analisado o plano da validade do casamento, ou seja, sendo ele existente analisar-se-á a validade do matrimônio.

Nesse passo, ao contrário do plano da existência, que se analisa os pressupostos existenciais do casamento, aqui na validade observa-se os requisitos exigidos pelo sistema jurídico positivo. Percebe-se uma verdadeira relação implicacional, ou seja, existindo a análise dos requisitos de validade é notória a presença dos requisitos de existência (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 234).

Imperioso destacar, que dentro da validade do negócio jurídico estão presentes não só as hipóteses de nulidade das relações privadas, mas também, os casos de anulabilidade dos negócios jurídicos, fazendo, ambas, parte de gênero invalidade do negócio jurídico (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 234).

Destaca-se, ainda, ser no plano da validade o momento que o negócio jurídico encontrará plena justificação teórica, sendo apreciada a oscilação da vontade exteriorizada, bem como os limites da autonomia privada, o objeto, o conteúdo e a forma (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 600).

Nesse contexto, cumpre salientar o modo como o código civil de 1916 tratava a anulabilidade das relações negociais, assim como nos casamentos. Ato contínuo, tem-se que o Código Civil anterior reunia em único artigo, todas as causas de nulidade absoluta e relativa do casamento, tratando-as como impedimentos públicos e privados (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p 239). Nesse passo, ao tratar do tema, o Código Civil de 1916 reunia nos arts. 183, IX a XII, e 209, as possibilidades de anulabilidade do casamento, veja:

Art. 183. Não podem casar (arts. 207 e 209):

(...)

IX. As pessoas por qualquer motivo coactas e incapazes de consentir, ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento. (Vide Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 1919).

X. O raptor com a raptada, enquanto esta não se ache fora do seu poder em lugar seguro.

XI. Os sujeitos ao pátrio poder, tutela, ou curatela, enquanto não obtiverem, ou lhes não for suprido o consentimento do pai, tutor, ou curador (art. 211). (Vide Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 1919).

XII. As mulheres menores de dezesseis anos e os homens menores de dezoito.

[...]

Art. 209. É anulável o casamento contraído com infração de qualquer dos nºs IX a XII do art. 183.

É notório, então, que somente poder-se-ia apreciar as causas de anulabilidade, após a interpretação sistemática dos dois supracitados artigos (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p 240).

Por outra vertente, o Código Civil de 2002 ao tratar do tema das nulidades relativas, o aborda, de forma mais precisa e minuciosa, notadamente ao separar em artigos próprios as causas de anulação do casamento, impedimentos e causas meramente suspensivas (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p 239).

Cumprido elucidar a precisa distinção trazida por Washington de Barros Monteiro entre as causas de nulidade e de anulabilidade, tomando por base, ainda o Código Civil de 1916, conforme observa-se abaixo:

Os casos que oferecem, entretanto, maior interesse prático dizem respeito a casamentos nulos e anuláveis. A doutrina distingue os atos nulos dos anuláveis por caracteres próprios e inconfundíveis: a) decreta-se a anulabilidade no interesse privado da pessoa prejudicada. A nulidade é de ordem pública e a decretação exigida no interesse geral; b) sana-se a anulabilidade pela ratificação ou confirmação, ao passo que a nulidade não é suscetível de ratificação, ainda que desejada pelas partes. Em matéria de casamento, porém, sofre essa regra a exceção prevista no art. 208 do Código Civil (1916, grifo nosso); c) a anulabilidade é prescritível. A nulidade, ao contrário, em regra, não prescreve, sobretudo em direito matrimonial. (...) d) finalmente, declara-se a anulabilidade a requerimento das próprias partes diretamente interessadas no ato, ao passo que a nulidade se pronuncia a pedido desses interessados e do representante do Ministério Público, como órgão da lei fiscal de sua execução (MONTEIRO, 1999, p. 84).

Destarte, o Código civil de 2002 traz em seu bojo, precisamente em seu art. 1.550, todas as causas de anulabilidade do casamento. Dentre as possibilidades, estão presentes os casos dos nubentes que não atingiram a idade mínima para casar, o que não possui idade núbil e sem autorização dos pais, os casos de vício da vontade, dentre outros.

Quanto aos nubentes que ainda não atingiram a idade mínima para realizarem o matrimônio, assevera-se que ao observar o art. 1.517 do Código Civil conjuntamente ao art. 1520, tem-se que a referida idade mínima consiste nos 16 anos para ambos os sexos, diferentemente do que ocorria no Código Civil de 1916, que a idade mínima para mulher era aos 16 anos e do homem aos 18 anos, provavelmente por considerar o amadurecimento masculino ser mais retardado que o feminino (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p 241).

Por outro lado, no sistema jurídico atual, não existe espaço para diferença de limite etário entre sexos, passando a ser, a idade de 16 anos completos válida para



os nubentes de ambos os sexos (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p 241). Sendo, dessa forma, a idade de 16 anos completos a idade mínima para conferir validade ao matrimônio.

Além dessa premissa, tendo os cônjuges ou um deles, idade núbil, será necessária a autorização para o casamento, seja judicial ou dos representantes legais.

Nesse prisma, cumpre salientar que uma vez concedida a autorização pelo representante legal ela não será absolutamente irrevogável, podendo, destarte, ser revogada até a celebração do casamento, tratando-se de pleno exercício de direito potestativo.

Nesse passo, Francisco Amaral trata do tema com o seguinte posicionamento, “conferem ao respectivo titular o poder de influir ou determinar mudanças na esfera jurídica de outrem, por ato unilateral, sem que haja dever correspondente, apenas uma sujeição” (AMARAL, 2000, p. 563).

No que se refere aos vícios da vontade, estes também são capazes de anularem o casamento. Porém, essas possibilidades são restritas aos casos de coação e erro quanto à pessoa do cônjuge, excluindo-se dos casos de anulabilidade em casos de dolo, estado de perigo, lesão e fraude contra credores (DIAS, 2015, p. 188).

Muito embora esse seja o entendimento da doutrina, advoga-se está inserido dentro do conceito de dolo o próprio erro, de modo que o dolo encontra-se presente no casamento, principalmente quanto às mentiras, por vezes, exaradas pelos cônjuges.

Assim, quando da existência de uma mentira essencial, o interlocutor induz o receptor ao erro, agindo de forma dolosa, ou seja, visando ludibriar o outro cônjuge. Então, muito embora não tenha expressamente o dolo, entende-se pela existência dele dentro do erro.

### **3.3.3. O plano de eficácia do casamento e os seus efeitos.**

Sabe-se que eficácia possui diversos significados, entretanto, neste contexto, tal vocábulo quer denota a capacidade de produzir efeitos, é dizer, configura-se como último plano de realização do ato jurídico, após os planos da existência e da validade (LÔBO, 2008, p. 11).

Conforme se depreende da análise do art. 1566 do Código Civil, o casamento, para sua eficácia jurídica, deve obedecer à fidelidade recíproca; vida em comum no domicílio conjugal; mútua assistência; o sustento, a guarda e a educação dos filhos; respeito e consideração mútuos.

Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:  
I - fidelidade recíproca;  
II - vida em comum, no domicílio conjugal;  
III - mútua assistência;  
IV - sustento, guarda e educação dos filhos;  
V - respeito e consideração mútuos.

A fidelidade recíproca, primeiro dos deveres entre os cônjuges, faz-se de suma importância para o casamento, sendo a base para uma união consistente e feliz. Já no que tange a vida em comum no domicílio conjugal, esta versa sobre o convívio dos cônjuges sob o mesmo teto, configurando assim, como mais um requisito para a eficácia jurídica do casamento.

Por sua vez, a mútua assistência configura-se no amparo comum entre os cônjuges, em qualquer momento, abrangendo o auxílio material, moral e espiritual. Envolve o desvelo, próprio do companheirismo, e o auxílio mútuo em qualquer circunstância, especialmente nas relações difíceis (GONÇALVES, 2008, p. 60-61).

O sustento, a guarda e educação dos filhos, bem como o respeito mútuo, são imprescindíveis no âmbito interno e externo da relação conjugal.

Ademais, o matrimônio produz efeitos sociais, pessoais e patrimoniais, onde, inclusive, pode atingir terceiros, como por exemplo, a necessidade de outorga, uxória ou marital, para venda de imóvel (PEREIRA, 1996).

Salutar pontuar que do negócio jurídico do casamento emanam efeitos patrimoniais, como o caso do regime de bens, que se configura como um conjunto de regras designado às relações e interesses econômicos oriundos do matrimônio. Trata-se do estatuto patrimonial dos consortes, que apresenta as disposições de regras aplicáveis à sociedade conjugal no que se refere ao seu proveito pecuniário (DINIZ, 2007, p. 150).

Tais disposições possuem vigência desde o casamento, conforme preconiza o art. 1.639, §1º, do Código Civil de 2002, *in verbis*:

Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.

§ 1º O regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento.

Roberto Senise Lisboa aduz que, dentre os efeitos patrimoniais do casamento, pode-se é possível mencionar a administração dos bens, a assistência material, o dever de sustento do cônjuge necessitado, o dever de guarda, o sustento e a educação dos filhos, os bens reservados e a fixação do regime de bens (LISBOA, 2002, p. 96).

Por sua vez, Silvio de Salvo Venosa aduz que o regime de bens é “a modalidade de sistema jurídico que rege as relações patrimoniais derivadas do casamento” (VENOSA, 2001, p. 149).

Para Maria Helena Diniz, no que tange ao regime matrimonial, é possível citar três princípios primordiais, quais sejam, o da variedade de regime de bens, o da liberdade dos pactos antenupciais e o da mutabilidade justificada do regime adotado de acordo com o art. 1639, §2º, do Código Civil (DINIZ, 2007, p. 156).

No que tange a variedade de regime de bens, este consiste no fato se fixa um só regime aos nubentes, que podem ser: comunhão universal, comunhão parcial, separação e o da participação final dos aquestos (DINIZ, 2007, p. 156).

Já o da liberdade dos pactos antenupciais consiste na livre escolha do regime que os nubentes estiverem de acordo. Conforme leciona Caio Mário da Silva Pereira, é lícito aos cônjuges optar pelo regime que melhor lhes convier, reunindo cláusulas de sua escolha, de maneira que não infrinja os princípios da ordem pública e, ainda que não se oponha a natureza e aos fins do matrimônio (PEREIRA, 2006, p 189).

E por fim, o princípio da mutabilidade justificada que, em síntese, é a possibilidade concedida pelo Código Civil de 2002, desde que enquadrada nas hipóteses ali previstas. Veja.

Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.

§ 2º É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.

Portanto, os efeitos patrimoniais do casamento passam a vigorar uma vez que se concretiza o matrimônio, apontam direitos e obrigações em relação às pessoas e aos bens patrimoniais dos cônjuges.

### 3.4. DAS ESPÉCIES DE REGIME DE BENS.

Conforme anteriormente elucidado, existe uma variedade de regime de bens, que podem ser: comunhão universal, comunhão parcial, separação, seja ela convencional ou obrigatória, e o da participação final dos aquestos.

#### 3.4.1. Do regime de comunhão parcial de bens.

Consoante já citado em parágrafos alhures, quanto aos regimes de bens, sabe-se que o Código Civil de 2002 estabelece em seus artigos a faculdade de escolha de um dos regimes existentes, ou até mesmo a criação de um regime misto. Diante disso, esses regimes de bens disciplinados pelo Código Reale correspondem às diferentes intenções almejadas pelos futuros cônjuges (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 357).

