



**CURSO DE DIREITO**

**MAIKSON GOMES DE FREITAS FILHO**

**A VEDAÇÃO DE ESCOLHA DE REGIME DE BENS PARA OS  
MAIORES DE 70 ANOS: UM ESTUDO SOBRE A ANTINOMIA  
JURÍDICA PRESENTE ENTRE OS ARTIGOS 1.639 E 1.641, INCISO II,  
DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO**

**FORTALEZA**

**2022**

**MAIKSON GOMES DE FREITAS FILHO**

**A VEDAÇÃO DE ESCOLHA E REGIME DE BENS PARA OS MAIORES  
DE 70 ANOS: UM ESTUDO SOBRE A ANTINOMIA JURÍDICA  
PRESENTE ENTRE OS ARTIGOS 1.639 E 1.641, INCISO II, DO  
CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado  
como requisito parcial à obtenção do título de  
Bacharel em Direito da Faculdade Ari de Sá.

Orientador: Prof. Esp. Roberta Maria Mesquita  
Brandão.

**FORTALEZA**

**2022**

Folha destinada à inclusão da **Ficha Catalográfica** a ser solicitada à Biblioteca da FAS e posteriormente impressa no verso da Folha de Rosto (folha anterior).

Espaço destinado à elaboração da ficha catalográfica sob responsabilidade da Faculdade Ari de Sá.

**MAIKSON GOMES DE FREITAS FILHO**

**A VEDAÇÃO DE ESCOLHA DE REGIME DE BENS PARA OS MAIORES DE 70 ANOS: UM ESTUDO SOBRE A ANTINOMIA JURÍDICA PRESENTE ENTRE OS ARTIGOS 1.639 E 1.641, INCISO II, DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito da Faculdade Ari de Sá.

Orientador: Prof. Esp. Roberta Maria Mesquita Brandão.

Aprovada em: \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Esp. Roberta Maria Mesquita Brandão  
Faculdade Ari de Sá

---

Prof. Dr. Rafael Gonçalves Mota  
Faculdade Ari de Sá

---

Prof. Me. Eugênio Ximenes Andrade  
Faculdade Ari de Sá

Dedico este trabalho à Deus, pela fidelidade e amor incondicional a minha vida.

## AGRADECIMENTOS

A presente pesquisa representa a realização de um grande sonho. Desde a minha aprovação no curso de Direito, mediante o Enem, muita coisa mudou de lá pra cá. Pessoas admiráveis surgiram e passaram em minha vida, tornando-se parte dela, o que jamais esquecerei.

Por estas razões, este trabalho é dedicado a todos que, de alguma maneira, participaram do meu processo de formação acadêmica, seja com contribuições eruditas, seja apoiando com carinho, orações e pensamentos positivos.

Agradeço acima de tudo a Deus, por sua imensa bondade em minha vida, por sempre estar ao meu lado, sobretudo durante a construção deste trabalho, me guiando e me iluminando.

Aos meus pais, Maikson Gomes de Freitas e Juciane Porfírio da Silva, pelo bom exemplo e pelo empenho na condução de minha educação.

As minhas irmãs, Maira Silva de Freitas e Lara Maria Silva de Freitas pelos inúmeros incentivos e pela certeza partilhada de que eu conseguiria.

Aos meus avós paternos, Laurismar Gomes de Freitas e Vera Helena Gomes de Freitas e a minha vó materna, Júlia Porfírio da Silva, pelas grandiosas lições que marcaram definitivamente minha vida.

A toda minha família, pelo apoio na construção dos meus sonhos, pelos ensinamentos, pelas contribuições e por todo encorajamento, especialmente as minhas tias, Jucileide Porfírio da Silva, Jucilene Porfírio da Silva, Jucicler Porfírio da Silva e Jucely Porfírio da Silva.

Em especial, gostaria de assinalar meus agradecimentos a minha mãe e as minhas irmãs pela compreensão diante de todas as horas que empreendi neste trabalho, ausentando-me de seus deleitáveis convívios.

Ademais, expresso minha gratidão, também, como forma sincera de compartilhar meus resultados, àqueles que, oferecendo ideias e fomento, influíram na construção deste trabalho:

Aos professores da graduação de Direito da FAS, em particular a Marlene Pinheiro Gonçalves, Vânia Gabryella Gonçalves Ruiz, Maria Alessandra Brasileiro de Oliveira, Gustavo Liberato, Rafael Gonçalves Mota e Eugênio Ximenes Andrade.

Aos professores da EEEP Alda Façanha, em especial, a Maria Denisvania Barbosa Landim, Francisca Kilvia da Silva Mendes, Marcos Vinícius e Vanderson Santos, por todo apoio na minha trajetória como estudante de ensino médio e pela colaboração durante a minha preparação para o Enem e vestibulares.

Agradeço também a todos os meus colegas e amigos.

A professora Roberta Brandão por possibilitar a realização deste estudo e pela atenção que gentilmente me conferiu no decorrer da minha graduação e durante todo o processo de construção desta pesquisa.

Por fim, enfatizo a imensurável gratidão que tenho à minha mãe, exemplo de determinação e de fé, que sempre esteve ao meu lado, mesmo nos momentos mais difíceis, me apoiando, me orientando, me encorajando a seguir os meus sonhos e sobretudo me ajudando a ser uma pessoa melhor a cada dia. Concluir este trabalho, sem destacar sua grande contribuição seria como omitir a razão de eu estar alcançando esta vitória. Por isso, externalizo mais vez, meu profundo agradecimento a minha Mãe. Certamente, seus ensinamentos ficarão para sempre gravadas em minha vida.

Teu dever é lutar pelo Direito, mas se um dia  
encontrares o Direito em conflito com a  
Justiça, luta pela Justiça.  
(Eduardo Juan Couture)



## RESUMO

**Introdução:** O presente trabalho examinará a luz da ciência jurídica e da legislação civil pátria, a vedação de escolha de regime de bens imposta aos maiores de 70 anos, pelo Código Civil brasileiro de 2002. Para tanto, preliminarmente explorará temáticas relativas ao direito da família, especificamente no que concerna ao regime de bens do casamento, em especial, o regime da separação obrigatória de bens, categoria do regime da separação de bens, a fim de construir uma base de conhecimento aos leitores deste trabalho, para que sucessivamente se possa analisar questões referentes a antinomia jurídica, prioritariamente a antinomia existentes entre os artigos 1.639 e 1.641, inciso II, do CC/02, assunto este que será abordado com muito mais ênfase nesta pesquisa. **Objetivo:** O estudo deste trabalho visa revelar o método mais adequado para resolução da antinomia jurídica existente entre os arts. 1.639 e 1.641, II, do CC/02, atribuindo destaque ao estudo da vedação de escolha de regime de bens para os maiores de 70 anos. **Metodologia:** A pesquisa desenvolvida é de caráter teórico, circunstância em que será adotado um método de pesquisa do tipo exploratório, na qual objetiva o avanço do fenômeno jurídico pesquisado, a partir da proposição de grandes discussões e mediante o aprofundamento de assuntos de cunho conceitual e jurídico, onde será reunido bibliografias e legislações aplicáveis a pesquisa, considerando para tal seleção, a qualidade e aplicabilidade do material de estudo. **Resultados:** O presente trabalho científico possibilitou reconhecer o método mais adequado para resolução da antinomia jurídica existente entre os arts. 1.639 e 1.641, II, do CC/02, conferindo visibilidade a análise da vedação de escolha de regime matrimonial aos maiores de 70 anos. Além disso, promoveu a compreensão dos conceitos e fundamentos básicos do instituto do regime de bens do casamento. Outrossim, ensejou o entendimento acerca das concepções e justificativas do regime da separação legal. E por fim, por intermédio desta pesquisa, permitiu-se comprovar a antinomia jurídica presente entre os artigos em análise.

**Palavras-chave:** Vedação de escolha; Idoso maior de 70 anos; Regime de Bens; Antinomia; Conflito de normas.

## ABSTRACT

**Introduction:** This paper will examine, in the light of legal science and civil legislation, the prohibition of choice of property system imposed on those over 70 years old by the Brazilian Civil Code of 2002. To do so, it will preliminarily explore issues related to family law, specifically with respect to the matrimonial property system, especially the obligatory separation of property system, a category of the separation of property system, in order to build a base of knowledge for readers of this work, so that successively we can analyze issues related to legal antinomy, primarily the antinomy between Articles 1639 and 1641, item II, of CC/02, a subject that will be addressed with much more emphasis in this research. **Objective:** The study of this work aims to reveal the most appropriate method for resolving the legal antinomy between articles 1.639 and 1.641, II of CC/02, with emphasis on the study of the prohibition of choice of property system for those over 70 years of age. **Methodology:** The research developed is of a theoretical nature, in which circumstance an exploratory research method will be adopted, which aims to advance the legal phenomenon researched, from the proposition of major discussions and through the deepening of conceptual and legal issues, where bibliographies and legislation applicable to the research will be gathered, considering for such selection, the quality and applicability of the study material. **Results:** The present scientific work made it possible to recognize the most appropriate method for resolving the legal antinomy existing between articles 1.639 and 1.641, II, of CC/02, giving visibility to the analysis of the prohibition of choice of matrimonial regime for those over 70 years old. In addition, it promotes an understanding of the basic concepts and foundations of the property system of marriage. Furthermore, the understanding of the conceptions and justifications of the legal separation regime has been provided. And finally, through this research, it was possible to prove the legal antinomy present between the articles under analysis.

**Keywords:** Prohibition of Choice; Elderly Persons Aged 70 and Over; Property Regime; Antinomy; Conflict of Rules.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

### **LISTA DE ABREVIATURAS**

CC/02	Código Civil de 2002
Art.	Artigo
Arts.	Artigos
CPC/15	Código de Processo Civil de 2015
LINDB	Lei de introdução às normas do direito brasileiro

### **LISTA DE SIGLAS**

STF	Supremo Tribunal Federal
-----	--------------------------

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>13</b>
<b>OS REGIMES DE BENS DO CASAMENTO .....</b>	<b>20</b>
2.1.1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS DE REGIMES DE BENS .....	20
2.1.2 <i>O REGIME LEGAL OBRIGATÓRIO NO BRASIL.....</i>	<i>22</i>
2.1.3 <i>A PROIBIÇÃO DE ESCOLHA DO IDOSO .....</i>	<i>24</i>
2.1.4 <i>A APLICAÇÃO DA SÚMULA 377 DO STF AO REGIME LEGAL OBRIGATÓRIO ..</i>	<i>25</i>
2.1.5 <i>O DESFECHO.....</i>	<i>26</i>
<b>AS ANTINOMIAS JURÍDICAS.....</b>	<b>29</b>
2.2.1 NOÇÕES DE ANTINOMIA.....	29
2.2.2 AS CLASSIFICAÇÕES DAS ANTINOMIAS .....	32
2.2.3 OS CRITÉRIO DE RESOLUÇÃO DAS ANTINOMIAS .....	36
2.2.4 O DESFECHO.....	41
<b>O EMBATE ENTRE OS ARTS. 1.639 E 1.641, II, DO CC/02 .....</b>	<b>44</b>
2.3.1 AS RAZÕES DA ANTINOMIA.....	44
2.3.2 A CLASSIFICAÇÃO DA ANTINOMIA .....	45
2.3.3 A RESOLUÇÃO DA ANTINOMIA .....	46
2.3.4 O DESFECHO.....	48
<b>3 METODOLOGIA.....</b>	<b>49</b>
<b>4 RESULTADOS E DISCUSSÕES.....</b>	<b>50</b>
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>53</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>56</b>
<b>ANEXO A – DIAGRAMAS E QUADROS.....</b>	<b>58</b>

## 1. INTRODUÇÃO

A corrente Monografia, possui como temática, A vedação de escolha de regime de bens para os maiores de 70 anos: um estudo sobre a antinomia jurídica presente entre artigos 1.639 e 1.641, inciso II, do Código Civil brasileiro.

Preliminarmente, informa-se que o corrente trabalho de conclusão de curso, contará com os seguintes capítulos: a) Capítulo I – Os regimes de bens do casamento; b) Capítulo II – As antinomias jurídicas; c) Capítulo III – O embate entre os arts. 1.639 e 1.641, II, do CC/02.

Neste sentido, com o intuito de facilitar o entendimento dos leitores deste trabalho, comunica-se também a divisão dos assuntos por capítulo. Cada divisão comportará as seguintes temáticas:

- a) Capítulo I: conceito, proveniência, princípios e previsão legal dos regimes de bens; definição, previsão legal e hipóteses de incidência do regime da separação obrigatória de bens; motivações e resultâncias da vedação de escolha de regime de bens imposta ao idoso; aplicabilidade da súmula nº 377 do STF ao regime da separação legal;
- b) Capítulo II: conceito, origem histórica na ciência jurídica, espécies e métodos de resolução das antinomias; e
- c) Capítulo III: Razões pelo enfoque de pesquisa no inciso II do art. 1.641, fundamentos para a existência de antinomia entre os arts. 1.639 e 1.641, II, do CC/02, Identificação e métodos de resolução da antinomia existente entre os arts. 1.639 e 1.641, II, do CC/02. Sendo assim, posteriormente disserta-se a respeito destas fascinantes temáticas.

No que concerne, ao conceito de regime matrimonial de bens, ou simplesmente regime de bens, este poder ser entendido como o conjunto de normas, de ordem privada, que regula a relação jurídica-patrimonial entre os cônjuges. De maneira mais simplificada, o mesmo pode ser entendido como a lei patrimonial ou econômica do casamento.

Nessa visão, atualmente o Código Civil brasileiro de 2002, estabelece quatro regimes de bens ao casamento, tais quais: comunhão parcial de bens; comunhão universal de bens; separação (convencional ou obrigatória) de bens; e ainda o da separação final nos aquestos.

Relativamente a estes regimes são estabelecidos quatro princípios fundamentais, para sua aplicação, os princípios: da liberdade de escolha, que assegura a livre determinação do regime de bens pelos nubentes; da indivisibilidade, que impõe a adoção de um único regime para ambos os consortes; da variabilidade, que garante a admissão pela ordem jurídica de uma multiplicidade de regimes de bens, e o da mutabilidade, que defende a alteração do regime matrimonial na constância do casamento.

Conforme se depreende a partir do estudo da legislação, estes princípios, encontram-se presentes no art. 1.639 do Código Civil de 2002. De acordo com tal diploma legal, é permitido aos cônjuges, antes de celebrado o casamento, estipular o regime de bens que lhes aprouver. Além disso, esclarece a norma que o regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento, bem como declara, que é admissível a alteração do regime de bens, por intermédio de autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.

