

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL**

Laura Eilert Fagundes

**DAS QUESTÕES PATRIMONIAIS NO CASAMENTO E OS LIMITES DO PACTO
ANTENUPCIAL**

**Porto Alegre
2018**

LAURA EILERT FAGUNDES

**DAS QUESTÕES PATRIMONIAIS NO CASAMENTO E OS LIMITES DO PACTO
ANTENUPCIAL**

Monografia apresentada como Trabalho de Conclusão de Curso, na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof^a. Dr^a. Simone Tassinari
Cardoso Fleischmann

Porto Alegre

2018

LAURA EILERT FAGUNDES

**DAS QUESTÕES PATRIMONIAIS NO CASAMENTO E OS LIMITES DO PACTO
ANTENUPCIAL**

Monografia apresentada como Trabalho de Conclusão de Curso, na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Porto Alegre, 09 de julho de 2018.

O Trabalho foi aprovado pelos membros da Banca Examinadora no dia _____ de _____ de 2018, obtendo conceito _____.

BANCA EXAMINADORA:

Professora Dra. Simone Tassinari Cardoso Fleischmann
Orientadora

Professora Dra. Lisiane Feiten Wingert Ody
Membro da banca

Professora Ma. Ísis Boll de Araujo Bastos
Membro da Banca

RESUMO

Este trabalho apresenta uma análise da questão patrimonial do casamento, com foco no pacto antenupcial, expondo sua natureza jurídica, as formalidades exigidas para elaboração, bem como as possibilidades jurídicas de seu conteúdo. A justificativa do estudo é a ausência de consenso doutrinário quanto à definição do objeto do pacto antenupcial e seus limites, o que dificulta a utilização desse instrumento pelos consortes. Aborda os princípios inerentes às relações familiares e os efeitos jurídicos do casamento, os quais incidem na esfera social, pessoal e patrimonial dos cônjuges. Detalha o regramento patrimonial do casamento, com as diversas espécies de regimes de bens e a correlação com o pacto antenupcial. Apresenta os limites existentes à autonomia privada dos nubentes para que estipulem o regime patrimonial do casamento, bem como os limites impostos ao pacto antenupcial, explorando exemplos de conteúdo clausular que este pode conter. Aponta, por fim, situações jurídicas relevantes e questões polêmicas relativas ao pacto antenupcial.

Palavras-chave: Pacto antenupcial. Regime de bens. Autonomia privada.

ABSTRACT

This paper presents an analysis of marriage patrimonial issues, focusing on the prenuptial agreement, exposing its legal nature, the formalities required for its elaboration, as well as the juridical possibilities of its content. The justification of the study is the absence of a doctrinal consensus regarding the definition of the object of the prenuptial agreement and its limitations, which makes it a difficult instrument for use by consorts. It approaches the principles inherent in family relationships and the legal effects of marriage, which affect the social, personal and patrimonial sphere of the spouses. It details the patrimonial rule of marriage, along with its various kinds of property regimes and their correlation with the prenuptial agreement. It presents the private autonomy limits the spouses face when stipulating the patrimonial regime of marriage, as well as the limits imposed to the prenuptial agreement, exploring examples of clausular content it may contain. Finally, it points out relevant legal situations and controversial issues that involve this legal agreement.

Keywords: Prenuptial agreement. Property rulings. Private autonomy.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 DOS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO DIREITO DE FAMÍLIA	11
2.1 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À DIGNIDADE HUMANA	13
2.2 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR.....	16
2.4 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE.....	17
2.5 PRINCÍPIO DA IGUALDADE	20
2.6 MONOGAMIA.....	23
2.7 PRINCÍPIO DA LIBERDADE OU DA NÃO INTERVENÇÃO ESTATAL	25
2.8 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA.....	28
3 A DISCIPLINA JURÍDICA DO PACTO ANTENUPCIAL	33
3.1 EFEITOS JURÍDICOS DO CASAMENTO.....	33
3.2 REGIMES DE BENS	38
3.2.1 Princípios inerentes aos regimes de bens.....	39
3.2.2 Regras gerais dos regimes de bens	45
3.2.3 Regras especiais dos regimes de bens.....	47
3.2.3.1 Regime da comunhão parcial de bens	47
3.2.3.2 Regime da comunhão universal de bens	48
3.2.3.3 Regime da participação final nos aquestos	49
3.2.3.4 Regime da separação total de bens.....	51
3.3 CONCEITUAÇÃO E NATUREZA JURÍDICA DO PACTO ANTENUPCIAL.....	53
3.4 CARACTERÍSTICAS E REQUISITOS DO PACTO ANTENUPCIAL.....	56
4 O CONTEUDO DO PACTO ANTENUPCIAL E SITUAÇÕES JURÍDICAS RELEVANTES	61
4.1 CONTEÚDO DO PACTO ANTENUPCIAL E SEUS LIMITES	61
4.1.1 Conteúdo patrimonial	64
4.1.2 Conteúdo extrapatrimonial.....	70
4.1.2.1 Do reconhecimento de filiação	72
4.1.2.2 Da indenização pelo descumprimento do dever de fidelidade	73
4.1.2.3 Da derrogação de deveres conjugais.....	76
4.1.2.4 Da disposição sobre criação e religião dos filhos	79

4.2 SITUAÇÕES JURÍDICAS RELEVANTES ENVOLVENDO O PACTO ANTENUPCIAL	79
4.2.1 Da possibilidade de afastar a incidência da Súmula 377 do STF via pacto antenupcial	79
4.2.2 Do pacto antenupcial e a sucessão futura: a concorrência sucessória do cônjuge casado sob o regime da separação convencional de bens	82
4.2.3 Da estipulação de cláusula arbitral no pacto antenupcial.....	86
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	88
6 REFERÊNCIAS.....	94

1 INTRODUÇÃO

Em que pese os arranjos familiares da sociedade moderna não mais decorram apenas do matrimônio, ainda é significativo o número de pessoas que desejam se unir em comunhão de vida por meio do casamento. Quem pretende constituir família matrimonializada, por vezes, encontra instabilidade no regramento jurídico dos interesses pessoais e patrimoniais, buscando ferramentas que possam harmonizar suas pretensões pecuniárias com as de vida em comum e convivência conjugal, construídas sob a égide da proteção à dignidade da pessoa humana, de modo a minimizar eventuais conflitos caso sobrevenha a dissolução da sociedade conjugal.

O ordenamento jurídico confere autonomia privada aos indivíduos para que possam criar normas jurídicas particulares que regerão seus atos, principalmente na realização de negócios jurídicos, dispondo sobre seu conteúdo e a respectiva disciplina jurídica. Todavia, ao mesmo tempo em que garante o exercício desse direito no âmbito das relações familiares, o Estado prevê limitações a esse poder de disposição.

Assim, a presente monografia pretende analisar o comportamento do pacto antenupcial como negócio jurídico realizado pelos nubentes, previamente à celebração do matrimônio, no exercício da liberdade conferida pela lei civil, visando à estipulação do regime de bens que vigorará no casamento, de modo diverso ao regramento supletivo da comunhão parcial de bens.

Busca-se estabelecer quais são os limites impostos ao exercício da autonomia privada no campo das relações horizontais do Direito de Família, os quais encontram justificativa na proteção conferida pelo Estado à entidade familiar tradicional constituída pelo casamento, especificamente no que se refere à utilização do pacto antenupcial para a estipulação do regramento patrimonial para além do regime de bens, e às disposições relacionadas às questões existenciais dos cônjuges.

As justificativas para a realização do estudo se dividem em sociais, acadêmicas e pessoais. No âmbito social, a pesquisa auxiliará a esclarecer o objeto do pacto antenupcial e seus limites, bem como a função deste instrumento para a

realização da dignidade da pessoa humana, por meio da efetivação dos anseios dos consortes na relação que se iniciará com o matrimônio. A definição de seus contornos é de grande importância para o estímulo de sua utilização, já que esse instrumento tem pouca aplicabilidade na prática, em decorrência do desconhecimento dos nubentes acerca do seu regramento, assim como pela falta de delimitação de seu âmbito de incidência, o que gera, por vezes, insegurança aos consortes que se aventuram a celebrar esse negócio jurídico, em relação à possibilidade de posterior execução das avenças estabelecidas.

No que tange às contribuições acadêmicas, a pesquisa se mostra fonte enriquecedora do estudo das questões patrimoniais das relações familiares, frente à lacuna que permeia o tema, uma vez que a produção doutrinária majoritária se limita a engessar o planejamento dos nubentes na esfera patrimonial. Já a doutrina que se encarrega da discussão da extensão do regramento do pacto pré-nupcial na esfera pessoal dos nubentes, o faz de modo ainda tímido e enfrenta uma série de empecilhos, decorrentes de técnicas legislativas vagas, e da falta de sistematicidade em sede jurisprudencial.

As justificativas pessoais se resumem, inicialmente, ao interesse que o regramento patrimonial e a disciplina do pacto antenupcial despertaram à autora deste estudo, com o contato vivenciado, na prática, pela experiência na atuação como assistente jurídico em escritório de advocacia, durante a qual se observou que, em muitos casos, há total desconhecimento dos consortes quanto ao regramento de seu patrimônio durante o vínculo conjugal, o que lhes custa caro no momento do desenlace. Em um segundo momento, o contato acadêmico com o tema, na disciplina de Direito das Famílias, no 9º semestre do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, despertou o interesse pela pesquisa, por influência direta da professora ministrante que hoje se ocupa da tarefa de orientar este trabalho.

A presente monografia tem como metodologia a pesquisa qualitativa por meio de revisão bibliográfica. Assim, está estruturada em três capítulos, sendo que no primeiro capítulo abordam-se os princípios gerais previstos na Constituição Federal, bem como os princípios peculiares ao Direito de Família, expressos ou não, que ganharam novos contornos em virtude do fenômeno da constitucionalização do Direito Civil. Tais princípios auxiliam no estudo da configuração familiar centrada no matrimônio, de modo a fixar os limites que imperam nas relações patrimoniais e espirituais havidas entre os cônjuges.

Nesta senda, são abordados os princípios da proteção à dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da afetividade e da igualdade. Ademais, discute-se sobre a caracterização ou não da monogamia como um princípio. Por fim, dedica-se o estudo ao princípio da liberdade ou da não intervenção estatal, o qual encontra relação direta com o princípio da autonomia privada, que envereda sobre a disciplina jurídica do pacto antenupcial.

O segundo capítulo se dedica ao estudo prévio e essencial dos efeitos jurídicos decorrentes do casamento, consubstanciados na esfera social dos consortes; também na esfera pessoal, de modo que o ordenamento alberga uma série de direitos e deveres recíprocos aos cônjuges; e na esfera patrimonial, que resulta da comunhão de interesses econômicos entre os consortes, refletindo na estruturação do regramento patrimonial do casamento.

Passa-se ao estudo do regime de bens, inicialmente atentando-se aos seus princípios para, na sequência, abordar-se as características dos quatro regimes de bens previstos no Código Civil: comunhão parcial, comunhão universal, participação final nos aquestos e separação total, este dividido em separação convencional e legal. Por fim, inicia-se o estudo do pacto antenupcial, com a conceituação do instituto e definição de sua natureza jurídica, bem como a exposição das características e requisitos necessários para a configuração dos planos da existência, validade e eficácia do negócio jurídico.

O terceiro e último capítulo é dedicado ao estudo do conteúdo do pacto antenupcial e seus limites, no que tange a sua utilização para a construção do estatuto patrimonial do casal de forma personalizada, bem como a possibilidade de sua ampliação, atingindo outras questões patrimoniais, ainda que não relacionadas diretamente à escolha do regime de bens do casal. Abordam-se as questões polêmicas na doutrina acerca de disposições de cunho extrapatrimoniais no pacto, por meio de cláusulas que privilegiam a efetivação dos anseios pessoais das partes em detrimento da ingerência abusiva do Estado na relação de caráter íntimo dos consortes. São expostas situações jurídicas relevantes envolvendo o pacto antenupcial, que decorrem principalmente da dificuldade de definição dos seus limites frente à autonomia conferida aos nubentes.

2 DOS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO DIREITO DE FAMÍLIA

O presente capítulo trata da constitucionalização do Direito Civil e seus reflexos no ramo do Direito de Família. Abordam-se os princípios gerais do ordenamento jurídico pátrio, expressos ou não, os quais encontram aplicação no direito de família, bem como os princípios peculiares a este campo do direito, discutindo-se, inclusive, aqueles compreendidos de forma inerente na sociedade.

O objetivo é a explanação acerca dos princípios que devem ser observados ao tratarmos das concepções em torno da entidade familiar, de maneira a fixar limites à liberdade existente nas relações familiares, principalmente nas advindas do matrimônio, sejam elas de natureza patrimonial ou pessoal.

Caio Mario da Silva Pereira afirma que “os novos valores que hoje compõem os direitos fundamentais dos cidadãos e as relações familiares, são traduzidos em princípios jurídicos, previstos tanto em sede de legislação ordinária quanto e, sobretudo, em sede constitucional”.¹

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) foi o marco legislativo de inserção dos princípios no ordenamento jurídico pátrio², pois passou a influenciar a interpretação e aplicação de todas as normas infraconstitucionais³. A partir da sua carga principiológica, o sistema legislativo pátrio passou a ser sustentado por uma hermenêutica constitucional que agrega regras e princípios a serem observados por todas as demais disposições legais⁴, não se concebendo mais a ideia de um direito privado que não esteja em consonância com os princípios constitucionais⁵.

No campo do Direito Civil, por um lado, esse fenômeno cuida da incorporação dos principais cânones civilistas nos textos constitucionais. Doutra banda, refere-se

¹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. v.5. 21. ed. rev. e atual. por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro : Forense, 2013. p. 55.

² FARACO, Luciane. Os Princípios Constitucionais do Direito de Família. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, v. 32, p. 227-242, nov 2014. p. 229.

³ THOMÉ, Liane Maria Buesnello. **Dignidade da Pessoa Humana e Mediação Familiar**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 28.

⁴ FARACO, Luciane. Os Princípios Constitucionais do Direito de Família. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, v. 32, p. 227-242, nov 2014. p. 229.

⁵ THOMÉ, Liane Maria Buesnello. **Dignidade da Pessoa Humana e Mediação Familiar**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 28.

à irradiação dos direitos fundamentais à doutrina, jurisprudência e legislação civil, de modo que estes se conformem àqueles.⁶

Leonardo Barreto Moreira Alves aponta a importância do fenômeno, pois “pela primeira vez na história do Direito Civil brasileiro, um Texto Constitucional estipulou direitos fundamentais que tiveram repercussão direta e imediata nas relações jurídicas travadas entre particulares”.⁷ Hoje a Constituição Federal é considerada a principal fonte de garantia dos direitos fundamentais, tendo o caráter de norma informativa da vida humana.⁸

A avançada perspectiva principiológica da Constituição Federal alterou o paradigma familiar contemporâneo, reconheceu e amparou novas paisagens, e permitiu luzes para dramas que estavam relegados à marginalidade e a reticência legislativa. A Constituição deu nova feição ao Direito Civil, refletindo sobre ele princípios essencialmente novos que alteraram sua essência e ampliaram sua exegese.⁹

As normas existentes eram insuficientes ao abrigo de fatos cada vez mais diversos, razão pela qual a eficácia dos direitos fundamentais passou a se fazer presente nas relações de família¹⁰, e o Direito de Família passou, então, a se reger por novos princípios contemporizados com valores enraizados, permitindo o abrigo legislativo às novas situações jurídicas que se revelam na contemporaneidade¹¹.

A inserção na Constituição Federal de normas acerca da família representa o fenômeno da constitucionalização do direito de família. Como consequência disso, quando em conflito com outros princípios, no procedimento de ponderação, deve-se reconhecer maior peso aos princípios que ganharam hierarquia constitucional. Essa sobrelevação dos princípios à Constituição Federal possibilita que o aplicador do

⁶ RIBEIRO, Paulo Hermano Soares; FONSECA, Edson Pires da. **Casamento e divórcio na perspectiva civil constitucional**. Leme: J. H. Mizuno, 2012, p. 159.

⁷ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de família mínimo**: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 92.

⁸ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de família mínimo**: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 92.

⁹ RIBEIRO, Paulo Hermano Soares; FONSECA, Edson Pires da. **Casamento e divórcio na perspectiva civil constitucional**. Leme: J. H. Mizuno, 2012, p. 24

¹⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: Direito de família – as famílias em perspectiva constitucional. v.6. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 57.

¹¹ FARACO, Luciane. Os Princípios Constitucionais do Direito de Família. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, v. 32, p. 227-242, nov 2014. P. 229

direito, quando em busca do melhor e real alcance das regras ordinárias, faça uma interpretação conforme a Constituição.¹²

O Código Civil brasileiro deveria utilizar os princípios como linhas mestras do Direito Privado. O próprio legislador delegou parte de suas atribuições ao aplicador do Direito, já que muitos desses princípios são cláusulas gerais com lacunas a serem preenchidas pelo aplicador do Direito.¹³

Paulo Lôbo afirma que, por ter suporte fático indeterminado e aberto, a incidência do princípio depende da mediação concretizadora do intérprete, orientado pela regra instrumental da equidade, entendida como justiça no caso concreto.¹⁴

Para o autor, essa espécie de instabilidade jurídica é ponto positivo, pois, inexistindo mudanças ou revogações de normas jurídicas, os princípios, como têm seu conteúdo amoldado conforme os diferentes momentos históricos, permitem a adaptação do direito à evolução dos valores da sociedade. Assim, esse processo de adaptação contínua evita a obsolescência da norma jurídica ante o advento de novos valores sociais.¹⁵

A análise de uma situação jurídica, especialmente no campo do direito de família, deve levar em conta não apenas a disposição contida na letra da lei, mas a interpretação à luz dos princípios jurídicos, o que justifica a importância da abordagem dos princípios basilares do direito matrimonial.

2.1 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À DIGNIDADE HUMANA

Prevê o art. 1.º, III, da Constituição Federal, que o Estado Democrático de Direito Brasileiro tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, entendido

¹² MOTTA, Carlos Dias. **Direito matrimonial e seus princípios jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 237.

¹³ TARTUCE, Flávio. **Novos Princípios do Direito de Família brasileiro**. Disponível em: http://ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1036&revista_caderno=14. Acesso em: 14 maio 2018.

¹⁴ LÔBO, Paulo. Princípio da solidariedade familiar. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3769, 16 out. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25364> Acesso em: 14 maio 2018.

¹⁵ LÔBO, Paulo. Princípio da solidariedade familiar. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3769, 16 out. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25364> Acesso em: 14 maio 2018.

como princípio máximo ou princípio dos princípios¹⁶, tendo a função de valor estruturante de todo o ordenamento jurídico.

A dignidade da pessoa humana é mais do que um direito, é um princípio geral de direito, pois é a prova de que deve haver certos direitos de atribuição universal. Assim, os princípios fundamentais e norteadores do Direito de Família contemporâneo têm como alicerce o macro princípio da dignidade da pessoa humana¹⁷, que confere inteligibilidade, coesão e unidade aos direitos fundamentais, construindo-lhes o sentido e alcance¹⁸.

No texto constitucional, a dignidade é apresentada sem definição para ela mesma. O art. 1º, III, da CRFB/1988 indica apenas que se trata de uma das finalidades a ser sempre buscada ou preservada pelo Estado Brasileiro, colocando o indivíduo como destinatário principal da lei.¹⁹

Na conceituação de Ingo Wolfgang Sarlet, dignidade da pessoa humana é:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.²⁰

Para o Direito de Família, significa a consideração e o respeito à autonomia dos sujeitos e à sua liberdade²¹, bem como à existência humana, segundo as suas possibilidades e expectativas, sejam elas patrimoniais ou afetivas²². Desse modo, a

¹⁶ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 1219.

¹⁷ MANERICK, Rosa Maria dos Santos. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e sua efetividade no direito de família. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 1, n. 1, 3º quadrimestre de 2006. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acesso: 09 abr. 2018.

¹⁸ MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana**: princípio constitucional fundamental. Curitiba: Juruá, 2003, p. 68.

¹⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 95.

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1998**. 7 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009. p. 67.

²¹ MANERICK, Rosa Maria dos Santos. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e sua efetividade no direito de família. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 1, n. 1, 3º quadrimestre de 2006. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acesso em: 09 abr. 2018.

²² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: Direito de família – as famílias em perspectiva constitucional. v. 6. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 76.

dignidade da pessoa humana deve ser analisada a partir da realidade do ser humano em seu contexto social²³, tendo o indivíduo a condição de destinatário principal da proteção normativa, independente do seu papel social.²⁴ Representa a realização plena do indivíduo, com base no poder de autorregulamentação de cada um.

O fenômeno da constitucionalização do Direito Civil decorre, em especial, da interpretação do princípio da dignidade da pessoa humana, acarretando uma releitura do Código Civil brasileiro, elevando o interesse da pessoa humana sobre qualquer outro valor que não seja o de reconhecer, proteger e promover seu desenvolvimento.²⁵

Nas palavras de Flademir Martins, este princípio fornece ao intérprete “uma pauta valorativa essencial à correta aplicação da norma e à justa solução do caso concreto”.²⁶ Assim, mesmo que este princípio não esteja diretamente envolvido na solução jurídica do caso concreto, será chamado a conformar, orientar e limitar a opção realizada.²⁷

A valoração da dignidade da pessoa humana é realizada por meio de uma perspectiva concreta que contemple a pessoa humana como ser dotado de uma dignidade própria. Desse modo, privar a pessoa humana de sua dignidade, por ação ou omissão, constitui afronta ao próprio Estado Democrático de Direito.²⁸

Destarte, na apreciação de situação jurídica submetida ao crivo do poder judiciário, impõe-se atenção primordial ao princípio da dignidade da pessoa humana, que cuida e protege o ser humano tanto na concepção física quanto na psíquica, sob pena de ofensa à disciplina constitucional.