O supracitado diploma legal se dedica ao regime da comunhão parcial entre os arts. 1.658 a 1.666.

Tal regime trata-se do regime oficial do Código Reale, ou seja, será àquele que em caso de ausência de pacto antenupcial para o casamento ou contrato de união estável, rege ambas as relações. Por esta razão é chamado também de regime legal ou supletivo (GONÇALVES, 2017, p. 357).

Na comunhão parcial, se transmite todos os bens adquiridos a título oneroso, a contar da data do casamento (LISBOA, 2002, p. 107).

Carlos Roberto Gonçalves aduz que o regime de comunhão parcial predominará se o marido e a mulher não realizarem o pacto antenupcial, sendo caracterizado por instituir bens a separação quanto ao passado e comunhão no que se refere ao futuro (GONÇALVES, 2008, p. 420-421).

De acordo com o art. 1.658, do Códex Civil, na comunhão parcial a comunicabilidade dos bens ocorre a partir da aquisição de bens após o casamento, ainda que adquiridos em nome de só um dos cônjuges (ANGHER, 2007, p. 352-353).

Convergindo com tal entendimento, Silvio Rodrigues analisa que o

Regime de comunhão parcial é aquele em que basicamente se excluem da comunhão os bens que os cônjuges possuem ao casar ou que venham a adquirir por causa anterior e alheia ao casamento, como as doações e

sucessões; e em que entram na comunhão os bens adquiridos posteriormente, em regra, a título oneroso. Trata-se de um regime de separação quanto ao passado e de comunhão quanto ao futuro (RODRIGUES, 2004, p. 178).

Com efeito, entrará na comunhão parcial de bens, àqueles adquiridos durante o casamento, a título oneroso, ou eventual, sobrando excluídos os bens adquiridos durante o matrimônio, de forma gratuita, ou então os adicionados antes das núpcias (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 358).

Tal regime de bens, tem por garantia o reconhecimento da presunção absoluta (*juris et de jure*) no que tange à colaboração, por parte do outro consorte, para a aquisição onerosa de determinado bem na constância do casamento, mesmo que de forma psicológica ou moral, e não necessariamente econômica. Sendo, destarte, os bens adquiridos no decorrer do matrimônio resultados de ajuda mútua (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 358).

Diante disso, extrai-se que existirá na comunhão parcial de bens, três esferas de patrimônio, os bens particulares de cada consorte e os bens comuns, construídos a partir da constância do matrimônio, os quais serão partilhados em face de uma futura dissolução conjugal.

É de se pensar se a sociedade brasileira não estaria melhor atendida se o regime base fosse o de separação de bens. Vem à tona tal questionamento, ao se avaliar a sociedade brasileira, com toda a sua pluralidade, miscigenação, desigualdade e principalmente, desinformação.

Destarte, nesse contexto, entende-se mais prudente a atribuição do regime de separação de bens como regime comum brasileiro, notadamente, visando a proteção e a linearidade do patrimônio de algum indivíduo que, por desconhecimento, ou por pressão social, optou pelo regime comum, atualmente o de comunhão parcial de bens.

Além disso, a própria evolução histórica da condição social da mulher, outrora hipossuficiente econômica e profissionalmente, denota a necessidade de rever o regime base, tal como, em 1977 fora revisto com a modificação da comunhão universal de bens para comunhão parcial de bens.

### 3.4.2. Da comunhão universal de bens.

O regime de comunhão universal de bens, para Carlos Roberto Gonçalves, corresponde àquele

[...] em que se comunicam todos os bens, atuais e futuros, dos cônjuges, ainda que adquiridos em nome de um só deles, bem como as dívidas posteriores ao casamento, salvo os expressamente excluídos pela lei ou pela vontade dos nubentes, expressa em convenção antenupcial (CC, art. 1.667) (GONÇALVES, 2017, p. 478).

Conceituando de forma mais completa o instituto abordado, Rodolfo Pamplona Filho e Pablo Stolze Gagliano, afirmam que “o regime de comunhão universal de bens tende à unicidade patrimonial” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 360). Ademais, ressalvam que

[...] o seu princípio básico determina, salvo as exceções legais, uma fusão do patrimônio anterior dos cônjuges e, bem assim, a comunicabilidade dos bens havidos a título gratuito ou oneroso, no curso do casamento, incluindo-se as obrigações assumidas (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 360).

Diante disso, demonstra-se incontestável que no referido regime de bens, os consortes terão uma única unidade patrimonial, existindo comunicabilidade entre os bens dos cônjuges, inclusive as, eventuais, dívidas.

Muito embora o regime de comunhão universal de bens estabeleça a comunicabilidade entre os bens do casal, o Código Reale preocupou-se em apontar bens a serem excluídos da comunhão, conforme art. 1.668 do predito diploma legal.

Conforme ensinamentos de Fábio Ulhôa Coelho, em resumo, quando se trata de comunhão universal de bens, a norma geral é a da participação de todos os bens dos cônjuges, sendo eles adquiridos anterior ou posteriormente ao casamento. Contudo, existem exceções, tornando alguns bens incomunicáveis, é dizer, que não se relacionam de nenhuma forma para o zelo dos interesses dos cônjuges (COELHO, 2006, p. 73).

Nesse prisma, ficam excluídos da comunhão, por exemplo, os bens doados ou herdados com cláusula de incomunicabilidade ou sub-rogados em seu lugar, as doações antenupciais realizadas por um dos cônjuges ao outro com cláusula de

incomunicabilidade, além dos demais casos elencados no art. 1.668 do Código Civil de 2002. Veja.

Art. 1.667. O regime de comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas, com as exceções do artigo seguinte.

Art. 1.668. São excluídos da comunhão:

I - os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar;

II - os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva;

III - as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum;

IV - as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade;

V - Os bens referidos nos incisos V a VII do art. 1.659.

Nesse ponto, deve-se criticar a adequação desse regime à denominação a ele atribuída. Primeiramente, em simples leitura do art. 1.667, Código Civil de 2002, percebe-se que comportam exceções ao regime de comunhão universal de bens, o que demonstra latente contradição. Ou seja, mesmo no regime da comunhão universal existem bens particulares. Ora, se tem-se a comunhão tida como universal, não é louvável que seja atrelada à ela qualquer exceção, ou qualquer bem que não possa se comunicar. Assim, observa-se que, na forma que dispôs o legislador, em verdade, atribuiu-se a um regime de comunhão parcial *lato sensu*, denominação de comunhão universal, mas não de *status* de comunhão universal.

Caio Mário da Silva Pereira preleciona que o legislador quando da elaboração do Código Civil de 2002, deu valor ao ânimo dos cônjuges na suposição de pacto antenupcial podendo escolher pelo presente regime de bens (PEREIRA, 2006, p. 224).

Desta forma, em suma, a característica precípua do regime de comunhão universal de bens é estabelecer uma comunicação do ativo e do passivo do patrimônio, e o que, daí em diante, qualquer um deles adquirir, é de aquisição de ambos os cônjuges, somado à comunhão familiar, respeitando-se as exceções acima expostas.

### **3.4.3. Participação final dos aquestos.**

Superada a análise acerca da comunhão parcial de bens, passa-se a analisar o regime de participação final nos aquestos.

Em *prima facie*, cumpre salientar que se trata de um regime criado pelo Código Civil vigente, que estabelece que, ao longo da convivência conjugal, o matrimônio ficará submetido às leis da separação convencional de bens, assumindo, entretanto, nova feição no instante da dissolução conjugal, seja por morte ou divórcio, passando a incidirem as normas correspondentes à comunhão parcial de bens, comunicando-se, destarte, os bens adquiridos onerosamente por cada cônjuge na constância das núpcias (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 373).

Silvio Rodrigues conceitua tal instituto como

[...] um regime híbrido, ou misto, ao prever a separação de bens na constância do casamento, preservando, cada cônjuge, seu patrimônio pessoal, com a livre administração de seus bens, embora só se possa vender os imóveis com a autorização do outro, ou mediante expressa convenção no pacto dispensando a anuência (arts. 1.672 e 1.673, parágrafo único c/c o art. 1.656). Mas, com a dissolução, fica estabelecido o direito à metade do bens adquiridos a título oneroso pelo casal na constância do casamento (art. 1.672) (RODRIGUES, 2004, p. 194).

Nesse sentido, conclui Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, que “a *ratio essendi* do regime é conferir aos cônjuges a livre administração de seus bens, garantindo-se, a outro giro, a participação de cada um deles no patrimônio residual, remanescente, quando do término da relação afetiva” (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 373).

Diante disso, nota-se que o que predomina nesse regime, é o fato de que, na constância do casamento, ambos os cônjuges, possam administrar seus patrimônios de forma livre e individual e, quando da dissolução do casamento, seja por divórcio, seja por morte, cada um deles tenha direito à meação sobre os bens que o outro adquiriu, a título oneroso, na constância da convivência (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 373).

Assim, percebe-se tratar de regime fadado ao desuso, pois, por se assemelhar ao regime de comunhão parcial, notadamente, quanto à divisão dos bens após a dissolução conjugal, sendo este o regime comum, cai-se no esquecimento o regime de participação final nos aquestos, o qual tem por característica primordial, a livre administração dos bens particulares na constância do casamento, com a sua comunicabilidade após a dissolução do contrato.



#### **3.4.4. Separação de bens: consensual e legal.**

Ao analisar a norma vigente, constata-se que existem dois tipos de separação de bens, a convencional, ou consensual/absoluta, e a obrigatória, ou legal, a seguir expostas.

De início, cumpre ressaltar que a separação consensual é quando, em verdade, sucede de convenção determinada por pacto antenupcial, conforme dispõe o art. 1.687, do Código Civil de 2002, onde cada um dos cônjuges mantém, de forma integral, a propriedade, administração e posse de seus bens (LEITE, 2005, p. 364).

Rolf Madaleno, acertadamente critica quem defende que tal regime representa a ausência de regime patrimonial, notadamente, em razão da sua característica primordial que consiste na existência de patrimônios separados, o que em essência não corresponde à realidade, porque tal afirmação teria sentido se não estivéssemos diante de uma entidade familiar (MADALENO, 2013, p. 819).

Nas vozes de Cristiano Chaves de Farias e de Nelson Rosenvald, extrai-se o conceito da separação convencional de bens:

[...] a separação convencional de bens é o regime de bens que promove uma absoluta diáspora patrimonial, obstando a comunhão de todo e qualquer bem adquirido por cada cônjuge, antes ou depois do casamento, ou seja, a título oneroso ou gratuito. Outorga-se a cada esposo uma independência absoluta quanto aos seus bens e obrigações, no presente e no futuro (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 367).

Interligando tal regime às normas contidas na Constituição Federal, constata-se que ela atende a personalidade e a liberdade moral ou intelectual da mulher. Possui aplicação em prol da igualdade jurídica entre o homem e a mulher, uma vez que existe a separação de bens, no grau em que cada um dos cônjuges irá contribuir com suas economias pessoais para colaborar com os desejos da sociedade afetiva, dessa forma conservando ileso o seu patrimônio no caso da existência da separação (RODRIGUES, 2007, p. 191).

Para Roberto Senise Lisboa, a separação de bens é o regime que não existe a participação dos aquestos, tem como disciplina básica administração dos bens ser privativa de cada cônjuge, que a separação de bens espontânea é prescrita sob pacto antenupcial onde pode ser ampla ou restrita (LISBOA, 2002, p.109).

