

**O CASAMENTO COMO CONTRATO DE ADESÃO E O REGIME LEGAL DA  
SEPARAÇÃO DE BENS  
III CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA  
IBDFAM  
OURO PRETO-MG – 25.10.01  
PALESTRANTE: PAULO LINS E SILVA**

1)- O CASAMENTO.

O casamento é um ato jurídico solene “ad solemnitatem” ou seja de todos os atos é o que necessita de maior formalidade para sua validade no contexto social, tais como a publicação de editais, as portas abertas para o simbolismo de maior divulgação no meio social, não somente dando notícia pública de que naquele recinto se está convolvendo um ato jurídico matrimonial como também para os tradicionais efeitos da participação de qualquer cidadão da mesma comunidade, quando podem intervir, gritando ou denunciando todos os aspectos que impeçam a realização notadamente os que deram origem aos nominados, impedientes públicos.

Desde a primitividade o ato era realizado pelo chefe da tribo, o pagé, a autoridade religiosa, em suma a importância do ato jurídico era tanta que somente as pessoas embeúdas de notório poder, força ou com “munus” especiais concedidos pelos dirigentes políticos e religiosos, é que se revestiam das qualidades para presidir o ato jurídico solene do casamento.

Sempre houve a convergência triangular de três oralidades. A das duas partes diante da autoridade, expressando de forma livre a volição de contrair núpcias e a da autoridade civil ou religiosa, cuja voz deveria ecoar, alcançando as mais longínquas regiões territoriais daquela jurisdição, para que toda aquela comunidade pudesse ter noção de que os dois estavam se casando.

O conceito mais usual desse ato jurídico, consiste na formalização do vínculo jurídico entre o homem e a mulher, para a constituição da família.

1.1)- O Casamento como contrato “sui generis”.

É interessante essa corrente doutrinária, bem esteada pelos elevados princípios éticos e morais que envolvem o casamento, notadamente quando analisado sob um ponto de vista bastante ortodoxo da Igreja, que enfoca o ato entre duas únicas pessoas de sexos opostos, visando a constituição da família, a perpetuação das espécies e a legalização da vida sexual dos envolvidos.

Por que “sui generis”? De todos os atos jurídicos, é o único que exige uma solenidade excepcional, apenas duas partes e de sexos opostos, além da imposição de idade núbil, muitas vezes em algumas sociedades, antes da complementação da maioridade civil e cuja finalidade ou objetivo não tem alcances materiais e sim amorosos, envolvendo aspectos da chamada “affectio maritalis”.

No Direito das Obrigações, podemos ter mais de uma parte de cada lado contratual. Admite-se também a diversidade de cláusulas e condições, inclusive envolvendo prazo, termos iniciais e finais, com sanções materiais como multas e outros aspectos, sempre com a nuance material, envolvido que está sob a égide da “affectio negotialis”.

No contrato regido pelo Direito das Obrigações, a natureza jurídica envolve, como dissemos, interesses materiais, lucrativos que vinculam as partes de um lado geralmente credora e do outro devedora de uma obrigação regida por cláusulas e condições. Existe um conforto interior das partes no envolvimento do respectivo interesse que estão estabelecendo na constituição da relação jurídica.

No contrato dito “sui generis” do casamento, a natureza jurídica é altamente sublime, não envolvendo entre as partes aspectos materiais mas tão somente aspectos amorosos, afetivos, carinhosos, visando a criação de uma família, de um núcleo, de uma espécie de casulo fechado, onde se comunicam somente as partes afetivamente envolvidas, seus ascendentes, descendentes e colaterais.

Não se contrai núpcias visando uma lucratividade material ou uma vantagem a ser obtida da outra parte no mesmo sentido frio e negocial.

A vontade tem que ser expressa em voz alta e publicamente, diante de um grupo social, que representa os convidados de cada parte e de seus padrinhos que se transformam nas testemunhas dos nubentes que na primitividade serviam como o elemento perpetuador daquele ato público.

O “sim” diante da autoridade civil ou religiosa, tem o alcance da concordância com os deveres comuns do casamento.