²³ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 1220.

²⁴ FARACO, Luciane. Os Princípios Constitucionais do Direito de Família. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, v. 32, p. 227-242, nov 2014. p. 228.

²⁵ THOMÉ, Liane Maria Buesnello. **Dignidade da Pessoa Humana e Mediação Familiar**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 32.

²⁶ MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana**: princípio constitucional fundamental. Curitiba: Juruá, 2003, p. 63.

²⁷ MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana**: princípio constitucional fundamental. Curitiba: Juruá, 2003, p. 108.

²⁸ MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana**: princípio constitucional fundamental. Curitiba: Juruá, 2003, p. 73.

2.2 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR

A solidariedade social é reconhecida como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil pelo art. 3.º, I, da CRFB/1988, no sentido de construir uma sociedade livre, justa e solidária.²⁹ É entendida como princípio e oxigênio de todas as relações familiares e afetivas, já que esses vínculos somente se desenvolvem em ambiente recíproco de compreensão e cooperação³⁰.

Ser solidário significa responder pelo outro, preocupar-se com a outra pessoa, devendo a solidariedade ser entendida em sentido amplo, em seu caráter afetivo, social, moral, patrimonial, espiritual e sexual.³¹

Para Paulo Lôbo “significa um vínculo de sentimento racionalmente guiado, limitado e autodeterminado que impõe a cada pessoa deveres de cooperação, assistência, amparo, ajuda e cuidado em relação às outras.”³² Os sentimentos existentes nas relações familiares são recebidos pela afetividade como valores, sendo vertidos em direitos e deveres exigíveis no plano interno das relações familiares, concebido em razão do respeito recíproco e dos deveres de cooperação entre seus membros. O princípio também se apresenta no âmbito das relações do grupo familiar com a comunidade, com as demais pessoas e com o meio ambiente em que os indivíduos vivem.³³

Continua o autor, ao dispor sobre a incidência do princípio da solidariedade:

O princípio da solidariedade incide permanentemente sobre a família, impondo deveres a ela enquanto ente coletivo e a cada um de seus membros, individualmente. Ao mesmo tempo, estabelece diretriz ao legislador, para que o densifique nas normas infraconstitucionais e para que estas não o violem; ao julgador, para que interprete as normas jurídicas e solucione os conflitos familiares contemplando as interferências profundamente humanas e sentimentais que encerram.³⁴

²⁹ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 1225.

³⁰ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 93.

³¹ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 1225.

³² LÔBO, Paulo. Princípio da solidariedade familiar. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3769, 16 out. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25364> Acesso em: 14 maio 2018.

³³ LÔBO, Paulo. Princípio da solidariedade familiar. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3769, 16 out. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25364> Acesso em: 14 maio 2018.

³⁴ LÔBO, Paulo. Princípio da solidariedade familiar. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3769, 16 out. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25364> Acesso em: 14 maio 2018.

Quanto à normatização no âmbito do Direito Civil, em relação aos cônjuges, é encontrada na redação do artigo 1.511, ao afirmar que o casamento importa na *comunhão plena de vida*. Ademais, há dever de solidariedade entre os cônjuges na mútua assistência, regulamentada pelo inciso III do artigo 1.566 do mesmo diploma civil, entendida não só como assistência material, mas também imaterial, representando uma comunhão espiritual.³⁵

Essa solidariedade havida entre os cônjuges é conseqüência natural da vida em comunhão inaugurada pelo casamento, vinculando-se aos próprios fins da constituição da família, tornando os cônjuges corresponsáveis na direção desta, já que entre eles há a partilha de direitos e deveres, como o de mútuo apoio, sustento e cuidado com a prole.³⁶

A interpretação das normas infraconstitucionais em conformidade com a Constituição é uma dimensão de aplicabilidade direta da solidariedade. Assim, qualquer norma infraconstitucional de direito de família deve ser interpretada no sentido que melhor realize o princípio da solidariedade familiar, além do princípio da dignidade da pessoa humana e dos princípios gerais aplicáveis às relações familiares.³⁷

2.3 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

Paulo Luiz Netto Lôbo afirma que o direito de família disciplina direitos de três ordens: pessoais, patrimoniais e assistenciais. Sempre se afirmou que esses direitos e situações são calcados em relações de caráter eminentemente pessoais, não sendo os interesses patrimoniais predominantes. Contudo, os códigos civis ocidentais vão de encontro a essa afirmação, pois alçaram a propriedade e os

³⁵ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 93.

³⁶ MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. **A família e a questão patrimonial**: planejamento patrimonial, regime de bens, pacto antenupcial, contrato patrimonial na união estável. 1. ed. em e-book baseada na 3. ed. impressa. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015.

³⁷ LÔBO, Paulo. Princípio da solidariedade familiar. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3769, 16 out. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25364> Acesso em: 14 maio 2018.

interesses patrimoniais a pressuposto nuclear de todos os direitos privados, inclusive o direito de família.³⁸

Conforme leciona Rodrigo da Cunha Pereira, a família, no século XIX, era marcadamente patriarcal e estruturava-se em torno do patrimônio familiar, era praticamente um núcleo econômico. O *pater familias* acumulava em suas mãos uma imensa gama de poderes, enquanto a mulher limitava-se à execução das tarefas domésticas e à criação dos filhos.³⁹

A estrutura hierárquica e tradicional da família foi sofrendo paulatinas mudanças, com o feminismo e a inserção da mulher no mercado de trabalho, sua contribuição financeira tornou-se essencial para a subsistência familiar. Com a saída da mulher dos limites domésticos, fez-se necessária a efetivação da presença masculina nas tarefas familiares. Diante dessa nova estrutura, a família passou a se sustentar por elos afetivos, em detrimento de motivações econômicas.⁴⁰

Os interesses patrimoniais, que caracterizaram o direito de família tradicional, não encontram mais espaço na família atual, vinculada por outros interesses de cunho pessoal ou humano, tipificados pelo elemento nuclear da afetividade. Ainda conforme Paulo Lôbo “esse elemento nuclear define o suporte fático da família tutelada pela Constituição, conduzindo ao fenômeno que denominamos repersonalização”.⁴¹

A família atual “é fundada na solidariedade, na cooperação, no respeito à dignidade de cada um dos seus membros que se obrigam mutuamente em uma comunidade de vida”⁴². Para Ricardo Lucas Calderón “a afetividade jurídica envolve

³⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das Relações de Família. In: DEL’OMO, Florisbal de Souza (Org.); ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim. **Direito de família contemporâneo e novos direitos: estudos em homenagem ao Professor José Russo**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 99-114. p. 106

³⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 179.

⁴⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 179-180.

⁴¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das Relações de Família. In: DEL’OMO, Florisbal de Souza (Org.); ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim. **Direito de família contemporâneo e novos direitos: estudos em homenagem ao Professor José Russo**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 99-114. p. 109.

⁴² LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das Relações de Família. In: DEL’OMO, Florisbal de Souza (Org.); ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim. **Direito de família contemporâneo e novos direitos: estudos em homenagem ao Professor José Russo**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 99-114. p. 111.

atos de cuidado, de subsistência, de carinho, de educação, de suporte psíquico e emocional, de entre ajuda, de comunhão de vida, entre outros.”⁴³

Ainda que não conste na Constituição Federal como um direito fundamental, pode-se afirmar que a afetividade decorre da valorização constante da dignidade humana e da solidariedade⁴⁴. Nesse sentido, Rolf Madaleno afirma que “o afeto é a mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para ao fim e ao cabo dar sentido e dignidade à existência humana”⁴⁵. Passa-se a valorizar cada membro da família e não a entidade familiar como instituição⁴⁶.

Seu reconhecimento como princípio norteador do direito de família contemporâneo decorre da valoração primeira do indivíduo⁴⁷, significando a sobrelevação deste em relação aos interesses patrimoniais. Isto é, a pessoa passa a ser tratada antes do patrimônio, perdendo este o seu papel de ator principal e assumindo a posição de mero coadjuvante nas relações familiares.⁴⁸

A repersonalização significa colocar a pessoa humana no centro das destinações jurídicas, valorando-se o ser e não o ter. É a restauração da primazia da pessoa, garantindo a realização da afetividade⁴⁹. Nada mais é do que a afirmação da finalidade mais relevante da família, entendida como a realização da afetividade pela pessoa do grupo familiar.⁵⁰

⁴³ CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p. 12.

⁴⁴ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. 7. Ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 1230.

⁴⁵ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 98.

⁴⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 182.

⁴⁷ FARACO, Luciane. Os Princípios Constitucionais do Direito de Família. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, v. 32, p. 227-242, nov 2014. p. 238

⁴⁸ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 1219.

⁴⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das Relações de Família. In: DEL'OMO, Florisbal de Souza (Org.); ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim. **Direito de família contemporâneo e novos direitos: estudos em homenagem ao Professor José Russo**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 99-114. p. 110.

⁵⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das Relações de Família. In: DEL'OMO, Florisbal de Souza (Org.); ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim. **Direito de família contemporâneo e novos direitos: estudos em homenagem ao Professor José Russo**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 99-114. p. 114.

O reconhecimento da afetividade pelo direito brasileiro deu-se a partir da constitucionalização do direito civil, que sustentou a leitura dos seus institutos sob o prisma constitucional, bem como da repersonalização do direito civil.⁵¹

Interpretar o Direito de Família à luz do princípio da afetividade significa compreender as partes envolvidas no caso concreto, respeitando as diferenças e particularidades de cada um e sobrelevando os laços de afeto que as unem⁵². Desse modo, esse princípio jurídico é de grande valia para dirimir conflitos, uma vez que a legislação não traz soluções bem definidas para diversas situações existenciais afetivas que se apresentam na seara familiar.

2.4 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Não obstante a cláusula garantidora da isonomia, prevista no art. 5º da CRFB/88, o ordenamento jurídico pátrio admitiu, por muitas vezes, a presença de desequilíbrios nas relações familiares, com o pretexto de tutelar determinados valores protegidos pelo interesse público. Convivia-se com o tratamento discriminatório entre os filhos, distinguindo-os de acordo com sua origem, visando uma proteção à família legítima. No mesmo sentido, permitia-se o tratamento diferenciado entre marido e mulher na sociedade conjugal, pois o homem era reconhecido como chefe, sendo atribuído a ele o dever de sustento e manutenção do lar conjugal. Desse modo, legitimava-se o fortalecimento da posição jurídica do marido em detrimento da mulher.⁵³

Para Mônica Guazzeli Estrougo, em relação aos filhos, os reflexos da aplicação do princípio da igualdade se fazem presentes na lei e no ideal de ausência de qualquer discriminação entre eles, seja qual for sua origem⁵⁴. Rosa Maria de Andrade Nery aponta que a igualdade de filiação foi o ponto alto da transformação que a CRFB/88 imprimiu no sistema jurídico de direito de família, visando preservar

⁵¹ CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p. 2.

⁵² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, volume 6: Direito de família – as famílias em perspectiva constitucional. 3 ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p.94.

⁵³ MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. **A família e a questão patrimonial**: planejamento patrimonial, regime de bens, pacto antenupcial, contrato patrimonial na união estável. 1. ed. em e-book baseada na 3. ed. impressa. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015.

⁵⁴ ESTROUGO, Mônica Guazzelli. O princípio da igualdade aplicado à família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coord.). **Direitos fundamentais do direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 335.

a verdade relacionada à procriação, aos vínculos biológicos e ao nascimento da pessoa, bem como no caso de adoção e de vínculos de afetividade, que acabam por estabelecer relação jurídica de filiação entre uma pessoa e outra, prescindindo do parentesco de sangue⁵⁵.

A Constituição Federal, no artigo 227, § 6º, determinou que os filhos havidos ou não da relação de casamento ou por adoção terão os mesmos direitos, proibindo quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. No mesmo sentido é a redação do artigo 1.596 do Código Civil, consagrando, assim, o princípio da igualdade entre filhos. Esses dispositivos são responsáveis por regulamentar especificamente na ordem familiar a isonomia constitucional constante no art. 5º, caput, da CRFBF/88⁵⁶, garantindo-se a igualdade jurídica de tratamento de todos os filhos, quaisquer que sejam as causas determinantes da filiação.⁵⁷

Como outra forma da especialização da isonomia constitucional a lei reconhece a igualdade entre homens e mulheres no que se refere à sociedade conjugal ou convivencial formada pelo casamento ou pela união estável – eis que esta última também é entendida como entidade familiar-, conforme enuncia o artigo 1.511 do Código Civil “o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”⁵⁸, igualdade esta assegurada pela Constituição Federal no art. 226, § 5.º, expressando o equilíbrio entre os fundadores na direção da família e na defesa dos interesses dessa.⁵⁹

A concretização do princípio da igualdade aplicado ao matrimônio também está presente em outros dispositivos do Código Civil, por exemplo, no art. 1.567, ao estatuir que “a direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos”. O art. 1.568 dispõe que o dever de sustento da família é de ambos os cônjuges. Já o art. 1.568 reza que

⁵⁵ NERY, Rosa Maria de Andrade. **Manual de Direito Civil: família**. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. [livro digital]

⁵⁶ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 1225.

⁵⁷ NERY, Rosa Maria de Andrade. **Manual de Direito Civil: família**. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. [livro digital]

⁵⁸ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 1226.

⁵⁹ MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. **A família e a questão patrimonial: planejamento patrimonial, regime de bens, pacto antenupcial, contrato patrimonial na união estável**. 1. ed. em e-book baseada na 3. ed. impressa. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015 .

o domicílio conjugal será fixado por ambos os cônjuges. Importante ainda é o art. 1.565, §1º, que permite também ao marido adotar o sobrenome da mulher.⁶⁰

Em relação à chefia familiar, substitui-se a hierarquia do homem pela diarquia, num contexto de despatriarcalização do Direito de Família, adotando-se um regime de companheirismo, de modo que a expressão “pátrio poder” é substituída por “poder familiar”⁶¹, desaparecendo a figura da prevalência da decisão do *pater familias*⁶².

Mairan Gonçalves defende a importância da igualdade dos deveres e obrigações na relação conjugal, ao afirmar que:

A partilha equânime dos direitos, deveres e obrigações entre os cônjuges constitui a pedra mestra do casamento, pois a igualdade propicia o equilíbrio na relação conjugal, indispensável para que a família se desenvolva e possa atingir seus objetivos. Os interesses da família hão de ser geridos conjunta e igualmente pelo marido e pela mulher, sendo a administração dos bens familiares a ambos atribuída, de acordo com o art. 1.567, parágrafo único, assim como a obrigação de prover as necessidades da família, em conformidade com o disposto no art. 1.568, todos do CC/2002.⁶³

Para Carlos Dias Motta, o princípio da igualdade entre os cônjuges deve atuar sobre o espírito do intérprete, quando este assume o desafio de verificar se determinado tratamento diferenciado dado ao marido ou à mulher incorre ou não em arbitrariedade, o que fará por meio de um juízo de valor baseado em princípios historicamente condicionados, resolvendo eventuais conflitos pela ponderação entre esses princípios.⁶⁴

No mesmo sentido, observa César Fiuza que a aplicação do princípio da igualdade nas relações conjugais dependerá da Lei e do bom senso do julgador. Todavia, ele não poderá intervir nas relações íntimas do casal, para aí impor a igualdade, sendo óbvio que esse princípio não tem aplicação nas relações afetivas e sexuais. Nessa esfera, o princípio da autonomia privada, a seguir estudado, deve

⁶⁰ MOTTA, Carlos Dias. **Direito matrimonial e seus princípios jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 299.

⁶¹ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 1226.

⁶² NERY, Rosa Maria de Andrade. **Manual de Direito Civil: família**. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. [livro digital]

⁶³ MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. **A família e a questão patrimonial**: planejamento patrimonial, regime de bens, pacto antenupcial, contrato patrimonial na união estável. 1. ed. em e-book baseada na 3. ed. impressa. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015.

⁶⁴ MOTTA, Carlos Dias. **Direito matrimonial e seus princípios jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 292.

prevalecer sobre o princípio da igualdade, eis que a liberdade é tão direito fundamental quanto o é a igualdade.⁶⁵

Importante mencionar que não se deve confundir igualdade plena com igualdade absoluta, sendo que a primeira admite ponderação com outros princípios, ao passo que a segunda se impõe sempre, sobre tudo e todos. Há situações em que o princípio da igualdade está sujeito a ser ponderado com outros e pode até mesmo ceder parcialmente. Outro ponto importante é que há inúmeros casos em que se reconhece o tratamento desigual diante de desigualdades existentes.⁶⁶

Para o desenvolvimento do presente trabalho, a igualdade entre homens e mulheres é a grande premissa da qual se deve partir, sendo um dos pilares que, ao mesmo tempo sustenta e impõe limites às situações jurídicas matrimoniais aqui abordadas.

2.5 MONOGAMIA

É importante para o desenvolvimento do presente trabalho o enfrentamento da questão da monogamia, em relação a sua caracterização ou não como princípio de nosso ordenamento jurídico.

A afirmação de que a monogamia se trata de um princípio importa na discussão do papel jurídico da fidelidade, valor juridicamente tutelado, erigido como dever legal decorrente do casamento, pela redação do artigo 1.566 do Código Civil, ou da união estável, consoante artigo 1.724 do mesmo diploma civil.⁶⁷

Miriam Gonçalves afirma que o casamento exige a exclusividade da relação conjugal, pois “a existência concomitante de pluralidade de relações conjugais não se afeiçoa com a estabilidade necessária ao desenvolvimento familiar nem tampouco com a comunhão de vida pretendida com o matrimônio”.⁶⁸

⁶⁵ FIUZA, César. **Direito Civil**: curso completo. 2 ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015. [livro digital]

⁶⁶ MOTTA, Carlos Dias. **Direito matrimonial e seus princípios jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 302.

⁶⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: Direito de família – as famílias em perspectiva constitucional. v.6. 3 ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 107.

⁶⁸ MAIA JÚNIOR, Miriam Gonçalves. **A família e a questão patrimonial**: planejamento patrimonial, regime de bens, pacto antenupcial, contrato patrimonial na união estável. 1. ed. em e-book baseada na 3. ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

Rodrigo da Cunha Pereira assevera que a monogamia não é simplesmente uma norma moral ou moralizante, é um princípio básico e organizador das relações jurídicas da família no mundo ocidental. Defende que traição e infidelidade não significam necessariamente a quebra do sistema monogâmico, pois a característica do rompimento do princípio da monogamia não está nas relações extraconjugais, mas sim na relação extraconjugal em que se estabelece uma família simultânea àquela já existente.⁶⁹

Já Maria Berenice Dias afirma que, ainda que a lei recrimine quem descumpra o dever de fidelidade, não há como considerar a monogamia um princípio constitucional, eis que nem está inserido na carta magna. Em defesa da monogamia, o Estado considera crime a bigamia (art. 235 do Código Penal), pessoas casadas são impedidas de casar (art. 1.521, VI, CC) e a bigamia torna nulo o casamento (art. 1.548, II, CC). Além disso, é anulável a doação feita pelo adúltero a seu cúmplice (art. 550, CC).⁷⁰

Como é interesse do Estado a manutenção da estrutura familiar, proclamada como base da sociedade, a monogamia sempre foi considerada função ordenadora da família. Na realidade, a uniconjugalidade não passa de um conjunto de regras morais. Obviamente não foi instituída em favor do amor, servindo muito mais a questões patrimoniais, sucessórias e econômicas.⁷¹

Exemplo de que a uniconjugalidade não tem espaço com a modernização das relações familiares está presente nas relações havidas entre mais de duas pessoas, chamadas de poliamor, as quais vêm buscando reconhecimento jurídico. Tais relacionamentos vêm sendo formalizados via escritura pública, na qual os integrantes assumem deveres pessoais e de natureza patrimonial. Maria Berenice Dias defende que ainda que se discuta sobre a eficácia destes instrumentos, não se pode negar efeitos jurídicos a tais manifestações de vontade.⁷²

A autora ainda aponta os resultados desastrosos que a pretensão de elevar a monogamia a um princípio constitucional pode causar. Um exemplo é o que ocorre na simultaneidade de relações, em que se deixa de prestar efeitos jurídicos a um ou

⁶⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p.106-107

⁷⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. [livro digital]

⁷¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. [livro digital]

⁷² DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. [livro digital]

a ambos os relacionamentos, sob o fundamento de que foi ferido o dogma da monogamia, o que acaba permitindo o enriquecimento ilícito exatamente do parceiro infiel, que fica com a totalidade dos bens. Essa solução adotada pela doutrina e jurisprudência vai de encontro ao respeito à dignidade da pessoa humana.⁷³

A infidelidade servia de fundamento para a ação de separação, pois importava em grave violação dos deveres do casamento, tornando insuportável a vida em comum, conforme art. 1.572, do CC. Com o fim da separação, pelo advento da Lei do Divórcio, esse fundamento não mais existe.⁷⁴

Contudo, a premissa da fidelidade segue presente como uma condenação moral pela infração ao pacto social do casal. Ao Estado interessa a fidelidade como forma de dar proteção às famílias. Contudo, é o pacto particular do casal que deveria determinar essas regras. Nesse sentido, surge um questionamento: até que ponto o Estado pode intervir nestas questões que deveriam dizer respeito apenas ao casal?⁷⁵

Em que pese seja consagrado como um valor juridicamente tutelado, a fidelidade não pode ser entendida como um aspecto comportamental absoluto e inalterável pela vontade das partes. Em razão do princípio da intervenção mínima no Direito de Família, a atuação estatal não poderia impor coercitivamente aos casais a observância da fidelidade recíproca. Isso porque, em uma relação de afeto, princípio que rege as relações familiares na atualidade, as partes envolvidas é que devem estabelecer as regras aceitáveis de convivência, desde que não violem a sua dignidade.⁷⁶

2.6 PRINCÍPIO DA LIBERDADE OU DA NÃO INTERVENÇÃO ESTATAL

A mudança de paradigmas e a flexibilização das relações familiares vêm acompanhadas de novos problemas, pois a nova família formada a partir das relações mais igualitárias deixa de ter as garantias que existiam por força da sua

⁷³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. [livro digital]

⁷⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. [livro digital]

⁷⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 113.