Cumpra chamar atenção ao fato de que o regime de separação de bens possui características próprias, dentre essas, temos: a propriedade completa e exclusiva dos bens que já tinha existência antes do matrimônio, bem como os adquiridos na constância do matrimônio; a administração individual dos bens pelo cônjuge proprietário; a responsabilidade no pagamento das obrigações do cônjuge que as contraiu; eventuais créditos entre os cônjuges e, ainda, ajuda mutuas entre os cônjuges nas despesas da família (RIZZARDO, 2004, p. 659).

Acertadamente, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona fazem uma conexão do regime da separação convencional de bens com o princípio da autonomia privada. Diante disso, destacam que de forma diametralmente oposta ao regime da comunhão universal de bens, os cônjuges pretendem, com tal regime, administrar o seu patrimônio de forma exclusiva e pessoal, seja ele anterior ou posterior ao matrimônio (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 369).

Muito embora, o regime de separação de bens demonstre essa característica segregacionista e até mesmo carente de afeto conjugal, por assim dizer, parte da doutrina visa desconstruir esse entendimento popular.

Nesse sentido, tem-se que o regime de separação universal de bens vem sendo muito utilizado por casais que já possuem patrimônio ou em razão de suas profissões, quando estas não comportarem riscos financeiros.

Além disso, deve-se destacar que não há no regime de separação de bens o desafeto espiritual entre os cônjuges, muito pelo contrário, a adoção do referido instituto demonstra o desprendimento e evidencia a falta de interesse material no casamento (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 368).

Muito embora o mencionado regime adote em sua essência a incomunicabilidade dos bens dos consortes, gerando, inclusive, uma espécie de barreira entre eles, em situações excepcionais a referida barreira poderá ser rompida e determinados bens se comunicarão.

Nessa linha, Paulo Lôbo exemplifica com maestria a referida excepcionalidade:

Malgrado sua natureza, tem-se como compatível com o regime de separação a eventualidade de condomínio dos cônjuges sobre determinados bens, que tenham sido adquiridos com a participação efetiva de ambos, nos limites e proporção correspondentes, ou em decorrência de doações ou legados conjuntos. Essa circunstância, dado o seu caráter de excepcionalidade, não desfigura o regime, pois os bens assim adquiridos

submetem-se à incidência das regras do condomínio voluntário (arts. 1.314 a 1.326), sem interferência das regras aplicáveis aos demais regimes matrimoniais de bens (LÔBO, 2009, p. 332).

Diante disso, torna-se incontestável a possibilidade dos consortes, mesmo diante do regime de separação obrigatória de bens, possuírem bens comuns. Notadamente, em ocasiões que ambos forem titulares do mesmo bem, como em um condomínio.

## **4 A SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS E SUA REPERCUSSÃO NA VIDA CIVIL.**

Após o entendimento do conceito, das características e da aplicabilidade do regime de separação obrigatória de bens, se torna imperioso demonstrar a sua repercussão na vida civil. Nesse ponto, o referido capítulo perpassará pela repercussão que o regime obrigatório gera na vida do septuagenário, sendo abordada as inovações e proteções conferidas pelo estatuto do idoso, o enfrentamento entre a autonomia privada, a liberdade de escolha, a dignidade da pessoa humana, bem como a análise da súmula 377 do STF quanto à sua aplicabilidade, finalizando-se com a análise do art. 1641, II, do Código Civil de 2002 frente à autonomia privada e a sua (in)constitucionalidade.

### **4.1. QUESTÃO PRÉVIA: O ADVENTO DO ESTATUTO DO IDOSO E A SUA PRINCIPIOLOGIA.**

Baseado na premissa de valorização do idoso, de proteção, de garantia de direitos e na promoção de políticas públicas capazes de assegurar a dignidade, liberdade e a saúde das pessoas com idade avançada, é que fora sancionada a Lei 10.741/2003, precisamente, o Estatuto do Idoso.

Maria de Souza Lordello aponta a Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada em Paris, em dezembro de 1948 pela ONU como sendo a inicialização para a proteção do homem e conseqüentemente do idoso (LORDELLO, 2005, p. 83).

Nesse ponto, sinaliza que o “artigo XXV estabelece que todo homem tem direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle” (LORDELLO, 2005, p. 83).

A referida autora, conclui dizendo: “vemos assim preservada a velhice no contexto da Declaração Universal dos Direitos do Homem;” (LORDELLO, 2005, p. 83).

Diante disso, percebe-se que desde 1948, a idade mais avançada já era vista com certa preocupação, merecendo proteção dos Estados. Por sua vez, muito embora a Declaração Universal dos Direitos do Homem tenha previsto a proteção

aos idosos com grande antecedência, somente em 2003, o Brasil veio a sancionar legislação específica de garantia à esta parcela da sociedade.

Logo em seu artigo 2º, o Estatuto do Idoso equipara o idoso à qualquer outro indivíduo, extirpando qualquer hipótese de submissão dos mais velhos em relação aos demais cidadãos, como observa-se:

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

A referida compilação protecionista, abarca ainda, em seus artigos 8º e 9º a garantia do direito à vida, ao envelhecimento, à saúde, em condições de dignidade, o que demonstra que todo o estatuto do idoso é regido pelo princípio da dignidade da pessoa humana, sendo ele, juntamente com a autonomia privada, pontos de fundamental importância para a análise da separação obrigatória de bens para o maior de 70 anos.

#### 4.2. DA ANÁLISE DO ART. 1.641 DO CÓDIGO CIVIL.

Muito embora, como visto alhures, a escolha do regime patrimonial seja uma faculdade concedida pelo legislador aos nubentes, oportunidade que os referidos escolherão o tipo de contrato que regerá suas relações até a dissolução conjugal, o mesmo diploma legal, mitiga tal liberdade na oportunidade que impõe a determinados cidadãos o regime da separação de bens, de forma legal e obrigatória.

Evocando suposta proteção à determinados indivíduos e/ou situações, devido a matéria aparentemente de ordem pública, o legislador, preferiu por diminuir a liberdade de escolha patrimonial do casamento, impondo aos nubentes o regime de separação legal de bens (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 308).

Conforme supramencionado, as hipóteses em que é obrigatório o regime da separação de bens no casamento estão tipificadas no art. 1.641, do Código Civil de 2002. Uma destas hipóteses é o casamento onde um dos cônjuges seja maior de 70 anos. Veja:

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

I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;

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

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

Com a análise deste dispositivo normativo, se extrai que cada cônjuge possui somente seus bens particulares, não podendo estes se comunicarem entre os bens do casal.

Para Paulo Lobo o “regime de separação total de bens, vem para promover a igualdade de gêneros, onde ambos exercerão a guarda de seus bens de forma separada” (LOBO, 2009, p. 331).

Ocorre que, ao contrário disto, ao impor às pessoas maiores de 70 anos que pretendem se casar a adoção do regime de separação obrigatórias de bens, ainda que com a alegação de que é dever da legislação proteger a pessoa idosa dada uma suposta vulnerabilidade, coloca tal indivíduo, em verdade, numa absoluta incapacidade.

Melhor dizendo, apesar de o Estado argumentar que pretende proteger a pessoa maior de 70 anos, bem como seus descendentes, resguardando seu patrimônio, percebe-se que tal imposição viola vários princípios e garantias fundamentais que todo cidadão possui.

Salienta-se também que tal imposição coloca as pessoas maiores de 70 anos como incapazes para escolher qual regime deve adotar em seu casamento, gerando assim uma discriminação e um constrangimento para este sujeito.

Nesse sentido, claramente, tem-se como objetivo do legislador impedir a mistura patrimonial em determinadas relações, tendo por justificativa a preservação dos interesses individuais de cada cônjuge. Diante disso, as pessoas casadas sob a égide do citado regime de bens não contarão com a partilha dos bens comuns, não precisarão da vênua conjugal para a alienação de seus bens descendentes, nem poderão estabelecer sociedade entre si ou mesmo com terceiros (LOBO, 2009, p. 331).

Com efeito, conclui-se que no regime de separação obrigatória de bens, a vontade das partes é totalmente desconsiderada, sendo resultado de uma imposição legal, fato este que será analisado no tópico seguinte.

#### 4.3. DA AUTONOMIA PRIVADA *VERSUS* PODER ESTATAL

A autonomia privada pode ser conceituada como sendo um poder individual de gerar preceitos jurídicos em sua própria esfera jurídica (PENTEADO, 2008, p. 304).

É dizer, considerando o direito como um conjunto complexo de normas, a autonomia privada, consiste em um poder do sujeito suscitar preceitos jurídicos particulares a regulamentar seu próprio cenário jurídico, em diversas acepções, com maior ou menor projeção social.

A autonomia significaria a independência de normas superiores para geração, independência empírica e científica, na medida em que sem o ato não haveria a criação e de que esta é meramente reconhecida e aceita pelas normas preexistentes, ainda que tenham, como as normas de validade, uma função de controle (PENTEADO, 2007, p. 304).

Por sua vez, o ilustre doutrinador Pietro Perlingieri define a autonomia privada como sendo corolário da dignidade humana (PERLINGIERI, 2008).

Neste mesmo sentido, Cláudio Luiz Bueno de Godoy assevera que:

A autonomia privada mesmo quando presente em direitos patrimoniais ou não patrimoniais deve atentar-se a obedecer aos valores do ordenamento que consequentemente integram sua própria estrutura (GODOY, 2009, p. 28).

Igualmente, Luigi Ferri aduz que a autonomia privada consiste no poder conferido aos particulares pelo ordenamento jurídico de criar, dentro dos limites estabelecidos pela lei, normas jurídicas em suas relações (COUTO, 2009).

Conforme definição realizada por Hans Kelsen, a autonomia privada é, em verdade, método de produção jurídica definido como "democrático", onde segundo ele, pode ser considerada como "conjunto de normas em cujo centro se encontra a instituição da chamada propriedade privada" é o direito privado. Tais normas delineiam-se como "forma de produção de normas jurídicas individuais adequadas ao sistema econômico capitalista". Hans Kelsen ainda vai além, afirmando que a produção de normas condiz com o "princípio da autodeterminação e tem neste sentido, caráter democrático" (KELSEN, 1997, p. 314).

Em verdade, a autonomia privada fixa-se como um entrave, oriundo das premissas estipuladas na carta magna, estabelecendo limites à intervenção estatal

apenas às situações imprescindíveis, quais sejam, àquelas circunstâncias em que existe ilicitude ou um dano à terceiro (CADEMARTORI, 1999, p. 91).

Nesse viés, constata-se que a autonomia privada como negócio jurídico também está presente no Direito de Família, haja vista a possibilidade dos cônjuges em eleger o regime de bens entre si como bem lhes agradar e pela alternativa de se fazer a separação consensual e o divórcio consensual por meio de escritura pública.

Luiz Edson Fachin afirma que, dada à constitucionalização do Direito Civil:

“(...) saímos daquela percepção transpessoal, em que os interesses da instituição estavam acima do interesse dos membros que a compunham, para uma visão eudemonista em que o que conta na família é, fundamentalmente, o conjunto dos interesses dos membros que a compõem e o direito de cada um deles de realização pessoal e afetiva” (FACHIN, 2002, p. 27).

O fato, em verdade, é que a constitucionalização do Direito de Família possibilita o indivíduo a exercer seu direito de escolhas, sendo uma seara onde não cabe a intervenção estatal, ao contrário do que houve na seara contratual e da patrimonial, onde o Direito arremeteu-se sobre o ambiente da escolha individual.