Tratando-se especificamente do regime da separação de bens, declara-se que este pode ocorrer de duas maneiras, convencionalmente, pela escolha dos nubentes, sendo por isso denominado de regime de separação convencional de bens, ou por imposição da lei, sendo, portanto, nomeado de regime de separação legal ou obrigatória de bens.

Com relação a segunda hipótese, a mesma, trata-se de situações em que a própria legislação obriga os noivos a adotarem o regime da separação de bens.

Tal imposição, está prevista no art. 1.641 do Código Civil de 2002. Segundo esta norma, o regime legal obrigatório deverá ser aplicado em três situações, a saber: nos casamentos em que forem inobservadas as causas suspensivas de sua celebração; nos matrimônios com pessoa maior de 70 anos; e em todos os casamentos que dependam de suprimento judicial para sua validação.

Por sua vez, no que se refere as motivações da vedação de escolha de regime em decorrência da idade, estas podem ser notadas a partir do objetivo da norma que a estabeleceu, ou seja, analisando-se a finalidade do art. 1.641 do CC/02, será possível também compreender suas motivações.

Isto porque, o objetivo da lei ao determinar tal vedação, foi justamente proteger o idoso e seus herdeiros necessários dos casamentos realizados por interesse estritamente financeiro, impedindo que o patrimônio daquele, seja a principal razão a levar o consorte para o enlace. Logo, verifica-se que a motivação de tal restrição é justamente a tutela do idoso.

De outro modo, no que tange a consequência da imposição de regime em decorrência da idade, a mesma, encontra-se na impossibilidade de o consorte septuagenário escolher regime diverso do da separação de bens.

Dessa forma, caso os noivos que embora estejam nesta situação optem por eleger, em pacto antenupcial (negócio jurídico), o regime da comunhão universal, da comunhão parcial ou da participação final dos aquestos, terão seu casamento nulo por violação a norma de ordem pública, conforme aduz art. 1.655 do CC/02, segundo o qual, é nula a convenção ou cláusula do pacto antenupcial que contravenha disposição absoluta de lei.

Nesta configuração, diversas críticas são empreendidas a esta vedação pela doutrina jurídica brasileira, dentre elas destacam-se a sua inegável injustiça, constitucionalidade duvidosa, restrição de direitos, bem como, sua perspectiva elitista, posto que presumi serem ricos, todos os maiores de 70 anos.

Por conseguinte, considerando a rigidez do art. 1.641 do CC/02, instituiu-se a súmula nº 377 do STF. Consoante a ela, “no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.

Inicialmente esta ordem legal, pode ser interpretada como uma contradição entre as disposições elencadas no art. 1.641 do CC/02, como também pode representar uma confusão entre os regimes da separação e comunhão parcial de bens, já que a comunicação dos bens adquiridos na constância do casamento é característica do regime da comunhão parcial e não da separação total.

Contudo, a doutrina e jurisprudência brasileira afirmam que sua intenção não é esta. Em verdade, visa garantir uma divisão de bens mais justa e igualitária entre os cônjuges durante o divórcio, excluindo-se assim, a possibilidade de haver a contradição indicada.

Ainda segundo os mencionados preteritamente, a súmula somente garante a divisão dos bens adquiridos na constância do casamento, caso um dos cônjuges comprove o esforço comum para aquisição dos bens levados a discussão, afastando-se assim a hipótese de confusão apontada.

O entendimento pacífico quanto a súmula 377 é no sentido de que, os cônjuges terão propriedade mútua sobre os bens adquiridos na constância do casamento, desde que comprovem a contribuição mútua para aquisição ou manutenção dos bens.

Superadas tais considerações, discorre-se a respeito das seguintes proposições: conceito, espécies e métodos de resoluções das antinomias.

Tratando-se da primeira proposição, declara-se que, a antinomia jurídica pode ser compreendida como o conflito existente entre duas normas, dois princípios, ou ainda entre uma norma e um princípio.

Por sua vez, para que haja antinomia jurídica são necessários três critérios, a saber: normas contraditórias, válidas e vigentes.

Neste contexto, tem-se 12 espécies de antinomias, reconhecidas pela ciência jurídica, permitindo-se classificá-la e acordo com:

A) O critério de solução: Circunstância em que se terá: a) antinomia real, caracterizada por ser aquela que impossibilita a resolução do conflito sem a exclusão ou edição de outra norma; e b) antinomia aparente, caracterizada por ser aquela que possibilita a solução do

conflito, pela utilização de três critérios, designadamente, cronológico, da especialidade e hierárquico, juntos denominados metacritérios.

B) O conteúdo. Hipótese em que ter-se-á: a) antinomia própria também chamada de formal, que é aquela produzida pelo conflito de duas normas jurídicas; e b) antinomia imprópria, que aquela gerada pela colisão de duas proposições, diversas das existentes em normas jurídicas. Elas são subdivididas em antinomia de princípios, valorativa e teleológica. A primeira ocorre pela colisão de dois princípios, duas ideologias ou dois valores admitidos por um ordenamento jurídico, como por exemplo, os valores da liberdade e da segurança. O segundo acontece quando uma norma pune um delito menor com uma pena mais grave do que a pena aplicada ao delito maior. A terceira advém quando existe um embate entre a norma que prescreve o meio para atingir o fim e aquela que prescreve o fim, de maneira que, caso seja aplicada a norma que prevê o meio, não é possível se chegar ao fim, e vice-versa.

C) O âmbito. Situação em que se terá: a) antinomia de direito interno, ocorrida entre normas de um mesmo ramo do direito ou entre normas de diferentes ramos jurídicos; b) antinomia de direito internacional, formada pelo encontro de normas de direito internacional público, como tratados e convenções internacionais; e c) antinomia de direito interno-internacional, estabelecida pelo conflito entre norma de direito interno e norma de direito internacional público.

D) A extensão da Contradição. Circunstância em que ter-se-á: a) antinomia total-total, instituída pelo choque de duas normas total incompatíveis; b) antinomia total-parcial, estabelecida pela colisão de uma norma incompatível e outra parcialmente compatível; e c) antinomia parcial-parcial, formada pelo embate de normas parcialmente incompatíveis.

E) Os metacritérios envolvidos. Hipótese em que se terá: a) antinomia de 1º grau, provocada pelo conflito de normas que abrange somente um dos metacritérios de solução de conflitos; e b) antinomia de 2º grau, fundada pelo confronto de normas que contempla dois dos metacritérios de resolução das antinomias, onde se tem um conflito de critérios.

Relativamente aos métodos de resolução das antinomias, declara-se que sua aplicabilidade depende da espécie de antinomia jurídica, quer dizer, do tipo de antinomia quanto ao critério de solução, se é uma antinomia real ou aparente, posto que os critérios aplicados para a antinomia real serão diferentes daqueles aplicados para a antinomia aparente.

No que se refere, a antinomia real, a mesma pode ser solucionada mediante três métodos, eliminando uma das normas conflitantes, eliminando as duas, ou ainda, conservando as duas, dependendo apenas da forma da norma, que são três: permissiva, imperativa e proibitiva e da intenção do intérprete jurídico, bem como, da análise que este fará ao caso concreto.



Em referência a antinomia aparente, esta pode ser resolvida utilizando-se métodos mais objetivos, isto porque, é solucionada mediante os metacritérios, formado pelo critério cronológico, da especialidade e hierárquico, conforme mencionado anteriormente.

O critério cronológico estabelece que no confronto de duas normas incompatíveis, prevalece a norma posterior, ou melhor dizendo, a norma mais atual.

Por sua parte, o critério da especialidade determina que, no conflito entre uma norma geral e uma especial, prevalecerá a especial.

Por outro lado, o critério hierárquico, estipula que no embate entre uma norma superior e uma inferior, prevalecerá a hierarquicamente superior.

Assim sendo, uma vez apreciadas tais considerações, chega o momento de expor as seguintes proposições: problematização, indagação, hipóteses de solução, objetivos, metodologia, justificativas pessoais, bem como relevância do estudo na área jurídica e no cenário social. Doravante, é o que se passará a expor.

No tocante a problematização, aponta-se a existência de uma antinomia jurídica entre o art. 1639 e art. 1641, inciso II, do código civil. Isto porque, enquanto o primeiro impõe uma série de direitos aos cônjuges, tais quais, o da liberdade de escolha, variabilidade e mutabilidade, no que se refere ao regime de bens, o segundo institui uma restrição de direitos aos nubentes maiores de 70 anos, tal qual, a de não poder escolher o regime de bens.

Em resultado, neste cenário surge a seguinte indagação, como solucionar a antinomia jurídica existente entre esses dois diplomas legais?

Considerando, que o caso se trata de uma antinomia real, já que as normas em questão são do mesmo período, detém a mesma especialidade, bem como, possuem o mesmo nível hierárquico e, portanto, seu conflito não pode ser solucionado a partir dos metacritérios, afirma-se que de maneira geral, haverá dois métodos de resolução desta antinomia, a eliminação de uma das normas, ou ainda a conservação das duas.

Em momento oportuno, será visto os motivos pelos quais o juiz ou jurista deverá adotar esses mecanismos para solucionar a antinomia apresentada neste trabalho científico. Contudo, neste momento é suficiente compreender a resolução deste conflito, a partir dessas considerações.

Nesta linha de intelecção, observando-se a problemática, como também o questionamento e as asserções apontadas anteriormente, esclarece-se que esta escritura detém como objetivo geral: Revelar o método mais adequado para resolução da antinomia jurídica existente entre os artigos. 1.639 e 1.641, II, do CC/02, atribuindo destaque ao estudo da vedação de escolha de regime de bens para os maiores de 70 anos.

Com efeito, o presente estudo conta com os seguintes objetivos específicos:

Entender os conceitos e fundamentos básicos do instituto do regime de bens, a partir da descrição de sua definição, princípios que os regem e atos que os instituem, como também mediante a análise da norma jurídica que os estabelecem, tudo isto em âmbito nacional.

Além disso, busca compreender as concepções e justificativas do regime da separação legal, por intermédio da descrição de sua definição, análise da norma jurídica que o estabelece, bem como, através da descrição de sua aplicabilidade, motivações, resultâncias e críticas, atribuindo para tanto destaque a vedação matrimonial imposta ao idoso e ainda por meio do exame da súmula que o complementa, também dentro do cenário brasileiro.

E por fim, tem a finalidade de comprovar a antinomia jurídica existente entre o arts. 1639 e 1641, II, do CC/02, mediante a apresentação do conceito, espécies e métodos de resolução das antinomias jurídicas, mais uma vez no campo do direito brasileiro.

Neste sentido, para alcançar tais objetivos, como também encontrar respostas a problematização e indagação, já mencionadas, a vigente monografia, conta com a seguinte metodologia: pesquisa de caráter teórico, que adotado um método de pesquisa do tipo exploratório, na qual objetiva o avanço do fenômeno jurídico pesquisado, ou melhor dizendo, busca solucionar a problemática desta pesquisa, a partir da proposição de grandes discussões e, mediante o aprofundamento de assuntos conceituais e temas de cunho jurídico, que versem a respeito da temática em análise, onde será reunido bibliografias e legislações aplicáveis a pesquisa, considerando para tal seleção, a qualidade e aplicabilidade do material em estudo, conforme será visto de maneira mais aprofundada em momento posterior.

Dessa maneira, a vistas de todos os argumentos outrora apresentados, passa-se a expor as justificativas pessoais para escolha da temática em questão, bem como a sua relevância jurídica e social.

Em relação as justificativas pessoais desta pesquisa, as mesmas amparam-se sobre quatro fundamentos, nomeadamente, ao campo de estudo desta obra, ao seu público-alvo, sua aplicabilidade e por último e não menos sua orientação.

O primeiro se justifica, pela aptidão que tenho ao estudo do Direito de família e Sucessões. Por sua vez, o segundo se explica, em virtude da importância que atribuo aos idosos, tidos por mim, pessoas sábias e nobres. Por outro lado, o terceiro se sustenta, a partir da facilidade pela qual é possível empregar o estudo da antinomia jurídica, no mercado de trabalho, especificamente na elaboração de defesas processuais. E o quarto fundamento, por sua parte, se consolida, através da grande admiração profissional que tenho pela orientadora deste trabalho

científico, particularmente considera por mim uma excepcional professora de direito de família e sucessões, que certamente seria a orientadora desta monografia.

Entretanto, no que diz respeito a relevância jurídica e social desta pesquisa, a mesma, revela-se de maneira distinta da anterior. Sendo assim, declara-se que a importância do presente estudo reside na necessidade de se construir normas jurídicas diversas das já existentes, que se dediquem a melhorar a qualidade de vida do idoso, indivíduos nos quais por diversas vezes são excluídos do convívio coletivo, inseridos a margem da conjuntura social, e não o contrário, destinadas a restringir seus direitos como ocorre no cenário brasileiro, mediante as legislações já aplicadas a população idosa.

Na seção seguinte, será apresentado o tópico de desenvolvimento deste trabalho científico.

## OS REGIMES DE BENS DO CASAMENTO

Neste capítulo em particular, será apresentado o conceito e a previsão legal do regime de bens do casamento; também será analisada a origem do regime de bens e exposto o conceito de pacto antenupcial e negócio jurídico solene ou formal, além disso será transmitida a definição de regime da separação obrigatória de bens, bem como será exposta as motivações, as resultâncias e as críticas empreendidas a proibição de escolha de regime matrimonial ao idoso, e por fim será realizada uma análise da aplicabilidade da súmula nº 377 do STF aos casos em que houver aplicação do regime legal obrigatório.

Doravante é o que será exposto.

### 2.1.1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS DE REGIME DE BENS

Por regime de bens, entende-se o conjunto de regras que regulamentam a vida patrimonial ou econômica dos cônjuges, indicando para tanto, condutas que por estes deverão ser observadas enquanto o casamento existir ou quando chegar ao fim, seja em virtude de divórcio, da dissolução da união estável ou pelo falecimento de uma ou ambas as partes.

De acordo com Gonçalves (2019a, p. 485), regime de bens é o conjunto de normas que disciplinam as relações econômicas dos nubentes, quer entre si, quer em relação a terceiros, durante o casamento. Regula especialmente o domínio e a administração de ambos ou de cada um sobre os bens adquiridos antes ou na constância da união conjugal.

A partir desta perspectiva, a legislação civil brasileira prevê quatro regimes de bens ao casamento, a saber: comunhão parcial de bens; comunhão universal de bens; separação (convencional ou obrigatória) de bens; e participação final nos aquestos.

Nesta visão, destaca-se que o regime de bens do casamento, como o próprio nome indica, decorre do matrimônio, isto porque, sua escolha deriva de um negócio jurídico denominado pacto antenupcial, que por sua vez está subordinado ao casamento.