⁷⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: Direito de família – as famílias em perspectiva constitucional**. v.6. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 108.

concepção hierárquica, dando lugar à imprevisibilidade decorrente da complexidade desses arranjos.⁷⁷

Para a organização familiar deve-se levar em conta tanto as dimensões privada e pública, quanto à proteção exercida pelo Estado para a família. Nesse diapasão, importa referir que existe uma fronteira importantíssima a ser observada por todos os operadores do Direito, que diz com o limite da intervenção do Estado nas relações familiares. As regras impostas devem sempre buscar um equilíbrio, limitando-se ao essencial, a fim de que não interfiram na liberdade ou na autonomia do sujeito.⁷⁸

Carlos Dias Motta aponta a existência do princípio da intervenção judicial na família, consubstanciado no art. 5º, XXXV, da CFRB/88, que dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. O Código Civil, no art. 1.567, tratou de especificar essa norma constitucional, prevendo que na hipótese de divergência entre os cônjuges quanto à direção da sociedade conjugal, qualquer deles poderá recorrer ao juiz, que decidirá tendo em consideração o interesse do casal e dos filhos, podendo essa norma também ser aplicada ao instituto da união estável, por força da disposição constante no art. 1.631, parágrafo único, do CC.⁷⁹

Doutra banda, o Código Civil Brasileiro consagra, também na ótica familiarista, o *princípio da liberdade ou da não intervenção*, por meio da disposição do artigo 1.513 “é defeso a qualquer pessoa de direito público ou direito privado interferir na comunhão de vida instituída pela família”.⁸⁰

Rosa Maria Nery defende que é dever do Estado “preservar e não deixar que seja cerceada a liberdade que permite a cada um conduzir-lhe como lhe apraz, no exercício do direito à vida privada, sem a ninguém ofender.” Todavia, também entende pela limitação desta intervenção, já que a ninguém é dado o direito de

⁷⁷ ESTROUGO, Mônica Guazzelli. O princípio da igualdade aplicado à família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coord.). **Direitos fundamentais do direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 332.

⁷⁸ ESTROUGO, Mônica Guazzelli. O princípio da igualdade aplicado à família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coord.). **Direitos fundamentais do direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 333.

⁷⁹ MOTTA, Carlos Dias. **Direito matrimonial e seus princípios jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 242.

⁸⁰ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 1226.

intromissão na vida íntima de quem quer que seja, impondo metas ou supondo algo acerca da vida de pessoas que são maiores e capazes.⁸¹

Elisângela Padilha e Carla Bertoncini ponderam que, no campo de direito de família, deve haver uma esfera de atuação meramente privada, em que o Estado propicie o exercício efetivo da liberdade:

[...] de nada adianta atribuir poder ao indivíduo para que tome decisões segundo as suas convicções sem que lhe sejam dados subsídios e condições para que tais escolhas sejam concretizadas. O Estado deve propiciar o exercício efetivo da liberdade, deve garantir que as pessoas possam livremente decidir a respeito de sua personalidade, das suas escolhas afetivas e sexuais, das questões existenciais, ainda que estas estejam dissonantes daquela composição familiar hierarquizada, patriarcal, matrimonializada e, necessariamente, heterossexual.⁸²

No mesmo sentido, posiciona-se Leonardo Barreto Moreira Alves, ao sustentar que o Estado não deve ter ingerência no âmago familiar, pretendendo sufocar as relações familiares. Deve-se permitir o exercício da liberdade afetiva entre seus membros, reservando espaço íntimo para que seus próprios componentes busquem a felicidade própria, desenvolvam a sua personalidade e, por conseqüência, fomentem a satisfação uns dos outros. Permitir o livre exercício do afeto na entidade familiar nada mais é do que privilegiar os mais diversos direitos fundamentais do cidadão.⁸³

Portanto, o princípio da intervenção mínima no âmbito do Direito de Família preleciona que a intervenção estatal só deve ocorrer excepcionalmente, em situações extremas, prevalecendo a regra geral da liberdade dos membros da família, o que se chama de direito de família mínimo.⁸⁴

Em síntese, o direito de família mínimo está consubstanciado no ordenamento jurídico na redação do art. 1.513 do Código Civil, ao prever que “É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.” A proteção à privacidade é máxima, somente admitindo exceções quando a

⁸¹ NERY, Rosa Maria de Andrade. **Manual de Direito Civil: família**. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. [livro digital]

⁸² PADILHA, Elisângela; BERTONCINI, Carla. A constitucionalização do direito privado e a proteção dos direitos fundamentais nas novas estruturas familiares. **Direito Público**, Porto Alegre, v.13, n.74, p. 77-96, mar./abr. 2017.

⁸³ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de família mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 141/142.

⁸⁴ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de família mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 144.

intervenção for feita pelo Estado no intuito de tutelar os direitos fundamentais dos participantes da família e desde que expressamente prevista em lei. Do contrário, a liberdade afetiva deve prevalecer.⁸⁵

2.7 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA

O Princípio da não intervenção encontra relação direta com o princípio da autonomia privada, que deve existir no âmbito do Direito de Família, sendo a liberdade o fundamento constitucional da autonomia privada do indivíduo.⁸⁶

Nas palavras de Gerson Branco e José Alberto Moreira, a concepção hierárquica da família afastava a construção de um espaço de liberdade e de autorregulamentação, eram poucas as hipóteses de permissão da autonomia privada pelos integrantes da família, observada especificamente em seu caráter patrimonial, eis que já era possível a estipulação do regime de bens.⁸⁷

Para os autores, “a autonomia privada perdeu a sua conotação exclusivamente patrimonial com a incidência de direitos fundamentais nas relações privadas, passando a ser aplicada igualmente nas relações extrapatrimoniais, como as do âmbito do Direito de Família”⁸⁸. A família deixou de ser uma entidade estatal e ganhou contornos de entidade social, ampliando o debate acerca dos novos limites e formas de exercício da autonomia privada como fonte reguladora das relações familiares.⁸⁹

A fim de melhor entendimento do tema, necessária se faz breve diferenciação entre a autonomia da vontade e a autonomia privada, pois, embora muito interligados, são conceitos distintos.

⁸⁵ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de família mínimo**: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 144.

⁸⁶ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 1227.

⁸⁷ BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MOREIRA, José Alberto Marques. **Autonomia privada nas relações do direito de família**. In: SEMINÁRIO NACIONAL DE DIMENSÕES MATERIAIS E EFICACIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, I, 2011, Chapecó. [Anais...], Chapecó : Unoesc, 2011, p. 131-146.

⁸⁸ BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MOREIRA, José Alberto Marques. **Autonomia privada nas relações do direito de família**. In: SEMINÁRIO NACIONAL DE DIMENSÕES MATERIAIS E EFICACIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, I, 2011, Chapecó. [Anais...], Chapecó : Unoesc, 2011, p. 131-146.

⁸⁹ BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MOREIRA, José Alberto Marques. **Autonomia privada nas relações do direito de família**. In: SEMINÁRIO NACIONAL DE DIMENSÕES MATERIAIS E EFICACIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, I, 2011, Chapecó. [Anais...], Chapecó : Unoesc, 2011, p. 131-146.

A dignidade da pessoa humana exige que, além da sua vida, também sejam respeitadas sua liberdade e sua vontade. Por meio da sua vontade, a pessoa natural tem a possibilidade de afirmar a sua individualidade.⁹⁰

A autonomia da vontade surgiu num contexto em que houve a implementação do Estado Liberal e da afirmação de valores patrimonialistas, portanto, está ligada a uma concepção egoísta, individuada e excessivamente privatística do Direito Civil. Por meio desta teoria, entende-se que a mera declaração de vontade seria suficiente para constituir negócios jurídicos, sendo ela, por si só, fonte de direitos.⁹¹

Rosa Maria Nery, citando a visão de Luigi Ferri, destaca que a autonomia da vontade liga-se à vontade real ou psicológica dos sujeitos, sendo um desdobramento da dignidade da pessoa humana, pois destaca a liberdade de agir da pessoa.⁹²

Já a autonomia privada, para a autora, é princípio específico de Direito Privado, ligado à idéia de poder o sujeito de direito criar normas jurídicas particulares que regerão seus atos, principalmente na realização de negócios jurídicos. Há dois sentidos cumuladamente verificados, de um lado, é “a confirmação da evidência de um espaço jurídico livre da ingerência do Estado, destinado a normatividade particular; de outro lado, em sentido contrário, é a constatação da existência de reserva de um espaço de incidência apenas de normas cogentes, exclusivo do exercício do poder, vetado à liberdade negocial”.⁹³

A autonomia privada foi responsável por romper com a autonomia da vontade, sugerindo que a simples declaração de vontade não é suficiente para a constituição de negócios jurídicos, de modo que é preciso avaliar se essa vontade foi expressa em conformidade com o ordenamento jurídico, preenchendo os requisitos de validade por ele impostos.⁹⁴

⁹⁰ MOTTA, Carlos Dias. **Direito matrimonial e seus princípios jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 193.

⁹¹ BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MOREIRA, José Alberto Marques. **Autonomia privada nas relações do direito de família**. In: SEMINÁRIO NACIONAL DE DIMENSÕES MATERIAIS E EFICACIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, I, 2011, Chapecó. [Anais...], Chapecó : Unoesc, 2011, p. 131-146.

⁹² NERY, Rosa Maria de Andrade. **Manual de Direito Civil: família**. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. [livro digital]

⁹³ NERY, Rosa Maria de Andrade. **Manual de Direito Civil: família**. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. [livro digital]

⁹⁴ BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MOREIRA, José Alberto Marques. **Autonomia privada nas relações do direito de família**. In: SEMINÁRIO NACIONAL DE DIMENSÕES MATERIAIS E EFICACIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, I, 2011, Chapecó. [Anais...], Chapecó : Unoesc, 2011, p. 131-146.

Liga-se ao exercício pleno da liberdade da pessoa, corolário natural de sua dignidade humana e não fica apenas restrita à capacidade de estabelecer acordos eminentemente judiciais⁹⁵, devendo ser entendida para além de uma identificação exclusiva com a liberdade contratual⁹⁶. Assim, na conceituação de Francisco Cláudio de Almeida Santos “a autonomia privada confere poder às pessoas, dentro dos limites estabelecidos pela lei, para criar normas jurídicas, sendo, assim, colocada no campo das fontes do direito”⁹⁷.

Para Débora Vanessa Caús Brandão, a autonomia da vontade importa na formação da vontade, momento interno da pessoa, em que não há limites. De outro lado, a autonomia privada consiste na possibilidade, conferida pelo ordenamento jurídico aos particulares, de criar normas jurídicas, cuja manifestação se dá por meio do negócio jurídico, encontrando nele limitações.⁹⁸

No contexto atual, não se trata mais de uma questão de liberdade do indivíduo e igualdade entre eles, mas de um poder jurídico conferido aos particulares, pelo poder estatal, para regular suas relações, estipulando seu conteúdo e a respectiva disciplina jurídica, dentro dos limites estabelecidos pela lei.⁹⁹

Em outras palavras, a autonomia privada pode ser entendida como a autorização concedida pelo Estado para o particular gerir e administrar sua vida íntima como bem lhe aprouver, abarcando questões patrimoniais e questões existenciais, de modo que se trata de um verdadeiro poder de disposição.¹⁰⁰

Leonardo Barreto Moreira Alves entende que, por meio da autonomia privada, o indivíduo torna-se legislador dos seus interesses particulares, pois os sujeitos têm a autorização de estipularem contratos considerados atípicos, baseado na máxima de que o que não é juridicamente proibido é juridicamente facultado, como estatui o

⁹⁵ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 5ª Ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 91.

⁹⁶ CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade**: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 202.

⁹⁷ SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. O pacto antenupcial e a autonomia privada. In: BASTOS, Eliane Ferreira; SOUSA, Asiel Henrique de. **Família e Jurisdição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 203.

⁹⁸ BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. **Regime de bens no novo código civil**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 21.

⁹⁹ SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. O pacto antenupcial e a autonomia privada. In: BASTOS, Eliane Ferreira; SOUSA, Asiel Henrique de. **Família e Jurisdição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 203.

¹⁰⁰ BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MOREIRA, José Alberto Marques. **Autonomia privada nas relações do direito de família**. In: SEMINÁRIO NACIONAL DE DIMENSÕES MATERIAIS E EFICACIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, I, 2011, Chapecó. [Anais...], Chapecó : Unoesc, 2011 p. 131-146

art. 425 do CC. Assim, fixa-se a regra geral de que as normas de Direito Civil são supletivas ou dispositivas, aplicáveis apenas no silêncio das partes.¹⁰¹

Por óbvio que o ordenamento jurídico está concedendo este espaço às pessoas, possibilitando que ditem as regras no âmbito de suas relações familiares, mas também prevê certos limites às disposições entre os particulares. A autonomia privada não é absoluta, pois somente poderá ser considerada se respeitados os limites impostos pelo ordenamento jurídico, impondo-se obediência às suas regras e princípios. De modo que, havendo discrepância entre a autonomia privada e o ordenamento jurídico, este poderá ignorá-la ou rechaçá-la. Tais limites são chamados de *fronteiras da autonomia privada*, consubstanciados na lei, na ordem pública, na moral e nos bons costumes.¹⁰²

Com o fenômeno da constitucionalização do direito civil a distinção entre Direito Público e Direito Privado, na concepção havida anteriormente, sucumbiu. Os limites ficaram mais tênues. A Constituição Federal de 1988 deixou de ser apenas norma organizadora da estrutura política do Estado, recebendo a incumbência de também disciplinar as atividades privadas em suas diversas faces. É inegável a intensa interferência do Direito Público no Direito Privado, mas isso não deve implicar a eliminação do espaço da autonomia privada do indivíduo, sob pena de violação da sua dignidade enquanto pessoa humana e frustração do seu projeto pessoal de felicidade.¹⁰³

A incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas teve o efeito imediato de promover a funcionalização dos institutos civilistas clássicos para que, em última instância, houvesse um efetivo exercício da autonomia privada¹⁰⁴, que implica liberdade negocial, envolvendo interesses patrimoniais e também extrapatrimoniais¹⁰⁵.

¹⁰¹ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de família mínimo**: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 7-8.

¹⁰² ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de família mínimo**: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 8-9.

¹⁰³ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de família mínimo**: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 98.

¹⁰⁴ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de família mínimo**: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 100.

¹⁰⁵ BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. **Regime de bens no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 18.

Portanto, no que se refere ao campo de incidência, o que importa é perquirir se, em dada relação jurídica, o ordenamento jurídico permite que o indivíduo legisle sobre os seus próprios interesses, independente se estes são de ordem patrimonial ou existencial.¹⁰⁶

¹⁰⁶ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de família mínimo**: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 107.

3 A DISCIPLINA JURÍDICA DO PACTO ANTENUPCIAL

O presente capítulo será dedicado à disciplina jurídica do pacto antenupcial. Para tanto, é necessário adentrar no estudo prévio dos efeitos jurídicos decorrentes do casamento. Ao abordar-se os efeitos que o casamento irradia na esfera patrimonial dos consortes, serão analisados os princípios inerentes ao estatuto patrimonial do casamento, dispendo-se acerca das regras gerais incidentes ao regime de bens adotado pelos consortes, bem como as particularidades dos regimes-tipo previstos na legislação civil.

3.1 EFEITOS JURÍDICOS DO CASAMENTO

O casamento irradia seus efeitos por diversas órbitas, projetando-se no ambiente social, nas relações pessoais dos nubentes e nos interesses econômicos que desperta, distribuindo-se em três classes, respectivamente: efeitos jurídicos sociais, pessoais e patrimoniais.¹⁰⁷ Os efeitos sociais regulamentam a projeção de conseqüências do casamento para terceiros. Os efeitos pessoais estabelecem uma série de direitos e deveres recíprocos entre os consortes, materializando a própria comunhão de vida inaugurada com o matrimônio. Por fim, os efeitos patrimoniais indicam o reconhecimento da existência de um impacto econômico decorrente das núpcias.¹⁰⁸

O principal efeito social do matrimônio é a constituição de uma entidade familiar, assegurada pelo art. 226, §§ 1º e 2º da CFRB/88, tutelando a personalidade de seus membros por meio da comunhão de vida estabelecida com o casamento. Importante advertir que não é mais possível falar que o casamento constitui a família-legítima, pois o caput do referido artigo garante a multiplicidade de entidades familiares, de modo que, para fins de produção de efeitos jurídicos, todas as formas de constituição de família têm especial proteção do Estado, não se restringindo o Estado a proteger uma delas.¹⁰⁹

¹⁰⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 187.

¹⁰⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 8. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016, p. 268.

¹⁰⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 8. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016, p. 269.

Decorre disso a constatação de que, não havendo critérios hierárquicos entre as entidades familiares, não há qualquer primazia do casamento em relação à união estável ou aos demais modelos de família, merecendo repúdio toda e qualquer tentativa de estabelecer no casamento uma eficácia protetiva superior à união estável.¹¹⁰

Também são efeitos sociais do matrimônio: (i) a emancipação do cônjuge incapaz (CC, art. 5º, parágrafo único, II); (ii) o estabelecimento do vínculo de parentesco por afinidade entre cada um dos cônjuges e os parentes do outro (CC, art. 1.595), o que resulta em consequências jurídicas entre eles, como, por exemplo, o impedimento matrimonial; (iii) a atribuição do estado de casado, modificando o *status personae* anterior de cada consorte, impondo a todos os que travam relações jurídicas com cada um dos consortes a atenção necessária para esse novo estado, para fins de proteção da meação; e o (iv) estabelecimento da presunção de paternidade dos filhos nascidos na constância do casamento (CC, art. 1.597), o que traz à tona a reflexão acerca da flagrante discriminação dos filhos de pessoas casadas, que gozam da presunção, e os filhos de mulheres não casadas, que precisam do reconhecimento espontâneo ou judicial da paternidade. Diante disso, cabível é a extensão dos efeitos práticos da presunção também à união estável.¹¹¹

Antigamente havia um desnivelamento entre os cônjuges, e a posição da mulher era de submissão ao poder marital. O marido era reconhecido como o chefe da sociedade conjugal. Em função das núpcias, a mulher chegava a se tornar incapaz, sendo representada juridicamente pelo esposo.¹¹² O Código Civil de 1916, revogado, disciplinava os direitos e deveres do marido e os direitos e deveres da mulher, contudo, quase todos os direitos eram previstos para o homem, enquanto quase todos os deveres eram impostos para a mulher.¹¹³ Assim, competia ao marido a representação legal da família, a administração dos bens comuns e o direito de

¹¹⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 8. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016, p. 269.

¹¹¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 8. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016, p. 270-271.

¹¹² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 8. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016, p. 272.

¹¹³ VELOSO, Zeno. Deveres dos cônjuges – responsabilidade civil. In: ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinellato e (org.). **Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao Professor Álvaro Villaça Azevedo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 173-182. p.174

fixar o domicílio conjugal. Com o casamento, a mulher assumia obrigatoriamente o sobrenome do esposo e a condição de colaboradora na direção conjugal.¹¹⁴

Com o paradigma da dignidade da pessoa humana, assentada na Constituição Federal, não se tolera mais qualquer discriminação ou tratamento diferenciado entre marido e mulher no exercício dos direitos e deveres conjugais.¹¹⁵ Diante da previsão constitucional de igualdade dos consortes e dos gêneros sexuais, o homem perdeu seu posto na direção da vida familiar, concebendo a lei um conjunto de deveres comuns e recíprocos dos cônjuges e companheiros, só dispensados com a separação de fato ou com o divórcio.¹¹⁶

A proclamação da igualdade entre homem e mulher reflete diretamente nos efeitos pessoais do casamento, sendo que o art. 1.511 do Código Civil defluiu que o principal efeito consiste no estabelecimento de uma “comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”¹¹⁷, entendida como um atributo indispensável de existência e subsistência do casamento, pois é a expressão máxima dos sentimentos de amor, de afeto, de respeito e de estima¹¹⁸.

Assegurando a proteção da comunhão de vida, o Código Civil estabelece, no art. 1.513, ser proibido “a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”. No mesmo sentido é o direito ao livre planejamento familiar, assegurado pelo § 7º do art. 226 da CFRB/88, deixando à livre deliberação das pessoas que compõe as famílias a constituição da prole.¹¹⁹

Decorre da igualdade entre os cônjuges o dever de que ambos exerçam igualmente a direção da sociedade conjugal, devendo contribuir proporcionalmente aos seus ganhos, para a manutenção do lar e da família, mesmo que o casamento seja celebrado sob o regime da separação convencional, consoante art. 1.568 do Código Civil.

¹¹⁴ MADALENO, Rolf Hansen. **Curso de direito de família**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. [livro digital]

¹¹⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 8. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016, p. 272.

¹¹⁶ MADALENO, Rolf Hansen. **Curso de direito de família**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. [livro digital]

¹¹⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 8. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016, p.272.

¹¹⁸ MADALENO, Rolf Hansen. **Curso de direito de família**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. [livro digital]

¹¹⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 8. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016, p. 270.

O estatuto do casamento estabelece positivamente os direitos e deveres recíprocos assumidos pelo casal com a comunhão de vida inaugurada, possibilitando a necessária estabilidade ao desenvolvimento da família, ao mesmo tempo em que atende aos anseios de segurança jurídica dos interessados.¹²⁰

O art. 1.566 do Código Civil trata de organizar os efeitos pessoais do matrimônio, dentre os quais, encontram-se: fidelidade recíproca, vida em comum, no domicílio conjugal, mútua assistência, guarda, sustento e educação dos filhos e respeito e consideração mútuos.