Luiz Felipe Brasil Santos entende que "em respeito à autonomia da vontade dos cônjuges, tem sido tradicionalmente informado pelos princípios da variedade dos regimes matrimoniais de bens, da livre estipulação e da imutabilidade" (SANTOS, 2004, p. 211).

Na perspectiva teórica do Direito Privado contemporâneo, a autonomia privada deve ser exercida sob o véu dos direitos fundamentais, que demonstra que, em verdade, a pessoa humana é o elemento finalístico da proteção estatal, onde as relações privadas devem ser uma ferramenta de realização da pessoa humana (TEPEDINO, 2008, p.356).

No caso em tela, percebe-se que o fundamento do Estado em intervir no exercício de escolha do indivíduo maior de 70 anos quando da opção ao regime de bens é de cunho paternalista, uma vez que se fundamenta a proteção do indivíduo contra suas próprias ações, restringindo o direito de escolha com fito supostamente evitar autolesões.

Entretanto, tal fundamento deve ser veementemente rechaçado haja vista o notório tratamento infante dado a um adulto, cerceando sua autonomia de decisão como forma de uma pseudoproteção conferida ao patrimônio do septuagenário. Por



sua vez, não é sem propósito que o Estatuto do Idoso, conforme visto em tópico anterior, tem como princípio basilar a dignidade da pessoa humana, sendo contrário ao diploma protecionista, qualquer ato que diminua ou cerceie a dignidade, a liberdade, bem como a autonomia do Idoso.

Não se objetiva aqui a defesa de um Estado que não possa ter como fito a proteção de direitos fundamentais e a proteção aos mais fracos. Muito pelo contrário! A intervenção do Estado é legítima junto à esfera do indivíduo, porém, se presente uma possibilidade de lesão a outrem, e não contra si mesmo (DIAS; GERVASONI, 2014).

O código civil ao determinar que, pelo fato de um dos cônjuges possuir idade acima de 70 anos, é proibida a escolha de qualquer outro regime matrimonial que não a separação de bens, fere de morte o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, bem como a liberdade de escolha e autonomia do indivíduo.

Isto porque, ao poder estatal é vedado a limitação à autonomia do indivíduo, especialmente sobre os aspectos patrimoniais, sob o fundamento de que são maiores de 70 anos, e, por isso, são suscetíveis à fraudes. Isto porque, conforme disposto alhures, as pessoas idosas são plenamente capazes para exercer todos os atos da vida civil.

#### 4.4. DA SÚMULA 377 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SUA APLICAÇÃO PRÁTICA.

Diante deste quadro fático-normativo, o Supremo Tribunal Federal, sob a alegação de poder existir circunstâncias em que alguns indivíduos, de forma dolosa e munidos de má-fé, com fito precípua de enriquecer-se ilícita e desproporcionalmente, editou o verbete sumular 377, “no regime da separação legal de bens comunicam-se aos adquiridos na constância do casamento”.

Oportuno destacar que a edição da referida Súmula sobreveio em 1964, tendo como limiar a necessidade de equiparação da comunhão dos aquestos prevista no artigo 259 ao regime obrigatório do artigo 258, parágrafo único, do Código Civil de 1916. O artigo 259 do aludido código dispunha que “embora o regime não seja o da comunhão de bens, prevalecerão, no silêncio do contrato, os princípios dela, quanto à comunicação dos adquiridos na constância do casamento”.

Assim, em suma, com fito de remediar a discrepância entre tais regimes, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 377.

Neste sentido, pronunciou o Ministro Moreira Alves, em Maio de 1977 no julgamento do AI n. 70303 AgR / RJ:

“REGIME DA SEPARAÇÃO LEGAL DE BENS. COMUNICAÇÃO - DOS AQUESTOS. A SÚMULA 377 VISOU A DAR SOLUÇÃO A CONTROVERSIA SOBRE SE AO REGIME DA SEPARAÇÃO LEGAL DE BENS (PARAGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 258 DO CÓDIGO CIVIL) SE APLICAVA A REGRA DO ARTIGO 259 DO MESMO CÓDIGO, APESAR DE ESTE ALUDIR A "SILENCIO DO CONTRATO" E O REGIME DA SEPARAÇÃO LEGAL DE BENS NÃO RESULTAR DE CONVENÇÃO ANTENUPCIAL. E A SOLUÇÃO QUE DEU FOI A DE APLICAR O DISPOSTO NO CITADO ARTIGO 259 DO REFERIDO REGIME DE BENS. ESSE O MOTIVO PORQUE, NA REFERENCIA DESSA SÚMULA, SE ENCONTRAM MENCIONADOS OS ARTIGOS 258 E 259 DO CÓDIGO CIVIL. EM CASOS QUE TAIS, POR SE TRATAR DE DISCIPLINA DE REGIME DE BENS E NÃO DE SOCIEDADE DE FATO, PARA A COMUNICAÇÃO DOS BENS BASTA SUA AQUISIÇÃO NA CONSTANCIA DO CASAMENTO, ENTENDIDA ESTA EXPRESSAO COMO SOCIEDADE CONJUGAL E NÃO COMO VINCULO MATRIMONIAL, TANTO ASSIM QUE, COM O DESQUITE (QUE SÓ DISSOLVE A SOCIEDADE CONJUGAL), SE POE TERMO AO REGIME MATRIMONIAL DE BENS, COMO SE O CASAMENTO (ISTO E, O VINCULO) FOSSE DISSOLVIDO (ART. 322 DO CÓDIGO CIVIL). O EQUIVOCO DO AGRAVANTE FOI O DE ENTENDER QUE A SOCIEDADE CONJUGAL SE EXTINGUE COM A SIMPLES SEPARAÇÃO DE FATO, O QUE NÃO É CERTO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.” (STJ. Agravo de Instrumento 70303. Agravo Regimental/RIO DE JANEIRO. Relator Min. MOREIRA ALVES.DJU, Brasília, 08/06/77).

Maria Berenice Dias doutrina que a elaboração da súmula foi para introduzir o sentido de que se acredite que a mera convivência leva à presunção do esforço comum dos cônjuges (DIAS, 2015, p. 217).

Rolf Madaleno opina pela vigência do aludido verbete sumular, “especialmente porque sempre foi escopo do enunciado evitar o enriquecimento sem causa ao reconhecer o direito à divisão dos bens hauridos pela conjugação de esforços na *affectio societatis*” (MADALENO, 2008, p. 91).

Paulo Lôbo afirma que “essa hipótese é atentatória do princípio constitucional da pessoa humana, por reduzir sua autonomia como pessoa e constrangê-lo a tutela reducionista, além de estabelecer restrição à liberdade de contrair matrimônio, que a Constituição não faz. Consequentemente, é inconstitucional esse ônus” (LÔBO, 2008, p. 299).

Já para Francisco José Cahali:

“ao deixar o novo Código de reproduzir a nefasta disposição que se continha no art. 259 do Código revogado, a Súmula 377 do STF, originada

na interpretação daquela previsão, deixará de ter aplicação. (...). Esse entendimento funda-se no fato de que a inclusão ou exclusão de bens na comunhão representa tipicamente efeito próprio de determinado regime patrimonial, no caso, de separação obrigatória” (CAHALI, 2004, p. 204).

Ainda existem aqueles que entendem como José Fernando Simão, que assevera o referido verbete não evita e sim gera o enriquecimento sem causa, a comunhão dos aquestos é considerada automática, independentemente da prova de esforço comum (SIMÃO, 2003).

Em que pese as discussões acerca da aplicabilidade da Súmula 377, imprescindível chamar atenção a um ponto incontroverso: sua edição mitiga os efeitos ocasionados pelo art. 1641, Código Civil que macula sobremaneira os princípios constitucionais tratados nos artigos 1º, III (da dignidade da pessoa humana), 3º, I (da solidariedade – haja vista a República brasileira objetivar a construção de uma sociedade justa, livre de preconceitos e solidária) e 5º, I e X, todos da Constituição Federal.

A jurisprudência majoritária do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de ser aplicável a Súmula 377 do STF, mesmo após a vigência do Código Civil de 2002, de modo que, no caso de o casamento ter sido celebrado sob o regime da separação obrigatória de bens, é devida a partilha igualitária do patrimônio adquirido onerosamente na constância do casamento, com base no princípio da solidariedade e a fim de evitar a ocorrência de enriquecimento ilícito de um consorte em detrimento de outro. Veja.

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ALIMENTOS. UNIÃO ESTÁVEL ENTRE SEXAGENÁRIOS. REGIME DE BENS APLICÁVEL. DISTINÇÃO ENTRE FRUTOS E PRODUTO. 1. Se o TJ/PR fixou os alimentos levando em consideração o binômio necessidades da alimentanda e possibilidades do alimentante, suas conclusões são infensas ao reexame do STJ nesta sede recursal. 2. O regime de bens aplicável na união estável é o da comunhão parcial, pelo qual há comunicabilidade ou meação dos bens adquiridos a título oneroso na constância da união, prescindindo-se, para tanto, da prova de que a aquisição decorreu do esforço comum de ambos os companheiros. 3. A comunicabilidade dos bens adquiridos na constância da união estável é regra e, como tal, deve prevalecer sobre as exceções, as quais merecem interpretação restritiva, devendo ser consideradas as peculiaridades de cada caso. 4. A restrição aos atos praticados por pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos representa ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana. 5. Embora tenha prevalecido no âmbito do STJ o entendimento de que o regime aplicável na união estável entre sexagenários é o da separação obrigatória de bens, segue esse regime temperado pela Súmula 377 do STF, com a comunicação dos bens adquiridos onerosamente na constância da união, sendo presumido o esforço comum, o que equivale à aplicação do regime da comunhão parcial. 6. É salutar a distinção entre a incomunicabilidade do produto dos bens

adquiridos anteriormente ao início da união, contida no § 1º do art. 5º da Lei n.º 9.278, de 1996, e a comunicabilidade dos frutos dos bens comuns ou dos particulares de cada cônjuge percebidos na constância do casamento ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão, conforme previsão do art. 1.660, V, do CC/02, correspondente ao art. 271, V, do CC/16, aplicável na espécie. 7. Se o acórdão recorrido categoriza como frutos dos bens particulares do ex-companheiro aqueles adquiridos ao longo da união estável, e não como produto de bens eventualmente adquiridos anteriormente ao início da união, opera-se a comunicação desses frutos para fins de partilha. 8. Recurso especial de G. T. N. não provido. 9. Recurso especial de M. DE L. P. S. provido. (STJ. Recurso Especial nº 1.171.820 – PR – 3ª Turma – Rel. Min. Nancy Andrighi – DJ 27.04.2011).

DIREITO CIVIL. Regime legal de separação total de bens. Aquestos. Imóvel adquirido na constância do casamento e registrado no nome de ambos. Aplicação da súmula 377. **Presume-se esforço comum.** Filhos exclusivos da falecida são herdeiros da parte meada Recurso não provido. (STJ. AgRg no Ag: 1119556 PR 2008/0250779-4, Data de Publicação: DJe 28/06/2010).