A este respeito, aduz Gagliano e Filho (2021a, p. 302): “[...] a escolha do regime de bens opera-se por meio da celebração de um negócio jurídico especial e solene, denominado pacto antenupcial”.

Ainda segundo os referidos autores, pacto antenupcial é um negócio jurídico solene, condicionado ao casamento, através do qual os noivos escolhem o regime de bens que lhes agradam, conforme o princípio da autonomia privada (GAGLIANO; FILHO, 2021b, p. 303).

Contudo, a este respeito uma ressalva deve ser feita, no sentido de que não se faz necessário celebrar pacto antenupcial quando os nubentes desejarem se casar pelo regime da comunhão parcial ou pelo da separação obrigatória, posto que ambos os regimes decorrem de uma determinação legal, ou melhor dizendo, o primeiro deles é obrigatoriamente estabelecido na ausência de nomeação de regime matrimonial pelos noivos e o segundo é instituído quando configurada uma das situações elencadas no art. 1.641 do CC/02.

Nesse sentido, aduz Gonçalves (2019b, p. 514) que, com exceção a hipótese de adoção do regime de comunhão parcial, que a lei presume ter sido escolhido pelas partes quando estas nada convencionaram, a escolha de qualquer outro regime de bens depende da celebração de pacto antenupcial.

Além dessa hipótese, a única exceção que se tem é nos casos de casamentos celebrados sob o regime da separação legal obrigatória, que por se tratar de regime imposto por lei, não há necessidade de pacto antenupcial (GONÇALVES, 2019c, p. 517).

A título de esclarecimentos, relata-se que os negócios jurídicos solenes ou formais são aqueles que devem observar, as determinações previstas em lei, para que tenham validade, isto é, só possuem valor jurídico, caso constituídos sobre a forma da lei. Tome-se de exemplo as celebrações do casamento e a realização do testamento.

Ainda com base em Gagliano e Filho (2021c, p. 303) “[...] os negócios jurídicos formais ou solenes são aqueles que exigem, para sua validade, a observância da forma prevista em lei, como é o caso da venda de imóvel de valor superior ao limite legal e, especificamente, do casamento”.

Neste campo, quatro princípios fundamentais regem a aplicabilidade dos regimes matrimoniais, tais quais: o princípio da autonomia privada ou da liberdade de escolha, princípio da indivisibilidade do regime de bens, princípio da variabilidade ou variedade de regime de bens e o princípio da mutabilidade justificada ou simplesmente mutabilidade.

De acordo com Tartuce (2019a, p. 201), o princípio da autonomia privada:

[...] na visão pós-moderna ou contemporânea do Direito Privado, substitui o antigo princípio da autonomia da vontade. A autonomia privada decorre da liberdade e da dignidade humana, sendo o direito que a pessoa tem de se autorregulamentar. Há plena liberdade na escolha do regime de bens, conforme o art. 1.639, caput, do CC/2002 (‘É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver’).

Por sua vez, o princípio da indivisibilidade do regime de bens, traduz a ideia, segundo a qual:

Apesar de ser viável juridicamente a criação de outros regimes que não estejam previstos em lei, não é possível fracionar os regimes em relação aos cônjuges. Em

outras palavras, o regime é único para ambos os consortes, em particular diante da isonomia constitucional entre marido e mulher (arts. 5.º e 226 da CF/1988) e do princípio da comunhão indivisa (art. 1.511 do CC/2002) [...]. (TARTUCE, 2019b, p. 202).

A respeito do terceiro princípio, isto é, da variedade de regime de bens, declara o indicado autor (TARTUCE, 2019c, p. 203) que:

[...] a lei consagra quatro possibilidades de regimes de bens aos nubentes. No silêncio das partes, prevalecerá o regime da comunhão parcial, que é o regime legal ou supletório (art. 1.640, caput, do CC). O regime de bens adotado começa a vigorar desde a data do casamento (art. 1.639, § 1.º, do CC).

De acordo com Diniz (2010, p. 165, grifo nosso), o princípio da mutabilidade justificada, previsto no art. 1.639, § 2º, do Código Civil:

Admite a alteração do regime matrimonial adotado, desde que haja, em jurisdição **voluntária** (CJTRS n. 024/03), **autorização judicial**, atendendo a um pedido motivado de ambos os cônjuges, após a verificação da **procedência das razões** por eles invocadas e da **certeza** de que tal modificação não causará qualquer gravame a **direitos de terceiros**.

A partir dessas preliminares ponderações, especificamente da análise dos princípios listados acima, é possível verificar que, de maneira geral os regimes de bens do casamento são regidos pelo art. 1.639 do CC/02, isso pois, dos quatro princípios que regulamentam o estatuto matrimonial, três estão previstos neste diploma legal.

Assim sendo, com tal importância, nada mais justo senão examinar a indicada norma jurídica, que posteriormente será de suma importância para compressão deste trabalho científico.

Segundo o artigo 1.639 do Código Civil de 2002:

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.

§ 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 (Brasil, 2002a).

Por intermédio deste artigo, fica evidente a autonomia privada dos nubentes, a admissão de uma multiplicidade de tipos de regime de bens pela legislação civil, bem como a possibilidade de alteração de regime matrimonial durante a constância do casamento. Daí a importância desta norma jurídica.

## 2.1.2 O REGIME LEGAL OBRIGATÓRIO NO BRASIL

Nesta linha de raciocínio, passa-se a explorar, os seguintes assuntos: conceituação e previsão legal do regime de separação obrigatória de bens.

Em conformidade ao que fora comentado anteriormente nesta obra, reitera-se que o regime de separação de bens, dá-se a partir de duas circunstâncias, por intermédio da expressa manifestação das partes, circunstância em que é nomeado de regime de separação convencional de bens, bem como, mediante imposição legal, situação em que é denominado de regime da separação obrigatória de bens.

Relativamente, ao regime legal obrigatório, o mesmo trata-se de certas situações, consideradas importantes pelo direito, em que os nubentes não podem escolher livremente o regime matrimonial: quando ocorrer alguma causa suspensiva, quando o cônjuge for maior de 70 anos, quando for exigido suprimento judicial para o casamento. O regime passa a ser obrigatório, não se aplicando nem o regime legal dispositivo [também chamado de supletivo ou subsidiário], nem outro escolhido em pacto antenupcial. (LÔBO, 2018a, p. 234).

Cumprе mencionar que, a partir da entrada em vigor da Lei do Divórcio (Lei n. 6.515), em 1977, o regime subsidiário passou a ser, o de comunhão parcial, determinação esta prevista no art. 1.640, caput, do CC/02.

De acordo com a norma indicada (art. 1.640, caput, CC/02), “Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial (BRASIL, 2002b).”

Com tal enfoque, torna-se importante pontuar a previsão legal do regime de separação obrigatória, que será alvo de grandes discussões posteriormente.

Com efeito, destaca-se que as hipóteses deste regime matrimonial, estão elencadas no art. 1641, do CC/02, segundo o qual:

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 (BRASIL, 2002c).

Observando-se, este diploma legal, nota-se que há três possibilidades de ser imposto o regime de separação de bens no casamento: a) nas causas suspensivas; b) aos maiores de 70 anos; c) no suprimento judicial.

Como é possível perceber, a vedação de escolha de regime de bens aos maiores de 70 anos, é convencionalizada pela própria legislação, isto é, pelo art. 1641, II, do CC/02. Por tal razão,

este diploma legal é considerado de extrema importância para a compreensão da temática desta pesquisa, razão pela qual mereceu destaques nesta escritura.

### 2.1.3 A PROIBIÇÃO DE ESCOLHA DO IDOSO

Nesta linha de intelecção, passa-se a explorar, especificamente, a vedação de escolha de regime de bens para os maiores de setenta anos.

Em consequência disserta-se a respeito, das motivações, resultâncias e críticas a esta imposição legal.

No que tange, as motivações da vedação de escolha de regime de bens ao idoso, preceitua Tartuce (2019e, p.220), “[...] visa, supostamente, à tutela do idoso, potencial vítima de um golpe do baú, em geral praticado por pessoa mais jovem, com más intenções.”

Em conformidade, Gonçalves (2019d, p. 518), relata que a imposição é eminentemente de caráter protetivo. Sua finalidade é impedir à realização de casamento exclusivamente por interesse econômico.

Por sua vez, no que se refere, as resultâncias da proibição de escolha de regime matrimonial ao idoso, destaca-se a impossibilidade deste em designar regime diverso do da separação de bens.

Dessa forma, caso os noivos elejam por pacto antenupcial o regime da comunhão universal, da comunhão parcial ou da participação final dos aquestos, tal convenção será nula por infração à norma de ordem pública (art. 1.655 do CC) [...] (TARTUCE, 2019f, p. 219).

A título de esclarecimentos, descreve-se que segundo o art. 1.655 do CC/02, é nula a convenção ou cláusula do pacto antenupcial que contravenha disposição absoluta de lei. (BRASIL, 2002d).

A partir disto, torna-se evidente o motivo pelo qual são nulos os casamentos que embora estejam previstos nas hipóteses do art. 1.641 do CC, são estabelecidos, em pacto antenupcial, sob regime diverso do da separação de bens.

Ainda sobre as resultâncias da determinação prevista no artigo 1.641 do CC/02, alude Lôbo (2018b, p. 234):

O direito se vale de variadas consequências jurídicas para reprimir o comportamento que considera indesejado. [...] Pode, também, utilizar consequência mais leve para a realização de certo ato que não é proibido por lei, e, consequentemente, não há dever jurídico e sanção pelo descumprimento, mas situação que procura inibir, mediante um instrumento chamado ônus. O ônus não é sanção, pois não há dever jurídico perante qualquer pessoa ou o Estado. É encargo, gravame, que a pessoa deve suportar se decidir por determinado ato. É livre para realizar o ato, mas se o fizer o ônus recairá.



[...] O regime obrigatório de bens é tipicamente um ônus: a pessoa, incluída em alguma das três hipóteses legais, escolhe entre casar ou não casar; se prefere casar, deverá suportar o ônus do regime obrigatório de bens.

No tocante, as críticas empreendidas a restrição legal imposta aos consortes septuagenários, Gagliano e Filho (2021d, p. 317), preceituam que, a segunda situação prevista no art. 161, II, do CC/02, é absurda e inconstitucional.

[...] Esse dispositivo, posto informado por uma suposta boa intenção legislativa, culmina, na prática, por cancelar situações de inegável injustiça e constitucionalidade duvidosa.

[...]

A alegação de que a separação patrimonial entre pessoas que convolverem núpcias acima de determinado patamar etário teria o intuito de proteger o idoso das investidas de quem pretenda aplicar o “golpe do baú” não convence.

E, se assim o fosse, essa risível justificativa resguardaria, em uma elitista perspectiva legal, uma pequena parcela de pessoas abastadas, apenando, em contrapartida, um número muito maior de brasileiros.

[...]

Se existe receio de o idoso ser vítima de um golpe por conta de 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 (GAGLIANO; FILHO, 2021e, p. 317).

#### 2.1.4 A APLICAÇÃO DA SÚMULA 377 DO STF AO REGIME LEGAL OBRIGATÓRIO

Neste cenário, apontamentos devem ser apresentados em relação a aplicabilidade da súmula nº 377 do STF ao regime legal obrigatório.

De acordo com, tal ordem legislativa (BRASIL, 1964), “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.”

Inicialmente, essa súmula foi aplicada em sentido amplo, ou melhor dizendo, de maneira literal, situação em que todos os bens adquiridos na constância do casamento se comunicavam, ou seja, poderiam ser alvo de partilha no divórcio. Contudo, em momento posterior, sua aplicação ficou restrita aos bens adquiridos pelo esforço comum dos cônjuges, reconhecendo-se a existência de uma verdadeira sociedade de fato. Assim passou a decidir o Superior Tribunal de Justiça (GONÇALVES, 2019e, p. 522).

Em uma primeira análise, pode parecer incoerente estabelecer a comunicabilidade dos bens adquiridos no curso do casamento, para o regime de separação legal. Entretanto não se trata disto (GAGLIANO; FILHO, 2021f, p. 319).

A súmula em questão, possui a finalidade de evitar a insensatez de se impedir a comunicabilidade dos bens adquiridos pelo esforço comum, sob pena de se permitir ou até mesmo incentivar o enriquecimento sem causa de uma das partes [à custa do outro cônjuge] (GAGLIANO; FILHO, 2021g, p. 319).

Em consequência, no regime legal obrigatório, pouco importa quais os bens que se encontram registrados em nome de um ou de outro cônjuge, uma vez demonstrado o esforço comum, esses bens aqestos (adquiridos na constância do casamento) serão objeto de meação [partilha do patrimônio comum do casal], mesmo sob as regras do regime de separação legal, pois se assim não fossem, estaria o nubente que teve os bens registrados em seu nome, enriquecendo-se injustamente à custa do outro [...] (GAGLIANO; FILHO, 2021h, p. 319).

Em síntese, assevera-se que sim, a súmula nº 377 do STF possui aplicabilidade sobre o regime legal obrigatório, levando em consideração que por intermédio da ruptura da sociedade conjugal, isto é, do divórcio, somente serão partilhados os bens contraídos durante o casamento, quando houver comprovada existência de contribuição mútua dos cônjuges para a aquisição ou manutenção dos bens objetos de partilha no processo de divórcio ou na ação dissolução de união estável.

#### 2.1.5 O DESFECHO

Desta forma, levando em consideração todo o exposto, neste capítulo conclui-se que: a) O regime de bens é o conjunto de regras de um casamento, destinadas a orientar a administração da vida patrimonial e econômica das pessoas casadas antes e até mesmo depois do casamento, quando ocorrer a sua ruptura; b) A legislação brasileira reconhece 04 regime de bens do casamento, tais quais o regime da: comunhão parcial de bens, comunhão universal de bens, separação (convencional e obrigatória) de bens, e participação final nos aquestos; c) O regime de bens tem origem primordialmente no casamento, e secundariamente no pacto antenupcial, que nada mais é do que um negócio jurídico solene, isto é, um contrato, celebrado entre os noivos em momento anterior ao casamento, destinado a regulamentar as questões patrimoniais do matrimônio, como a escolha do regime de bens que vigorará entre os noivos até a extinção de seu casamento; d) Os negócios jurídicos solenes são aqueles que devem ser elaborados conforme as instruções da lei, para que então tenham validade jurídica; e) Há apenas duas possibilidades em que não se fará necessário celebrar o pacto antenupcial, que é quando os nubentes desejam se casar pelos regime da comunhão universal, hipótese em que a lei presume

a escolha na ausência de manifestação das partes, ou pelo da separação obrigatório, situação em que a próprio lei impõe a sua adoção.