Flávio Tartuce aponta que, sob a égide do sistema anterior, a quebra desses deveres conjugais poderia motivar a separação-sanção, conforme prevê o artigo 1.572, caput, do Código Civil, dispositivo que entende ser tido como revogado diante da Emenda Constitucional 66/2010, que instituiu o divórcio¹²¹. No sistema atual, a violação implicará apenas na faculdade ética de o cônjuge atingido pela quebra do dever marital promover a dissolução do casamento¹²².

Como exposto no capítulo anterior, o dever de fidelidade, previsto no inciso I do art. 1.566 do Código Civil, é consagrado como valor juridicamente tutelado pelo Estado. Todavia, não pode ser entendido como um valor absoluto e inalterável pela vontade das partes.¹²³

A vida em comum no domicílio do casal é dever consagrado no inciso II, art. 1.566, do Código Civil, todavia, não se exige a presença dos cônjuges no domicílio conjugal em tempo integral. Tanto é que o diploma civil prevê no art. 1.569, que o “domicílio do casal será escolhido por ambos os cônjuges, mas um e outro podem ausentar-se do domicílio conjugal para atender a encargos públicos, ao exercício de sua profissão, ou a interesses particulares relevantes”.

A mútua assistência é a expressão da comunhão de vida, da *affectio maritalis*. Não está restrita ao sustento financeiro entre os cônjuges, incidindo também na versão imaterial, no apoio natural devido reciprocamente pelos cônjuges e

¹²⁰ MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. **A família e a questão patrimonial: planejamento patrimonial, regime de bens, pacto antenupcial, contrato patrimonial na união estável**. 1. ed. em e-book baseada na 3. ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

¹²¹ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. v.5. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. [livro digital]

¹²² MADALENO, Rolf Hansen. **Curso de direito de família**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. [livro digital]

¹²³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: Direito de família – as famílias em perspectiva constitucional**. v.6. 3 ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 108.

conviventes. Assim, apresenta-se no aspecto espiritual e no dever de socorro, na oferta incondicional do auxílio traduzido em pecúnia. Pela mútua assistência, os consortes compartilham momentos de felicidade e realização pessoal e encontram um no outro auxílio moral nos momentos de tristezas, tragédias e desventuras emocionais. O abandono moral é a ruptura do dever de mútua assistência, pois não se concebe que possa um cônjuge abandonar seu parceiro, deixando de lhe dedicar atenção e solidariedade em momentos de dor.¹²⁴

O dever de assistência moral não é absoluto, pois cede em confronto com a própria harmonia e estabilidade da convivência conjugal, não persistindo em caso de divórcio do casal. Já o dever de assistência material não necessariamente se rompe, pois está condicionado à demonstração da dependência alimentar do cônjuge, atendendo os recursos financeiros às requisições de subsistência que sempre estiveram presentes na relação conjugal.¹²⁵

Também é classificado como efeito pessoal do casamento o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores e incapazes. O dever de sustento compreende o fornecimento de alimentação, vestuário, habitação, medicamentos e tudo mais que seja necessário aos filhos. Importante mencionar que são devidos alimentos também ao filho que já atingiu a maioridade civil, nos casos em que ainda esteja em formação profissional e não tenha condições de prover sua própria subsistência. O dever de guarda obriga à assistência material, moral e espiritual, sendo que a sua fixação considerará os melhores interesses da criança e do adolescente, em detrimento da vontade manifestada pelos pais. O dever de fornecer educação abrange a instrução básica e complementar, mas também à habilitação para o exercício dos atos da vida civil ao ser atingida a maioridade.¹²⁶

Por fim, o inciso V do art. 1.566 do Código Civil inova ao instituir o dever de respeito e consideração mútuos, que são a base da comunhão plena de vida iniciada com o casamento. Trata-se de um postulado relacionado à dignidade da

¹²⁴ MADALENO, Rolf Hansen. **Curso de direito de família**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. [livro digital]

¹²⁵ MADALENO, Rolf Hansen. **Curso de direito de família**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. [livro digital]

¹²⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. v.6. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. [livro digital]

pessoa humana e não apenas um dever dos cônjuges, entendido como um princípio ético inerente a todas as relações pessoais.¹²⁷

O casamento traz consigo uma conjugação de aspectos emocionais/espirituais e patrimoniais, sendo este último consequência das múltiplas relações travadas pelos consortes entre si e com terceiros. A comunhão de vida entre os consortes implica em uma comunhão de interesses econômicos, regulada pelo Código Civil como estatuto patrimonial do casamento, caracterizado pelo regime de bens.¹²⁸

Não há casamento sem projeção de efeitos patrimoniais, de modo que o Código Civil se ocupa a esclarecer a titularidade, a possibilidade de comunhão, a origem e o destino dos bens do casal. Regulamenta, assim, os efeitos patrimoniais em relação aos cônjuges e a terceiros, de modo a garantir os diversos interesses presentes, sem deixar de proteger a dignidade humana e seus valores existenciais.¹²⁹ A regulamentação patrimonial é indispensável na sociedade conjugal, razão pela qual a existência de um regime de bens é necessidade imperiosa.¹³⁰

3.2 REGIMES DE BENS

Conforme leciona Silvio de Salvo Venosa, o regime de bens é uma das consequências do casamento, compreendendo relações em que se estabelecem as formas de contribuição do marido e da mulher para o lar, a titularidade e a administração dos bens comuns e particulares, e em que medida esses bens respondem por obrigações assumidas com terceiros¹³¹. Além disso, a convenção quanto ao regime de bens estabelece se o patrimônio dos cônjuges deverá ou não se comunicar, total ou parcialmente¹³². Em síntese, regime de bens constitui a

¹²⁷ MADALENO, Rolf Hansen. **Curso de direito de família**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. [livro digital]

¹²⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 8. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016, p. 286.

¹²⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 8. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016, p. 286.

¹³⁰ MOREIRA, Cíntia Lopes. Apontamentos sobre o pacto antenupcial. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, v. 31, n. 65, p. 30-38, jul/dez.2008.

¹³¹ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: família**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 373.

¹³² RIBEIRO, Paulo Hermano Soares; FONSECA, Edson Pires da. **Casamento e divórcio na perspectiva civil constitucional**. Leme: J.H. Mizuno, 2012, p. 92.

modalidade de sistema jurídico que rege as relações patrimoniais derivadas do casamento¹³³.

Flavio Tartuce conceitua o regime matrimonial de bens como o conjunto de regras relacionadas com interesses patrimoniais ou econômicos resultantes da entidade familiar, sendo as suas normas, em regra, de ordem privada.¹³⁴

As relações patrimoniais entre os cônjuges são, necessariamente, informadas pelos princípios constitucionais, em especial pela igualdade substancial e pela solidariedade social.¹³⁵ Partindo-se dessa proteção humanista, tem-se a presunção absoluta de colaboração recíproca dos cônjuges para a aquisição do patrimônio comum, somente podendo ser afastada havendo disposição em sentido contrário via pacto antenupcial¹³⁶, o que será estudado adiante.

O casamento não subsiste sem um regime de bens, de modo que, quando os cônjuges não se manifestam, a lei supre sua vontade, disciplinando o regime patrimonial de seu casamento, qual seja, a comunhão parcial de bens¹³⁷. O casal pode optar por não adotar o regime legal, firmando pacto antenupcial¹³⁸.

3.2.1 Princípios inerentes aos regimes de bens

Os princípios que regem os regimes de bens classificam-se em a) princípio da autonomia privada; b) princípio da variedade de regime de bens; c) princípio da indivisibilidade do regime de bens; e d) princípio da mutabilidade justificada.

O princípio da autonomia privada se consubstancia na esfera patrimonial da família na plena liberdade quanto à escolha do regime de bens, conforme preconiza o art. 1.639, caput, do Código Civil, ao dispor que “é lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver”. Em

¹³³ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: família**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 373.

¹³⁴ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. v.5. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. [livro digital]

¹³⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 8. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016, p. 286.

¹³⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 8. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016, p. 286.

¹³⁷ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: família**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 374.

¹³⁸ MOREIRA, Cíntia Lopes. Apontamentos sobre o pacto antenupcial. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, v.31, n.65, p. 30-38, jul./dez. 2008. p. 31.

regra, esse princípio é irrestrito, encontrando limites nas normas de ordem pública.¹³⁹

Tal princípio está inserido no princípio da variedade do regime de bens, permitindo aos cônjuges ou conviventes não apenas escolher dentre os quatro regimes de bens em vigor no Brasil (comunhão parcial, comunhão universal, separação total e participação final nos aquestos)¹⁴⁰, mas também combiná-los, mesclando suas cláusulas a fim de criar um regime misto, que melhor atenda às pretensões do casal. Inclusive os consortes podem criar um novo regime, com regramento totalmente atípico, desde que não firam as normas cogentes.¹⁴¹

O Estado não deve intervir coercitivamente na relação matrimonial, impondo determinado regime, salvo quando houver relevante motivo amparado em norma específica¹⁴², como é o caso do art. 1.641 do Código Civil, que obriga à adoção do regime da separação de bens para aqueles que casarem sem a observância das causas suspensivas do casamento, para os nubentes maiores de setenta anos, e para todos aqueles que dependerem de suprimento judicial para casar. Há também limitação quando o texto legislativo declara nula convenção pré-nupcial contrária à literal disposição de lei, consoante art. 1.655 do Código Civil.¹⁴³

O princípio da indivisibilidade do regime de bens se baseia na isonomia constitucional ente marido e mulher (arts. 5.º e 226 da CRFB/88) e no princípio da comunhão indivisa (art. 1.511 do CC), estabelecendo que não é possível fracionar os regimes em relação aos cônjuges. Isto é, o regime de bens é único para ambos os consortes. Decorre disso a nulidade do pacto antenupcial que estabeleça, por exemplo, o regime da comunhão universal de bens para o marido e o da separação de bens para a esposa.¹⁴⁴

Como exceção a esse princípio cabe mencionar o tratamento diferenciado no casamento putativo quando há má-fé de um dos cônjuges, conforme art. 1.561 do

¹³⁹ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. v.5.12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. [livro digital]

¹⁴⁰ MADALENO, Rolf Hansen. **Curso de direito de família**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. [livro digital]

¹⁴¹ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. v.5.12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. [livro digital]

¹⁴² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil: volume único**. São Paulo: Saraiva, 2017. [livro digital]

¹⁴³ MADALENO, Rolf Hansen. **Curso de direito de família**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. [livro digital]

¹⁴⁴ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. v.5. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. [livro digital]

Código Civil. O cônjuge de boa-fé é atingido pelos efeitos do regime de bens escolhido, já o de má-fé estará submetido às regras obrigacionais relacionadas ao enriquecimento sem causa, devendo provar que os bens foram adquiridos por trabalho e esforços próprios, nos termos do art. 884 do Código Civil.¹⁴⁵

O princípio da mutabilidade controlada dos regimes patrimoniais surgiu com a edição do vigente Código Civil, pois, ao tempo da codificação material anterior os regimes eram imutáveis.¹⁴⁶ O art. 1.639, § 2.º, do Código Civil possibilita a alteração do regime de bens no curso da relação conjugal, em pedido judicial motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e desde que ressaltados os direitos de terceiros. Trata-se de ação de jurisdição voluntária, ajuizada na Vara de Família, ou na Vara Cível, caso a Comarca não tenha tal especialização.¹⁴⁷

A alteração somente é possível se fundada em um justo motivo, entendido como uma cláusula geral, a ser preenchida pelo juiz caso a caso, em observância aos interesses subjetivos das partes e às questões objetivas relativas ao ordenamento jurídico. Como principal exemplo de justo motivo tem-se o desaparecimento de causa suspensiva do casamento, possibilitando a alteração do regime da separação obrigatória de bens para outro eleito pelo casal, em virtude da cessação da causa que exigia regime específico. Outro motivo considerável é algum interesse patrimonial relevante do casal ou de qualquer dos cônjuges.¹⁴⁸

Há quem entenda pela desnecessidade de motivação para a alteração do regime de bens, pois haveria uma intervenção desnecessária do Estado nas questões familiares, o que feriria o princípio da não intervenção estatal. Resguardando-se interesses de terceiros, não haveria razão para a exigência de justo motivo, sob pena de indevida e injustificada ingerência na autonomia das partes.¹⁴⁹ O entendimento de que a justificativa exposta pelos cônjuges na deve constituir objeto de ampla sindicância coaduna-se com a liberdade conferida pelo

¹⁴⁵ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. v.5. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. [livro digital]

¹⁴⁶ MADALENO, Rolf Hansen. **Curso de direito de família**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. [livro digital]

¹⁴⁷ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. v.5.12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. [livro digital]

¹⁴⁸ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. v.5.12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. [livro digital]

¹⁴⁹ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. v.5.12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. [livro digital]

Código aos cônjuges para a escolha do regime de bens.¹⁵⁰ Ora, se antes do casamento há liberdade para que os nubentes escolham dentre um dos regimes de bens previstos na lei civil, formem um regime híbrido ou até mesmo construam um regramento totalmente novo, por que haveria limitação nessa liberdade caso decidam, na constância da união, alterá-lo?

Ademais, é alvo de crítica o fato de a modificação do regime de bens ser possível apenas pela via judicial, quando o casamento, razão de ser do regime, é instituído perante o Registro Civil e Notarial. Esse debate ganhou ainda mais força com a edição da Lei n. 11.441/07¹⁵¹, permitindo que tanto o divórcio quanto a separação, a partilha e o inventário, desde que preenchidos alguns requisitos, possam ser efetivados extrajudicialmente.¹⁵²

Inclusive, o Projeto de Lei conhecido como Estatuto das Famílias, visando a desjudicialização das contendas, propõe, em seu art. 39, a possibilidade de alteração administrativa do regime de bens mediante escritura pública lavrada perante o Tabelionato de Notas.¹⁵³

No mesmo sentido, é o Projeto de Lei do Senado n. 69/2016, o qual pretende alterar o Código Civil e o Código de Processo Civil para permitir a alteração do regime de bens do casamento por meio de escritura pública, independentemente da motivação do pedido, mediante requerimento assinado conjuntamente pelos cônjuges dirigido ao tabelião de notas.¹⁵⁴

Instaurou-se controvérsia também acerca da possibilidade de alteração dos regimes dos casamentos celebrados na vigência do Código Civil de 1916. Negava-se a possibilidade de alteração pela interpretação dada ao art. 2.039, que dispõe que os casamentos celebrados sob a égide do Código anterior devem ser por ele regidos, impedindo, assim, a incidência da norma contida no art. 1.639, §2º do novo

¹⁵⁰ TEPEDINO, Gustavo. Contratos em Direito de Família. In.: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Tratado de Direito das Famílias**. 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. p. 496.

¹⁵¹ BRASIL, Lei n. 11.441, de 4 de janeiro de 2007. **Planalto**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11441.htm. Acesso em: 27 jun. 2018.

¹⁵² CARDOSO, Fabiana Domingues. **Pacto antenupcial no Brasil: formalidades e conteúdo**. 2009. 305 f. Dissertação (Mestrado em direito das relações sociais, subárea direito civil) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 76.

¹⁵³ BRASIL. Projeto de Lei n. 470/2013. **Planalto**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115242>. Acesso em: 26 jun. 2018.

¹⁵⁴ BRASIL. Projeto de Lei n. 69/2016. **Planalto**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=572322&disposition=inline>. Acesso em: 26 jun. 2018.

Código.¹⁵⁵ Todavia, a norma de direito intertemporal em comento refere-se apenas aos efeitos do regime escolhido, que não poderão ser modificados com a alteração, e não as normas gerais, caso do art. 1.639 do Código Civil atual¹⁵⁶.

Rosa Maria Nery elucida a questão ao dispor que o art. 2.039 garante o direito da não retroatividade da lei nova, possibilitando que os cônjuges mantenham o regime de bens adotado sob a égide do código anterior, se assim o desejarem. Contudo, não impede que haja mudança do regime, desde que preenchidos os requisitos autorizadores da medida.¹⁵⁷

No processo de alteração do regime de bens, é necessária a publicação de editais e, somente após o prazo de 30 dias, o juiz profere a sentença, determinando sua averbação nos cartórios do Registro Civil e no de Imóveis.¹⁵⁸ Todavia, o Superior Tribunal de Justiça decidiu em 2012 que o mero registro da sentença com trânsito em julgado tem o condão de dar publicidade à alteração, sendo desnecessária a publicação de editais.¹⁵⁹

Quanto aos efeitos da alteração do regime, Gustavo Tepedino entende que não se compatibiliza com o sistema a retroatividade convencional da alteração de regime, pois poderia comprometer a confiança de terceiros credores e, na relação havida entre os cônjuges, equivaleria a desconstruir efeitos patrimoniais legitimamente produzidos e já consumados no regime de bens anteriormente pactuado. O autor defende que a alteração tenha efeitos *ex nunc* para preservação do ato jurídico perfeito e do direito adquirido¹⁶⁰. Entendimento semelhante é o de Flavio Tartuce, ao prever que a alteração do regime de bens produza efeitos apenas a partir do trânsito em julgado da decisão. Inclusive a natureza de irretroatividade desses efeitos é capaz de afastar a necessidade de prova da ausência de prejuízos

¹⁵⁵ TEPEDINO, Gustavo. Contratos em Direito de Família. In.: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Tratado de Direito das Famílias**. 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. P. 495-496.

¹⁵⁶ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. v.5. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. [livro digital]

¹⁵⁷ NERY, Rosa Maria de Andrade. **Manual de Direito Civil: família**. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. [livro digital]

¹⁵⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. [livro digital]

¹⁵⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 776.455/RS. Recorrente: D M R dos S e outro. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Raul Araújo. Brasília, 17 abr. 2012. DJe 26 abr. 2012.

¹⁶⁰ TEPEDINO, Gustavo. Contratos em Direito de Família. In.: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Tratado de Direito das Famílias**. 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. p. 496.

a terceiros pelos cônjuges, ao promoverem a ação de alteração do regime de bens, já que de nenhum modo eles seriam afetados.¹⁶¹

De modo diverso entende Luiz Felipe Brasil Santos. O autor observa que o Código Civil não explicita se os efeitos da alteração entre os cônjuges serão *ex tunc* ou *ex nunc*, apenas ressalva que para os terceiros que já sejam detentores de direitos perante o casal, seja *ex nunc*. Assim, entre o casal, se houver opção por qualquer dos regimes que o código regula, a retroatividade é decorrência lógica, do contrário, o novo regime não estaria totalmente perfectibilizado. Sempre que o novo regime adotado determinar uma comunicação mais restrita que o estatuído até então, em relação aos bens já integrantes do acervo patrimonial, imperiosa será a divisão do ativo e do passivo, cessando a responsabilidade de cada cônjuge em relação aos credores do outro, nos termos do art. 1.671 do Código Civil.¹⁶²

De igual modo, Maria Berenice Dias admite a possibilidade de a alteração atingir bens adquiridos antes do pedido, assim como os havidos antes mesmo do casamento. A retificação poderá ter efeitos *ex tunc* ou *ex nunc*, a depender da vontade dos cônjuges, contanto que não prejudique terceiros, não havendo também impedimentos quanto ao estabelecimento de efeitos diversificados a determinados bens e em datas diversas.¹⁶³

Com a alteração veiculada pelo art. 1.639, §2.º, do Código Civil, permitindo a modificação do regime de bens, este instrumento utilizado no planejamento patrimonial da família teve sua eficácia potencializada, pois admitida sua adaptação às novas necessidades da família e às alterações da situação patrimonial. A citada regra reforça o exercício da autonomia privada dos nubentes e a tendência do Estado deixar de superproteger as relações familiares.¹⁶⁴

¹⁶¹ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. v.5.12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. [livro digital]

¹⁶² SANTOS, Luiz Felipe Brasil. Autonomia da vontade e os regimes matrimoniais de bens. In: WELTER, Belmiro Pedro (Org.); Madaleno, Rolf Hanssen (Org.). **Direitos Fundamentais do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. P. 211-221. p. 218.

¹⁶³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. [livro digital]

¹⁶⁴ MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. **A família e a questão patrimonial: planejamento patrimonial, regime de bens, pacto antenupcial, contrato patrimonial na união estável**. 1. ed. em e-book baseada na 3. ed. impressa. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015.

3.2.2 Regras gerais dos regimes de bens

Nos arts. 1.639 a 1.651 do Código Civil estão reguladas as regras gerais dos regimes de bens, as quais compõe o que se chama de regime primário. O art. 1.639, anteriormente comentado, traz os princípios dos regimes de bens. O art. 1.640 é o comando legal que determina que o regime de bens é o da comunhão parcial, chamado de regime supletivo, que impera no matrimônio quando os nubentes não firmarem convenção em sentido contrário e nos casos de nulidade ou ineficácia de tal convenção. Em respeito ao princípio da autonomia privada, o parágrafo único do referido artigo permite que os nubentes estipulem regime diverso em convenção antenupcial.¹⁶⁵

Já o art. 1.641 do diploma civil, na contramão da liberdade de estipulação do regime de bens, regula as hipóteses de incidência do regime de separação legal ou obrigatória de bens. Nesse caso, eventual pacto antenupcial que estipule regime diverso ao legal será considerado nulo por infração à norma de ordem pública, consoante art. 1.655 do Código Civil.

Nos arts. 1.642 e 1.643 constam os atos que podem ser praticados por qualquer um dos cônjuges, independente do regime de bens adotado, relacionados com a administração geral das economias domésticas e dos bens individuais ou do casal. Em relação às dívidas do casal, o art. 1.644 dispõe que haverá solidariedade de ambos os cônjuges pelo adimplemento, excetuadas aquelas contraídas individualmente por um deles.