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO PARA SUBIDA DE RECURSO ESPECIAL. SEPARAÇÃO E PARTILHA DE BENS. IMÓVEL ADQUIRIDO ONEROSAMENTE NA CONSTÂNCIA DA SOCIEDADE CONJUGAL. INCIDÊNCIA DO VERBETE SUMULAR Nº 377 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DECISÃO ATACADA EM CONSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO ESPOSADO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REAVALIAÇÃO DO CONTEXTO FÁTICO E PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DAS SÚMULAS 7 E 83/STJ. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO A DISPOSITIVOS INFRACONSTITUCIONAIS. PRONUNCIAMENTO SUFICIENTE DO TRIBUNAL A QUO SOBRE A CONTROVÉRSIA. RECURSO QUE NÃO LOGRA INFIRMAR OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. IMPROVIMENTO. I - Não há que se falar em violação a dispositivos de lei federal quando todas as questões postas a debate foram analisadas e decididas pelo Tribunal a quo, ainda que de maneira contrária aos interesses da recorrente. II - Conforme a jurisprudência consolidada no Supremo Tribunal Federal e no STJ, no regime da separação legal de bens, comunicar-se-ão aqueles adquiridos na constância do casamento. Inteligência da súmula 377/STF. III - Aplicam-se os verbetes sumulares n.º 7 e 83 do STJ na hipótese em que a tese versada no recurso reclama a análise de elementos fático-probatórios analisados ao longo da demanda, bem como na hipótese da decisão agravada se coadunar com a jurisprudência desta Corte. IV - O agravante não trouxe qualquer argumento capaz de infirmar a decisão que pretende ver reformada, razão pela qual entende-se que ela há de ser mantida na íntegra. V - Agravo regimental improvido. (STJ. Ag: Nº 945.080 - RJ (2007/0208033-5), Data de Publicação: DJ 04/04/2011).

Os Tribunais pátrios vêm se manifestando da seguinte forma:

“SEPARAÇÃO LITIGIOSA. PARTILHA E ALIMENTOS. REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. SÚMULA Nº 377 DO STF. PARTILHA DOS BENS ADQUIRIDOS NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO. Recurso do marido, provido em parte, tão somente para reduzir os alimentos devidos ao filho comum.” (Tribunal de Justiça do

Estado de São Paulo. AC 584.519.4/3; Ac. 3327460; São José do Rio Preto; Quarta Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Teixeira Leite; Julg. 16/10/2008; DJESP 04/02/2009).

“CASAMENTO. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA. SÚMULA Nº 377, DO STF. PRECEDENTES DO STJ. Recurso provido para admitir a comunhão de aquestos, mesmo em regime de separação obrigatória, pelo simples fato de terem sido adquiridos na constância do casamento, não importando que hajam resultado ou não do esforço comum”. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. APL-Rev 176.318.4/6; Ac. 3362670; São Paulo; Décima Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Octavio Helena; Julg. 04/11/2008; DJESP 12/01/2009).

“ANULAÇÃO DE DOAÇÃO. PRELIMINARES. REJEIÇÃO. CASAMENTO REALIZADO PELO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA. CÔNJUGE SEXAGENÁRIO. VALIDADE DA DOAÇÃO FEITA À ESPOSA DESDE QUE OBSERVADA A LEGÍTIMA. PRINCÍPIO DA LIVRE DISPOSIÇÃO DOS BENS. Alargar o sentido da norma prevista no artigo 1641, II do CC para proibir o sexagenário, maior e capaz, de dispor de seu patrimônio da maneira que melhor lhe aprouver, é um atentado contra a sua liberdade individual. A aplicação da proibição do cônjuge, já de tenra idade, fazer doação ao seu consorte jovem, deve ser aplicada com rigor naquelas hipóteses onde se evidencia no caso concreto que o nubente mais velho já não dispõe de condições para contrair matrimônio, deixando claro que este casamento tem o único objetivo de obtenção de vantagem material”. (Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais; AC 1.0491.04.911594-3/001; Pedralva; Primeira Câmara Cível; Relª Desª Vanessa Verdolim Hudson Andrade; Julg. 29/03/2005; DJMG 29/04/2005).

Contudo, existem entendimentos que exigem a comprovação do esforço comum:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA. AUSÊNCIA. PROVA. CULPA. INSUSTENTABILIDADE DA VIDA EM COMUM. P ARTILHA DE BENS. P ARTES IGUAIS. IMPOSSIBILIDADE. REGIME DE SEPARAÇÃO TOTAL DE BENS. NECESSIDADE. PROVA. DIVISÃO DOS BENS ADQUIRIDOS NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO. ESFORÇO COMUM. 01. NÃO SE EXTRAINDO DOS AUTOS PROVA QUE ATRIBUA AO CÔNJUGE VARÃO A CULPA PELA RUPTURA DA VIDA EM COMUM, MANTÉM-SE O DECRETO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL PREVISTA NO ART. 1.572, § 1º DO CC/2002, DIANTE DA IMPOSSIBILIDADE DA COMUNHÃO DE VIDA. 02. REALIZADO PACTO ANTENUPCIAL MEDIANTE O QUAL FOI CONVENCIONADO O REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS, CADA CÔNJUGE CONSERVA EXCLUSIVAMENTE PARA SI OS BENS QUE POSSUÍA ANTES DO CASAMENTO E AQUELES QUE ADQUIRIRA DURANTE SUA CONSTÂNCIA. 03. SOMENTE SE COMUNICAM OS BENS ADQUIRIDOS NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO CELEBRADO PELO REGIME DE SEPARAÇÃO LEGAL DE BENS, NOS TERMOS DA SÚMULA Nº 377 DO COLENDO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, STF, QUANDO COMPROVADO O ESFORÇO COMUM DOS CÔNJUGES NA AQUISIÇÃO DOS MESMOS, SOB PENA DE TORNAR SEM QUALQUER DISTINÇÃO O REGIME DE SEPARAÇÃO TOTAL COM A COMUNHÃO PARCIAL. 04. NEGOU-SE PROVIMENTO AO APELO. (Tribunal de Justiça do Distrito Federal - APL: 989754420078070001 DF 0098975-44.2007.807.0001, Data de Publicação: 12/04/2010).

DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. COMPANHEIRO SEXAGENÁRIO. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. ART. 258, §

ÚNICO, INCISO II, DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. 1. Por força do art. 258, § único, inciso II, do Código Civil de 1916 (equivalente, em parte, ao art. 1.641, inciso II, do Código Civil de 2002), ao casamento de sexagenário, se homem, ou cinquentenária, se mulher, é imposto o regime de separação obrigatória de bens. Por esse motivo, às uniões estáveis é aplicável a mesma regra, impondo-se seja observado o regime de separação obrigatória, sendo o homem maior de sessenta anos ou mulher maior de cinquenta. 2. Nesse passo, apenas os bens adquiridos na constância da união estável, e desde que comprovado o esforço comum, devem ser amealhados pela companheira, nos termos da Súmula n.º 377 do STF. 3. Recurso especial provido. (STJ. Recurso Especial n.º 646259 RS 2004/0032153-9, Data de Publicação: DJe 24/08/2010).

CIVIL E PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO LIMITADO. DISSÍDIO NÃO APRESENTADO. INVENTÁRIO. CASAMENTO CONTRAÍDO NA ÁUSTRIA. REGIME DA SEPARAÇÃO DE BENS, CONSOANTE A LEI DAQUELE PAÍS, POR FALTA DE PACTO ANTENUPCIAL EM SENTIDO CONTRÁRIO. VINDA PARA O BRASIL. AQUISIÇÃO DE PATRIMÔNIO AO LONGO DA VIDA EM COMUM. FALECIMENTO DO CÔNJUGE VARÃO. DECLARAÇÃO DE BENS, CONSTANDO APENAS AQUELES EM NOME DO DE CUJUS. IMPUGNAÇÃO PELA FILHA DO PRIMEIRO CASAMENTO. AQUÊSTOS. COMUNICAÇÃO. RESSALVA QUANTO AOS HAVIDOS PELO ESFORÇO EXCLUSIVO/DOAÇÃO/HERANÇA DA CÔNJUGE MULHER. LICC, ART. 7º, § 4º CC, ART. 259. SÚMULA N. 377-STF. I. Apesar de o casamento haver sido contraído pelo regime da separação de bens no exterior, os bens adquiridos na constância da vida comum, quase à totalidade transcorrida no Brasil, devem se comunicar, desde que resultantes do esforço comum. II. Exclusão, portanto, do patrimônio existente em nome da viúva, obtido pelo labor individual, doação ou herança, incorporando-se os demais ao espólio do cônjuge varão, para partilha e meação, a serem apurados em ação própria. III. Recurso especial conhecido em parte e parcialmente provido. (STJ. Recurso Especial: 123633 SP 1997/0018091-3, Data de Publicação: DJe 30/03/2009).

Veja que a jurisprudência majoritária considera tanto que a convivência leva à presunção do esforço comum na aquisição de bens para impedir o enriquecimento ilícito de um dos consortes em detrimento ao outro, quanto que para tanto seria necessário à comprovação do esforço comum.

Desta forma, percebe-se que ainda há uma discussão acerca da aplicabilidade da Súmula 377 do STF, uma vez que, querendo ou não, o entendimento firmado pela Corte Suprema vai de encontro ao quanto disposto no art. 1.641, do Código Civil.

Nesse ponto, tem-se como entendimento que, o verbete sumular analisado, deve ser revisto pelo Supremo Tribunal Federal, entendendo-se pela sua revogação, ainda que parcial. Isto pois, mostra-se incontestável que a presunção absoluta do esforço comum dos cônjuges que casam no regime de separação legal de bens, para àqueles bens adquiridos após o matrimônio, importa em enriquecimento sem causa para o consorte que não contribuíra financeiramente para a aquisição do bem,

o que transformaria o regime de separação obrigatória de bens, guardadas as devidas proporções, no de comunhão parcial de bens, por assim dizer.

#### 4.5. DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO INCISO II DO ART. 1.641 DO CÓDIGO CIVIL.

No presente tópico, será realizada a análise do inciso II do art. 1.641 do Código Civil de 2002, quanto à sua constitucionalidade. Nesse prisma, observa-se que diversos são os motivos e argumentos que tornam a referida norma inconstitucional. Desde a análise do desenvolvimento e ampliação da expectativa de vida dos indivíduos, o que possibilitou diversos avanços legislativos, como, por exemplo a prioridade da prioridade, por assim dizer, como a atribuição de validade aos atos praticados por indivíduos que antes eram classificados como absolutamente incapazes, e hoje, com a nova roupagem do Estatuto da pessoa com deficiência, deixaram de ostentar tal enfermidade.

Muito embora seja defendida a inconstitucionalidade do artigo, tem-se que a sumula 377 age como uma forma de mitigação do referido diploma legal, pois, apesar de válida, transforma o regime de separação legal em comunhão parcial de bens.

Como exposto alhures, a Súmula 377 do STF põe a eficácia do inciso II, do art. 1.641 em prova, uma vez que provoca, no mínimo, dúvidas quanto à sua aplicabilidade, na oportunidade que desequilibra o quanto pregado pelo regime de separação obrigatória de bens, assemelhando-o ao regime de comunhão parcial ao admitir a comunicação de bens aqestos em regime de separação.

Têm-se como crítica à referida, súmula também, a desnecessidade da comprovação do esforço comum na aquisição de bens na constância do casamento, existindo, portanto, uma presunção absoluta, o que demonstra a carência de uma revisão.

Inobstante, o questionamento acerca da (in)constitucionalidade do art. 1.641, II, do Código Civil e da necessária revisão acerca da presunção absoluta de esforço comum perpetrada pela súmula 377 do STF, percebe-se que atualmente o referido verbete sumular mitiga a aplicabilidade do regime de separação obrigatória de bens.

#### 4.6. PODERES E DEVERES DO MAIOR DE 70 ANOS

Confunde-se quem acredita que o maior de 70 anos possui poderes e deveres absolutamente distintos dos demais cidadãos. Como demonstrado anteriormente, o Estatuto do idoso iguala os mais experientes aos mais jovens, como forma de promover às garantias aos princípios fundamentais, como o da dignidade da pessoa humana.