Além disso, depreende-se que: f) Há 4 princípios fundamentais que regem a aplicação do regime de bens, quais sejam: o princípio da autonomia privada ou liberdade de escolha previsto no art. 1.639, caput, do CC/02, que estabelece plena liberdade na escolha do regime de bens. O princípio da indivisibilidade do regime de bens, consagrado no art. 1.511, do CC/02, que estipula um único regime para ambos os consortes. O princípio da variabilidade ou variedade de regime de bens, amparado no art. 1.640, caput, do CC/02, que designa quatro possibilidades de regime de bens aos nubentes. E o princípio da mutabilidade justificada ou mutabilidade, firmado no art. 1.639, § 2º, do CC/02, que admite a alteração do regime matrimonial adotado, mediante autorização judicial.

Ainda, entende-se que: g) O art. 1.639 do CC/02, assegura individualmente três dos princípios do regime bens, notadamente o da autonomia privada, da variabilidade e da mutabilidade, carregando assim, grande importância para a efetivação desses princípios nas celebrações do casamento.

Ademais, infere-se que: h) O regime de separação de bens, se subdivide em convencional, quando há expressa manifestação das partes e obrigatório ou legal, quando há imposição da legislação; i) O regime da separação obrigatória de bens ocorre em 03 circunstâncias, quando há no casamento: causa suspensiva, cônjuge maior de 70 anos e exigência de suprimento judicial; j) No ano de 1977, por força da Lei do divórcio, o regime da comunhão universal deixou de ser o regime subsidiário ou supletivo, aquele que se vigora na falta de convenção das partes, passando o regime da comunhão parcial de bens a ocupar tal posição, conforme determina o art. 1.640, do CC/02; k) As hipóteses para aplicação do regime da separação obrigatória de bens, estão previstas no art. 1.641, do CC/02, inclusive a vedação imposta ao idoso, que está disposta no segundo inciso deste diploma legal.

Conclui-se também que: l) A vedação de escolha de regime de bens aos maiores de 70 anos visa sobretudo a proteção do idoso, possível vítima de casamentos movidos por interesses econômicas; m) Em consequência a proibição posta ao idoso, o noivo maior de 70 anos não pode escolher regime diverso do da separação obrigatória de bens e caso eleja será nulo o pacto antenupcial que estabelece tal regime; n) Há diversas críticas empreendidas a restrição do idoso, dentre as quais destacam-se: a suposta inconstitucionalidade, a injustiça, a motivação legal frágil, a visão elitista e a inadmissível restrição de direitos.

Por fim, neste capítulo, também foi possível aferir que: o) a súmula nº 377 do STF, surgiu na tentativa de minimizar as injustiças ou até mesmo flexibilizar a rigidez, trazida pelo

art. 1.641, inciso II, do CC/02 a partir de restrições matrimoniais, principalmente aquela destinada ao maior de 70 anos, e que por conta disto terá aplicação nos casos em que houver esforço comum dos conjugues para aquisição ou manutenção dos bens em discussão nos porcessos de divórcio ou dissolução de união estável.

## AS ANTINOMIAS JURÍDICAS

Nesse diapasão, levando em consideração tudo o fora exposto até o momento, dar-se-á continuidade a esta Monografia, com a exposição dos assuntos referentes a problematização da temática aqui apresentada, tais quais: concepção, origem histórica, espécies e métodos de resolução das antinomias jurídicas.

### 2.2.1 NOÇÕES DE ANTINOMIA

Preliminarmente, antes de se apresentar um conceito para o termo antinomia, considera-se de extremo valor apontar a origem histórica do estudo do conflito de normas, tal como é estudado na atualidade, ou seja, o momento histórico em que o conflito normativo transformou-se em um problema jurídico. Segundo Theodor Sternberg<sup>1</sup>, por exemplo, “Quem quer fazer direito sem história não é jurista, nem mesmo utópico; não traz à vida o espírito de ordenamento social consciente, mas mera desordem e destruição” (1930, p. 32, tradução nossa).

A respeito da origem do estudo da antinomia, declara Maria Helena Diniz:

[...] o problema do conflito normativo, tal como aparece na atualidade, surgiu na época da Revolução Francesa, que propiciou a consolidação de certas condições políticas, como soberania nacional e separação de poderes, e jurídicas, como a preponderância da lei enquanto fonte do direito, o controle da legalidade das decisões judiciárias e, principalmente, a concepção do direito como sistema, imprescindíveis para tomada do contato com essa problemática em termos de profundidade.

[...]

[...] o problema teórico da antinomia jurídica aparece no século XIX, marcado pela positivação, representada pela crescente importância da lei e caracterizada pela libertação, que sofre o direito, de parâmetros imutáveis. Com a positivação, cresce a disponibilidade espaço-temporal do direito, pois sua validade se torna maleável, podendo ser limitada no tempo e no espaço, adaptada a prováveis necessidades de futuras revisões.

[...] a teorização do problema do conflito normativo só surgiu no pleno domínio do positivismo jurídico, porque nos leva à concepção do direito como um sistema normativo. É verdade que já nas discussões em torno da hierarquia das fontes, o problema do sistema [é possível definir sistema como o ordenamento jurídico, que não possui normas incompatíveis] já havia sido aflorado em conexão com a antinomia.

[...]

Foi preciso que o direito fosse concebido como um sistema normativo para que a antinomia e sua correção se revelassem como problemas teóricos. A antinomia

---

<sup>1</sup> Theodor Sternberg (Introducción a la ciencia del derecho, trad. José Rovira y Ermengol, 2ª ed., Barcelona, Labor, 1930, p. 32) escreve: “El que quiera hacer Derecho sin Historia, no es un jurista, nin siquiera un utopista; no traera a la vida espíritu de ordenación social consciente, sino mero disorden y destrucción”.

jurídica aparece como um elemento do sistema jurídico e a construção do sistema exige a resolução dos conflitos normativos, pois todo sistema deve e pode alcançar uma coerência interna (1998a, p. 2 e 6).

Desta forma, considera-se que o problema científico do conflito normativo é um tema do século XIX, surgindo com a instituição do positivismo jurídico e da concepção do direito como sistema, que geraram condições para a eclosão de teses em torno da coerência ou incoerência (lógica) do sistema jurídico e da questão da existência ou inexistência de antinomias jurídicas (DINIZ, 1998b, p. 6).

Superadas essas considerações preliminares, a respeito do surgimento da antinomia, enquanto temática de estudo no meio jurídico, disserta-se acerca do conceito de antinomia e das reflexões efetuadas ao seu estudo.

Inicialmente, acentua-se as escrituras do Jurista Marcus Cláudio Acquaviva, que atribui uma definição de antinomia a partir da etimologia da palavra. Segundo ele, a expressão tem origem do grego anti que significa oposição acrescido de nomos que significa norma, logo antinomia é o conflito entre duas normas jurídicas, da qual a solução não se encontra prevista na ordem jurídica (2008).

De acordo, com o jusfilósofo Italiano, Norberto Bobbio, “a situação das normas incompatíveis entre si é uma tradicional dificuldade da qual se encontraram os juristas de todos os tempos, e que tomou uma denominação característica: antinomia” (2011a, p. 87).

Por normas incompatíveis entende-se, aquelas que não pode ser ambas verdadeiras, das quais configuram-se em três relações de incompatibilidade, isto é, a incompatibilidade normativa estará configurada em três casos, a saber (BOBBIO, 2011b, p. 90):

- 1) Entre uma norma que **manda** fazer algo e uma que **proíbe** fazê-lo (contrariedade);
- 2) Entre uma norma que **manda** fazer e uma que **permite** não fazer (contrariedade);
- 3) Entre uma norma que **proíbe** fazer e uma que **permite** fazer (contrariedade) (BOBBIO, 2011c, p. 91, grifo do autor).

Nestas circunstâncias, Bobbio (2011c, p. 92), disserta que a antinomia é aquela situação em que são positivadas duas normas, das quais uma obriga [norma imperativa] e a outra proíbe [norma proibitiva], ou uma obriga e a outra permite [norma permissiva], ou uma proíbe e a outra permite o mesmo comportamento.

Entretanto, segundo os ensinamentos deste autor (BOBBIO, 2011d, p. 93), esta definição não é completa, pois para que ocorra a antinomia, são necessárias duas condições, a saber: As duas normas devem pertencer ao mesmo ordenamento (ordenamento jurídico é o conjunto de leis de um Estado, formado pela constituição, leis, emendas, decretos, resoluções

e medidas provisórias), como também, possuir o mesmo âmbito de validade, seja ele temporal, espacial, pessoal ou material (neste caso, para constituir antinomia as normas devem ser válida no mesmo tempo, ou no mesmo espaço, ou para as mesmas pessoas, ou para as mesma matérias).

Elucida-se que há quatro âmbitos de validade de uma norma: temporal, espacial, pessoal e material. A validade temporal diz respeito, ao momento em que a norma é válida, levando em consideração a hora, o dia, o mês ou o ano de sua validade. Por sua vez, a validade espacial refere-se a efetivamente ao lugar, ao local ou ambiente em que a norma é válida. Em contrapartida, a validade pessoal relaciona-se com o indivíduo sobre o qual o conteúdo da norma recai. E por fim, a validade material concerne ao objeto ao qual a norma faz referência.

Sendo assim, não configura antinomia duas normas que são válidas em tempos ou espaço diferentes, ou que se destinam a pessoas distintas, ou ainda que tratam de um material divergente.

Considerando impreciso o seu primeiro conceito atribuído a antinomia, Bobbio narra uma nova definição, segundo ele mais concludente para esta terminologia: antinomia é “aquela situação que se verifica entre duas normas incompatíveis [ou simplesmente entre duas proposições, não necessariamente do campo jurídico], pertencentes ao mesmo ordenamento e com o mesmo âmbito de validade.” (2011e, p. 93).

A respeito desta temática, preceitua Hans Kelsen: o “conflito de normas surge quando uma norma determina uma certa conduta como devida e outra norma determina também como devida uma outra conduta, inconciliável com aquela. (1998a, p. 143)

Ainda segundo o conceito de antinomia, afirma Tércio Sampaio Ferraz Jr. (v. 7., p. 14) que ela é a oposição ocorrida entre duas normas contraditórias, total ou parcialmente, oriundas de autoridades competentes num mesmo campo normativo que inserem o sujeito numa posição insustentável pela ausência ou inexatidão de critérios aptos a permitir-lhe uma saída mediante as perspectivas de um dado ordenamento.

De uma maneira mais holista, a expressão antinomia, pode ser compreendida como o conflito presente entre duas normas jurídicas, dois princípios, ou ainda, entre uma norma e um princípio, em virtude de contradições existentes no conteúdo do texto normativo, no caso de antinomias normativas, ou em decorrência de contrariedades existentes na regulamentação de princípios, quando se tratar de antinomia de princípios.

Ao seu modo, Maria Helena Diniz, relata algumas observações a respeito das antinomias, também denominada de conflitos normativo, caso envolvam duas normas. Nestas palavras:

[...] se trata de questão controvertida, pois para seu devido equacionamento não há, na doutrina, critérios coordenados e seguros, ante: a) a existência de opiniões díspares dos jusfilósofos a respeito; b) o fato de, apesar de haver antinomias na seara jurídica, muitos teóricos do direito ainda não se conscientizaram do problema e das soluções que a ciência jurídica pode oferecer; e c) a flagrante incompletude e inconsistência dos meios de resolução das antinomias jurídicas (1998c, p.1)

### 2.2.2 AS CLASSIFICAÇÕES DAS ANTINOMIAS

De maneira simplista, fala-se que as antinomias classificam-se de acordo à quatro referenciais, ou melhor dizendo, segundo ao seu critério de solução, seu conteúdo, seu âmbito, sua extensão de contradição, e quanto aos metacritérios envolvidos.

Posteriormente, é o que se passará a examinar.

A) Quanto ao critério de solução, a antinomia pode se subdividir em aparente e real. A antinomia aparente, também chamada de solúvel, é aquela afigurada quando o conflito entre as normas pode ser resolvido, utilizando-se os chamados metacritérios, que são três: critério cronológico, critério da especialidade e critério hierárquico. Em contrapartida, a antinomia real, é aquela configurada quando a contradição entre as normas é tão relevante, que a única solução seria a exclusão ou a edição de uma das normas conflitantes.

Tratando do assunto, afirma Norberto Bobbio (2011f, p. 96, grifo nosso) intitula-se as antinomias solúveis de aparentes e as insolúveis de reais. Nesta configuração, tem-se duas razões pelas quais nem todas as antinomias são solúveis, tais quais, a de haver casos de conflitos normativos nos quais não se pode aplicar nenhuma das regras pensadas para a resolução das antinomias, bem como, haver casos em que se podem adotar simultaneamente duas ou mais regras em conflito entre si.

Ainda acerca da temática, preceitua o referido autor: “as antinomias reais são aquelas em que o intérprete é abandonado a si mesmo ou pela falta de um critério ou por conflito entre os critérios dados [...]” (BOBBIO, 2011g, p. 96, grifo nosso).

No que diz respeito, as ideias de Maria Helena Diniz (1998d, p. 25), a antinomia aparente acontece quando os critérios para solucionar o conflito forem normas integrantes de ordenamento jurídico, já a antinomia real, ocorre quando não há na ordem jurídica qualquer critério normativo para a solução da incompatibilidade de normas, sendo, então, indispensável para sua eliminação, a edição de uma nova norma.

Considerando a razoabilidade do conceito apresentado preliminarmente para antinomia real e aparente, Maria Helena Diniz, reformula sua conceituação, proclamando que:



[...] Seria de bom alvitre **substituir tal distinção**, baseada na **existência ou não** de critérios normativos para sua solução, por outra, em que **antinomia real** seria aquela onde a posição do sujeito é **insustentável** porque há: a) lacuna de regras de solução, ou seja, **ausência de critérios** para solucioná-la, ou b) **antinomia de segundo grau**, ou melhor, **conflito entre os critérios existentes**, e a **aparente**, o caso contrário (1998e, p. 26, grifo do autor).

B) Por sua vez, quanto ao conteúdo, a antinomia pode se dividir em própria e imprópria. A antinomia própria é aquela falada comumente em linguagem jurídica, quer dizer, é aquela situação produzida pelo encontro de duas normas incompatíveis. No entanto, a antinomia imprópria é aquela também falada em linguagem jurídicas (incomumente), porém com referência a outras situações (BOBBIO, 2011h, p. 13).