O diploma civil disciplina, no art. 1.647, que, para determinados atos e negócios jurídicos a serem praticados por um dos cônjuges, exige-se a outorga ou vênua uxória (da mulher) e a outorga ou vênua marital (do marido). A norma é restritiva e especial do casamento, não admitindo aplicação por analogia para a união estável.¹⁶⁶ É uma forma de limitação da autonomia privada dos cônjuges, baseada no risco de diminuição do patrimônio da sociedade conjugal ou do patrimônio particular do outro consorte, que o ato realizado por apenas um dos consortes pode causar. Dentre os atos vedados sem a devida vênua conjugal, encontram-se os que sirvam de título à transferência de domínio de bens imóveis, a

¹⁶⁵ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: Direito de Família. v.5. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. [livro digital]

¹⁶⁶ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: Direito de Família. v.5. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. [livro digital]

fiança prestada por um dos cônjuges e as doações tanto de bens móveis quanto de imóveis¹⁶⁷.

A exceção está presente no regime da separação absoluta de bens, referindo-se ao regime que foi firmado via pacto antenupcial. Isto é, dispensa-se a outorga conjugal para o regime de separação convencional de bens. Já para as pessoas casadas sob o regime da separação obrigatória impõe-se a outorga conjugal, em virtude da incidência da Súmula 377 do STF, que retira o caráter de separação absoluta da separação obrigatória por instituir a meação dos aquestos.¹⁶⁸

A falta dessa outorga conjugal pode ser suprimida pelo juiz nos casos em que o cônjuge denegar-lhe sem que haja “motivo justo, ou lhe seja impossível concedê-la”, conforme redação do art. 1.648 do Código Civil. Não sendo caso de supressão judicial, os atos praticados sem a observância da necessidade de outorga serão anuláveis, podendo o outro cônjuge pleitear-lhe a anulação até dois anos depois de terminados o casamento e a sociedade conjugal, de acordo com o art. 1.649 do diploma civil.

Quanto à administração dos bens do casamento, prevê o art. 1.651 que, quando um dos cônjuges não puder exercê-la, segundo o regime de bens adotado, caberá ao outro gerir os bens comuns e do consorte, alienar os bens imóveis comuns e alienar os imóveis comuns e os móveis ou imóveis do consorte, mediante autorização judicial. Em complemento a este dispositivo, tem-se o art. 1.652 do mesmo diploma legal, que traz a responsabilidade de cada cônjuge na administração de bens do casal, respondendo esse tanto em relação ao outro quanto aos seus herdeiros.

Por fim, conforme o art. 977 do Código Civil, veda-se a constituição de sociedade entre os cônjuges, se casados sob o regime da comunhão universal de bens ou da separação obrigatória. Assim, permite-se a sociedade empresária ou simples entre cônjuges casados nos regimes de comunhão parcial e da separação convencional, pois em ambos os cônjuges podem fazer suas contribuições individuais para a formação do patrimônio social¹⁶⁹.

¹⁶⁷ TEPEDINO, Gustavo. Contratos em Direito de Família. In.: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Tratado de Direito das Famílias**. 2ª Ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. p. 491 e ss.

¹⁶⁸ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: Direito de Família. v.5. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. [livro digital]

¹⁶⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Curso de direito civil brasileiro**: direito de família. v.6. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2017. [livro digital]

3.2.3 Regras especiais dos regimes de bens

Toda a sociedade conjugal, obrigatoriamente, será regida por um regime de bens, seja ele convencional, escolhido pelas próprias partes, ou legal, determinado por lei. Este último pode ser supletivo (dispositivo) ou cogente (obrigatório).¹⁷⁰ O Código Civil regulamenta, no Livro IV, Título II, Subtítulo I, quatro regimes de bens: comunhão parcial, comunhão universal, participação final nos aquestos e separação total.

3.2.3.1 Regime da comunhão parcial de bens

Após a entrada em vigor da Lei do Divórcio¹⁷¹, o regime legal ou supletivo deixou de ser o da comunhão universal dos bens, passando a ser o da comunhão parcial, também incidente na união estável, naquilo que couber, de acordo com o art. 1.725 do CC. Para a adoção deste regime não há necessidade de nenhum ato solene, bastando que os nubentes reduzam a opção a termo no processo de habilitação do casamento. Já para adoção de regime diverso, obrigatoriamente deve-se firmar pacto antenupcial em Cartório de Notas por meio de escritura pública, conforme preconiza o art. 1.640 do CC.¹⁷² Também incidirá o regime da comunhão parcial de bens se for nulo ou ineficaz o pacto antenupcial.¹⁷³

No regime da comunhão parcial, existem três blocos de bens: os bens particulares de cada um, os bens do outro, adquiridos após o casamento, e os aquestos, que são os bens comuns adquiridos após o casamento, por ambos os cônjuges.¹⁷⁴

Na sociedade conjugal, preserva-se a titularidade exclusiva dos bens particulares e, ao fim, garante-se a comunhão do que for adquirido durante a união, presumindo a lei ser resultante do esforço comum do par¹⁷⁵. Quanto aos bens

¹⁷⁰ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. v.5. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. [livro digital]

¹⁷¹ BRASIL, Lei n. 6515, de 26 de dezembro de 1977. **Planalto**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6515.htm. Acesso em: 22 jun. 2018.

¹⁷² RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. Eficácia do regime de bens no casamento e na união estável. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, v. 34, n. 70, p. 417-448, jan./jun. 2011

¹⁷³ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. v.5. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. [livro digital]

¹⁷⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: família**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 387.

¹⁷⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. [livro digital]

móveis, não havendo prova em contrário do consorte que alegue ser o bem exclusivo ou incomunicável, presumem-se adquiridos na constância do casamento¹⁷⁶.

Consoante art. 1660 do CC, comunicam-se os bens adquiridos na constância da união de forma onerosa, ainda que só no nome de um dos cônjuges, bem como os adquiridos por fato eventual, por doação, herança ou legado em favor de ambos os cônjuges, as benfeitorias em bens particulares e os frutos decorrentes de bens comuns ou particulares, percebidos na constância do casamento ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão.¹⁷⁷ Os incrementos patrimoniais recebidos por uma sociedade empresária própria também seguem a regra da comunicabilidade.

O art. 1.659 do CC disciplina a incomunicabilidade de bens, determinando que são incomunicáveis os pertencentes a cada cônjuge ao tempo do matrimônio, bem como aqueles adquiridos na constância da união em sub-rogação aos bens particulares havidos antes do casamento. Também não se comunicam os bens recebidos por um dos consortes, provenientes de doação, sucessão ou os sub-rogados em seu lugar. Igualmente não se comunicam as obrigações pessoais contraídas antes do casamento, desde que não guardem relação com as núpcias, assim como aquelas contraídas na constância do casamento, provenientes de ato ilícito, salvo se este ato tenha revertido em proveito do casal. Ainda, excluem-se da comunicação os bens de uso pessoal do cônjuge, seus livros e instrumentos da profissão, assim como os proventos de seu trabalho pessoal, as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes.¹⁷⁸

3.2.3.2 Regime da comunhão universal de bens

O regime da comunhão universal de bens vem regulamentado nos artigos 1.667 a 1.671 do CC. A regra geral deste regime é a comunicação dos aprestos e aquestos, os quais ficam em estado de indivisão entre os cônjuges durante a existência da sociedade conjugal, o que inclui as dívidas passivas de ambos. Todos

¹⁷⁶ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. v.5. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. [livro digital]

¹⁷⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: família**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 391-392.

¹⁷⁸ MADALENO, Rolf Hansen. **Curso de direito de família**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. [livro digital]

os frutos percebidos na vigência da sociedade conjugal são comunicáveis, ainda que provenientes de bens particulares.¹⁷⁹

Em conformidade com o art. 1.688 do CC, estão excluídos da comunhão os bens recebidos por um dos cônjuges a título de doação ou herança em que conste cláusula de incomunicabilidade, e os sub-rogados em seu lugar. Também não integram a massa de bens comuns os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva. São incomunicáveis as dívidas contraídas antes do casamento, exceto se provierem de despesas com seus aprestos ou reverterem em proveito do casal. De igual modo, as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade, realizada por meio de pacto antenupcial. Ainda, submetem-se a incomunicabilidade os bens dos incisos V a VII do art. 1.659 do CC, quais sejam, os bens de uso pessoal de cada cônjuge, os proventos do trabalho pessoal, as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes.¹⁸⁰

3.2.3.3 Regime da participação final nos aquestos

A participação final nos aquestos veio substituir o regime dotal previsto no Código Civil de 1916. O regime dotal não ingressou nos costumes nacionais, assim como o regime de participação final dos aquestos. Inclusive, o Projeto de Lei conhecido como Estatuto das Famílias pretende suprimir este regime da legislação brasileira, mantendo os outros três regimes da comunhão parcial, comunhão universal e separação de bens¹⁸¹. O regime causa controvérsias doutrinárias, cingindo a discussão quanto à determinação se os bens existentes em nome de um cônjuge se encontram sob a sua exclusiva titularidade material e formal, ou se ao tempo da dissolução da sociedade incide uma titularidade conjunta.¹⁸²

¹⁷⁹ MADALENO, Rolf Hansen. **Curso de direito de família**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. [livro digital]

¹⁸⁰ MADALENO, Rolf Hansen. **Curso de direito de família**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. [livro digital]

¹⁸¹ BRASIL. Projeto de Lei n. 470/2013. **Planalto**. Disponível em:

<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115242>. Acesso em: 26 jun. 2018.

¹⁸² MADALENO, Rolf Hansen. **Curso de direito de família**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. [livro digital]

Por meio desse regime, em tese, haveria uma separação total de bens na constância da união e, por ocasião da dissolução do casamento e da sociedade conjugal, algo próximo de uma comunhão parcial.¹⁸³

Em que pese a inclinação doutrinária de dividir o regime em duas fases, aproximando-se do regime da separação total durante o enlace conjugal e da comunhão parcial quando da separação, é incorreto afirmar que se tratam de regimes completamente iguais. No regime da participação final dos aquestos, diz-se que se comunicam apenas bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, enquanto na comunhão parcial comunicam-se os bens que sobrevierem na constância do casamento, pouco importando tenham sido adquiridos graciosa ou onerosamente, salvo as exceções expressas em lei. Outro ponto é que, diferente do que ocorre no regime da comunhão parcial de bens, no regime da participação final dos aquestos comunicam-se os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge, inclusive as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes, isso porque o legislador não cuidou de repetir as exceções de incomunicabilidade presentes nos incisos VI a VII do art. 1.659 do CC.¹⁸⁴

Na realidade, cuida-se de um regime de separação de bens, no qual cada consorte tem a livre e independente administração de seu patrimônio pessoal, dele podendo dispor quando for bem móvel e necessitando da outorga conjugal quando se tratar de bem imóvel, salvo se os cônjuges tenham convencionado a livre disposição dos bens imóveis particulares por meio do pacto antenupcial.¹⁸⁵

Para Rolf Madaleno, os bens obtidos individualmente pelos cônjuges, ou por ambos, passam a integrar uma massa comum, apurada por ocasião da liquidação da sociedade matrimonial, sendo repartidos os ganhos havidos pelos aquestos. Consoante art. 1.674 do CC, para fins de quantificar os aquestos, são excluídos das somas dos patrimônios próprios os bens anteriores ao casamento ou sub-rogados; os que sobrevierem a cada cônjuge a título gratuito, por sucessão ou doação; e as dívidas relativas aos bens conjugais, salvo se vertidas em proveito comum ou contraídas em razão das núpcias. Na sequência, são computadas as doações feitas por um dos cônjuges sem autorização do outro, sendo que o esposo lesado pode

¹⁸³ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. v.5. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. [livro digital]

¹⁸⁴ MADALENO, Rolf Hansen. **Curso de direito de família**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. [livro digital]

¹⁸⁵ MADALENO, Rolf Hansen. **Curso de direito de família**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. [livro digital]

reivindicar os bens doados, ser compensado com outros bens ou ainda indenizado em dinheiro.¹⁸⁶

3.2.3.4 Regime da separação total de bens

No regime da separação de bens há total independência patrimonial entre os cônjuges, pois cada um conserva a propriedade dos bens já existentes em seu nome e daqueles obtidos na constância do matrimônio, inclusive a sua administração, comunicando-se apenas os débitos assumidos em benefício da família.¹⁸⁷

O regime da separação convencional decorre da convenção das partes, situação em que os nubentes expressam a vontade de convolar núpcias por outro regime que não o da comunhão parcial de bens, por meio do pacto antenupcial.

A separação também decorre da lei, nas hipóteses previstas no art. 1.641 do CC, sendo imposto aos nubentes que (i) contraírem o casamento com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento, com objetivo de evitar a confusão patrimonial nas hipóteses tratadas pelo art. 1.523 do Código Civil; (ii) tenham idade superior a 70 anos, visando, supostamente, à tutela do idoso; e (iii) dependerem do suprimento judicial para casar¹⁸⁸. Cumpre registrar que o Estatuto das Famílias pretende retirar do sistema esse regime impositivo¹⁸⁹.

Há severas críticas em relação à obrigatoriedade da adoção do regime da separação de bens para os maiores de setenta anos, previsto no art. 1.641, inciso II, do CC. O inciso supostamente visa à tutela do idoso. Todavia, na visão de Flávio Tartuce, serve mais para a proteção dos interesses patrimoniais dos herdeiros do consorte idoso, evidenciando um patrimonialismo exagerado. Ao contrário de ser uma norma de tutela, trata-se de uma norma de preconceito contra as pessoas de idade avançada, razão pela qual o autor defende sua inconstitucionalidade, ainda que o patamar etário tenha se elevado de 60 para 70 anos com a Lei n.

¹⁸⁶ MADALENO, Rolf Hansen. **Curso de direito de família**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. [livro digital]

¹⁸⁷ MADALENO, Rolf Hansen. **Curso de direito de família**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. [livro digital]

¹⁸⁸ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. v.5. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. [livro digital]

¹⁸⁹ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. v.5. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. [livro digital]

12.344/2010.¹⁹⁰ Semelhante é o entendimento de Pablo Gagliano e Pamplona Filho, para os quais a norma representa uma violência escancarada ao princípio da isonomia.¹⁹¹

Interessante observar que a Súmula n. 377 do Supremo Tribunal Federal¹⁹², ao praticamente transformar a separação legal de bens em um regime de comunhão parcial (retirando seu caráter de separação absoluta), com a divisão dos aquestos ao tempo da dissolução da sociedade conjugal, impôs a exigência da vênua conjugal para a alienação de imóvel, ainda que sob o regime da separação de bens.¹⁹³ A Súmula tem origem no art. 259 do revogado CC/1916 que dispunha: “Embora o regime seja o da separação de bens, prevalecerão, no silêncio do contrato, os princípios dela, quanto à comunicação dos adquiridos na constância do casamento”. Considerando que o CC/2002 não reproduziu o citado artigo do CC/1916, uma corrente doutrinária entendia estar cancelada sua aplicação. Todavia, para uma segunda corrente, majoritária tanto na doutrina quanto na jurisprudência, a súmula não está cancelada, em razão da vedação do enriquecimento sem causa.¹⁹⁴

Sob o prisma da comunhão dos bens adquiridos na constância do casamento, a citada Súmula vem sendo revisitada pelo STJ, prevalecendo o entendimento de que a comunhão pode ocorrer, desde que comprovado o esforço comum¹⁹⁵, justamente para que o regime da separação obrigatória não perca sua essência e para que se evite o enriquecimento sem causa, já que haveria comunicação de bens em decorrência do mero casamento¹⁹⁶.

Em relação aos incisos I e III do art. 1.641 do CC, a citada Súmula deve ter incidência enquanto perdurarem os impedimentos legais. Após, não se verificando

¹⁹⁰ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. v.5. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. [livro digital]

¹⁹¹ Na lição dos autores “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 idade.” (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Manual de Direito Civil: volume único. São Paulo: Saraiva, 2017. livro digital.)

¹⁹² BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Súmula 377. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=4022>. Acesso em: 27 jun. 2018.

¹⁹³ MADALENO, Rolf Hansen. **Curso de direito de família**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. [livro digital]

¹⁹⁴ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. v.5. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. [livro digital]

¹⁹⁵ TEPEDINO, Gustavo. Contratos em Direito de Família. In.: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Tratado de Direito das Famílias**. 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. p. 503.

¹⁹⁶ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. v.5. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. [livro digital]

mais as causas estabelecidas pela lei para a aplicação do regime da separação total, mostra-se possível a alteração do regime de bens, tornando-se injustificada a comunicação dos aquestos.¹⁹⁷ Nesse sentido, o Enunciado n. 262 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “A obrigatoriedade da separação de bens nas hipóteses previstas nos incs. I e III do art. 1.641 do Código Civil não impede a alteração do regime, desde que superada a causa que o impôs”.

Insta ressaltar que a jurisprudência vem se posicionando no sentido de que o idoso com idade entre 60 e 70 anos, que se casou pelo regime da separação obrigatória antes da elevação legal da idade, pode alterar o regime de bens em virtude do desaparecimento da causa impositiva do regime adotado.¹⁹⁸

3.3 CONCEITUAÇÃO E NATUREZA JURÍDICA DO PACTO ANTENUPCIAL

Com a formação da família, os cônjuges assumem os encargos e ônus de seu sustento e desenvolvimento, desse modo, é indispensável que existam recursos voltados para a consecução dos objetivos do casal. Ocorre que a maioria dos casais não se dedica a planejar a formação e administração do patrimônio familiar. Uma das razões consiste no tabu que envolve a discussão de questões de natureza patrimonial antes do casamento, capaz de despertar sentimentos negativos de desconfiança, chegando os consortes a pensar que a união está sendo realizada por interesses materiais. Soma-se a isso a prática comum dos nubentes não considerarem, no momento da união, as reais possibilidades de separação ou divórcio.¹⁹⁹

Com esse comportamento, desperdiça-se a utilização de instrumento eficiente que propicia condições para melhor superar as adversidades e crises familiares. O planejamento patrimonial, além da função organizatória, também se apresenta na

¹⁹⁷ TEPEDINO, Gustavo. Contratos em Direito de Família. In.: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Tratado de Direito das Famílias**. 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. p. 504.

¹⁹⁸ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. v.5. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. [livro digital]

¹⁹⁹ MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. O conteúdo econômico e jurídico do pacto antenupcial e o planejamento patrimonial familiar. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 16, n. 62, p. 197-222, abr./jun.2015. p. 198.

função preventiva de litígios, permitindo que a dissolução da sociedade conjugal ou da união estável seja feita de modo mais seguro, célere e menos traumático.²⁰⁰

Um dos instrumentos jurídicos mais aptos a contribuir com o planejamento patrimonial é o pacto antenupcial²⁰¹. Também chamado de convenção antenupcial, convenção antemrimonial ou, ainda, contrato antenupcial, destina-se indiscutivelmente à família formada pelo casamento. Em certa medida, seu desuso encontra amparo em razões jurídicas, eis que não há clareza na doutrina no que tange ao seu âmbito operativo²⁰².

O Código Civil fixa o regime da comunhão parcial de bens como regime supletivo, consoante art. 1.640, todavia, outorga a livre estipulação do regime de bens, determinando que antes do casamento os nubentes possam dispor quanto aos seus bens o que lhes aprouver²⁰³. Permite, assim, que os consortes estabeleçam outro regime para reger seus interesses econômico-patrimoniais, como exercício de seus direitos subjetivos, por meio da convenção antenupcial ou pacto antenupcial.²⁰⁴ O mesmo dispositivo que estipula o regime supletivo da comunhão parcial de bens caso os nubentes retem silentes quanto à adoção de regime diverso, também prevê sua aplicação caso a convenção seja nula²⁰⁵.

Debora Gozzo defende a intervenção do Estado na esfera jurídica dos particulares, a fim de estabelecer que haja um regime de bem legal, que vigore independentemente de escritura pública de pacto antenupcial, desde que neste sentido as partes manifestem a sua vontade. É o que ocorre quando é reduzida a termo a opção pela adoção do regime supletivo da comunhão parcial de bens. Porém, atenta a autora que é inafastável o exercício de um direito subjetivo pelos nubentes, consubstanciado no estabelecimento, via pacto antenupcial, do regime de

²⁰⁰ MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. O conteúdo econômico e jurídico do pacto antenupcial e o planejamento patrimonial familiar. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 16, n. 62, p. 197-222, abr./jun.2015. p. 200.

²⁰¹ MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. O conteúdo econômico e jurídico do pacto antenupcial e o planejamento patrimonial familiar. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 16, n. 62, p. 197-222, abr./jun.2015 p. 200.

²⁰² BIAZI, João Pedro de Oliveira de. Pacto antenupcial: uma leitura à luz da teoria do negócio jurídico. **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**, Porto Alegre, v.2, n.8, p. 5-30, set./out. 2015. p. 3/4.

²⁰³ Art. 1.640. Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial e art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.

²⁰⁴ MOREIRA, Cíntia Lopes. Apontamentos sobre o pacto antenupcial. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, v. 31, n. 65, p. 30-38, jul/dez.2008.

²⁰⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: família**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 383.

bens que desejarem, inclusive diverso daqueles enumerados no Código Civil, desde que não se infrinja norma de ordem cogente.²⁰⁶

Desse modo, tanto na opção pelo regime legal quanto na escolha de outro regime previsto no Código Civil, ou até na criação de um regime misto ou atípico, há manifestação de vontade dos cônjuges. No primeiro caso, trata-se de uma manifestação omissiva tácita, consistindo no silêncio dos nubentes, quando então vigorará o regime previsto no caput do art. 1.640 do CC. Já no segundo caso, exige-se a manifestação expressa dos nubentes, via escritura pública, de que estão escolhendo outro regime que não o legal. Somente assim poderão introduzir uma modificação nas suas esferas jurídicas, nos termos do parágrafo único do referido artigo.²⁰⁷

Não há grande divergência doutrinária quanto à natureza de negócio jurídico do pacto antenupcial, pois esse assume as características inerentes àquele fato jurídico ao expressar a vontade dos nubentes em criar um regime próprio de bens ou simplesmente escolher um regime legal diferente da comunhão parcial.²⁰⁸

A discussão cinge-se em determinar qual é a espécie de negócio jurídico do pacto antenupcial, se é um negócio jurídico destinado a dar vestimenta jurídica a uma relação econômica - um contrato - ou é um negócio que, embora detenha feições patrimoniais, lida com aspectos patrimoniais ligados diretamente à satisfação de um interesse familiar, assim denominado um negócio jurídico de direito de família.²⁰⁹

Debora Gozzo afirma que a característica da patrimonialidade dos contratos acaba por incluir o pacto antenupcial nesta categoria de negócio jurídico, já que originalmente ele servia de instrumento aos nubentes para estipulação do regime patrimonial do casamento. Todavia, a autora coloca o pacto antenupcial na categoria dos negócios jurídicos de direito de família, por identificar as seguintes características: (i) é um ato jurídico (*lato sensu*) pessoal, de modo que somente os nubentes podem ser partes; (ii) está subordinado a um rigor formal, por força do art. 1.653 do CC, sendo indispensável a escritura pública; (iii) é nominado, isto é,

²⁰⁶ GOZZO, Débora. **Pacto Antenupcial**. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 4.