Nesse ponto, é imperioso aventar os artigos 26 e 27 da referida lei 10.741/03, os quais além de conferirem aos idosos o direito ao exercício de atividade profissional, também o coloca em igualdade com os demais concorrentes à vaga, de modo que, jamais poderão ser discriminados em razão de sua idade. Ainda mais, coloca o idoso em vantagem em casos de desempate em concurso público, oportunidade em que o mais velho prevalecerá em face do mais púbere.

##### **4.6.1. Dos atos da vida civil permitidos ao maior de 70 anos.**

É notório que todo ser humano tem personalidade, segundo a autora Maria Helena Diniz, a pessoa está interligada à personalidade, que consiste, em verdade, na aptidão genérica para aquisição de direitos e deveres. Decerto, sendo o indivíduo o sujeito das relações jurídicas e a personalidade, a possibilidade de ser sujeito, ou seja, uma aptidão a ele reconhecida, toda pessoa é dotada de personalidade (DINIZ, 2005).

Em se tratando da capacidade civil, o atual Códex baliza seus critérios definidores, estabelecendo, em seus artigos 3º e 4º, um rol taxativo do que vem a ser as incapacidades absoluta e relativa, porquanto, uma vez legalmente positivado, o referido atributo não pode ser presumido.

Nesta toada, merece destaque a nova redação dada, aos dispositivos supramencionados, pela LBI (Lei Brasileira de Inclusão), que passou a conferir incapacidade absoluta, somente, aos menores de 16 (dezesesseis) anos, revogando, no Código Civil, os casos de incapacidade absoluta para àqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática dos atos cívicos:



Art. 3º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.

Art. 4º. São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.

Observa-se, também, a exclusão desse rol taxativo, dessa vez para os relativamente incapazes, os que por deficiência mental, possuíam discernimento reduzido e os “excepcionais”, sem desenvolvimento completo que, a partir da nova roupagem conferida pela LBI deixaram de ser casos de incapacidade relativa.

Assim, na simples análise dos referidos dispositivos legais, constata-se que, em momento algum, estes mencionam os maiores de 70 anos como absoluta ou relativamente incapazes.

Neste mesmo sentido ressalta Fábio Ulhôa Coelho que a velhice não torna o indivíduo incapaz. Isto porque, mesmo em idade avançada, o ser humano possui capacidade para gerir seus negócios (COELHO, 2003).

Se isso não fosse o bastante, urge invocar o exposto no art. 6 da lei 13.146/2015 que, resguarda às pessoas com deficiência a plena capacidade civil, seja para casar-se, constituir união estável, exercer direitos sexuais ou reprodutivos, inexistindo qualquer óbice para, inclusive, a eleição do regime de bens do casamento.

Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

I - casar-se e constituir união estável;

II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;

III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;

IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;

V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e

VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Vale lembrar, ainda, o artigo 84, *caput*, da referida lei que estabelece que “a pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas”.

Percebe-se, então, que a legislação brasileira vislumbra mudanças no que tange à autonomia e liberdade, por assim dizer, daqueles que anteriormente eram vistos por incapazes, o que deve ocorrer também quanto aos maiores de 70 anos.

Nesse ponto, vale lembrar que o simples fato de indivíduo ter idade superior a 70 anos não é sinônimo de incapacidade. A vulnerabilidade e a fragilidade do idoso, por si, justificam o princípio da prioridade da pessoa idosa, porém, não servem de argumento para torná-lo incapaz para os atos da vida civil.

Pietro Perlingiere corrobora que não há justificativa para limitar-se a capacidade de fato do idoso autossuficiente fundamentado exclusivamente na idade (PERLINGIERE, 2008).

A idade adiantada de alguns indivíduos não pode ser motivo para incapacitá-los para administração de seus negócios. Isto porque por mais idoso que seja o indivíduo, o mesmo é capaz de realizar atos e negócios jurídicos, sendo a disposição contida no art. 1641, II, do Código Civil manifestamente contrária aos preceitos normativos trazidos pela Carta Magna, notadamente ao princípio da autonomia privada, exposto alhures.

Desta forma, resta evidente que o artigo 1641, II, do Código Civil de 2002, ao tornar obrigatório o regime de separação de bens aos maiores de 70 anos, acaba por criar uma nova modalidade de incapacidade, por proibir tal indivíduo de optar por outro regime de bens que não seja este.

Ora, por óbvio que o fato de o idoso ter mais de 70 anos não o torna absolutamente incapaz para exercer os atos da vida civil, não podendo ser impedido de exercer o direito de escolher o regime de bens em que irá contrair matrimônio, até porque até a própria redação do novo estatuto da pessoa com deficiência, por conferir à esta plena capacidade civil, corrobora para a tese da inconstitucionalidade do dispositivo aqui rechaçado.

#### **4.6.2. Da proteção patrimonial objetivada pelo Código Reale.**

Sabe-se que é de conhecimento geral que, com a evolução da sociedade, o aumento da expectativa de vida elevou-se sobremaneira, e que, diante disto, pelo fato de grande parcela da população deter idade avançada, tendo como característica certa vulnerabilidade, foi necessário criar mecanismos de proteção

cada vez efetivos visando proteger os direitos fundamentais dos idosos, bem como prevenir qualquer lesão ou ameaça à lesão.

O Estado, por sua vez, tendo ciência destes fatos, buscou criar um conjunto normativo que tivesse como fim precípua a proteção aos idosos, com regras que além de não infringirem seus direitos fundamentais, tornem os mesmos verdadeiramente efetivos, notadamente, que não deixem tais indivíduos suscetíveis à conduta prejudicial de outrem, principalmente daqueles que praticam atos com objetivo de violar o patrimônio construído durante toda a vida do idoso.

Contudo, o Estado por diversas vezes, procurando resguardar direitos, acaba por suprimir outros, os quais do mesmo modo devem ser resguardados.

Os indivíduos maiores de 70 anos são submetidos à regras que limitam direitos assegurados constitucionalmente e infraconstitucionalmente, como o Estatuto do Idoso, fazendo com que os indivíduos com idade avançada acima de 70 anos não possam dissolver seus bens como lhe melhor convier, ou ainda mais, casando não podem escolher o regime de bens que lhes for mais viável.

#### 4.7. A AUTONOMIA PRIVADA VERSUS PODER ESTATAL COMO FATORES DETERMINANTES PARA A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO INCISO II DO ART. 1.641 DO CÓDIGO CIVIL.

Ao passo que já apontado no primeiro capítulo, objetiva-se neste trabalho analisar os aspectos atuais do inciso II do art. 1.641, do Código Civil, fazendo-se considerações acerca de sua constitucionalidade, o qual impõe às pessoas septuagenárias, caso resolvam casar-se, a obrigatoriedade de se submeterem às condições impostas pelo regime de separação legal de bens.

Há alguns doutrinadores que entendem tal dispositivo vai de encontro com a Constituição Federal. Contudo, existem doutrinadores que defendem a constitucionalidade dessa norma afirmando que a intenção do legislador foi proteger os idosos de casamentos pretensivos.

Com isto, cumpre pontuar que é cediço que o Estado Democrático de Direito detém obrigações imprescindíveis às quais devem ser efetivamente cumpridas pelos três poderes que o configura, onde tais deveres são norteados pelos princípios fundamentais que orientam a sociedade.

Como exemplo de tais obrigações, pode-se citar a proteção à sociedade em geral, entretanto, sabe-se que existem casos, dado ao primado da isonomia, em que o Estado deve dispender maior atenção, para exercer proteção a classes de pessoas que necessitam de um resguardo ainda maior, dentre estas, estão os idosos.

Ciente disto, o Estado promoveu a elaboração de um conjunto normativo que resguarde, efetivamente, os direitos fundamentais da pessoa idosa, sendo tal conjunto altamente “protetivo”.

Carlos Roberto Gonçalves leciona que “a restrição é eminentemente de caráter protetivo. Objetiva obstar à realização de casamento exclusivamente por interesse econômico” (GONÇALVES, 2014, p. 470).

Silvio de Salvo Venosa aduz que o direito de família rege-se por princípios diversos; não é um direito patrimonial (VENOSA, 2015, p. 365), uma vez que regido por princípios específicos, como da isonomia, da liberdade de escolha, da propriedade, da variedade, da autonomia privada, dentre outros.

Cristiano Chaves de Farias entende que a norma em apreço afronta o princípio fundamental da *dignidade da pessoa humana*, por mitigar a sua autonomia, criando a obrigatoriedade do regime de bens a pessoas que teriam total discernimento para escolher o regime preterido, além de constrangê-las pessoal e socialmente ao impor o regime legal não previsto constitucionalmente (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 310).

Para Kant, por ter dignidade, é imperioso o respeito ao ser humano em detrimento a qualquer valor pecuniário, uma vez que o homem não pode comparado a qualquer coisa que tenha preço, isto porque “quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade”. (KANT, 2007, p. 77).

Nas normas que regem a sociedade, a dignidade da pessoa humana é o princípio solar, por traduzir um primado imprescindível de respeito à própria existência humana, tanto patrimonial como afetivas, indispensáveis para sua realização pessoal e pela busca da felicidade. (FILHO; GAGLIANO, 2014).

Nesse passo, é importante pontuar que a própria Carta Magna ressalta o amparo às pessoas idosas como sendo um tentáculo lógico do princípio da dignidade humana. Veja.

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

André Ramos Tavares afirma que

Ora, decorrência desse posicionamento constitucional está em que os direitos referidos aos idosos não são apenas aqueles indicados expressamente pela norma constitucional do art. 230. São todos aqueles que sejam imprescindíveis para garantir dignidade à vida daqueles que se encontrem na condição de “idosos”. Nessa perspectiva, o direito à velhice coloca-se como direito que há de tutelar-se desde o início da vida do indivíduo, pois, como muito bem alertou Paulo Roberto Barbosa Ramos, “a sociedade precisa oferecer esses benefícios desde o início da existência das pessoas, porque se assim não agir estará atentando contra o direito à vida destas, uma vez que se tivessem uma vida com dignidade, desde o princípio, teriam oportunidade de ter uma vida mais longa. (TAVARES, 2012, p. 599).

Pablo Stolze e Pamplona Filho lecionam da seguinte maneira:

Se existe receio de o idoso ser vítima de um golpe por conta da uma vulnerabilidade explicada por enfermidade ou deficiência mental, que seja instaurado procedimento próprio de interdição, mas disso não se conclua em favor de uma inadmissível restrição de direitos, simplesmente por conta da sua idade (STOLZE; PAMPLONA FILHO, 2011, p.325).

Silvio Rodrigues explana o tema discutido:

Tal restrição, a meu ver, é atentatória da liberdade individual. A tutela excessiva do Estado, sobre pessoa maior e capaz, decerto é descabida e injustificável. Aliás, talvez se possa dizer que uma das vantagens da fortuna consiste em aumentar os atrativos matrimoniais de quem a detém. [...] (RODRIGUES, 2004, p. 144).

Paulo Lôbo assevera que o princípio da liberdade está relacionado à livre manifestação da escolha e autonomia para constituição ou extinção de uma relação conjugal, sem limitações, inclusive do legislador. (LÔBO, 2009).