De maneira mais precisa, a antinomia própria é aquela que se dar por questão formal, independentemente do conteúdo material da norma. Ela acontece quando uma norma prescreve uma conduta e ao mesmo tempo uma outra norma não prescreve, ou uma proíbe e a outra não proíbe, ou ainda quando uma prescreve e a outra proíbe. Entretanto, a antinomia imprópria é aquela que se dá em decorrência do conteúdo das proposições conflitantes, podendo apresentar-se como antinomia de: princípios, valorativa e teleológica (DINIZ, 1998f, p. 26).

A primeira delas, a antinomia de princípios, é aquela que ocorre quando há uma desarmonia numa ordem jurídica, em virtude de ela possuir diferentes ideias fundamentais entre as quais se pode instituir um conflito (DINIZ, 1998g, p. 27).

É possível se falar de antinomia de princípios no direito, tendo em vista que um ordenamento jurídico pode ser inspirado em valores contrapostos (ou ideologias opostas). No entanto, um resvalava deve ser feita no sentido de que [para alguns estudiosos do campo jurídico], tais conflitos não são necessariamente antinomias jurídicas, mas podem dar lugar a normas incompatíveis (BOBBIO, 2011i, p. 94 e 95).

Por sua vez, a segunda delas, a antinomia valorativa, também chamada de antinomia de valoração ou imanente, é aquele conflito normativo que se observa quando uma norma pune um delito menor com uma pena mais grave que aquela aplicada a um delito maior (BOBBIO, 2011j, p. 95).

Em outras palavras ressalta-se que antinomia valorativa imanente ou de valoração, verifica-se quando o legislador não for fiel a uma valoração por ele próprio construída, pondo-se em confronto com as próprias valorações (DINIZ, 1998h, p. 27).

Por fim, a terceira delas, isto é, a antinomia teleológica, é aquela que ocorre quando existe um embate entre a norma que descreve o meio para alcançar o fim e aquela que dita o fim, de forma que, caso o intérprete ou aplicador do direito priorize a norma que prevê meio, não pode atingir o fim, e vice-versa (BOBBIO, 2011k, p. 95)

Nesta hipótese, o legislador quer atingir um fim com uma norma e em rejeita os meios para obter tal finalidade. Surge, portanto, sempre que a relação de meio e fim entre as normas não se constata, mas deveria constatar-se (DINIZ, 1998i, p. 28).

A respeito destes tipos de antinomia imprópria, há doutrinadores que incluem a antinomia técnica, inerente à ausência de uniformidade da terminologia legal. Tome-se de exemplo, o conceito de posse, que em direito possui um significado, mas em direito administrativo detém outro sentido (DINIZ, 1998j, p. 28).

Ainda em harmonia com as concepções de maria Helena Diniz:

Essas antinomias são impróprias porque não impedem que o sujeito aja conforme as normas, mesmo que não concorde com elas, de modo que o conflito, na verdade, surge entre o comando estabelecido e a consciência do aplicador. As antinomias próprias ou formais se caracterizam pelo fato do sujeito ficar num dilema por não poder atuar segundo uma norma sem violar a outra, devendo optar, e esta sua opção por uma das normas em conflito implica a desobediência a outra, levando-o a recorrer a critérios para sair dessa situação anormal (DINIZ, 1998K, p. 28)

Superadas essas considerações a respeito das subdivisões das antinomias impróprias, retorna-se ao estudo das demais classificações de antinomias.

C) Em relação a classificação quanto ao âmbito de validade, esta se fragmenta em antinomia de direito interno, de direito internacional e de direito interno-internacional. A primeira (antinomia de direito interno), verifica-se entre normas de um mesmo ramo do direito ou entre normas de diferente campos jurídicos; a segunda (antinomia de direito internacional), surge entre normas de direito internacional público, ou seja, tratados ou convenções internacionais, costumes internacionais, princípios gerais do direito reconhecidos pelas nações civilizada e entre outros; e a terceira (antinomia de direito interno-internacional) que advém de norma de direito interno e norma de direito internacional público. Correspondendo todas essas ramificações a um problema das relações entre dois ordenamentos, na primazia de um sobre o outro na sua coordenação (DINIZ, 1998l, p. 28 e 29).

D) Não obstante, no que concerne a classificação das antinomias quanto a extensão da contradição, estas se subdividem em total-total, total-parcial e parcial-parcial.

Para que se possa compreender de uma maneira mais correta as divisões dessas antinomias, é interessante remeter-se as concepções do ilustre jusfilósofo, Alf Ross. Para ele o conflito de proposições, trata-se de problemas lógicos de interpretação, sendo a incompatibilidade entre normas considerada um problema de interpretação lógico, de categoria denominada de Inconsistência, que por sua vez pode ser classificada de três formas, designadamente: a) inconsistência total-total, ocasião em que nenhuma das normas conflitantes

pode ser aplicada; b) total-parcial, circunstância em que uma das normas conflitantes pode ser aplicada; e c) parcial-parcial, situação em que ambas as normas conflitantes podem ser aplicadas, caso seja preferido os trechos compatíveis da norma. (2000a, p. 157 e 158).

Sendo assim, vejamos o que disserta o respeitável jurista, acerca do assunto, Nestas palavras:

Os problemas lógicos de interpretação são os que se referem às relações de uma expressão com outras expressões dentro de um contexto. Entre estes problemas destacam-se a inconsistência, a redundância e as pressuposições.

Existe inconsistência entre duas normas quando são imputados efeitos jurídicos incompatíveis às mesmas condições fatuais.

Pode haver inconsistência entre duas normas de três maneiras distintas.

1ª) Inconsistência total-total, isto é, quando nenhuma das normas pode ser aplicada sob circunstância alguma sem entrar em conflito com a outra. Se os fatos condicionantes de cada norma são simbolizados por um círculo há uma inconsistência desse tipo quando ambos os círculos coincidem.

2ª) Inconsistência total-parcial, isto é, quando uma das duas normas não pode ser aplicada sob nenhuma circunstância sem entrar em conflito com a outra, enquanto esta tem um campo adicional de aplicação no qual não entra em conflito com a primeira. Tal inconsistência ocorre quando um círculo se acha dentro do outro.

3ª) Inconsistência parcial-parcial, isto é, quando cada uma das duas normas possui um campo de aplicação no qual entra em conflito com a outra, porém também possui um campo adicional de aplicação no qual não são produzidos conflitos. Tal inconsistência existe quando os dois círculos são secantes (ROSS, 2000b, p. 157 e 158).

Ultrapassado estas questões preliminares, levando em consideração o que fora exposto acerca das antinomias quanto a extensão da contradição, entende-se que: a) a antinomia total-total, surge de duas normas incompatíveis que possuem o mesmo âmbito de validade (temporal, espacial, pessoal ou material), onde em nenhuma hipótese uma das duas normas pode ser aplicada sem entrar em conflito com a outra; b) a antinomia total-parcial, advém de duas normas incompatíveis que têm o âmbito de validade igual ao da outra, porém mais restrito, ou melhor dizendo, o seu âmbito de validade é em parte igual, mas não é também em parte diferente em relação à outra, logo a incompatibilidade é total da parte da primeira norma em relação a segunda, e apenas parcial da parte da segunda em relação à primeira; e c) a antinomia parcial-parcial aparece entre duas normas incompatíveis que têm o mesmo âmbito de validade em parte igual e em parte diferente, onde a incompatibilidade localiza-se somente em relação àquela parte da norma que elas têm em comum (BOBBIO, 2011, p. 93 e 94).

E) Finalmente, no que se refere a espécie de antinomia quanto aos metacritérios envolvidos, ou seja, aos critérios hierárquico, cronológico e da especialidade, utilizados para

solucionar as antinomias aparentes, a mesma se classifica em antinomia de primeiro grau ou antinomia de 2º grau.

De acordo com Flávio Tartuce (2022a, p. 135), a antinomia de 1º. Grau trata-se de um conflito de normas que envolve apenas um dos metacritérios de resolução de conflito, enquanto a antinomia de 2º grau refere-se a embate de normas que envolve dois dos metacritérios de resolução das antinomias, ou seja, são conflitos, nos quais se verificam um choque entre os metacritérios.

A antinomia de segundo grau, também conhecida como antinomia de antinomia, pode ser notada quando houver conflito entre os critérios: a) hierárquico e cronológico, onde haverá incompatibilidade entre uma norma anterior-superior com uma posterior-inferior; sendo preferida a primeira norma pelo critério hierárquico e a segunda pelo critério cronológico; b) de especialidade e cronológico, no qual ter-se-á um embate entre uma norma anterior-especial com uma posterior-geral, sendo a primeira norma aplicada pelo critério da especialidade e a segunda, pelo critério cronológico; e c) hierárquico e de especialidade, onde existirá oposição entre uma norma superior-geral com uma inferior-especial, sendo selecionada a primeira pelo critério da hierarquia e a segunda pelo critério da especialidade (DINIZ, 1998m, p. 49)

Por todo o exposto, declara-se que estas são as classificações de antinomia mais aceitas pela doutrina majoritária, não impedindo que demais estudiosos do assunto possam apontar outras espécies de antinomia, diversas das que foram apresentadas no presente trabalho científico.

### 2.2.3 OS CRITÉRIOS DE RESOLUÇÃO DAS ANTINOMIAS

Preliminarmente, antecipa-se que o segredo para solucionar qualquer tipo de antinomia, é reconhecer se o caso sobre o qual está sendo analisado, trata-se de uma antinomia aparente ou de uma antinomia real, isto porque, tal classificação leva em conta os critérios de resolução das antinomias. Sustenta-se que o um bom estudo dos conflitos aparentes e reais intensifica a capacidade do intérprete da norma em resolver o conflito normativo. Sendo assim, nesta seção dar-se-á ênfase nesta modalidade de antinomia, uma vez que esta, indicará o caminho a ser seguido pelo operador do Direito, para resolver a incompatibilidade de normas.

Além disso, é importante destacar que os métodos de resolução das antinomias não surgiram de qualquer forma, ou melhor dizendo, não são orientações vagas, amparadas por fundamentos superficiais, em verdade, tratam-se de uma série de regras, comumente aceitas no

campo jurídica, elaboradas pela jurisprudência, no curso de sua secular obra de interpretação das leis (BOBBIO, 2011m, p. 96).

A ciência jurídica, em virtude da postura do aplicador do direito, diante uma antinomia jurídica, ocasião em que ficará num dilema, pois terá que escolher, e sua opção por uma das normas conflitantes implicará uma violação da outra, bem como, ante o postulado da coerência do sistema jurídico (sistema que não admite a coexistência de normas incompatíveis), indica alguns critérios a que o aplicador do direito deverá recorrer para sair dessa situação anormal, tal qual é a antinomia jurídica (DINIZ, 1998n, p. 33).

Consoante os preceitos de Norberto Bobbio (2011n, p. 96), as regras essenciais para a solução das antinomias são três, nomeadamente: a) critério cronológico; b) critério hierárquico; e c) critério da especialidade.

Levando em consideração que a antinomia aparente pode ser resolvida de maneira mais simplificada, adiante passa-se a apontar os métodos de resolução desta categoria.

Conforme relatado anteriormente, a antinomia aparente pode ser solucionada a partir de três critérios: o cronológico, da especialidade e da hierarquia, juntos intitulados de metacritérios.

O primeiro critério, isto é, o cronológico, também conhecido por *lex posterior*, é aquele segundo o qual, entre duas normas incompatíveis, predomina a norma posterior: *lex posterior derogat priori*. Entretanto quanto ao segundo critério, ou seja, o da especialidade chamado também de *lex specialis*, é aquele pelo qual, de duas normas incompatíveis, uma geral e uma especial (ou excepcional), prepondera a segunda [a especial]: *lex specialis derogat*. Por fim, no que se refere ao critério hierárquico, também nomeado de *lex superior*, é aquele pelo qual, entre duas normas incompatíveis, prevalece a hierarquicamente superior: *lex superior derogat inferior*. (BOBBIO,2011o, p. 97 e 99).

Além de compreender cada critério, é importante também entender a razão de cada um existir. O critério cronológico, se justifica considerando que no Direito há uma regra geral segundo ao qual a vontade posterior revoga anterior, e que de dois atos de vontade da mesma pessoa importa aquele praticado por último no tempo. Por sua vez, o critério da hierarquia, se ampara mediante a ordem hierárquica em que as normas de um ordenamento são inseridas, onde por consequência as normas superiores podem revogar as inferiores, porém as inferiores não podem revogar as superiores (BOBBIO,2011p, p. 97 e 99).

Entretanto, em relação ao critério da especialidade, este se fundamenta através da ideia segundo a qual o conteúdo da norma geral está contido na norma especial. A norma geral só não se aplica, em vista da maior relevância jurídica dos elementos presentes na norma especial,

que a tornam mais qualificadas a atender a necessidade e ou exigência social do que a norma geral. Considera-se norma especial, aquela que possui em sua definição legal todos os elementos contidos na norma geral e mais alguns de natureza objetiva ou subjetiva, intitulados especializantes (DINIZ, 1998o, p. 39)

A este respeito, considera-se de extremo valor ressaltar os ensinamentos do jurista Flávio Tartuce (2022b, 135), que apresenta de forma simplista uma graduação de prevalência entre os critérios fundamentais do conflito normativo. Segundo o autor:

Dos três critérios acima, o **cronológico**, constante do **art. 2.º da Lei de Introdução, é o mais fraco de todos**, sucumbindo diante dos demais. O critério da **especialidade é o intermediário** e o da **hierarquia o mais forte de todos**, tendo em vista a importância do Texto Constitucional.

De qualquer modo, lembre-se que a especialidade também consta do Texto Maior, inserida que está na isonomia constitucional (art. 5.º, caput, da CF/1988), em sua segunda parte, eis que a lei deve tratar de maneira desigual os desiguais.

Uma situação digna de destaque, trata-se do embate entre uma lei e um costume. Nesta configuração, tem-se três situações, na qual uma delas o critério hierárquico não será o mais forte: 1) nos ordenamentos em que o costume é inferior, onde prevalecerá a lei, pois não vale o costume ab-rogativo ( revogação total de uma lei), não é permitido que a lei seja revogada por um costume contrário; 2) nos ordenamentos em que leis e costumes são fontes do mesmo grau, onde aplicar-se-á o critério cronológico, conseqüentemente a lei sucessiva ab-roga(revoga totalmente) o costume precedente e vice-versa; e c) nos ordenamentos em que os costumes tem mais força do que as leis, onde o costume prevalecerá quando for contra lei eclesiástica, de condição razoável, com duração de quarenta anos ou quando for contrário a lei humana eclesiástica que exclua a validade de qualquer futuro costume, com duração de pelo menos cem anos, isto é, de data desconhecida, não sendo priorizado o costume somente quando este for contrário ao direito divino e natural (BOBBIO, 2011q, p. 98 e 99).