²⁰⁷ GOZZO, Débora. **Pacto Antenupcial**. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 48.

²⁰⁸ BIAZI, João Pedro de Oliveira de. Pacto antenupcial: uma leitura à luz da teoria do negócio jurídico. **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**, Porto Alegre, v.2, n.8, p. 5-30, set./out. 2015. p. 13.

²⁰⁹ BIAZI, João Pedro de Oliveira de. Pacto antenupcial: uma leitura à luz da teoria do negócio jurídico. **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**, Porto Alegre, v.2, n.8, p. 5-30, set./out. 2015. p. 16.

previsto em lei, expresso no Capítulo II do Subtítulo I do Título II do Livro de Direito de Família; e, por fim, (iv) é legítimo, pois os nubentes têm a sua autonomia limitada pela lei.²¹⁰

Concluiu-se que, em que pese o pacto contenha questões de ordem patrimonial, sua característica primordial é a de estipular regras que visam atrelar os bens matrimoniais à finalidade máxima de preservação da sede familiar, por isso é entendido como negócio jurídico de direito de família.²¹¹

3.4 CARACTERÍSTICAS E REQUISITOS DO PACTO ANTENUPCIAL

Requisito de existência jurídica do pacto antenupcial é a manifestação de vontade dos nubentes consciente e dirigida para a escolha e definição do regime de bens que regulará suas relações patrimoniais no casamento²¹², liberdade que é exercida por meio de um instrumento notarial que tem a escritura pública como sua essência, condição de sua validade, conforme art. 1.653 do CC²¹³. Portanto, os nubentes devem obedecer a formalidade de pactuarem os ajustes por escritura pública, em cartório de notas, antes da celebração do casamento, sob pena de nulidade²¹⁴.

O Estatuto das Famílias, no art. 38, §1º, pretende alterar o ordenamento jurídico, criando sistema em que os nubentes poderão optar por qualquer regime de bens estabelecidos no estatuto, por mera declaração ao oficial do registro civil, independentemente de firmarem escritura pública nesse sentido²¹⁵. Com a alteração, o pacto antenupcial será necessário apenas caso os nubentes optem por um regime híbrido, mesclando as disposições de diferentes espécies de regimes²¹⁶.

Os legitimados para firmarem pacto antenupcial são os mesmos do casamento. Quanto ao pacto celebrado por menor, o art. 1.654 do CC condiciona a

²¹⁰ GOZZO, Débora. **Pacto Antenupcial**. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 34.

²¹¹ BIAZI, João Pedro de Oliveira de. Pacto antenupcial: uma leitura à luz da teoria do negócio jurídico. **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**, Porto Alegre, v.2, n.8, p. 5-30, set./out. 2015. p. 17.

²¹² LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 308.

²¹³ Código Civil: Art. 1.653. É nulo o pacto antenupcial se não for feito por escritura pública, e ineficaz se não lhe seguir o casamento.

²¹⁴ MOREIRA, Cíntia Lopes. Apontamentos sobre o pacto antenupcial. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, v.31, n.65, p. 30-38, jul./dez. 2008. p. 34.

²¹⁵ BRASIL. Projeto de Lei n. 470 de 2013. Senado. Disponível em:

<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115242>. Acesso em: 26 mai. 2018.

²¹⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: família**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 406.

sua eficácia à aprovação de seu representante legal, salvo as hipóteses do regime da separação obrigatória de bens²¹⁷. Essa aprovação pode ocorrer no próprio instrumento ou em instrumento à parte²¹⁸. Pela leitura da parte final do artigo, compreende-se que só podem celebrar pacto antenupcial aqueles que têm entre 16 e 18 anos, que dependam de autorização de seus representantes para o casamento, e não aqueles que dependam de suprimento judicial. Estes últimos, menores de 16 anos, automaticamente devem se submeter ao regime da separação obrigatória de bens, por força do art. 1.641, inciso III, do CC. Conseqüentemente, eventual pacto celebrado por eles será nulo por infração à norma de ordem pública, já que não podem estipular regime de bens diverso ao da separação legal²¹⁹.

O nubente pode ser representado por mandatário com poderes especiais para a celebração do pacto²²⁰. Como se admite a realização do casamento por procuração, não há impedimento para que o pacto também seja firmado por procurador com poderes específicos²²¹. Tal procuração deve ser outorgada por instrumento público, em face do que dispõe a partir inicial do art. 657 do Código Civil: “A outorga do mandato está sujeita à forma exigida por lei para o ato a ser praticado”²²².

Diz-se que o pacto antenupcial tem sua eficácia sujeita à eficácia do casamento, operando efeitos apenas se sobrevier o matrimônio, consoante art. 1.653 do CC. Estaria assim perfectibilizado no plano da existência, mas necessitando de um fato de eficácia caracterizado por uma condição suspensiva.

Nos negócios jurídicos, toda condição deriva, exclusivamente, da vontade das partes, como preconiza o art. 121 do CC²²³. Isto é, a condição é estipulada pelo próprio particular, no exercício de sua autonomia. O que não ocorre no negócio jurídico do pacto antenupcial, já que o casamento que está sendo considerado como

²¹⁷ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. v.5. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. [livro digital]

²¹⁸ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: família**. 17. Ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 386.

²¹⁹ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. v.5. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. [livro digital]

²²⁰ SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. O pacto antenupcial e a autonomia privada. In: BASTOS, Eliane Ferreira; SOUSA, Asiel Henrique de. **Família e Jurisdição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 200.

²²¹ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: família**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 384.

²²² SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. O pacto antenupcial e a autonomia privada. In: BASTOS, Eliane Ferreira; SOUSA, Asiel Henrique de. **Família e Jurisdição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 200.

²²³ Art. 121. Considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto.

condição suspensiva é um evento previsto pela própria norma jurídica²²⁴. Além disso, em qualquer negócio jurídico em que se realiza a condição suspensiva, os efeitos são retroativos, todavia, essa retroatividade iria de encontro à norma, prevista no art. 1.639, §1º, que estipula que o regime de bens começa a vigorar desde a data do casamento²²⁵. Como os efeitos do pacto só irradiam ao mundo jurídico após as núpcias, não há que se falar em retroatividade²²⁶.

Em decorrência disso, pode-se afirmar que o pacto antenupcial é um negócio jurídico de direito de família, condicionado à celebração do casamento. Contudo, essa condição não deriva da vontade das partes, mas sim de imposição legal, e os seus efeitos não retroagem à data da celebração do pacto. O matrimônio representa, então, uma condição legal - *condicio iuris* ao pacto.²²⁷

Questão lacunosa é o prazo para a realização do casamento, após a celebração do pacto, já que a codificação civil não se encarrega desse ponto, não se aplicando ao pacto o prazo de noventa dias, como previsto para a validade da habilitação do casamento. Silvio de Salvo Venosa aponta que, não havendo termo expresso, qualquer das partes pode revogá-lo, retificá-lo ou alterá-lo, ainda que o ato não esteja produzindo efeitos pela não ocorrência do casamento²²⁸. Para a promoção da declaração de sua ineficácia basta que o cônjuge interessado notifique o outro e comunique ao cartório de títulos e documentos em que se lavrou a escritura²²⁹. O pacto caducará caso se atinja o prazo nele determinado, se um dos nubentes falecer ou se casar com outra pessoa²³⁰.

Discute-se acerca da hipótese de elaboração de um pacto antenupcial, não seguido pelo casamento, passando a convenção a valer como contrato de convivência na união estável que se suceder entre os noivos. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald têm posicionamento favorável à admissão do pacto como contrato de convivência, em respeito à autonomia privada, e também à

²²⁴ GOZZO, Débora. **Pacto Antenupcial**. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 36.

²²⁵ SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. O pacto antenupcial e a autonomia privada. In: BASTOS, Eliane Ferreira; SOUSA, Asiel Henrique de. **Família e Jurisdição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 196/197.

²²⁶ BIAZI, João Pedro de Oliveira de. Pacto antenupcial: uma leitura à luz da teoria do negócio jurídico. **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**, Porto Alegre, v.2, n.8, p. 5-30, set./out. 2015. p. 24.

²²⁷ GOZZO, Débora. **Pacto Antenupcial**. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 36.

²²⁸ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: família**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 384-385.

²²⁹ SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. O pacto antenupcial e a autonomia privada. In: BASTOS, Eliane Ferreira; SOUSA, Asiel Henrique de. **Família e Jurisdição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 198.

²³⁰ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: família**. 17. Ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 384-385.

conversão substancial do negócio jurídico, expressa no art. 170 do Código Civil, permitindo o aproveitamento da vontade manifestada²³¹. Já Maria Berenice Dias tem posicionamento contrário, defendendo que o pacto caducará e não produzirá qualquer efeito se não sobrevier o casamento, pois o fato de haver uma manifestação de vontade realizada por escritura pública não é suficiente para reger o regime de bens da união estável, que adota a comunhão parcial de bens como regra²³².

Em tópico acerca dos princípios inerentes aos regimes de bens, abordou-se o princípio da mutabilidade, possibilitando a alteração do regime de bens por meio de um pedido judicial motivado por ambos os cônjuges, garantindo-se os direitos de terceiros. O que se verifica é que os nubentes têm liberdade para, previamente ao casamento, moldar o regime de bens por meio de escritura pública de pacto antenupcial, que é um ato notarial, mas a sua alteração depende de um ato judicial.²³³

Nesse ponto, cabe citar o entendimento de Debora Gozzo, embora anterior ao Código Civil atual, época em que o regime de bens ainda era imutável. Defende a autora que se os nubentes quiserem, de comum acordo, modificar cláusula, diversa daquela referente ao regime de bens, poderão fazê-lo extrajudicialmente, por meio da lavratura de nova escritura pública, já que não há norma que impeça a mudança do pacto propriamente dito, o que existe é a norma que obriga a alteração do regime de bens na via judicial.²³⁴ Tal posição decorre de seu entendimento acerca da possibilidade de estipulação de cláusulas que extrapolem as questões patrimoniais, conforme será visto no próximo capítulo.

Além das críticas acerca da intervenção do estado na autonomia dos consortes, que têm liberdade na escolha do regime previamente ao casamento, mas não em sua alteração na constância da união, necessitando de motivação a ser analisada pelo juiz, tem-se o tratamento diverso concedido à união estável. Neste instituto, permite-se que os conviventes modifiquem o regime de bens extrajudicialmente, a qualquer tempo, imotivadamente, sem a necessidade de

²³¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 8. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016. p. 352.

²³² DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. [livro digital]

²³³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. [livro digital]

²³⁴ GOZZO, Débora. **Pacto Antenupcial**. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 116.

chancela judicial, tampouco escritura pública ou qualquer outra forma de publicização, o que gera injustificável desequiparação frente ao casamento.²³⁵

O pacto tem plena eficácia entre os cônjuges, independentemente de registro, devendo constar no assento do casamento, como prevê o art. 70 da Lei dos Registros Públicos²³⁶. O mesmo não se pode dizer quanto à ampliação dos efeitos para terceiros, já que o art. 1.657 do CC²³⁷ estabelece que, para obter eficácia *erga omnes*, as convenções devem ser registradas em livro especial, pelo oficial do Registro de Imóveis do domicílio dos cônjuges, devendo também ser averbadas nos registros referentes a imóveis ou a direitos reais pertencentes a qualquer dos cônjuges, visando acautelar terceiros que contratem com o casal²³⁸.

Quanto às hipóteses de anulação do pacto, restringem-se ao pacto elaborado sem que o nubente relativamente incapaz esteja assistido pelo seu representante legal, bem como no caso de estar eivado de algum vício de vontade, como o erro, o dolo e a coação.²³⁹

²³⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. [livro digital]

²³⁶ BRASIL. Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm. Acesso em: 26 dez. 2018.

Art. 70. Do matrimônio, logo depois de celebrado, será lavrado assento, assinado pelo presidente do ato, os cônjuges, as testemunhas e o oficial, sendo exarados:

7º o regime de casamento, com declaração da data e do cartório em cujas notas foi tomada a escritura ante-nupcial, quando o regime não for o da comunhão ou o legal que sendo conhecido, será declarado expressamente.

²³⁷ Art. 1.657. As convenções antenupciais não terão efeito perante terceiros senão depois de registradas, em livro especial, pelo oficial do Registro de Imóveis do domicílio dos cônjuges.

²³⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: família**. 17. Ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 386.

²³⁹ GOZZO, Débora. **Pacto Antenupcial**. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 100-101.

4 O CONTEÚDO E AS SITUAÇÕES JURÍDICAS ENVOLVENDO O PACTO ANTENUPCIAL

O presente capítulo versa sobre o conteúdo do pacto antenupcial, no que tange à função deste instrumento para regular o estatuto patrimonial do casamento, bem como a possibilidade da extensão de seu objeto, admitindo-se disposições patrimoniais que não estejam diretamente relacionadas ao regramento adotado pelo casal. Serão expostas as polêmicas doutrinárias acerca de o pacto antenupcial conter estipulações de cunho existencial, regulando a esfera de vida íntima dos consortes. Por fim, são abordadas situações jurídicas que envolvem a dificuldade de delimitação do conteúdo pactício, em virtude da autonomia privada conferida aos consortes para que utilizem o instrumento para realização patrimonial e pessoal no matrimônio.

4.1 O CONTEÚDO DO PACTO ANTENUPCIAL E SEUS LIMITES

O negócio jurídico pactício tem como elementos essenciais os agentes, a forma, a manifestação de vontade e o objeto. Este último diz respeito aos bens que compõem ou deixam de compor determinado regime de bens a ser eleito pelo casal, de modo que o requisito básico para a concepção do pacto reside no interesse dos nubentes em regular seu patrimônio de forma diversa à prevista em lei. Para ser válido, o objeto deverá ser lícito – em conformidade com a lei e os bons costumes –, possível e determinável.²⁴⁰

A autonomia privada confere poder aos particulares permitindo que criem normas jurídicas que regerão seus atos. Tal princípio se revela importante na disciplina do pacto antenupcial, pois, ao mesmo tempo em que se garante aos nubentes a liberdade de convenção das regras patrimoniais a vigorar no casamento, impõe-se limites a essa autonomia. Desse modo, os pactos não poderão conter o que simplesmente decidirem os outorgantes, tendo em vista que o instrumento deve respeitar os limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico.²⁴¹

²⁴⁰ GOZZO, Débora. **Pacto Antenupcial**. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 58-62.

²⁴¹ CARDOSO, Fabiana Domingues. **Pacto antenupcial no Brasil: formalidades e conteúdo**. 2009. 305 f. Dissertação (Mestrado em direito das relações sociais, subárea direito civil) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

O art. 1.639, caput, do Código Civil permite aos contraentes estipular no pacto antenupcial, a respeito de seus bens, tudo quanto lhes aprouver. Contudo, essa liberdade não é absoluta, cumprindo-se dentro dos limites da lei²⁴². Um dos principais limites encontra-se na regra contida no art. 1.655 do mesmo diploma, comando legal que limita a autonomia privada ao estabelecer ser “nula a convenção ou cláusula dela que contravenha disposição absoluta de lei”, esta entendida como norma de ordem pública²⁴³.

Consoante Francisco Cláudio de Almeida Santos, além da disposição absoluta de lei, há outras restrições legais à autonomia privada, que são muito mais exemplificativas do que enumerativas, extraídas dos grandes princípios que regem o direito em geral e o direito de família em particular.²⁴⁴

O citado autor leciona acerca dessas limitações à autonomia privada, consubstanciadas, além da ordem pública, nos bons costumes, na função social tanto da propriedade como dos contratos, na boa-fé e em outros princípios particulares do direito de família²⁴⁵, conceituando tais limites:

Compreenda-se a ordem pública como a parte do sistema jurídico que disciplina e protege os interesses básicos da sociedade e do Estado, de qualquer natureza. Os bons costumes, entenda-se, como um conjunto de princípios morais reconhecidos pelo povo e revelados na conduta das pessoas, cuja violação causa repugnância e revolta aos sentimentos de cada um. A função social significa que o exercício dos direitos, tais como os pertinentes à propriedade e as relações jurídicas, devem contemplar interesses dignos de tutela [...]²⁴⁶

A boa-fé objetiva é entendida como um *standard* de conduta, devendo o pacto antenupcial, pela sua posição de contrato solene, ser regido por tal princípio, que guarda relação íntima com os princípios da confiança e da segurança. Diz respeito à ética, à probidade, à honestidade e a lealdade que devem nortear as condutas dos

²⁴² MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Curso de direito civil: direito de família. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 263.

²⁴³ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. v.5. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. [livro digital]

²⁴⁴ SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. O pacto antenupcial e a autonomia privada. In: BASTOS, Eliane Ferreira; SOUSA, Asiel Henrique de. **Família e Jurisdição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 207.

²⁴⁵ SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. O pacto antenupcial e a autonomia privada. In: BASTOS, Eliane Ferreira; SOUSA, Asiel Henrique de. **Família e Jurisdição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 206.

²⁴⁶ SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. O pacto antenupcial e a autonomia privada. In: BASTOS, Eliane Ferreira; SOUSA, Asiel Henrique de. **Família e Jurisdição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 206.

consortes, abrangendo as tratativas, as negociações relativas ao nascimento e o momento da execução do contrato, consoante enuncia o art. 433 do Código Civil.²⁴⁷

Outrossim, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, inerente ao Direito de Família, atua como limitador ao exercício da autonomia privada nas disposições antenupciais. Da mesma forma, a plena comunhão de vida deve ser prestigiada e mantida pelos consortes independente das cláusulas que estabeleçam no pacto. Daí decorre o entendimento de alguns autores de que certas cláusulas não correspondem e até mesmo ferem esse pressuposto da vida em comum inaugurada pelo casamento.²⁴⁸

Nesse sentido, Francisco Cláudio de Almeida Santos aponta que:

[...] Se verá serem inconciliáveis com a *comunhão plena de vida*, em pactos antenupciais, no direito brasileiro, as cláusulas indenizatórias por tempo de duração do casamento ou outras vantagens financeiras por serviços, de qualquer natureza, prestados por um cônjuge ao outro, condutas aviltantes, desonrosas ou criminosas, impostas a um dos cônjuges, obrigação de trabalho incompatível com a qualificação pessoal do cônjuge ou a desigual e injusta atribuição de despesas da família a um dos cônjuges.²⁴⁹

Da mesma forma, deve-se ter como não escritas quaisquer cláusulas que impliquem em renúncia a alimentos e direitos como o usufruto legal dos bens dos filhos e ao direito real de habitação do cônjuge.²⁵⁰

Conforme exemplifica Flavio Tartuce, por expressa violação aos preceitos estabelecidos em lei, será nula a cláusula que (i) estabeleça que o marido, nos regimes da comunhão universal ou parcial de bens, possa vender imóvel sem outorga conjugal, afastando o art. 1.647, I, do CC; (ii) determine a administração dos bens de forma exclusiva pelo marido, afastando a isonomia constitucional; (iii) estabeleça renúncia prévia aos alimentos, infringindo a regra do art. 1.707 do CC; (iv) regulamente previamente as regras referentes à guarda dos filhos, para o caso

²⁴⁷ ROCHA, Maria Vital da; SANTOS, Manuela Sales. **O regime matrimonial de separação convencional de bens: implicações no direito sucessório**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f0bf4a2da9525289>. Acesso em 19 jun. 2018. p. 15/16.

²⁴⁸ CARDOSO, Fabiana Domingues. **Pacto antenupcial no Brasil: formalidades e conteúdo**. 2009. 305 f. Dissertação (Mestrado em direito das relações sociais, subárea direito civil) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 138.

²⁴⁹ SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. O pacto antenupcial e a autonomia privada. In: BASTOS, Eliane Ferreira; SOUSA, Asiel Henrique de. **Família e Jurisdição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 209.

²⁵⁰ SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. O pacto antenupcial e a autonomia privada. In: BASTOS, Eliane Ferreira; SOUSA, Asiel Henrique de. **Família e Jurisdição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 207.

de divórcio do casal; (v) afaste o regime da separação obrigatória de bens nas hipóteses descritas pelo art. 1.641 do CC; (vi) estabeleça regras sucessórias, criando um regime de “separação total de bens, com efeitos sucessórios”; (vii) exclua expressamente o direito sucessório do cônjuge sobrevivente, afastando as regras da sucessão legítima.²⁵¹

Se a escritura for nula, não se admitirá ratificação, sujeitando-se o casamento ao regime legal da comunhão parcial. Contudo, pode ser válido o pacto e inválida alguma de suas disposições que afetam normas de ordem pública, ou prejudicam direitos conjugais ou do pátrio poder, nesse caso, a declaração de nulidade de tal cláusula não pode prejudicar o restante do ato, em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, que visa à manutenção da autonomia privada.²⁵²

Para Gustavo Tepedino, as anotações tecidas pela doutrina trazem apenas uma limitação genérica à autonomia privada, vedando a contrariedade às disposições legais, sendo insuficientes para solucionar os problemas decorrentes da discussão acerca das questões passíveis de regulação no pacto antenupcial.²⁵³

Consoante será exposto nos tópicos que seguem, no tocante ao conteúdo, verificar-se-á que há consenso doutrinário acerca das disposições acerca dos regimes de bens. Contudo, o mesmo não ocorre em relação às disposições referentes à natureza pessoal ou pecuniária não relacionada ao regime de bens.²⁵⁴

4.1.1 Do conteúdo patrimonial

A doutrina majoritária tende a interpretação legal restrita de que o pacto pode apresentar apenas conteúdo patrimonial, conforme os artigos 1.639 e 1.640, parágrafo único, do Código Civil. Dentre esses autores, há aqueles que entendem que o pacto deve ser utilizado apenas como instrumento para escolha de regime de bens diverso ao legal, e aqueles que lhe alcançam a função de fixar questões para além do regime de bens, mas ainda envolvendo direitos patrimoniais dos consortes.