Caio Mario da Silva Pereira afirma que

O Estado abandonou sua figura de protetor-repressor, para assumir postura de Estado protetor-provedor-assistencialista, cuja tônica não é de uma total ingerência, mas, em algumas vezes, até mesmo de substituição a eventual lacuna deixada pela própria família como, por exemplo, no que concerne à educação e saúde dos filhos (cf. art. 227 da Constituição Federal). A intervenção do Estado deve apenas e tão-somente ter o condão de tutelar a

família e dar-lhe garantias, inclusive de ampla manifestação de vontade e de que seus membros vivam em condições propícias à manutenção do núcleo afetivo. Essa tendência vem-se acentuando cada vez mais e tem como marco histórico a Declaração Universal dos Direitos do Homem, votada pela ONU em 10 de dezembro de 1948, quando estabeleceu em seu art. 16.3: A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado (PEREIRA, 2004, p. 112).

Para tal corrente doutrinária, o Estado oferece uma *pseudo* proteção ao idoso, contudo, para realizar tal proteção, inflige diversos outros preceitos legais. Ademais, para estes a garantia dos direitos da personalidade, seja na esfera constitucional ou infraconstitucional, viabiliza, a tutela do ser humano, independentemente de quem seja, pelo ordenamento jurídico, pois:

Por meio dos direitos da personalidade o ser humano tem tutelado pelo Direito a garantia e o respeito a todos os elementos, potencialidades e expressões da personalidade humana; e essa garantia corresponde a toda esfera individual, acrescentando-lhe o respeito aos valores como o sentimento, a inteligência, a vontade, a igualdade, a segurança e o desenvolvimento da personalidade (FERMENTÃO, 2006, p. 104).

Por outro lado, em que pese o entendimento majoritário ser pela inconstitucionalidade do art. 1.641, II, do CC/2002, existem posicionamentos que defendem a compatibilidade da norma ao texto maior.

Zeno Veloso aduz que o dispositivo legal supramencionado deve ser aplicado conforme os termos a seguir expostos.

De nossa parte, advogamos, para o tema, uma solução intermediária. Embora reconheçamos que as pessoas de idade alta ou avançada não estão destituídas de impulsos afetivos e da possibilidade de sentirem amor, ternura, pretendendo, desinteressadamente, unir-se matrimonialmente com outrem, devemos também concordar que, na prática, será muito difícil acreditar-se que uma jovem de 18, 20 anos, esteja sinceramente apaixonada por um homem maior de 60 anos, nem, muito menos, que um rapaz de 20 anos venha a sentir amor e pura ou verdadeira atração por uma senhora de mais de 50 anos. Tirando as honrosas exceções de praxe, na maioria dos casos, é razoável suspeitar-se de um casamento por interesse. [...] 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". Mas, ao contrário do que prevê o Projeto de Código Civil, o regime de separação de tais casamentos deve ser com a comunhão de aquestos. (VELOSO, 1997, p. 32).

Washington de Barros Monteiro entende pela aplicabilidade obrigatória do regime de separação obrigatória de bens, pelo mesmo não ser uma violação ao

princípio da liberdade, uma vez que este não é absoluto e encontra limites no próprio ordenamento jurídico (MONTEIRO, 2012).

Assim, conforme se observa pela análise das correntes doutrinárias aqui expostas, bem como das decisões que vem sendo proferidas pelos Tribunais brasileiros, expostas em capítulos anteriores, há entendimento majoritário no que tange à declaração inconstitucionalidade dessa norma.

Desta forma, conclui-se que, com fulcro no embasamento teórico aqui trazido, bem como pelas razões trazidas à baila por doutrinadores, tais quais os entendimentos das Cortes, inclusive, em instâncias extraordinárias, através de suas decisões em casos concretos, o art. 1641, II, do Código Civil de 2002, padece de vício de inconstitucionalidade material.

## 5 CONCLUSÃO

O trabalho em questão teve como objetivo analisar o art. 1641, II do Código Civil pátrio, no que tange seus aspectos atuais, perpassando pela compatibilidade com as premissas constitucionais, o qual prevê a obrigatoriedade da separação de bens às pessoas acima de 70 anos que optarem por contrair matrimônio.

Diante disto, no primeiro capítulo foi realizado um breve resgate histórico do Direito de Família, onde, mediante pesquisas, constatou-se que tal ramo do direito sofreu austeras modificações, principalmente no que tange à intervenção estatal em relações privadas onde a manifestação livre da vontade é preponderante.

Nos capítulos posteriores foram analisados o histórico, conceito, natureza jurídica e os planos de existência, validade e eficácia do instituto do casamento, e, em seguida, no capítulo posterior, foi realizada uma breve explanação de cada um dos regimes matrimoniais existentes no ordenamento jurídico pátrio, demonstrando onde foram expostas as particularidades de cada regime e evidenciadas as desvantagens que o regime de separação legal de bens pode trazer aos cônjuges septuagenários quando obrigados a escolher tal regime.

De igual modo, foi realizada análise acerca do debate acerca da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, que prevê a comunicabilidade dos bens adquiridos na constância do casamento, quando submetidos ao regime de separação legal de bens, colacionados decisões com entendimentos diversos acerca a aplicabilidade do referido verbete.

Por fim, fora abordado os atos da vida civil permitidos aos maiores de setenta anos, bem como a proteção patrimonial objetivada pelo Código Civil de 2002, chegando a análise da súmula supracitada como forma de mitigação do dispositivo legal em questão, e exame da autonomia privada e o poder estatal como fatores determinantes para a inconstitucionalidade do inciso II, art. 1.641 do Código Civil de 2002.

Partindo destas premissas, constatou-se, mediante análise dos entendimentos predominantes que, a imposição do regime de separação obrigatória de bens aos casamentos formados por septuagenários é inconstitucional, vez que, macula a Carta Magna ao agir de forma discriminatória à pessoa idosa.



Além disso, desrespeita a igualdade formal ao estabelecer tratamento diferenciado para indivíduos iguais sem necessidade de discriminação no que se refere à idade.

Melhor dizendo, o inciso II do artigo 1.641 é claramente discriminatório, haja vista que tem em conta a idade do indivíduo como único embasamento para designar o preceito jurídico da separação absoluta de bens, suprimindo outros direitos fundamentais dos idosos.

A Lei Maior, ao prever a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, e por consequência, como base do ordenamento jurídico brasileiro, fortalece a proteção da liberdade do indivíduo.

De tal modo, a isonomia como direito fundamental, preleciona a autonomia do indivíduo, não subsistindo argumentos pertinentes que sustentem limitações no exercício da autonomia do idoso, fundamentados exclusivamente na idade avançada.

Sabe-se que a Carta Magna revestiu de valores que enaltecem a livre manifestação de vontade e a dignidade da pessoa humana, portanto o obstáculo imposto pelo artigo 1641, II, configura-se como uma verdadeira intervenção estatal descomedida na liberdade e na autonomia privada do indivíduo, denotando uma importância maior ao patrimônio do que com a dignidade do casal.

Chega a ser no mínimo curioso o fato de que ao passo que o idoso não pode dispor de seus bens, é permitido a ele exercer todos os cargos, colocações, funções, encargos imperiosos para a engrenagem estatal.

Cumprir destacar diante disso, que o legislador civil, ao implantar a separação obrigatória de bens, teve como principal motivação o patrimônio dos envolvidos no artigo, com relevância nesse momento o patrimônio do idoso, portanto, se verifica a inconstitucionalidade do referido artigo pelo fato de não estarmos tratando de relações patrimoniais.

Além das premissas legais já mencionadas que o inciso II do artigo 1.641 do Código Civil afronta, tal dispositivo cria uma nova normativa acerca da capacidade civil, tratada em outros artigos ao longo do códex civil, ou seja, trata o idoso como sujeito relativamente incapaz, uma vez que trata o idoso como indivíduo que não possui capacidade suficiente para fazer com os seus bens o que melhor lhe agrada, configurando-se, em verdade, uma restrição de direitos disfarçada de norma protecionista.

O idoso é restringido de exercer seu direito de propriedade, liberdade, autonomia privada bem como de ser tratado de forma igualitária, pelo simples fato de ter setenta ou mais idade, caracterizado assim uma discriminação camuflada e descomedida.

Há ainda afronta ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana por mitigar autonomia do idoso, aliás, expressamente prevista no Estatuto do Idoso, criando a obrigatoriedade do regime de bens a pessoas que teriam total discernimento para escolher o regime preterido, além de constrangê-las pessoal e socialmente ao impor o regime legal não previsto constitucionalmente.

De maneira desacertada, o poder estatal submerge na esfera das relações privadas, onde, em verdade, é uma seara onde há manifesto exercício da liberdade de escolha, seja em realizar negócio, transações, doações, dentre outros.

Contata-se que o dispositivo legal em debate suprime a eficácia de princípios e direitos fundamentais, uma vez que relativiza a capacidade plena dos idosos maiores de setenta anos, para eleição do regime de bens que lhes for mais viável.

Sem hesitação, é possível afirmar que o Estado leva em consideração tão somente a idade do cidadão como requisito substancial para imposição do regime de separação de bens, que se configura erro grotesco do legislador, dado o fato de que na sociedade existem inúmeras pessoas, as quais possuem setenta anos ou mais que possuem total discernimento para tomar quaisquer decisões.

Portanto, diante do que fora demonstrado, nota-se que o art. 1.641 do Código Reale, ao passo que visa proteger parcela da sociedade, infringe dispositivos constitucionais e adentra na autonomia privada dos indivíduos. Promovendo, ainda, uma espécie de incapacidade absoluta aos cônjuges maiores de 70 anos, mesmo os referidos podendo realizar todos os outros atos da vida civil.

A Suprema Corte (Súmula 377) inclusive já firmou entendimento que provoca mitigação no entendimento do referido dispositivo legal, ao determinar a comunhão dos bens adquiridos no curso da união familiar, determinando sua partilha, evitando-se, assim, o enriquecimento indevido.

Melhor dizendo, tal dispositivo legal é manifestamente inconstitucional haja vista a violação aos princípios constitucionais e infraconstitucionais, quais sejam, dignidade da pessoa humana, da isonomia, da liberdade de escolha, da propriedade, da variedade, da autonomia privada, o estatuto do idoso, dentre outros.

Diante do exposto, constata-se que a norma do inciso II do artigo 1.641 é discriminatória, não respeita os direitos consagrados na Constituição Federal, bem como é conflitante com as próprias normas do Código Civil e do Estatuto do Idoso e engendre sobre total inconstitucionalidade.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Prefácio. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de. (org). **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis de Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. Acesso em: <<http://bdjur.stj.jus.br//dSPACE/handle/2011/529>>. Acesso em: 2 fev. 2012.

ALMEIDA, Fernando H. Mendes de. **Ordenações Filipinas: Ordenações e leis do Reino de Portugal Recopiladas por mandato d'el Rei Filipi, o Primeiro**. São Paulo: Saraiva, 1957.

ANDRÉ, André Luiz Pedro. **As Ordenações E O Direito Privado Brasileiro**, 2007. Disponível em: <[https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/18254/As\\_Ordena%C3%A7%C3%B5es\\_e\\_o\\_Direito\\_Privado\\_Brasileiro.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/18254/As_Ordena%C3%A7%C3%B5es_e_o_Direito_Privado_Brasileiro.pdf)>. Acesso em: 14 de março de 2018.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil – introdução**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio Jurídico. Existência, validade e eficácia**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BARBOSA, Camilo de Lélis Colani. **Direito de Família: manual de direito do casamento**. São Paulo: Suprema Cultura, 2003.

BEVILÁQUA, Clóvis, **Teoria Geral do Direito Civil**. Campinas: RED Livros, 1999.