No ato em si, não se discute vantagem, tempo de duração, sede da sociedade conjugal, limitação de filhos, condições futuras sucessórias. Nada, absolutamente nada nesse aspecto. Somente o alcance idílico do recíproco amor que será unido na constituição de uma família, que inclusive no sentido Canônico, a presença sacerdotal representaria aquele que consagraria a palavra de Cristo quando afirmava o que Deus une o homem não separa, criando um dogma, estimulativo da conservação do casamento, colidindo com o desfazimento do vínculo através de uma decisão humana, proferida no divórcio.

## 1.2)- O Casamento como um contrato de adesão.

Como falamos acima, o alcance da expressão “sim” das partes, significa a acordância de ambos com o que o Estado estabelece de forma rígida no artigo 231 do Código Civil, como deveres de ambos os cônjuges.

Podem as partes como no contrato regido pelo Direito das Obrigações, transigir em relação as cláusulas e condições do contrato de casamento?

Não! Absolutamente não! São essas condições estabelecidas previamente para a constituição da família ditados pela citada norma que envolve basicamente os valores éticos que os princípios monogâmicos da família devem obedecer, tais como, a fidelidade recíproca, a vida em comum sob o mesmo teto, a mútua assistência e o sustento, guarda e educação da prole.

O Estado através da legislação, apenas permite que as partes também livremente, estabeleçam as condições que vão nortear o casamento na questão envolvendo os bens.

O chamado pacto antenupcial é o único contrato, e, assim mesmo realizado através de escritura pública solene, antes do casamento e que somente terá validade se o ato jurídico do matrimônio, se realizar em dias seguidos e próximos do casamento. No pacto o Estado admite a transigência envolvendo apenas os aspectos patrimoniais das partes, mas vedando entre outros pontos, as disposições testamentárias ou as outorgas para a livre negociação de bens. É importante salientarmos que o pacto antenupcial em si, nenhum valor possui, a não ser quando integrado no ato jurídico do casamento e quando a ele está vinculado, reza também o legislador que tais disposições são irrevogáveis, no

atual Código Civil vigente, mas em fase modificativa tal aspecto nas novas regras ditadas pelo Anteprojeto do Novo Código Civil, que admite a alteração do regime de bens em plena vigência do casamento desde que respeitado o direito de terceiros, seguindo uma regra francesa já estabelecida inclusive no Código de Napoleão e que não seguimos no Código de Clóvis, mas que agora iremos talvez experimentar, contra os nossos costumes se sancionado o Novo Código Civil.

Portanto, realizado o pacto, integrado no processo de habilitação do casamento o ato jurídico será realizado, sem novas cláusulas ou condições, sem regras alternativas facultadas as partes que em suma terão que aderir ao que o Estado preestabelece para a constituição de uma família legítima garantida pelo próprio Código Civil e pela Constituição Federal.

Onde está o princípio da livre vontade das partes na convalidação contratual?

No Direito das Coisas, é condição "sine qua non" para a validade do ato jurídico. Enquanto no Direito de Família, a vontade das partes, diante da autoridade que não é um simples notário, mas um Juiz de Paz ou togado, as partes apenas ratificam as condições preestabelecidas não por elas, mas pelo ordenamento jurídico emanado pela força do Estado que dita as regras, as condições impondo a seriedade a ética e os princípios morais que norteiam aquela sociedade que criou primitivamente os costumes sociais que foram vitalizados em normas jurídicas que agora ditam, voltamos a repetir as condições fundamentais constitutivas da família, através do ato jurídico solene, mais do que solene que é o casamento.

O Estado não me permite residir em domicílios distintos. Não posso preestabelecer, no pacto e nem extraordinariamente, que não terei relações sexuais, nem filhos e que dispensamos os cuidados recíprocos, os alimentos até mesmo futuramente e que o filhos seriam mantidos por uma das partes apenas ou que somos proibidos mutuamente de gerarmos prole. Em nosso ordenamento jurídico não temos essa liberdade de transigência no casamento, pois na verdade ele se constitui num verdadeiro contrato de adesão que as partes subscrevem seguindo às regras ditadas pelo Estado e não escolhidas livremente pelas partes de forma espontânea.