Uma vez esclarecidos os métodos de resolução das antinomias aparentes, passa-se a expor as formas de resolução das antinomias reais.

Consoante os mandamentos de Norberto Bobbio (2011r, p. 101):

[...] O único critério, do qual se encontram referências em velhos tratadistas [...] é aquele tirado da forma da norma.

Segundo a forma, as normas podem ser [...] imperativas, proibitivas e permissivas. O critério é certamente aplicável, porque é claro que duas normas incompatíveis são diferentes quanto à forma: se uma é permissiva a outra é ou proibitiva ou permissiva, e assim por diante [...]

O critério com respeito à forma consistiria em estabelecer uma graduação de prevalência entre as três formas na norma jurídica, por exemplo, deste modo: se de

duas normas incompatíveis uma é imperativa ou proibitiva e a outra é permissiva, prevalece a permissiva.

Aparentemente, o critério da forma da norma, é razoável e representa um dos cânones interpretativos mais frequentemente utilizados pelos juristas, que é o de dar prioridade, em caso de ambiguidade ou incerteza na interpretação de uma norma, a interpretação *favorabilis* sobre a odiosa (BOBBIO, 2011s, p. 101 e 102).

Contudo, o respeitável doutrinador ainda estabelece algumas outras considerações acerca deste método de resolução de conflito, de acordo com ele:

O cânone, por outro lado, é muito menos evidente do que possa parecer, pela simples razão de que a norma jurídica é bilateral, quer dizer, ao mesmo tempo um direito a uma pessoa e impõe uma obrigação [...] a outra, donde resulta que a interpretação a favor de sujeito é ao mesmo tempo odiosa para o sujeito em relação jurídica com o primeiro, e vice-versa.

[...]

O problema real, frente ao qual se encontra o intérprete, não é o de fazer prevalecer a norma permissiva sobre a imperativa ou vice-versa, mas sim o de qual dos dois sujeitos da relação jurídica é mais justo proteger, isto é, qual dos dois interesses em conflito é justo fazer prevalecer, **mas nessa decisão a diferença formal entre as normas não lhe oferece a mínima ajuda** (BOBBIO, 2011t, p. 102, grifo do autor).

Além disso, destaca-se um outro caso com relação à forma das normas, que é o conflito existente entre uma norma imperativa e outra proibitiva. Nesta situação, quer dizer, na colisão entre uma norma que obriga fazer algo e uma que proíbe fazer a mesma coisa, anulam-se as duas normas reciprocamente e, por conseguinte, o comportamento, em vez de ser ordenado ou proibido, se considera permitido ou lícito, de maneira mais clara, consideram-se as normas conflitante ambas falsas. (BOBBIO, 2011u, p. 102).

Ainda segundo Norberto Bobbio, os operadores do direito devem considerar que:

Essas regras deduzidas da forma da norma **não tem a mesma legitimidade daquelas deduzidas dos três critérios** [...] Isso significa, em outras palavras, que, no caso de um conflito no qual **não** se possa aplicar nenhum dos três critérios, a solução do conflito é confiada à **liberdade do intérprete**; podemos quase falar de um autêntico **poder discricionário** do intérprete, ao qual cabe resolver o conflito segundo a **oportunidade**, valendo-se de **todas as técnicas hermenêuticas usadas pelos juristas** por uma longa e consolidada tradição, e **não** se limitando aplicar **uma só** regra (BOBBIO, 2011v, p. 103, grifo do autor).

Considerando as injustiças constituídas pela aplicação do critério da forma da norma, o mencionado jurista, propõe métodos mais justos e seguros e legítimos para solucionar o conflito, livres de discricionariedades por parte do intérprete da norma, quer dizer, técnicas que contribuirão para se alcançar uma solução à antinomia de maneira mais justa, utilizando-se o critério da forma da norma. Textualmente:

Digamos, então, de uma maneira mais geral que, no caso de conflito entre duas normas, para o qual não valha nem o critério cronológico, nem o hierárquico, nem o da especialidade, o intérprete, seja ele o juiz ou jurista, tem à sua frente três possibilidades: 1) eliminar uma; 2) eliminar as duas; 3) conservar as duas (BOBBIO, 2011w, p. 103)

A partir das considera-se disposta no parágrafo anterior, nota-se que, mesmo que o aplicador do direito não queira utilizar o critério de resolução quanto a forma da norma, ainda poderá ele eliminar a incompatibilidade normativa mediante três atitudes, isto é, excluindo uma, ou duas normas, ou ainda, mantendo as duas.

O terceiro método de resolução, tal qual, o de conservar as duas normas divergentes é a operação mais utilizada pelos juízes ou juristas, isto porque, é uma regra tradicionalmente da interpretação jurídica que o sistema deve ser alcançado com a menor desordem, ou melhor dizendo, que a imposição do sistema não deve provocar prejuízo ao princípio de autoridade, segundo o qual as normas existem pelo único fato de terem sido estabelecida (BOBBIO, 2011x, p. 106).

A grande pergunta que surge é como conservar duas normas incompatíveis, não podem coexistir, ou seja, não podem ser ambas verdadeiras. A este respeito preceitua também Bobbio (2011y, p. 105):

É possível sob uma condição: demonstrar que não são incompatíveis, que a incompatibilidade é puramente aparente, que a pressuposta incompatibilidade deriva de uma interpretação ruim, unilateral, incompleta ou errada de uma das duas normas ou de ambas. **Aquilo a que tende o intérprete comumente não é mais a eliminação das normas incompatíveis, mas, preferentemente, a eliminação da incompatibilidade.** Às vezes para chegar ao objetivo, **introduz uma leve ou parcial modificação ao texto;** e nesse caso, tem-se aquela forma de interpretação chamada corretiva. Geralmente, a interpretação corretiva é aquela forma de interpretação que **pretende conciliar duas normas aparente incompatíveis** para conservá-las ambas no sistema, ou seja, evitar o remédio extremo da ab-rogação.

Por conseguinte, infere-se que em resumo, os operadores do direito possuem três maneiras de solucionar as antinomias reais. A primeira delas é eliminar uma norma, a segunda é eliminar as duas e a terceira é conservar as duas.

A adoção de uma dessas técnicas vai depender da forma das normas contraditórias e da intenção do jurista, ocasião em que o intérprete poderá eliminar uma norma, quando se tratar do embate entre norma permissiva e imperativa ou proibitiva, ou eliminar as duas normas, quando se tratar da colisão de norma imperativa com norma proibitiva, ou ainda conservar as duas normas, quando o intérprete tiver a intenção de não mais eliminar as normas incompatíveis, mas sim da eliminar a incompatibilidade presente no sistema jurídico.



Além desses critérios de solução das antinomias reais, Flávio Tartuce também prescreve dois métodos de resolução, muito interessantes, que devem ser aplicado pelo poder legislativo e pelo poder judiciário. Consoante a ele:

[...] dois caminhos podem ser dados no caso de antinomia real, um pelo Poder Legislativo e outro pelo Poder Judiciário. Vejamos:

Solução do Poder Legislativo – cabe a edição de uma terceira norma, dizendo qual das duas normas em conflito deve ser aplicada.

Solução do Poder Judiciário – o caminho é a adoção do princípio máximo de justiça, podendo o magistrado, o juiz da causa, de acordo com a sua convicção e aplicando os arts. 4.º e 5.º da Lei de Introdução, adotar uma das duas normas, para solucionar o problema. Atualizando a obra, também pode ser utilizado o art. 8.º do CPC/2015, segundo o qual, “ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”.

Finalizando este subcapítulo, a título de esclarecimentos, destaca-se as disposições dos arts. 4º e 5º da Lei de Introdução, também chamada de LINDB (Lei de introdução às normas do direito brasileiro) que respectivamente, presrevem:

Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum (BRASIL, 1942)

Outrossim, também enfatiza-se a redação do art. 8º do Código de Processo Civil de 2015, Segundo o qual:

Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência (BRASIL, 2015)

## 2.2.4 O DESFECHO

Perante o exposto, neste capítulo conclui-se que: a) A origem histórica do estudo do conflito de normas na ciência jurídica, surgiu no período correspondente a Revolução Francesa, no séc. XIX, movimento que estabeleceu uma série de condições política, imprescindíveis para o início do estudo da antinomia na seara do Direito, tais como, a soberania nacional, a separação de poderes e a separação jurídica, que por sua vez, instituiu o controle da legalidade das decisões judiciais e a concepção do Direito como sistema, que ao seu modo, instaurou o pleno domínio do positivismo jurídico; b) Antinomia é o conflito existente entre duas normas, dois princípios,

ou ainda entre uma norma e um princípio; c) Antinomia jurídica é aquela situação que se nota entre duas normas incompatíveis, pertencentes ao mesmo ordenamento e com o mesmo âmbito de validade; d) As antinomias podem ser classificadas de acordo com 5 parâmetros: quanto ao critério de solução, circunstância em que se terá, antinomia real e aparente; quanto ao conteúdo, hipótese em que ter-se-á antinomia própria e imprópria, sendo esta última subdividida em antinomia de princípios, valorativa e teleológica; quanto âmbito de validade, situação em que se terá, antinomia de direito interno, de direito internacional e de direito interno-internacional; quanto a extensão da contradição, circunstância em que ter-se-á, antinomia total-total, total-parcial e parcial-parcial; e quanto aos metacritérios envolvidos, hipótese em que se terá, antinomia de 1º e de 2º grau; e) Os critérios de resolução dos conflitos de normas estão resguardados nas antinomias aparentes e reais, tendo em vista que esta espécie antinômica consideram a solução da incompatibilidade normativa; f) De acordo com a ciência jurídica, há três métodos de resolução das antinomias reais, o critério cronológico, o da especialidade e o hierárquico; g) O critério cronológico estabelece que no embate entre uma norma posterior e uma anterior, prevalecerá a posterior; h) O critério da especialidade determina que, na colisão de uma norma geral com uma especial, prevalecerá a especial; i) O critério hierárquico dispõe que, no choque de uma norma superior com uma inferior, prevalecerá a superior; j) Entre os metacritérios, o método cronológico é o mais fraco, o da especialidade é o intermediário, e o da hierarquia é o mais forte; k) No conflito entre uma lei e um costume, prevalecerá a lei, nos ordenamentos em que o costume é inferior, ou prevalecerá um dos dois mediante o critério cronológico, nos ordenamentos em que a lei e o costume são fontes de mesmo nível, ou ainda, prevalecerá o costume, nos ordenamentos em que o costume tem mais força do que as leis, caso seja observado alguns requisitos, que dependerão do caso concreto; l) Segundo a doutrina do Direito, tem-se três maneiras de solucionar as antinomias reais, eliminando uma, eliminando as duas ou conservando ambas as normas conflitantes, que dependerão essencialmente da forma da norma, sendo reconhecidas três espécies, permissiva, imperativa e proibitiva, e também da intenção do intérprete da norma, isto é, do juiz ou jurista; m) O critério de resolução quanto a forma, defende uma hierarquia entre as três formas de normas, sendo a permissiva superior e as imperativa e proibitiva, as inferiores, ocupando o mesmo escalão, logo o embate de norma permissiva com imperativa ou proibitiva resultaria na manutenção da permissiva e no conflito de norma imperativa com proibitiva resultaria na anulação delas e a criação de uma nova norma; n) Na antinomia real, a eliminação de uma norma vai ocorrer, quando a incompatibilidade envolver norma permissiva e imperativa ou proibitiva, ao seu modo a eliminação das duas normas vai acontecer quando o conflito abranger norma imperativa e proibitiva, e a conservação

das duas normas irá advir quando o interprete tiver a intenção de eliminar a incompatibilidade presente no sistema jurídico; o) Consoante outra parte da doutrina, o poder legislativo e o poder judiciário podem auxiliar na resolução da antinomia real, tratando-se daquele, mediante a edição de uma nova norma, e referindo-se a este, adotando o princípio máximo de justiça, optando por uma das duas normas com base em sua convicção acrescida da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito, observando para tanto aos fins sociais a que a lei se dirige e às exigências do bem comum, nos termos do art. 4º e 5º da LINDB e ao art. 8º do CPC/15.

## O EMBATE ENTRE OS ARTIGOS 1.639 E 1641, II, DO CC/02

### 2.3.1 AS RAZÕES DA ANTINOMIA

Superados os assuntos apresentados até aqui, chega o momento de descrever asserções a respeito da antinomia jurídica existente entre o artigo 1.641, inciso II e artigo 1.639, ambos do Código Civil de 2002.

De maneira preliminar, faz-se necessário esclarecer as razões pela qual este trabalho científico optou por tratar especificamente do segundo inciso do artigo 1.641 e não da norma como um todo.

Destarte, alude-se que tal preferência foi estabelecida por duas razões, primeiramente por uma maior aptidão que o presente ao autor, ao que vos fala, detém com a temática da proibição de escolha de regime ao idoso, introduzida pelo artigo em questão e secundariamente em virtude das considerações doutrinárias empreendidas a este assunto, que na grande maioria das vezes manifestam uma série de críticas preferencialmente ao inciso II, do artigo 1.641, do CC/02, ao contrário do que ocorre com seus demais incisos, o I e o III, que encontram uma maior receptividade na ciência jurídica. Tome de exemplo, as críticas postas pelos juristas Pablo Stolze e Rodolfo Filho, destacadas preteritamente neste trabalho.

Desta forma, passa-se a discorrer acerca da antinomia jurídica presente entre os artigos em questão, ou melhor dizendo, entre os arts. 1.641, II, e 1.639 do CC/02.

Levando em consideração, a definição de antinomia jurídica, suas modalidades e métodos de resolução, apresentados anteriormente, declara-se que há claramente um conflito de normas entre os artigos em discussão.

Isso se justifica, tendo em vista que tais diplomas legais versam sobre a mesma temática, isto é, sobre o regime de bens do casamento, porém possuem disposições que se contrapõem.

Posto isto, observe-se o que declara cada artigo, com redação transcrita a seguir. Textualmente:

**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.

§ 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.

**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;**

III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial (BRASIL, 2002e, grifo do autor)

A partir do texto da lei, nota-se claramente as contraposições presente entre as normas. Isto porque, de um lado tem-se o artigo 1.639 do CC/02, que assegura a livre escolha do regime de bens aos nubentes, a existência de uma multiplicidade de regulamento matrimonial e a alteração deste regime no decurso do casório, e de outro, tem-se o artigo 1.641, inciso II, também do CC/02, que proíbe aos maiores de 70 anos de elegerem estatuto nupcial diverso do da separação de bens.