BRASIL. **Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 19 de maio de 2018.

BRASIL, **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **REVOGADA**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm)>. Acesso em: 10 de maio de 2018.

BRASIL. **Decreto N° 181 De 24 De Janeiro De 1890**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/d181.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d181.htm)>. Acesso em: 23 de maio de 2018.

BRASIL. Código Civil. **Lei nº 10.406/2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 05 abril de 2018.

BRASIL. Código Civil. **Lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916**. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm)>. Acesso em: 05 de abril de 2018.

BRASIL. **Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/L10.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm)>. Acesso em: 23 de maio de 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm#art114](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm#art114)>. Acesso em: 18 de maio de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento 70303. Agravo Regimental/RIO DE JANEIRO.** Relator Min. MOREIRA ALVES. DJU, Brasília, 08/06/77). Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14782526/recurso-extraordinario-re-472864-rj-stf>>. Acesso em 23 de abril de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento 70303. Agravo Regimental/RIO DE JANEIRO.** Relator Min. MOREIRA ALVES. DJU, Brasília, 08/06/77). Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23108463/agreg-no-agravo-de-instrumento-ai-702533-rj-stf/inteiro-teor-111573990>>. Acesso em: 23 de abril de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.171.820 – PR – 3ª Turma – Rel. Min. Nancy Andrighi – DJ 27.04.2011.** Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19106131/recurso-especial-resp-1171820-pr-2009-0241311-6/inteiro-teor-19106132?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 23 de abril de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Ag: 1119556 PR 2008/0250779-4,** Data de Publicação: DJe 28/06/2010. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15262136/agravo-regimental-no-agravo-de-instrumento-agrg-no-ag-1119556-pr-2008-0250779-4>>. Acesso em: 23 de abril de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Ag: Nº 945.080 - RJ (2007/0208033-5),** Data de Publicação: DJ 04/04/2011. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18686070/ag-945080>>. Acesso em: 23 de abril de 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **AC 584.519.4/3; Ac. 3327460;** São José do Rio Preto; Quarta Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Teixeira Leite; Julg. 16/10/2008; DJESP 04/02/2009. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/67981812/djsp-judicial-1a-instancia-interior-parte-iii-24-03-2014-pg-337>>. Acesso em: 23 de abril de 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **APL-Rev 176.318.4/6; Ac. 3362670; São Paulo; Décima Câmara de Direito Privado;** Rel. Des. Octavio Helena; Julg. 04/11/2008; DJESP 12/01/2009. Disponível em: <<http://www.radaroficial.com.br/d/6362434721808384>>. Acesso em: 23 de abril de 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais; **AC 1.0491.04.911594-3/001**; Pedralva; Primeira Câmara Cível; Rel<sup>a</sup> Des<sup>a</sup> Vanessa Verdolim Hudson Andrade; Julg. 29/03/2005; DJMG 29/04/2005. Disponível em: < <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/120459069/apelacao-civel-ac-10024031822265001-mg/inteiro-teor-120459119?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 23 de abril de 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal - **APL: 989754420078070001 DF 0098975-44.2007.807.0001**, Data de Publicação: 12/04/2010. Disponível em: < <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8688302/apelacao-ci-vel-apl-989754420078070001-df-0098975-4420078070001-tjdf>>. Acesso em: 23 de abril de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 646259 RS 2004/0032153-9**, Data de Publicação: DJe 24/08/2010. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16827288/recurso-especial-resp-646259-rs-2004-0032153-9/inteiro-teor-16827289?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 23 de abril de 2018.

CAENEGEM, R. C. Van. **Uma Introdução Histórica ao Direito Privado**. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CAHALI, Francisco José. **Direito intertemporal no livro de família (regime de bens e alimentos) e sucessões in Afeto, ética, família e o novo código civil brasileiro – anais do iv congresso brasileiro de direito de família**. Coordenador Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CARVALHO, Felipe Quintella Machado de. **Teixeira de Freitas e a História da Teoria das Capacidades no Direito Civil Brasileiro**. 2013. 241 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2003.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **História do direito português**. 3. ed. Coimbra, Almedina, 2002.

COUTO, Lindajara Ostjen. **O direito fundamental da autonomia privada no Direito de Família**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 64, maio 2009. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6119](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6119)>. Acesso em 23 de maio 2018.

CRISTIANI, Cláudio Valentim. **O direito no Brasil colonial**. In: **Wolkmer, Antônio Carlos. Fundamentos de história do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DIAS, Felipe da Veiga; GERVASONI, Tássia Aparecida. **Autonomia Privada X Paternalismo Estatal: Uma Demonstração De (In)Compatibilidade No**

**Constitucionalismo Contemporâneo.** 2014. Disponível em: <  
<http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/viewFile/1582/6998>>.  
Acesso em: 13 de maio de 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 10.ed. rev., atual. e ampl.  
São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito.** São Paulo:  
Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito civil brasileiro**, volume1: Teoria geral do direito. São  
Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Civil brasileiro, volume 5: direito de família.** 16.ed.  
São Paulo: Saraiva, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte  
Geral e LINDB.** 10.ed. Salvador: JusPodivum, 2012

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Civil: famílias, volume 6.** 7.ed. ver. ampl. e atual.  
São Paulo: Atlas, 2015.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Civil.** 8.ed. Salvador: JusPodivum, 2016.

FACHIN, Luiz Edson. **Comentários sobre o Projeto do Código Civil Brasileiro.**  
Brasília: Série Cadernos do CEJ, 2002, p. 27. Disponível em:  
<http://daleth.cjf.gov.br/revista/seriecadernos/vol20.pdf>. Acesso: 20 março de 2018.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família: elementos críticos à luz do novo  
Código Civil brasileiro.** 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. **Os Direitos Da Personalidade  
Como Direitos Essenciais E A Subjetividade Do Direito.** Revista Jurídica  
Cesumar, v. 6, n. 1, 2006. Disponível em: <  
<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/viewFile/313/172>>  
Acesso em 12 de maio de 2018.

FERRI, Luigi. **La Autonomia Privada.** Madrid: Editorial Revista de Derecho  
Privado, 1969.

FOUCAULT, Michel. História da Sexualidade. A Vontade de Saber. 19ª ed. Rio de  
Janeiro: Graal, 1997.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito  
Civil, volume 1: parte geral.** 12.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **Novo Curso de Direito Civil, direito das famílias: as famílias em  
perspectiva constitucional.** 4.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de família.** 13 ed. São Paulo. Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil Brasileiro, volume 6: direito de família.** 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**, 18.ed. rio de janeiro: forense 2001.

GOMES DA SILVA, Nuno J. Espinosa. **História do Direito Português**, 2006.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato: os novos princípios contratuais.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes.** Traduzido do alemão por Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1986.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1997.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito Civil Aplicado: direito de família.** Vol. 5. São Paulo: RT. 2005.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Famílias.** 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil: Famílias.** 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LORDELLO, Abigail Maria de Souza. Aspectos Importantes do Estatuto do Idoso. *In:* GUERRA, Evandro de Andrade (Coord.). **Revista do Instituto dos Advogados da Bahia.** Edição especial. Salvador: Forvm, 2005.

MACIEL, José Fábio Rodrigues. **Ordenações Filipinas- considerável influência no direito brasileiro.** 2006. Disponível: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/ordenacoes-filipinas--consideravel-influencia-no-direito-brasileiro/484>>. Acesso em 08 de abril de 2018.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito de família.** 5.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MARQUES, H. de Oliveira. **A Sociedade Medieval Portuguesa.** 4ª ed., Lisboa: Sá da Costa, 1981.

MELLO, Marcos Bernardes de, **Teoria do Fato Jurídico (Plano da Existência),** 10.ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

MILL, Stuart. **On liberty.** New York: Dover Publications, 2002.

MIRANDA, Pontes. **Fontes e evolução do Direito Civil brasileiro.** 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.



\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Privado**, 3ª ed., tomo VII, Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito civil: direito de família**. 42. ed. Atualizado por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Civil: direito de família**, 37.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

NOBRE, Rodrigo Igor Rocha de Souza. **Conceito e Evolução do Direito de Família**. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/29977/conceito-e-evolucao-do-direito-de-familia>>. Acesso em 13 de abril de 2018.

PAIVA, José Maria de; BITTAR, Marisa; ASSUNÇÃO, Paulo de. **Educação, história e cultura no Brasil Colônia**. São Paulo: Arké, 2007.

PENTEADO, Luciano de Camargo. **Autonomia privada e negócio jurídico – breves notas**. In: PÜSCHEL, Flavia Portella (Org). **Organização das relações privadas: uma introdução ao direito privado com métodos de ensino participativos**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

\_\_\_\_\_. **Direito das Coisas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PIMENTEL, Helen Uihôa. “**O Casamento na Construção da Ordem Colonial**”. In *Universitas*. Brasília: UniCEUB, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. Volume V. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

\_\_\_\_\_. **Instituição de Direito Civil**. 23.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PERLINGIERE, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Trad.: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROCHA, M. A. Coelho da. **Ensaio sobre a história do governo e da legislação de Portugal, para servir de introdução ao estudo do direito pátrio**. 3. ed. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1851.

\_\_\_\_\_. **Instituições de direito civil português**. 3. ed. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1852. t. I.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil, volume 6: direito de família**. 28.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 178.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil Santos. **Autonomia da vontade e os regimes matrimoniais de bens**. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen.

**Direitos Fundamentais do Direito de Família.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARAIVA, José Hermano. **História Concisa de Portugal.** Portugal: Publicações Europa-América, LDA, 1995.

SÉRGIO, António. **Breve Interpretação da História de Portugal.** Lisboa, Sá da Costa, 1983.

SILVA, Maria Beatriz Nizza da. **Sistema de casamento no Brasil Colonial.** São Paulo: Edusp, 1984.

SIMÃO, José Fernando. **O Regime de separação absoluta (CC, art. 1647): separação convencional ou obrigatória.** 2013. Disponível em: <[http://www.professorsimao.com.br/artigos\\_simao\\_regime\\_separacao.html](http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_regime_separacao.html)>. Acesso em 16 de abril de 2018.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**, Vol. 01. 7ª ed. Método, 2011.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil.** 4ª ed., RJ: Renovar, 2008.

VAINFAS, Ronaldo. **Casamento, Amor e Desejo no Ocidente Cristão.** São Paulo: Ática, 1992.

VAINFAS, Ronaldo. **Trópico dos Pecados: Moral, sexualidade e Inquisição no Brasil Colonial.** Rio de Janeiro: Campus, 1989.

VELOSO, Zeno. **Regime matrimoniais de bens.** Belo Horizonte: Del Rey, 1997. Disponível em: <[http://www.gontijofamilia.adv.br/2008/artigos\\_pdf/Zeno\\_Veloso/Regime%20matrimon.pdf](http://www.gontijofamilia.adv.br/2008/artigos_pdf/Zeno_Veloso/Regime%20matrimon.pdf)>. Acesso em: 06 março 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil (Parte Geral).** São Paulo: Atlas, 2001.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil – Direito de Família.** 15.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

VIDE, Sebastião Monteiro da. **Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia.** 1707. 3ª ed. São Paulo: Dous de Dezembro, 1853. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/222291>>. Acesso em 13 de abril de 2018.

WALD, Arnoldo; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa. **Direito Civil: direito de família, volume 5.** 18.ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2013.

WEHLING, Arno e Maria José. **Direito e Justiça no Brasil Colonial – O Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808).** Rio de Janeiro: Renovar, 2004.