Se não podemos ousar em divergir do que o Estado estabelece e somos obrigados a aceitar as regras ditadas pela força do ordenamento jurídico vigente, chegamos à conclusão que muito embora dentro do conceito de Saleilles de que o contrato de adesão é uma predeterminação unilateral de cláusulas contratuais, podemos afirmar que a intervenção do Estado como elemento da conversão da volição das partes na consagração do ato jurídico do casamento, o contrato que dá origem a tal ato sendo fixo, regado e sem a oportunidade de discussão ou divergência dos que o integram, concluímos que o casamento pode ser considerado também sob essa ótica num contrato de adesão.

É interessante comentarmos MÁRIO DE CAMARGO SOBRINHO, em sua obra Contrato de Adesão, quando fala sobre ORLANDO GOMES que "entende que a nomenclatura modifica conforme o ângulo em que se analisa o contrato. Verificando sobre o aspecto da confecção de suas cláusulas por apenas uma das partes contratantes, recebe o nome de condições gerais dos contratos. Sobre o aspecto do momento em que o outro contraente adere às referidas cláusulas, momento esse em que o contrato realmente adquire eficácia jurídica, denomina-se contrato de adesão".

De forma genérica no mundo do Direito das Obrigações, vislumbra-se o contrato de adesão, quando as cláusulas e condições são estabelecidas unilateralmente por uma das partes integrantes no ato jurídico. Sob o prisma do

Direito de Família, a regra é ditada subjetivamente pelo Estado que estabelece previamente em que condições aceita sacramentar a vontade das partes no ato jurídico do casamento. Sendo o Estado representado pelo organismo (Juiz de Paz ou togado), condição essencial para a validade do ato jurídico, no momento em que as partes estão expressando suas vontades diante de tal autoridade, elas assinam concordando com as cláusulas rígidas e indiscutíveis rezadas antecipadamente pelo ordenamento jurídico emanado pelo Estado.

Tal tendência é que dá força também à corrente que defende o Direito de Família como publicista, já empunhada por CICU, em diversos trabalhos inclusive monográficos, pois interpreta por analogia que esse Direito tem suas afinidades em sua natureza jurídica com o Direito Penal essencialmente público.

Ora se as sanções penais são coercitivas para evitar uma desagregação social, no Direito de Família, as sanções inerentes também são, à violação dos deveres comuns do casamento, estabelecidas pelo Estado, atingem ao mesmo fim colimado, ou seja de se regar e estabilizar a instituição Família, que é a mais importante das que fundamentam o próprio Estado. Uma família enfraquecida e com regras frágeis para a contenção do respeito envolvendo as partes e prole, não terá uma força ética necessária e suficiente para o engrandecimento e fortalecimento do Estado como instituição que tem como seu elemento humano integrante, o povo, que nada mais é do que o somatório de famílias integradas numa nação.

Concluimos pois que essa força e as regras impostas às partes, transformam também o casamento noutro aspecto também como um contrato de adesão, pois as partes (cônjuges) também aderem a esses princípios formais, para terem validade e consagrado o alcance de suas vontades expressadas pelo simbolismo da palavra “sim”.

## 2)- O REGIME LEGAL DA SEPARAÇÃO DE BENS.

É considerado um regime obrigatório, por ser imposto dentro de uma faixa etária e a meu ver, transmite um sentido de discriminação pois é bastante desigual o tratamento concedido àqueles que após uma vida de vitórias, gloriosa e exaustiva conseguindo amearhar valores e patrimônios representativos, tenham que ser obrigados a se casar nesta fase madura da vida, pelo regime imposto pelo Estado ou seja o da Separação Legal de Bens, que muito embora expresse o termo separação, nossa jurisprudência, inclusive ditada pela Suprema Corte, através da Sumula 377, vem orientando que esse regime, segue as mesmas regras do regime da Comunhão Parcial de Bens, no que concerne à comunhão dos aquestos, ou seja dos bens adquiridos durante a vida em comum, excluídos os sub-rogados e doados.

A legislação vigente estabelece que as mulheres maiores que 50 e os homens maiores que 60, são obrigados a se casar por tal regime. O Anteprojeto do Novo Código Civil, já iguala a faixa etária nos 60 anos para ambos.