²⁵¹ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. v.5. 12. Ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. [livro digital]

²⁵² VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: família**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 385.

²⁵³ TEPEDINO, Gustavo. **Controvérsias sobre Regime de Bens no Novo Código Civil**. Disponível em: [HTTP://ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/186.pdf](http://ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/186.pdf). Acesso em 07 jun. 2018.

²⁵⁴ FERREIRA, Ana Luiza A. **Pacto Antenupcial**. REVISTA IOB de Direito de Família. v. 9, n. 45. Jan. 2008. P. 7-16. p. 15.

Francisco Cláudio de Almeida Santos assevera que:

A lei é clara ao dispor ser lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, *quanto aos seus bens*, o que lhes aprover. O que consta na lei é limitado aos bens dos nubentes. Portanto, o objeto do pacto antenupcial é representado por disposições sobre os bens dos nubentes, devendo centrar-se nos bens de qualquer natureza, presentes e futuros, compreendidos todos haveres, nos seus aspectos ativo e passivo.²⁵⁵

Já Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald defendem que o pacto contenha, “além de acordo de gestão patrimonial, outras cláusulas de cunho econômico, regulamentando a circulação de riquezas entre o casal e deles em face de terceiros”.²⁵⁶

Quanto à estipulação de tais cláusulas, Paulo Hermano Soares Ribeiro e Edson Pires da Fonseca apontam que são encontradas também convenções dispendo acerca da administração dos bens comuns e particulares do casal. Não obstante, o pacto pode conter disposições patrimoniais diversas como a doação com cláusula de incomunicabilidade feita por um cônjuge ao outro, ou sem conteúdo patrimonial, como o reconhecimento de filhos.²⁵⁷

No grupo que entende possível a inserção, no pacto, de cláusulas patrimoniais que extrapolem o regime de bens, ainda há aqueles que se adiantam e defendem a impossibilidade de estipulações extrapatrimoniais, o que sustenta a manutenção do controle estatal nos regimentos familiares.

Débora Vanessa Caús Brandão afirma que, se fosse intenção do legislador que o conteúdo do pacto fosse também extrapatrimonial, não teria inserido capítulo próprio dentro do título “Direito Patrimonial”.²⁵⁸

Na visão de Silvio de Salvo Venosa, a finalidade do pacto é exclusivamente regular o regime patrimonial dos cônjuges no casamento a realizar-se, cabendo ao cartório encarregado da sua lavratura orientar os nubentes e recusar-se a inserir disposições nulas. A nulidade alcança qualquer disposição que prejudique os

²⁵⁵ SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. O pacto antenupcial e a autonomia privada. In: BASTOS, Eliane Ferreira; SOUSA, Asiel Henrique de. **Família e Jurisdição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 202.

²⁵⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Disposições gerais dos regimes de bens e pacto antenupcial. In: ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinellato e (org). **Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao Professor Álvaro Villaça Azevedo**. São Paulo : Atlas, 2010. P. 183-199. p .189

²⁵⁷ RIBEIRO, Paulo Hermano Soares; FONSECA, Edson Pires da. **Casamento e divórcio na perspectiva civil constitucional**. Leme: J. H. Mizuno, 2012. p. 99-100

²⁵⁸ BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. **Regime de bens no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 189.

direitos ou deveres conjugais ou paternos. Assim, não se admitem outras disposições estranhas a essa finalidade, como, por exemplo, pactos sucessórios entre os cônjuges, que devem ser objeto do testamento individual dos consortes²⁵⁹, além disso:

[...] Será nula, por exemplo, a cláusula que determine que caberá a apenas um dos cônjuges a educação dos filhos; que imponha que os nubentes ou um deles abracem determinado credo, religião, partido político ou profissão, por exemplo. Na verdade, não se pode admitir no pacto qualquer disposição que contrarie ou infrinja direitos fundamentais ou da personalidade.²⁶⁰

No mesmo sentido é a doutrina de Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares da Silva, ao afirmarem que “devem os nubentes ater-se, tão somente, às relações econômicas, não podendo ser objeto de qualquer estipulação os direitos conjugais, paternos e maternos”²⁶¹. Para os autores, os nubentes não podem interferir na estrutura da organização familiar dada pelo direito, de modo que não podem dispor acerca das normas pessoais referentes aos cônjuges e aos filhos. Trata-se de restrição à liberdade das partes consubstanciada nas normas de ordem pública, que não podem ser contornadas.²⁶²

Dentre os defensores de estipulações estritamente patrimoniais no pacto também se encontra Maria Helena Diniz, ao afirmar que:

O pacto antenupcial deve conter tão somente estipulações atinentes às relações econômicas dos cônjuges. Considerar-se-ão nulas as cláusulas nele contidas que contravenham disposição legal absoluta, prejudiciais aos direitos conjugais, paternos, maternos etc. (CC, art. 1.655). Igualmente não se admitem cláusulas que ofendam os bons costumes e a ordem pública.²⁶³

Em suma, o pacto antenupcial viabiliza a composição patrimonial adequada à realidade e interesses dos cônjuges. Pode trazer conteúdo simples, constando apenas o regime-tipo escolhido, o qual será integralmente aplicado. Como a lei não impôs a contenção da escolha apenas a um dos tipos previstos, os nubentes também podem fundir os regimes-tipo existentes na lei civil, formando um regime

²⁵⁹ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: família**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 385.

²⁶⁰ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: família**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 385.

²⁶¹ MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de direito civil: direito de família**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 263.

²⁶² MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de direito civil: direito de família**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 263-264.

²⁶³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família**. v.5. 29. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 176.

híbrido que contenha elementos ou partes de cada um; podem modificar ou repelir normas dispositivas de determinado tipo escolhido, restringindo ou ampliando seus efeitos; podem até criar um regramento totalmente novo, não previsto na lei, desde que não constitua expropriação disfarçada de bens por um contra outro, ameaça a crédito de terceiro, fraude à lei ou contrariedade aos bons costumes.²⁶⁴

Ademais, o direito à autorregulamentação permite adotar um regime e, com referência a determinados bens, adotar outro, por exemplo, dispondo de um modo em relação aos bens particulares e de outro em relação aos adquiridos durante o casamento²⁶⁵. É o que ocorre no caso das partes estipularem o regime da comunhão universal apenas ao patrimônio futuro, de modo que os bens recebidos por herança ou doação após as núpcias se comunicam, mas os bens adquiridos anteriormente ao matrimônio permanecem incomunicáveis²⁶⁶.

Pode-se estabelecer a incomunicabilidade de certos e determinados bens, prevalecendo a presunção legal de comunhão quanto aos demais²⁶⁷. Tal situação se verifica na hipótese dos nubentes adotarem o regime supletivo da comunhão parcial de bens, mas pretenderem estipular como se dará o pagamento de móvel ou imóvel que tenha sido adquirido exclusivamente por um dos cônjuges antes do casamento. É o caso de pagamento diferido no tempo, iniciando antes do casamento e prolongando-se durante a união. Nesse caso, é necessário definir se a partir do casamento as parcelas continuarão a ser pagas pelo adquirente, sendo o bem particular seu, ou se serão suportadas por ambos os cônjuges, passando o bem a ser comum aos dois, e sobre que proporção isso se daria²⁶⁸.

Conclui-se que tanto a comunicabilidade, quanto as exceções legais indesejadas, previstas nos regimes-tipo do Código Civil, podem ser contornadas pelo pacto²⁶⁹. Naquele que adotar o regime da participação final dos aquestos, por exemplo, pode ser convencionada a livre disposição dos bens imóveis, desde que

²⁶⁴ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 292.

²⁶⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. [livro digital]

²⁶⁶ CAHALI, Francisco José. **Contrato de convivência na união estável**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 211.

²⁶⁷ CAHALI, Francisco José. **Contrato de convivência na união estável**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 211.

²⁶⁸ FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger. Pactos patrimoniais e atividade notarial. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares Da; CAMARGO NET, Theodureto de Almeida (coord.). **Grandes temas de direito de família e sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 205-238. p. 219.

²⁶⁹ CARDOSO, Fabiana Domingues. **Pacto antenupcial no Brasil: formalidades e conteúdo**. 2009. 305 f. Dissertação (Mestrado em direito das relações sociais, subárea direito civil) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. P. 59.

particulares, conforme preceitua o art. 1.656 do CC²⁷⁰, afastando-se, assim, a outorga conjugal para a prática destes atos, antes só excepcionada para o regime da separação absoluta.

Importante observar que a adoção da espécie de regime de bens a vigorar no casamento, além de conter os ajustes patrimoniais incidentes na constância da união e no momento da dissolução pela separação ou divórcio, interfere no direito sucessório do cônjuge supérstite, quando em concorrência deste com os descendentes do autor da herança.

Observam Pablo Gagliano e Pamplona Filho que, na hipótese de pacto que adotou o sistema misto de normas, o intérprete deverá observar qual regime se sobressai, identificando qual regime-tipo tem prevalência de normas no pacto²⁷¹. Desse modo, ainda que haja liberdade para estipulação de um regime que melhor se adapte à realidade dos nubentes, a expectativa de criação de um regime híbrido não se concretiza, pois sempre haverá um regime juridicamente preponderante no caso concreto.

Em que pese o entendimento de que o objeto do pacto é limitado a disposições sobre os bens, conforme consta na lei, Francisco Cláudio de Almeida Santos flexiona esses limites, dispondo ser possível a existência de negócios estranhos ao regime de bens, tais como a compra e venda de imóveis, a permuta de bens, a promessa de compra e venda e a cessão de direitos, sujeitos tais negócios ou não ao casamento. A validade desses negócios jurídicos estranhos ao pacto decorre do princípio da indivisibilidade ou separabilidade do pacto, sujeitando-se o objeto próprio do pacto ao direito de família e os demais ao direito das obrigações. Desse modo, o vício que contamine qualquer uma das partes estranhas não se alastra ao núcleo principal do instrumento do pacto antenupcial ou vice-versa.²⁷²

Exemplo de cláusula que extrapola os limites dos regimes de bens, mas ainda encontra amparo na seara patrimonial do matrimônio, é a que prevê as doações. Fabiana Domingues Cardoso afirma que é possível aos nubentes estipularem nas convenções pré-nupciais a sistemática e regras de doações entre eles na constância

²⁷⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. v.6. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. [livro digital]

²⁷¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil: volume único**. São Paulo: Saraiva, 2017. [livro digital]

²⁷² SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. O pacto antenupcial e a autonomia privada. In: BASTOS, Eliane Ferreira; SOUSA, Asiel Henrique de. **Família e Jurisdição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. P. 202-203.

do casamento, bem como aquelas havidas em favor do casamento, chamadas de *propter nuptias*.²⁷³

As doações *propter nuptias*²⁷⁴ poderão constar do instrumento do pacto, obedecendo-se as regras cabíveis às doações em geral previstas no Capítulo IV do Título VI, do Livro I, que trata do Direito das Obrigações. Nesse caso, configura-se a única hipótese em que se permite a participação de um terceiro na lavratura da escritura pública de pacto antenupcial, promovendo a doação aos noivos ou a apenas um destes²⁷⁵, ato de liberalidade que terá sua eficácia condicionada à ocorrência do casamento²⁷⁶.

No caso das doações entre os consortes, na constância do casamento, recíprocas ou não, podem constar regras no pacto, não dependendo do regime de bens a vigorar no casamento. Importante referir que se tratam de adiantamento da herança que cabe ao cônjuge, resguardando-se a legítima do herdeiro necessário. Em que tais doações não guardem relação com o regime de bens, se adotado o regime da comunhão universal de bens, o ato é inócuo, pois o regime impõe a comunicabilidade dos bens recebidos a título gratuito, o que frustraria a intenção de beneficiar o cônjuge com algum bem, já que ele passaria a pertencer também ao doador. Desse modo, para ser válida a doação, é necessária a imposição de cláusula de incomunicabilidade, consignando o doador que o bem doado ficará exclusivamente para o donatário, conforme art. 1.668, IV, do CC. Já na adoção do regime da separação obrigatória de bens, as doações burlariam a imposição legal do regime, pois representariam uma lacuna para promover a comunicabilidade dos bens.²⁷⁷

²⁷³ CARDOSO, Fabiana Domingues. **Pacto antenupcial no Brasil: formalidades e conteúdo**. 2009. 305 f. Dissertação (Mestrado em direito das relações sociais, subárea direito civil) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 174.

²⁷⁴ Código Civil: Art. 546. A doação feita em contemplação de casamento futuro com certa e determinada pessoa, quer pelos nubentes entre si, quer por terceiro a um deles, a ambos, ou aos filhos que, de futuro, houverem um do outro, não pode ser impugnada por falta de aceitação, e só ficará sem efeito se o casamento não se realizar.

²⁷⁵ CARDOSO, Fabiana Domingues. **Pacto antenupcial no Brasil: formalidades e conteúdo**. 2009. 305 f. Dissertação (Mestrado em direito das relações sociais, subárea direito civil) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 175.

²⁷⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. [livro digital]

²⁷⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. [livro digital]

4.1.2 Do conteúdo extrapatrimonial

Para Gustavo Tepedino, as relações contratuais no Direito de Família regulam as relações patrimoniais dos nubentes “em ambiente de intensa reverberação existencial, onde afloram as manifestações mais recônditas da personalidade, especialmente no que concerne à intimidade e privacidade de seus membros”²⁷⁸, as quais devem ser voltadas para a tutela da pessoa e o seu desenvolvimento, que representam o fim primordial das comunidades familiares.²⁷⁹

Por isso, em que pese o ordenamento jurídico brasileiro preveja conteúdo estritamente patrimonial para o pacto antenupcial, há um entendimento minoritário na doutrina de que não há vedação legal às disposições extrapatrimoniais de interesse do casal, o que gera polêmica a respeito deste instrumento poder ou não conter tais estipulações.

Debora Gozzo afirma ser precipuamente patrimonial o conteúdo do negócio jurídico. Contudo, no que diz respeito ao pacto antenupcial, assevera a autora que não é somente quanto aos bens que se vai clausular, existindo outras matérias que podem ter guarida neste negócio jurídico de direito de família.²⁸⁰

No mesmo sentido, posiciona-se Gustavo Tepedino, ao afirmar que o pacto transcende os contornos patrimoniais do contrato, “tornando-se negócio jurídico com feição híbrida, de natureza patrimonial e existencial”.²⁸¹ Assim, o objetivo dos nubentes firmarem pacto antenupcial é definir livremente suas relações patrimoniais e, muitas vezes, também os limites recíprocos que pretendem impor às relações existenciais, fixando aspectos que lhes pareçam relevantes para a vida em comum. Entende o autor que não há qualquer impedimento para que os nubentes estipulem encargos, inclusive, sobre questões domésticas. Contudo, reconhece que há dificuldades quanto à legitimidade e eficácia de algumas dessas avenças, de modo que ainda que não haja a possibilidade de executá-las na via judicial, serão válidas como acordo entre as partes.²⁸²

²⁷⁸ TEPEDINO, Gustavo. Contratos em Direito de Família. In.: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Tratado de Direito das Famílias**. 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. p.468.

²⁷⁹ TEPEDINO, Gustavo. Contratos em Direito de Família. In.: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Tratado de Direito das Famílias**. 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. p.468.

²⁸⁰ GOZZO, Débora. **Pacto Antenupcial**. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 34-35.

²⁸¹ TEPEDINO, Gustavo. Contratos em Direito de Família. In.: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Tratado de Direito das Famílias**. 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. P. 487-488.

²⁸² TEPEDINO, Gustavo. Contratos em Direito de Família. In.: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Tratado de Direito das Famílias**. 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. P. 487-488.

Maria Berenice Dias também faz parte da minoria dos juristas que veem no pacto instrumento para estipulação de convenções existenciais entre os nubentes, ao lecionar que o pacto não se destina, exclusivamente, à eleição de um regime de bens, de modo que nada impede aos noivos disciplinarem também questões de natureza não patrimonial.²⁸³

Caio Mário da Silva Pereira aponta que os nubentes podem estabelecer o que interessa ao seu regime de bens, bem como matérias outras pertinentes à sua vida conjugal²⁸⁴. No mesmo sentido, ensina Carlos Roberto Gonçalves, ressaltando que, se assim pretenderem, não podem violar disposição de lei imperativa ou proibitiva, como preceitua o art. 1.655 do Código Civil²⁸⁵.

Semelhante é o entendimento exarado por Paulo Nader, para quem, na falta de ordem proibitiva, não há razão para se desconsiderar a validade de outros atos negociais no bojo da escritura pública, desde que atendidos os requisitos legais específicos e não haja contrariedade à norma cogente.²⁸⁶

Fundado no princípio da autonomia da vontade, Paulo Roberto Gaiger Ferreira, Tabela, entende ser possível a ampliação do objeto do pacto antenupcial, que, em tese, restringir-se-ia à definição do regime de bens, para toda e qualquer disposição dos nubentes a respeito de sua vida afetiva e conjugal.²⁸⁷

Em que pese se pretenda criar espaço para a autonomia privada dos nubentes na fixação de cláusulas que estabeleçam regramento de sua vida espiritual, há considerável possibilidade de ser declarada a ilicitude e, conseqüentemente, a nulidade de tais cláusulas, criando-se embaraços na execução do pacto. Se não há nem consenso sobre o que pode ou não ser estipulado no pacto, também não há garantia de que o que se estipula previamente ao casamento poderá ser exigido ao fim da sociedade conjugal.

A definição quanto a validade dessas e outras cláusulas deve levar em consideração a função instrumental da família no desenvolvimento da pessoa

²⁸³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. [livro digital]

²⁸⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v.5. p. 220.

²⁸⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 463.

²⁸⁶ NADER, Paulo. **Curso de direito civil: direito de família**. v.5. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 457.

²⁸⁷ FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger. Pactos patrimoniais e atividade notarial. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares Da; CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida (coord.). **Grandes temas de direito de família e das sucessões**. São Paulo, Saraiva, 2011. p. 205-238. p. 219.

humana, de modo que, como aponta Gustavo Tepedino, “serão merecedoras de tutela as cláusulas que promovam a dignidade de cada integrante da família à luz dos princípios constitucionais da solidariedade e da igualdade”.²⁸⁸

Por outro lado, alerta o autor que a compatibilização da noção de ordem pública com o que chama de intransigente tutela da dignidade da pessoa humana não deve afastar o espaço da autonomia privada. Para tanto, é necessário afastar visões baseadas em padrões de moralidade pré-concebidos, que estipulam limites à liberdade dos nubentes em nome de uma ordem pública intangível. Deve-se garantir o princípio da liberdade e da não intervenção estatal, resguardando tais intervenções no campo das relações individuais às hipóteses em que a própria liberdade individual se encontra ameaçada.²⁸⁹

Desta feita, a fim de que os pactos cumpram sua função de promoção da igualdade e de afirmação de singularidades dos desejos e das diferenças individuais, a ordem pública, que baliza a legitimidade da autonomia privada e o merecimento de tutela dos negócios jurídicos realizados entre os nubentes, não pode ser baseada em escolhas subjetivas morais ou religiosas, devendo ser construída de modo a atender essa perspectiva funcional do pacto, voltada para a realização plena da dignidade humana e da liberdade individual.²⁹⁰

De acordo com o entendimento de que é possível aos nubentes, no exercício da autonomia privada, pactuarem sobre questões outras não relacionadas diretamente com o estatuto patrimonial do casamento, regulando situações de caráter existencial, têm-se alguns exemplos dessas possíveis cláusulas:

4.1.2.1 Do reconhecimento de filiação

Quanto à possibilidade de reconhecimento, no pacto antenupcial, de filho de outra relação, que não daquele casamento a que corresponde a convenção, não há divergência doutrinária. Inclusive autores que defendem o conteúdo estritamente patrimonial do pacto consideram válida tal estipulação.

²⁸⁸ TEPEDINO, Gustavo. Contratos em Direito de Família. In.: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Tratado de Direito das Famílias**. 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. p. 489.

²⁸⁹ TEPEDINO, Gustavo. Contratos em Direito de Família. In.: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Tratado de Direito das Famílias**. 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. p. 597-598.

²⁹⁰ TEPEDINO, Gustavo. Contratos em Direito de Família. In.: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Tratado de Direito das Famílias**. 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. p. 598.

A explicação está inserida no art. 1.609 do CC, que permite o reconhecimento de filiação por escritura pública, servindo como prova escrita. Sendo este também um dos requisitos de validade do pacto antenupcial, está o nubente devidamente habilitado para nele fazer constar tal estipulação.²⁹¹

O reconhecimento é tido como ato irrevogável. Por isso, mesmo que o pacto seja nulo, esta cláusula não será atingida. Interessante observar que o ato recebe tratamento diverso ao do pacto antenupcial, pois não se exige a celebração do casamento como requisito de sua eficácia, valendo inclusive se não sobrevier o matrimônio, e nem forma especial de sua publicização, tendo eficácia *erga omnes* assim que lavrada a escritura.²⁹²

Cabe ainda a ressalva quanto ao reconhecimento de filho maior de idade, caso em que será necessária a concordância deste, nos termos do art. 1.614 do CC. No caso de reconhecimento de filho criança ou adolescente, a lei lhe concede a prerrogativa de impugnar a paternidade reconhecida dentro dos quatro anos seguintes à maioridade ou emancipação.