### 2.3.2 A CLASSIFICAÇÃO DA ANTINOMIA

É possível inferir que a situação antinômica em análise, trata-se de uma antinomia real, visto que as duas normas são contemporâneas, isto é, foram instituídas no mesmo período, além disso são normas gerais, ou seja, detém as duas o mesmo grau de especialidade, também são normas do mesmo nível, quer dizer, ocupam equivalente nível hierárquico e conseqüentemente seu conflito não pode ser solucionado pelo critério cronológico, da especialidade ou da hierarquia.

Objetivando legitimar tais alegações, enfatiza-se o seguinte ensinamento do jusfilósofo Norberto Bobbio. À letra:

O critério cronológico serve quando duas normas incompatíveis são sucessivas; o critério hierárquico serve quando duas normas incompatíveis estão em nível diversos; o critério da especialidade serve no choque de uma norma geral com uma norma especial. Mas pode ocorrer antinomia entre duas normas:

- 1) contemporâneas;
- 2) do mesmo nível;
- 3) ambas gerais;

Entende-se que, nesse caso, os três critérios não ajudam mais. E o caso é mais frequente do que se possa imaginar. **Corresponde à situação de duas normas gerais incompatíveis que se encontrem no mesmo código.** Se num código há antinomias do tipo total-total e parcial-parcial (com exclusão do tipo total-parcial, que cai sob o critério da especialidade), **tais antinomias não são solucionáveis com nenhum dos três critérios;** não com o **cronológico**, porque as normas de um código são estabelecidas ao mesmo tempo; não com o **hierárquico**, porque são todas leis ordinárias; não com o critério da **especialidade**, porque este resolve somente o caso de antinomia total-parcial (2011z, p. 100 e 101, grifo nosso).

Analogamente é que acontece entre os artigos em discussão, percebe-se que o antagonismo apresentado neste trabalho, refere-se a normas inseridas no código Civil de 2002,

o que significa que são normas gerais, de mesmo nível e contemporâneas, já que se trata de normas contidas em lei ordinária, que foram introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro no mesmo ano, isto é, em 2002.

### 2.3.3 A RESOLUÇÃO DA ANTINOMIA

Pelas razões anteriormente descritas e em conformidade com as discussões apresentadas até então nesta pesquisa, sustenta-se que há duas maneiras de se solucionar a situação antinômica em questão.

Nomeadamente será utilizado o critério da forma da norma. Por conseguinte, é de extrema valia atentar-se as espécies das normas em estudo, para então aplicar o melhor critério de solução possível ao conflito.

Conforme visto anteriormente, o método de resolução que contempla a forma da lei, ou seja, se a norma é permissiva, imperativa ou proibitiva, reconhece três maneiras de solucionar uma antinomia: eliminando uma, eliminando as duas e conservando as duas normas incompatíveis.

No que diz respeito, a antinomia examinada nesta pesquisa, a mesma poderá ser resolvida mediante dois destes métodos, quer dizer, eliminando um dos artigos, ou conservando os dois, tudo irá depender apenas da intenção do operador do direito.

O intérprete ou jurista irá adotar o primeiro método (eliminação de uma norma) quando tiver o escopo de eliminar os artigos incompatíveis do ordenamento jurídico pátrio, entretanto irá aplicar o segundo método (conservação das duas normas) quando tiver o intuito de extinguir a incompatibilidade, presente no mesmo ordenamento.

O primeiro critério é válido ao caso, porque a antinomia em questão envolve uma norma permissiva, designadamente o art. 1.639 do CC/02, visto que ele prescreve O segundo uma séria de direitos aos nubentes, e uma norma imperativa, notadamente o art. 1.641, II, do CC/02, dado que ela impõe a adoção de apenas um único regime de bens ao cônjuge maior de 70 anos.

O segundo critério, por sua vez, é válido, porque os juízes devem sempre que possível, conservar as normas dadas. Seguramente é uma regra tradicional de interpretação jurídica que o sistema deve ser alcançado com a mínima desordem, ou, em outras palavras, que a exigência do sistema não deve promover prejuízos ao princípio de autoridade, segundo o qual as leis existem pelo único fato de terem sido estabelecidas (BOBBIO, 2011, p. 106).

No entanto, é importante ponderar que para utilizar este critério o intérprete terá que se utilizar de alguns mecanismos, tal qual, o de introduzir alguma(s) leve ou parcial alteração e ou

acréscimos no texto da lei, neste caso na redação dos arts. 1.639 e 1.641, II, do CC/02, o que equivale a uma correção normativa.

Sendo assim, afirma-se que ao utilizar o método da conservação das duas normas incompatíveis o intérprete, na verdade fará uma correção pontual ao texto da lei, posto que é uma medida inevitável a conciliação de normas incompatíveis.

Enfatiza-se que, o intérprete deve introduzir uma leve modificação ao texto da lei, caso contrário estará produzindo um novo diploma normativo.

Por derradeiro, ao utilizar neste caso, o critério da eliminação de uma das normas, será excluído o art. 1.641, inciso II, do CC/02 e será mantido o art. 1.639, também do CC/02, dado que aquele é uma norma imperativa e este é a norma permissiva, e como já vimos, no embate entre essas duas normas prevalecerá a segunda (permissiva).

Contudo, ao aplicar o critério da conservação das duas normas, conforme indica o método, os dois artigos (arts. 1.369 e 1.641, II, CC/02), serão mantidos, devendo apenas o jurista empregar algumas alterações a fim de conciliar os dois, ou no primeiro ou no segundo.

Caso a alteração seja efetuada no art. 1.639, ele ficará com a seguinte redação:

Art. 1.639. É lícito aos nubentes, **exceto aos maiores de 70 anos/exceto nas hipóteses do art. 1.641 desta lei**, 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.

§ 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.

Por sua parte, caso a alteração seja realizada no art. 1.641, II, ele ficará da seguinte maneira:

**Art. 1.641. É recomendado** [retirei a palavra 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;**

III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial (BRASIL, 2002e, grifo do autor).

Atendendo a estas apreciações, percebe-se que a alteração dos arts. 1.639 ou 1.641 vai depender tão somente da intenção do intérprete. Se em um determinado caso, sob discussão judicial, o magistrado considerar justo a vedação de escolha de regime de bens ao maior de 70 anos, ele aplicará uma correção ao art. 1.639, contudo caso entenda indevida a proibição, introduzirá uma correção ao art. 1.641.

É importante ressaltar que o emprego desses métodos não tem a capacidade de alterar o diploma legal em questão, posto que isto é uma competência do poder legislativo. Porém, o juiz ou jurista poderá metaforicamente, examinando o litígio em questão, aplicar um desses métodos e alterar esses artigos para chegar ao seu propósito, que é de solucionar a antinomia e resolver a Lide (conflito de interesses manifestado em juízo), ou seja, a eliminação ou alteração (leve) irá valer somente para aquele determinado caso em discussão na justiça, não detendo qualquer poder de alterar efetivamente o texto da lei.

Por fim, finaliza-se este capítulo com as lições de Maria Helena Diniz, segundo a qual:

O reconhecimento de uma antinomia real, neste sentido, não exclui a possibilidade de uma solução efetiva, pela edição de uma nova norma que escolha uma das normas conflitantes, ou pelo emprego da interpretação equitativa, do recurso aos mecanismos de preenchimento da Lacuna [...], ou seja, à analogia, ao costume, aos princípios gerais do direito, à doutrina etc. Embora a antinomia real seja solúvel, ela não deixa, por isso, de ser uma antinomia porque a solução dada pelo órgão judicante a resolve tão-somente no caso concreto, não suprimindo sua possibilidade no todo do ordenamento jurídico, e mesmo na hipótese de edição de nova norma que pode eliminar a antinomia, apesar de gerar outras, concomitantemente (1998p, p. 26).

#### 2.3.4 O DESFECHO

Ante o exposto, neste capítulo conclui-se que: a) Existe uma antinomia entre os art. 1.639 e 1.641, II, do CC/02, pois os dois regulamentam a aplicabilidade dos regimes de bens do casamento, contudo trazem em seu conteúdo regulamentações que se contrapõem; b) A antinomia presente entre os art. 1.639 e 1.641, II, do CC/02, é classificada em real, visto que tratam-se de normas contemporâneas, de mesmo nível e ambas gerais; e c) Tem-se duas maneiras de solucionar a antinomia dos arts. 1.639 e 1.641, II, do CC/02, eliminando o art. 1.641, II, posto que trata-se de uma norma imperativa, inferior quanto a critério da forma da norma, ao art. 1.639 que é uma norma permissiva, bem como, conservando as duas normas, oportunidade em que o intérprete a seu critério irá efetuar leves alterações aos arts. 1.639 e 1.641, II, do CC/02, a fim de compatibilizá-los.

No tópico adiante, será apresentada a metodologia deste trabalho.



### 3. METODOLOGIA

Em conformidade ao que fora exposto em tópico pretérito, disserta-se que para a elaboração do presente trabalho de conclusão de curso, foi realizado uma pesquisa de caráter teórico, que adoto como método de pesquisa o tipo exploratório.

Isto porque, o mesmo tem a finalidade de trazer avanços ao fenômeno jurídico pesquisado, ou melhor dizendo, foi desenvolvido com o objetivo de solucionar a antinomia jurídica, existente entre os art. 1.639 e 1.641, II, do CC/02, a partir da proposição de grandes discussões, bem como, mediante o aprofundamento de assuntos conceituais e temas de cunho jurídico, que versem a respeito da temática em análise.

A partir da exposição de grandes discussões, foi debatido temas como, a aplicabilidade da súmula nº 377 do STF aos casos de regime da separação obrigatória de bens, e discutido a respeito de críticas estabelecidas às determinações do art. 1.641, II, do CC/02, além de ser explorado temas como a origem do estudo das antinomias, no campo do Direito e os métodos de resolução destas antinomias, reconhecidos pela ciência jurídica.

De outro modo, por intermédio do aprofundamento de temáticas conceituais e assuntos legislativos, foi apresentado assuntos como, a definição de regime da separação legal de bens, conceito de antinomia jurídica, bem como, examinados os arts. 1.639 e 1.641, II, do CC/02, alvo de estudos no presente trabalho.

Neste cenário, o método utilizado para o embasamento desta monografia, realizou-se mediante a seleção de bibliografias e legislações que discorressem acerca do direito de família, bem como, acerca da teoria geral do direito e do conflito de normas. A título de exemplo, tome-se a reunião de livros, artigos, leis ordinárias e complementares, jurisprudências, súmulas vinculantes e atos normativos, mais uma vez pertinentes a este trabalho.

Dessa forma, visando atribuir uma maior qualidade ao trabalho científica, afirma-se ainda que tais seleções foram feitas, atendo a análise do conteúdo e afinidade da bibliografia e legislações com a pesquisa desenvolvida, em outras palavras, a escolha do material de estudo, resultou da sua qualidade e nível de relação com a temática abordada nesta pesquisa científica.

No item consecutivo, será expresso os resultados e discussões desta escritura.

#### 4. RESULTADOS E DISCUSSÕES

O presente trabalho científico, permitiu constatar que o método mais eficaz para solucionar a antinomia jurídica presente entre os artigos 1.639 e 1.641, II, do CC/02, consiste em eliminar o art. 1.641, II, por se tratar de uma norma imperativa que em conflito com o art. 1.639, que é norma permissiva, recai, por força do critério da forma da norma, que estabelece uma graduação entre elas, ou conservar os dois artigos mediante pequenas alterações, que suprem sua incompatibilidade.

A eliminação do art. 1.641, II, é uma medida pertinente, tendo em vista que ele é uma norma imperativa, que em conflito com o art. 1.639, que é norma permissiva, recai, por força do critério da forma da norma, que estabelece uma graduação entre elas, onde a norma permissiva prevalece sobre as demais.

Por sua vez, a conservação dos dois artigos, também é uma técnica apropriada, levando em consideração que é dever do intérprete, seja ele juiz ou jurista, buscar por todos os meios possíveis conservar as normas estabelecidas em um ordenamento, a fim de respeitar a atividade do poder legislativo, ou seja, deve proteger a lei.

Corroborando tal afirmação, a respeito dos métodos de resolução das antinomias reais alude o jusfilósofo Norberto Bobbio:

[...] O único critério, do qual se encontram referências em velhos tratadistas [...] é aquele tirado da forma da norma.

Segundo a forma, as normas podem ser [...] imperativas, proibitivas e permissivas. O critério é certamente aplicável, porque é claro que duas normas incompatíveis são diferentes quanto à forma: se uma é permissiva a outra é ou proibitiva ou permissiva, e assim por diante [...]

O critério com respeito à forma consistiria em estabelecer uma graduação de prevalência entre as três formas na norma jurídica, por exemplo, deste modo: se de duas normas incompatíveis uma é imperativa ou proibitiva e a outra é permissiva, prevalece a permissiva.

[...]

Digamos, então, de uma maneira mais geral que, no caso de conflito entre duas normas, para o qual não valha nem o critério cronológico, nem o hierárquico, nem o da especialidade, o intérprete, seja ele o juiz ou jurista, tem à sua frente três possibilidades: 1) eliminar uma; 2) eliminar as duas; 3) conservar as duas (2011, p. 101 e 103)

Desta forma, percebe-se que a constatação indicada tem total concordância com os ensinamentos da ciência jurídica.

Além disso, por intermédio desta pesquisa, permitiu-se também compreender matérias basilares referentes ao regime de bens do casamento, tais quais: conceito, proveniência, princípios e previsão legal dos regimes de bens.

Por regime de bens do casamento compreende-se, o conjunto de regras de um matrimônio, destinadas a orientar a administração da vida patrimonial e econômica das pessoas casadas antes e até mesmo depois do casamento, nas hipóteses em que ocorrer a sua ruptura.

Certificando esta assertiva, declara Carlos Roberto Gonçalves (2019, p. 485), que regime de bens é o conjunto de normas que disciplinam as relações econômicas dos nubentes, quer entre si, quer em relação a terceiros, durante o casamento. Regula especialmente o domínio e a administração de ambos ou de cada um sobre os bens adquiridos antes ou na constância da união conjugal.

Diante disto, observa-se que o segundo resultado apresentado, possui adequada compatibilidade com as orientações doutrinárias do Direito.

Outrossim, mediante este trabalho foi possível entender assuntos como: definição, previsão legal e hipóteses de incidência do regime da separação obrigatória de bens.

O regime da separação obrigatória é aquele instituído por determinação legal, que pode ocorrer em 03 circunstâncias, quando há no casamento: causa suspensiva, cônjuge maior de 70 anos e exigência de suprimento judicial. Sua constituição é proveniente do regime de separação de bens, que ocorre em duas circunstâncias, por intermédio da expressa manifestação das partes, circunstância em que é nomeado de regime de separação convencional de bens, bem como, mediante imposição legal, situação em que é denominado de regime da separação obrigatória de bens.