Essa regra possui uma exceção através do artigo 45 da Lei do Divórcio que faculta à livre escolha do regime de bens, àqueles que possuam uma vida em comum de mais de 10 anos, iniciada antes de 28.06.1977 ou que tenham filhos. A jurisprudência tem aceito a prova prévia dessa vida em comum não restrita ao ano de 1977 e tem admitido a liberdade da livre escolha do regime optado pelos nubentes dessa faixa etária, quando comprovarem na própria Circunscrição Civil, na fase inicial do processo de habilitação que preenchem o requisito de convivência de mais de 10 anos, ou que dessa união tiveram filhos, o que é raro,

mas pode acontecer, autorizando assim, o casamento por qualquer regime quando devem as partes formalizar inclusive um pacto antenupcial.

Tem origem medieval essa regra restritiva à liberdade dos maiores de 60 anos, como se fossem verdadeiros moribundos, obrigando-os a uma forma de casamento, para dar proteção à expectativa sucessória dos eventuais descendentes dos nubentes.

Podemos analisar algum aspecto social, se remontarmos aos séculos XVIII e XIX, quando a média de vida não ultrapassava os 65 anos de idade.

Mas hoje não podemos mais conceber tais imposições, quando a média de vida já ultrapassa os 75 anos de idade e muito mais quando verificamos que o titular de um patrimônio pode livremente transferi-lo por alienação a terceiros, por que não poderá contrair casamento por livre escolha do regime de bens, notadamente se foi ele quem constituiu tal monte, sem a contribuição desses espectadores que muitas vezes de forma deselegante no fim da vida de seus pais, partem para aventureiras interdições, no intuito de coibir os atos da vida civil, impedindo assim que seus pais gozem, aproveitem e usufruam nos últimos anos de vida daquilo que conseguiram amealhar por seus exclusivos esforços.

Procurro sempre em geral, orientar as partes interessadas no que seria o regime ideal para o matrimônio que vão realizar. Assim, usualmente colho de forma livre e espontânea uma escolha objetiva e sempre que não for a opção o regime legal da comunhão parcial de bens, oriento no sentido de firmarem um pacto antenupcial, evitando assim, ficarem à mercê de alterações jurisprudenciais que podem ocorrer durante a vida da sociedade conjugal de ambos.

Se, os maiores de 60 anos estão optando pelo regime separatório, como leigos entendem que seria o da mais absoluta separação de bens, o que incorre, pois o entendimento de nossos tribunais seguindo a Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, tem orientado e interpretado de que após o casamento, o regime legal da separação de bens, inclui os aquestos que serão oportunamente partilhados, reservando-se sempre a meação para o cônjuge supérstite.

Se na realidade possuem a intenção de um regime separatório, melhor seria lavrar um pacto antenupcial do regime da separação de bens, enfocando no texto de forma clara e indubitável que muito embora as partes fossem obrigadas a se casar pelo regime da separação legal de bens, estão livremente optando além do aspecto redundante do termo “separação” pelo da mais plena e absoluta separação de bens.

Diante da imposição legal aos maiores de 50 ou de 60, para o casamento pelo regime da separação legal de bens, tenho visto que pessoas nesta faixa etária, estão optando pela lavratura de uma escritura pública constitutiva de união estável, onde em tal ato podem escolher de forma livre a regulamentação de seus aspectos patrimoniais, sem estar ferindo qualquer regra jurídica vigente. É a alternativa que resta aos mais velhos, pois terão a mesma proteção constitucional e serão regidos ora pelo parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição, ora pelos princípios da Lei 8971/94 ou pela 9278/96, sem qualquer discussão entre ambos e sem serem vítimas de eventuais agouros de seus descendentes, herdeiros necessários, que algumas vezes já estão fazendo previsões futuras por conta do que iriam receber pelo perecimento de seus ascendentes.

Finalizaria aconselhando num futuro breve e próximo que fossem revistos tais critérios legislativos, pois afastam o direito natural de afeto, carinho e elevada sensibilidade que o ser humano contém no seu interior, muitas vezes quando rebrota nessa terceira idade, o amor para ser vivido na fase mais experiente de vida. Tornam-se semi incapazes, dependentes de normas arcaicas,

discriminatórias e protetivas daqueles que nada fizeram para a construção numa vida, de um patrimônio simples ou representativo, cerceando um livre direito de se exercer sem condições a realização formal e completa de um matrimônio digno e volitivo.

Ouro Preto, 25 de outubro de 2001.

Paulo Lins e Silva  
Advogado de Família