A este respeito, declara o jurista Paulo Lôbo, que o regime da separação legal, trata-se de certas situações, consideradas importantes pelo direito, em que os nubentes não podem escolher livremente o regime matrimonial: quando ocorrer alguma causa suspensiva, quando o cônjuge for maior de 70 anos, quando for exigido suprimento judicial para o casamento. O regime passa a ser obrigatório, não se aplicando nem o regime legal dispositivo [também chamado de supletivo ou subsidiário], nem outro escolhido em pacto antenupcial. (2018, p. 234).

Além disso, dispõe o artigo 1.641 do CC/02:

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 (BRASIL, 2002).

Por todo o exposto, nota-se uma clara conciliação entre o terceiro segmento de pesquisa anunciado e as disposições da doutrina jurídica a legislação civil pátria.

Por fim, através deste trabalho, permitiu-se compreender assuntos referentes ao conflito de normas ou proposições, tais como: conceito, origem histórica na ciência jurídica, espécies e métodos de resolução das antinomias; bem como, fundamentos para a existência de antinomia entre os arts. 1.639 e 1.641, II, do CC/02, Identificação e métodos de resolução da antinomia existente entre os arts. 1.639 e 1.641, II, do CC/02.

Antinomia é o conflito presente entre duas normas jurídicas, dois princípios, ou ainda, entre uma norma e um princípio, em virtude de contradições existentes no conteúdo do texto normativo, no caso de antinomias normativas, ou em decorrência de contrariedades existentes na regulamentação de princípios, quando se tratar de antinomia de princípios.

Existe uma antinomia entre os arts. 1.639 e 1.641, II, do CC/02, tendo em vista que tais diplomas legais versam sobre a mesma temática, isto é, sobre o regime de bens do casamento, porém possuem disposições que se contrapõem. Por intermédio da análise da letra da lei, nota-se claramente as contraposições presentes entre as normas. Isto porque, de um lado tem-se o artigo 1.639 do CC/02, que assegura a livre escolha do regime de bens aos nubentes, a existência de uma multiplicidade de regulamento matrimonial e a alteração deste regime no decurso do casório, e de outro, tem-se o artigo 1.641, inciso II, também do CC/02, que proíbe aos maiores de 70 anos de elegerem estatuto nupcial diverso do da separação de bens.

Em relação a estes assuntos, o doutrinador Norberto Bobbio constrói uma enriquecedora asserção. Segundo ele, antinomia é: “aquela situação que se verifica entre duas normas incompatíveis [ou simplesmente entre duas proposições, não necessariamente do campo jurídico], pertencentes ao mesmo ordenamento e com o mesmo âmbito de validade.” (2011, p. 93).

Diante dessas considerações, constata-se que o quarto resultado de pesquisa designado tem perfeita concordância com os ensinamentos da ciência do Direito.

Com efeito, é pertinente a alegação segundo a qual, neste trabalho tem-se uma adequada compatibilidade entre os resultados de pesquisa, as discussões estabelecidas, as proposições da doutrina jurídica, e as regulamentações da legislação civil pátria.

No tópico adiante, será apresentada as considerações finais desta monografia.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todas as considerações expostas até aqui, conclui-se que, o presente trabalho científico possibilitou reconhecer o método mais adequado para resolução da antinomia jurídica existente entre os artigos. 1.639 e 1.641, II, do CC/02, atribuindo destaque ao estudo da vedação de escolha de regime de bens para os maiores de 70 anos.

Além disso, promovel a compreensão dos conceitos e fundamentos básicos do instituto do regime de bens, a partir da descrição de sua definição, princípios que os regem e atos que os instituem, como também mediante a análise da norma jurídica que os estabelecem.

Outrossim, ensejou o entendimento acerca das concepções e justificativas do regime da separação legal, por intermédio da descrição de sua definição, análise da norma jurídica que o estabelece, bem como, através da descrição de sua aplicabilidade, motivações, resultâncias e críticas, atribuindo para tanto destaque a vedação do idoso e ainda por meio do exame da súmula que o complementa.

E por fim, permitiu comprovar a antinomia jurídica presente entre os arts. art. 1.639 e 1.641, II CC/02, mediante a apresentação do conceito, espécies e métodos de resolução das antinomias jurídicas.

Ademais, através deste estudo, depreende-se que, se construirá grandes contribuições para o campo científico e social.

No que se refere a colaboração no campo científico, a mesma se justifica tendo em vista que apesar da temática antinomia ser de extrema relevância para o trabalho jurídico, já que versa a respeito do conflito de normas e sua resolução, ainda é um assunto pouco estudado pelos operadores do Direito, por conseguinte diversos casos que envolvem situações antinômicas acabam sendo interpretados ou julgados de forma errônea. Logo, este trabalho irá contribuir com a evolução do estudo das antinomias no meio jurídico como um todo.

Por outro lado, no que tange a cooperação no campo social, esta se ampara na importância deste estudo para a coletividade, dado que sua relevância social reside na necessidade do poder legislativo instituir normas jurídicas direcionadas ao idoso diversas das já existentes, ou melhor dizendo com uma abordagem diferente das até então estabelecidas, que se dediquem a melhorar a qualidade de vida dos longevos, indivíduos que por diversas vezes são excluídos do convívio coletivo, inseridos a margem da conjuntura social, e não o contrário, que se destinam a restringir os direitos dos idosos, como as instituídas no cenário brasileiro, mediante as legislações já aplicadas a população idosa.

Ademias, acerca dos limites desta pesquisa, declara-se que por intermédio do presente estudo infere-se que, o mesmo aborda assuntos controvertíveis, posto que não encontra orientações singulares na doutrina.

No que diz respeito, a antinomia jurídica, não há critérios únicos, organizados, bem estruturados e seguros apontados pela ciência do Direito. Tem-se uma clara incompletude e instabilidade dos métodos de resolução dos conflitos de normas. Todas estas circunstâncias, dificultam o avanço do fenômeno jurídico examinado, sobretudo referente a designação do critério de solução mais adequado ao conflito de normas, aqui introduzido.

Até mesmo, em relação ao regime de bens do casamento, especialmente acerca da vedação de escolha do maior 70 anos, encontra contingência na doutrina, há por exemplo, doutrinadores desta área, que se utilizam de uma determinada nomenclatura para regime da separação obrigatória, mas há outros que se utilizam de uma denominação divergente, como por exemplo regime legal, os próprios princípios reguladores do regime de bens, são distintamente enumerados, alguns reconhecem um menor número, outros reconhecem um maior, a proibição de escolha de regime é entendida por certos estudiosos como justa, mas para outros inadequada, dentre outras questões.

Ainda, no que tange a contribuições desta pesquisa, sustenta-se que através desta, se trará um oportuno desenvolvimento do fenômeno jurídico pesquisado.

Relata-se que toda pesquisa abre portas para outros estudos, com esta o cenário não será distinto. A mesma dará suporte a outros pesquisadores, que ao lerem este estudo poderão: despertar interesse acerca dos assuntos relacionados ao Regime de bens do casamento ou referentes a antinomia jurídica, optar por elaborar trabalhos desta natureza e assim promover continuidade ao processo de pesquisa. Que por conseguinte, contribuirá significativamente para o avanço científico em sociedade.

Por fim, mediante este trabalho científico conclui-se que o estudo da antinomia jurídica, sobretudo, a investigação de um resoluto conflito normativo, como o que ocorre entre os arts. 1.639 e 1.641 do Código Civil, assim como ocorre com as demais pesquisas, como as desenvolvidas na área do direito de família, requer preparação, planejamento, organização e objetividade por parte do pesquisador. Habilidades como sistematização e síntese de ideias, são cruciais para um bom trabalho científico, que certamente farão toda a diferença na elaboração da pesquisa.

No entanto, apesar da pesquisa científica envolver uma atividade um tanto quanto fastidiosa, também tem seus aspectos positivos, ela representa um momento de grande crescimento para o pesquisador, tanto em sua vida acadêmica, como em sua vida profissional e

peçoal, sem falar da imensurável aprendizagem que ela traz pesquisador, que após a elaboração da pesquisa capacita-se potencialmente para a exercício de seu ofício. Estas são sem dúvidas uma das razões pelas quais a escrita científica também representa um momento progresso do pesquisador.

Na seção seguinte, será designada as referências desta pesquisa.

## REFERÊNCIAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário acadêmico de direito**. 5ª ed., São Paulo: Editora Método, 2008.

BRASIL, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 17 mar. 2015.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: Seção I, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-192, 11 jan. 2002.

BRASIL. **Súmula nº 377, do STF, de 03 de abril de 1964**. Estabelece a comunicabilidade dos bens adquiridos na constância do casamento, no regime de separação legal de bens.

Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 1964. Disponível em:

<https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=4022>. Acesso em: 29 de maio de 2022.

BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Aprova a lei de introdução à normas do direito brasileiro. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 09 set. 1942.

BOBBIO, Norberto: tradução de Ari Marcelo Solon, prefácio de Celso Lafer, apresentação de Tercio Sampaio Ferrar Junior. **Teoria do ordenamento jurídico**. São Paulo: Edipro, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Direito Civil**: direito de família. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Conflito de normas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Antinomia**. In: Enciclopédia Saraiva do Direito. V. 7.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: direito de família. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. 16. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019.



KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6<sup>a</sup> ed., São Paulo: Editora Martins Fontes, 1999.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: direito de família**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Trad. Edson Bini. 1<sup>a</sup> ed., São Paulo: Editora Edipro, 2000.

STERNBERG, Theodor. **Introducción a la ciencia del derecho**. Trad. José Rovira y Ermengol. 2<sup>a</sup> ed., Barcelona: Editora Labor, 1930.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito de família**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. 12<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro: Forense, 2022.

## ANEXO A – DIAGRAMAS E QUADROS

Diagrama 1 – Capítulos Previsto para a Pesquisa



Fonte: Elaborado pelo próprio autor

Quadro 1 – Princípios Fundamentais do regime de Bens

Princípios do Regime de bens		
Espécie	Disposição	Previsão Legal
<b>Autonomia Privada</b>	Os nubentes podem escolher qualquer regime matrimonial	1.639, caput, CC/2002
<b>Indivisibilidade</b>	O regime é único para ambos os consortes	1.511, CC/2002
<b>Variabilidade</b>	A lei admite quatro possibilidade de regime de bens aos nubentes	1.640, caput, CC/2002
<b>Mutabilidade</b>	A lei autoriza o regime matrimonial adotado a qualquer tempo	1.639, § 2º, CC/2002

Fonte: Elaboração Própria

Figura 1 – Regime da Separação de bens



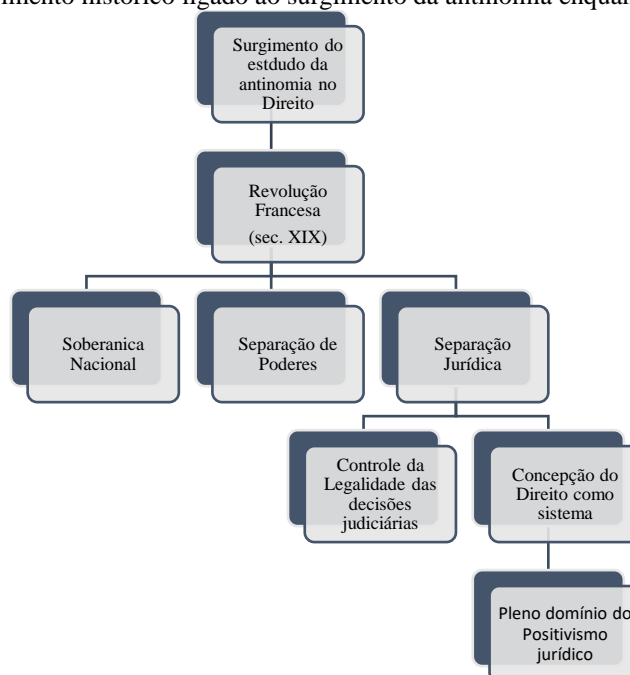
Fonte: Tartuce (2019d, p. 296)

Quadro 02 – Hipóteses do regime legal obrigatório

Separação Legal Obrigatória (art. 1.641, CC)	Causas Suspensivas (inciso I)
	<b>Maior de 70 anos (inciso II)</b>
	Suprimento Judicial (inciso III)

Fonte: De autoria Própria

Diagrama 2 – Movimento histórico ligado ao surgimento da antinomia enquanto problema jurídico



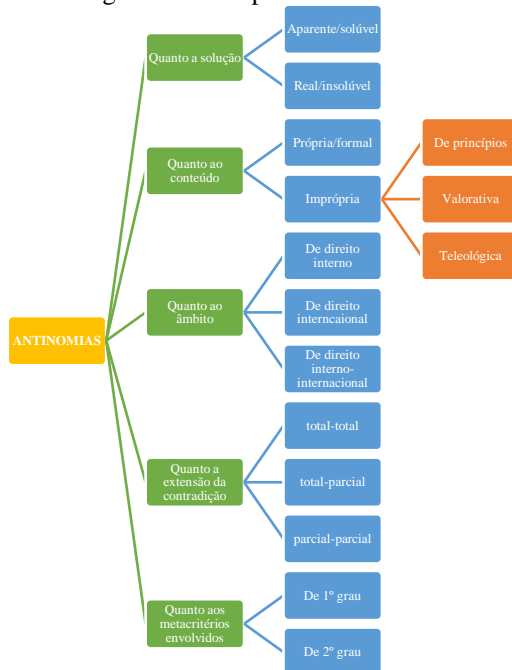
Fonte: Elabora pelo autor

Quadro 03 – Espécies de antinomia quanto ao critério de solução

Antinomia Jurídica		
Espécies	conceito	Exemplo
<b>Real</b>	É aquela que somente pode ser solucionada pela exclusão ou edição de uma das normas conflitantes.	Norma geral superior contra uma norma especial inferior
<b>Aparente</b>	É aquela que pode ser resolvida pelo critério cronológico ou da especialidade ou hierárquico.	Norma especial contra uma norma geral/norma anterior contra norma posterior

Fonte: Elaboração Própria

Diagrama 03 - Espécies de antinomia



Fonte: Elaborado pelo autor

Quadro 4 – Métodos de resolução das antinomias aparentes

Formas de resolução das antinomias aparentes	
Espécie	Resolução
Cronológico	Norma posterior prevalece sobre a anterior
Especialidade	Norma especial prevalece sobre a geral
Hierárquico	Norma superior prevalece sobre a inferior

Fonte: De autoria Própria