4.1.2.2 Da indenização pelo descumprimento do dever de fidelidade

Tema que gera controvérsias doutrinárias é a possibilidade de um cônjuge exigir do outro indenização em razão do descumprimento do dever conjugal de fidelidade, estipulando, previamente ao casamento, a incidência de tal cláusula no pacto antenupcial. Em que pese seja obrigação pecuniária, o que levaria a crer ser estipulação referente à seara patrimonial do casamento, trata-se de possibilidade a ser estipulada no pacto antenupcial em decorrência de efeitos pessoais do casamento, de modo que se trata como estipulação de caráter existencial.

O assunto é delicado, pois adentra na esfera do dano moral no Direito de Família, especificamente nas relações horizontais, havidas entre os cônjuges. Importante ressaltar que a discussão em torno da responsabilidade civil aqui posta não apresenta relação com a questão da “culpa” para fins de separação e/ou divórcio, já que uma coisa é dissolver-se o vínculo conjugal para o qual não há que

²⁹¹ GOZZO, Débora. **Pacto Antenupcial**. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 68-69.

²⁹² GOZZO, Débora. **Pacto Antenupcial**. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 68-69.

se perquirir sobre culpa, outra é a responsabilidade civil, cujo elemento culpa é imprescindível²⁹³.

Para a construção do pensamento favorável à estipulação de tal cláusula, deve-se, inicialmente, entender como possível o trânsito de elementos estranhos no pacto antenupcial. Na sequência, tem-se que admitir a aplicação das regras gerais da responsabilidade civil no âmbito do direito de família. Por fim, é necessário admitir que o descumprimento de um dever matrimonial gera lesão capaz de dar azo à ação reparatória.²⁹⁴

Francisco Cláudio de Almeida Santos considera as estipulações indenizatórias inconciliáveis com a comunhão plena de vida.²⁹⁵

Já Gustavo Tepedino é um dos expoentes que defende a inexistência de impedimento legal para tais estipulações, ressaltando que se deve verificar o merecimento de tutela da avença no caso concreto “evitando-se evidentemente qualquer tipo de precificação da liberdade existencial ou a submissão dessa à remuneração pecuniária”.²⁹⁶

Zeno Veloso pondera que não vê motivo para afastar a questão da responsabilidade civil das relações familiares. Entende que se não fosse possível pedir indenização por quebra de deveres conjugais, a enumeração desses pelo legislador não passaria de um discurso vazio sem efeito ou conseqüência alguma. Todavia, não deixa de considerar o risco de monetarização das relações conjugais nos momentos de crise, que é muito tênue, alertando que:

Se a atitude de um cônjuge é, apenas, o reflexo do afrouxamento, ou, até, do fim do vínculo afetivo, sem que signifique um agravo moral, uma violação do direito de personalidade do outro cônjuge, não se pode falar de indenização. Porém, se a quebra do dever matrimonial equivale a ato ilícito e causou danos ao cônjuge inocente, a indenização é cabível, sim.²⁹⁷

²⁹³ ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. Os danos morais pelo descumprimento dos deveres pessoais no casamento. **Revista IOB de direito de família**, São Paulo, v.12, n.59, p. 119-144, abr./maio 2010, p. 128.

²⁹⁴ CARVALHO, Thomas Alexandre de. **Pacto antenupcial e cláusula penal**. Disponível em: http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2016/1/2016_01_0511_0543.pdf. Acesso em: 17 jun. 2018. p. 536.

²⁹⁵ SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. O pacto antenupcial e a autonomia privada. In: BASTOS, Eliane Ferreira; SOUSA, Asiel Henrique de. **Família e Jurisdição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 209.

²⁹⁶ TEPEDINO, Gustavo. Contratos em Direito de Família. In.: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Tratado de Direito das Famílias**. 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. p. 489.

²⁹⁷ VELOSO, ZENO. Deveres dos cônjuges: responsabilidade civil. In: ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinellato e (org.). **Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 173-183. p.180-182.

Para Maria Berenice Dias, ainda que não haja expressa previsão sobre a possibilidade de indenização no âmbito do direito das famílias, a lei também não a proíbe. Ressalta a autora que há dispositivos do Código Civil como, por exemplo, os arts. 121 e 1.573, que apontam condutas a serem observadas pelos cônjuges, cujo descumprimento gera direito de indenização. Assim, entende que não há qualquer restrição a que seja pactuado o pagamento de indenização por um dos cônjuges a favor do outro, por exemplo, em caso de infidelidade.²⁹⁸

Flávio Tartuce aponta que são numerosos os casos da jurisprudência reconhecendo a reparação do dano moral na relação entre os cônjuges, todavia, as decisões são no sentido de não se confundir os danos morais com os meros aborrecimentos ou transtornos da vida diária, o que se aplica também nas relações do direito de família, de modo que a mera infidelidade, sem maiores repercussões, não pode gerar o dever de reparar danos ou prejuízos. Isto é, não há que se falar em danos morais pela simples conduta do infiel, devendo ser verificada a extensão do dano.²⁹⁹

Em algumas situações de maior gravidade, verifica-se a incidência das regras da responsabilidade civil, sendo possível a cumulação do pedido de divórcio com o de indenização por danos morais. Tem-se como exemplo a comprovação da traição, somada à descoberta da existência de uma filha extraconjugal, gerando graves repercussões sociais e desequilíbrio familiar. Grave situação envolve também a transmissão, entre os cônjuges, de doenças sexualmente transmissíveis (DST's) adquiridas pelo ato de infidelidade, o que pode comprometer a saúde do consorte ou mesmo de sua prole.³⁰⁰

Como visto, a preservação da dignidade humana é consagrada na Constituição Federal, e é exatamente no campo das relações familiares em que a necessidade de proteção dessa dignidade se acentua, já que a família é o centro da preservação da pessoa. Assim, conclui-se que, se observadas condutas desviantes de um dos cônjuges, como a violação dos deveres conjugais, que causam profundo

²⁹⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. [livro digital]

²⁹⁹ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. v5.12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. [livro digital]

³⁰⁰ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. v.5.12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. [livro digital]

mal-estar espiritual e angústia no seu parceiro, não há porque deixar de contemplá-lo com eventual indenização a título de danos morais.³⁰¹

Em suma, pelo entendimento doutrinário exposto, não há óbice para que os nubentes estipulem cláusula indenizatória pelo descumprimento do dever conjugal de fidelidade recíproca. Contudo, a exigência do dever de indenizar pela simples quebra do dever conjugal não tem sido aceita na jurisprudência, de modo que os nubentes encontrariam barreira ao pretender executá-la na via judicial. O mais adequado seria que tal avença fosse prevista para o caso de séria lesão na esfera pessoal do cônjuge inocente, causadora de dano concreto a sua dignidade.

4.1.2.3 Da derrogação de deveres conjugais

Outra questão trazida para análise é a instituição de cláusula em que os nubentes afastem os deveres conjugais consubstanciados no art. 1.566 do Código Civil, abordado no tópico dos efeitos pessoais decorrentes do casamento.

Débora Gozzo é categórica ao afirmar que os nubentes não podem pactuar em sentido contrário ao disposto no artigo, pois os deveres ali expressos, tratados por ela como poderes funcionais - por não envolverem interesses exclusivos do seu titular - têm o propósito de proteger a unidade familiar. Por certo, nesse ponto há limitação da autonomia privada dos nubentes.³⁰²

Assim também se posiciona Francisco Cláudio de Almeida Santos ao afirmar que

Efetivamente, não têm validade as cláusulas que, inadequadamente, admitam a infidelidade entre os cônjuges, dispensem a mutua assistência, inclusive a financeira, desobriguem a qualquer um dos cônjuges o sustento, guarda e educação dos filhos e releve o respeito e consideração mútuos, que são deveres conjugais previstos no art. 1.566.³⁰³

Na visão de Rolf Madaleno, os deveres conjugais são disposições de cunho ético e inderrogáveis. Isto é, são disposições cogentes do casamento e da união

³⁰¹ ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. Os danos morais pelo descumprimento dos deveres pessoais no casamento. **Revista IOB de direito de família**, São Paulo, v.12, n.59, p. 119-144, abr./maio 2010, p. 131.

³⁰² GOZZO, Débora. **Pacto Antenupcial**. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 81.

³⁰³ SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. O pacto antenupcial e a autonomia privada. In: BASTOS, Eliane Ferreira; SOUSA, Asiel Henrique de. **Família e Jurisdição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 206.

estável, que não podem ser dispensadas por vontade dos cônjuges, nem mesmo no contrato antenupcial.³⁰⁴

Trazendo uma visão menos rígida, Sebastião de Assis Neto, Marcelo de Jesus e Maria Isabel de Melo apontam que a corrente majoritária impede a dispensa dos deveres conjugais estabelecidos pela lei, todavia, reconhecem que há quem defenda, com fundamento na ampla liberdade de escolha e de planejamento familiar, garantidas pelo regramento constitucional, a possibilidade de estipulação de novas formas de convivência conjugal, com a exigência de mais ou menos deveres.³⁰⁵

Gustavo Tepedino pontua que não há dúvidas quanto à indisponibilidade dos deveres atinentes à solidariedade conjugal, como a mútua assistência, ou dos deveres decorrentes da autoridade parental, que são aqueles que alcançam a pessoa dos filhos. Contudo, no que diz respeito às formas de vida a dois, isto é, o que pertence à convivência particular dos nubentes, especialmente quanto aos deveres de fidelidade e coabitação, entende que o regramento deve ser analisado caso a caso, de modo que, constatando a inexistência de violação à dignidade da pessoa dos cônjuges e do princípio da isonomia, não parece haver óbice à derrogação desses deveres.³⁰⁶

Entendimento semelhante é o exarado por Maria Berenice Dias, ao afirmar que os direitos e deveres impostos aos cônjuges não têm eficácia vinculante, de modo que disposições que não os observem não configuram afronta à lei.³⁰⁷

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald defendem que não cabe a interferência do legislador nessa questão de foro íntimo, não se tratando de matéria controlável juridicamente³⁰⁸, o que corrobora o entendimento de que não há óbice para a estipulação pactícia que afaste tal dever.

A posição de Rodrigo da Cunha Pereira quanto ao dever de fidelidade já foi abordada, mas cabe lembrá-la. Ensina o autor que o Estado encontra na fidelidade

³⁰⁴ MADALENO, Rolf Hansen. **Curso de direito de família**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. [livro digital]

³⁰⁵ ASSIS NETO, Sebastião de; JESUS, Marcelo de; MELO, Maria Isabel de. **Manual de direito civil**. 6 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 1757.

³⁰⁶ TEPEDINO, Gustavo. Contratos em Direito de Família. In.: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Tratado de Direito das Famílias**. 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. p. 488.

³⁰⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. [livro digital]

³⁰⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 8. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016, p. 277.

uma forma de proteção às famílias, a qual está relacionada à concepção conservadora de entidade familiar. Assim, defende que a questão deve dizer respeito apenas ao casal, sendo objeto do pacto particular dos nubentes.³⁰⁹

Pablo Stolze Gagliano e Pamplona Filho, na mesma linha de pensamento, afirmam que a fidelidade não é um aspecto comportamental absoluto e inalterável pela vontade das partes, não cabendo a atuação estatal impor coercitivamente aos nubentes sua observância. As relações conjugais, assim como qualquer outra relação estabelecida na seara familiar, regem-se pela afetividade, de modo que as partes envolvidas é que devem estabelecer as regras de convivência que julguem aceitáveis ou não, desde que preservem a dignidade humana.³¹⁰

Paulo Lôbo tece severa crítica à estipulação de tais deveres, pois implica necessária interferência do Estado na comunhão de vida instituída pela família, o que vai de encontro à regra do art. 1.513 do Código Civil. Os únicos deveres que não violam a privacidade e a vida privada dos cônjuges, nem interferem em sua comunhão de vida, são os deveres de mútua assistência e o dever de sustento, guarda e educação dos filhos, pois são deveres que refletem interesse público relevante.³¹¹

O dever de fidelidade garantia a legitimidade dos filhos, fundada na ideia da consanguinidade e na família exclusivamente matrimonializada, o que perdeu consistência pelo princípio da igualdade absoluta entre os filhos, inaugurado pela Constituição Federal. Atualmente, a exigência da fidelidade “faz do casamento não uma comunhão de afetos e de interesses maiores de companheirismo e colaboração, mas um instrumento de repressão sexual e de represália de um contra o outro, quando o relacionamento chega ao fim”.³¹²

Conclui-se que, pelo princípio da autonomia privada e da não intervenção estatal, bem como pela observância dos preceitos da dignidade da pessoa humana, ressalvados os deveres que dizem com a solidariedade conjugal e autoridade parental, não há impedimento para que os nubentes, querendo, pactuem previamente ao casamento que a relação dar-se-á com a derrogação dos deveres

³⁰⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 113.

³¹⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: Direito de família – as famílias em perspectiva constitucional**. v.6. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 108.

³¹¹ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 119-120.

³¹² LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 120.

de coabitação e fidelidade, sob pena de implicar em absurda ingerência do Estado na esfera íntima do casal.

4.1.2.4 Da disposição sobre criação e religião dos filhos

O art. 1.655 limita a autonomia privada dos nubentes ao declarar nula cláusula que contravenha disposição absoluta de lei. Assim, ao se discutir se os nubentes podem pactuar sobre determinado assunto, deve-se observar se há restrição legal à estipulação pretendida. E não é somente a norma de ordem pública que representa barreira à autonomia, mas também, como visto, os bons costumes.

Questiona-se então, no campo das cláusulas existenciais, a possibilidade de disposição sobre a forma de criação e a religião dos filhos. Tendo em vista que não há no ordenamento jurídico brasileiro norma que proíba esta cláusula, assim como ela também não é contra os bons costumes, Débora Gozzo entende que não há óbice para que o casal determine que os filhos sejam educados sob o ditame da religião paterna ou materna.³¹³ De igual modo permite-se que o casal estabeleça previamente questões relativas à criação dos filhos.

4.2 SITUAÇÕES JURÍDICAS RELEVANTES ENVOLVENDO O PACTO ANTENUPCIAL

Cabe a análise de algumas situações jurídicas que se mostram relevantes no estudo do pacto antenupcial, voltadas à reflexão acerca dos limites e efeitos da autonomia privada dos nubentes.

4.2.1 Da possibilidade de afastar a incidência da Súmula 377 do STF via pacto antenupcial

Além da discussão acerca da incidência ou não da Súmula nº 377 do STF no ordenamento jurídico brasileiro, há outro debate que a envolve, a respeito da possibilidade de afastar a sua aplicação por pacto antenupcial celebrado na hipótese de um ou ambos os nubentes serem maiores de 70 anos.

³¹³ GOZZO, Débora. **Pacto Antenupcial**. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 81-82.

Questiona-se, inicialmente, se cabe aos nubentes maiores de 70 anos a utilização do instrumento. O que se infere é que o art. 1.641, II, do CC, apenas impõe o regime da separação total de bens como obrigatório, não impedindo que os consortes lavrem a escritura pública de pacto antenupcial.³¹⁴

Superado esse ponto, cabe analisar se, celebrado o pacto nessa hipótese, será considerado nulo por infração à norma cogente. A premissa da negativa de realização do pacto é a de que, impondo a separação obrigatória, a lei retirou a faculdade de escolha do regime de bens, de modo que não caberia aos nubentes o exercício de sua autonomia com base no que dispõe o art. 1.639 do CC.

Todavia, a justificativa de obrigatoriedade do regime é a de proteção daquele que se casa com mais de 70 anos. Se a incidência da Súmula acaba por desvirtuar o regime de separação inicialmente proposto, ao gerar uma comunhão dos aquestos, por que não permitir aos nubentes que estabeleçam a efetiva separação total de bens com o afastamento da citada Súmula?³¹⁵

Nesse sentido, Zeno Veloso sustenta ser possível a exclusão da aplicação da Súmula por meio do pacto antenupcial, por não ser o seu conteúdo de ordem pública, mas sim de matéria afeita à disponibilidade de direitos.³¹⁶ No mesmo sentido, posiciona-se Flavio Tartuce, ao responder parecer, juntamente a outros civilistas, conforme suscitado por Zeno Veloso. O autor aponta que a Súmula “traz como conteúdo matéria de ordem privada, totalmente disponível e afastada por convenção das partes não só no casamento, como na união estável”.³¹⁷

Por óbvio que se o pacto pretende gerar comunhão quando a lei expressamente impõe o regime da separação obrigatória, ele será nulo. Se, contudo, estabelecer a separação total de bens, de modo mais radical que a obrigatória, deve-se conceder validade ao instrumento por vislumbrar sua finalidade de proteger o patrimônio do nubente que conta com mais de 70 anos. Não se trata de estipular uma separação convencional de bens, mas sim de manter o regime da

³¹⁴ CARDOSO, Fabiana Domingues. **Pacto antenupcial no Brasil: formalidades e conteúdo**. 2009. 305 f. Dissertação (Mestrado em direito das relações sociais, subárea direito civil) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 128-129.

³¹⁵ SIMÃO, José Fernando. **Separção obrigatória com pacto antenupcial? Sim, é possível**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-11/processo-familiar-separacao-obrigatoria-pacto-antenupcial-sim-possivel>. Acesso em: 15 jun. 2018.

³¹⁶ VELOSO, Zeno. **Casal quer afastar a Súmula 377**. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/333986024/casal-quer-afastar-a-sumula-377-artigo-de-zeno-veloso>. Acesso em: 13 jun. 2018.

³¹⁷ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. v.5. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. [livro digital]

separação legal, com pacto antenupcial que afaste a incidência da citada Súmula. Por isso, também não há que se falar que as partes estariam pactuando quanto à ordem de vocação hereditária, já que o cônjuge supérstite se manterá excluído da sucessão quando concorrer com os descendentes do *de cujus*.³¹⁸

Tendo em vista a controvérsia doutrinária e jurisprudencial quanto ao tema, o Provimento nº 8 de 2016 da Corregedoria Geral de Justiça de Pernambuco solucionou a questão, concluindo que

Art. 664-A. No regime de separação legal ou obrigatória de bens, na hipótese do artigo 1.641, inciso II, do Código Civil, deverá o oficial do registro civil cientificar os nubentes da possibilidade de afastamento da incidência da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, por meio de pacto antenupcial.

Parágrafo Único. O oficial do registro esclarecerá sobre os exatos limites dos efeitos do regime de separação obrigatória de bens, onde comunicam-se os bens adquiridos onerosamente na constância do casamento.³¹⁹

Em sentido semelhante é a decisão da Corregedoria-Geral de Justiça de São Paulo, de dezembro de 2017:

REGISTRO CIVIL DE PESSOAS NATURAIS – CASAMENTO – PACTO ANTENUPCIAL – SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA – ESTIPULAÇÃO DE AFASTAMENTO DA SÚMULA 377 DO STF – POSSIBILIDADE.

Nas hipóteses em que se impõe o regime de separação obrigatória de bens (art. 1641 do CC), é dado aos nubentes, por pacto antenupcial, prever a incomunicabilidade absoluta dos aquestos, afastando a incidência da súmula 377 do Excelso Pretório, desde que mantidas todas as demais regras do regime de separação obrigatória.³²⁰

Conclui-se que a imposição do regime de separação obrigatória de bens é matéria de ordem pública, não podendo ser afastada por pacto antenupcial, sob pena de contrariar disposição absoluta de lei. Todavia, por convenção, os nubentes podem ampliar os efeitos do referido regime, afastando a comunicabilidade dos bens

³¹⁸ SIMÃO, José Fernando. **Separação obrigatória com pacto antenupcial? Sim, é possível.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-11/processo-familiar-separacao-obrigatoria-pacto-antenupcial-sim-possivel>. Acesso em: 15 jun. 2018.

³¹⁹ **CORREGEDORIA GERAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO.** Provimento n. 08 de 2016.

Disponível em:

http://www.tjpe.jus.br/documents/29010/1246652/Provimento_08_2016_CGJ+DJe+01jun2016/f0cdc0c6-e055-4b7b-8700-74a391bb90d2. Acesso em: 27 jun. 2018.

³²⁰ **CORREGEDORIA GERAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.** Recurso Administrativo 1065469-74.2017.8.26.0100, parecer de Iberê de Castro Dias, juiz assessor da Corregedoria, aprovado por Manoel de Queiroz Pereira Calças, corregedor-geral da Justiça, 6 dezembro 2017, DJ em 23 jan. 2018.

adquiridos na constância do casamento, como forma de exercício da autonomia privada.³²¹

4.2.2 Do pacto antenupcial e a sucessão futura: a concorrência sucessória do cônjuge casado sob o regime da separação convencional de bens

No presente tópico, busca-se analisar a extensão dos efeitos causados pela predileção dos nubentes pelo regime da separação convencional de bens, decorrente do exercício da autonomia privada, na possibilidade de estipularem, via pacto antenupcial, um regime de bens que melhor compreenda as suas expectativas na esfera patrimonial.

O regime da separação convencional dos bens, eleito pelos nubentes via pacto antenupcial, resulta numa absoluta diáspora patrimonial, obstando a comunhão de todo e qualquer bem adquirido por cada cônjuge, antes ou depois do casamento, seja a título oneroso ou gratuito, de modo que os bens de cada cônjuge constituem acervos distintos, inexistindo qualquer ponto de intersecção de bens.³²²

É sabido que, ao disporem sobre o regime de bens que regerá o casamento, os nubentes não estão apenas disciplinando patrimonialmente suas relações durante a sociedade conjugal, mas também os efeitos sucessórios no caso da dissolução da sociedade conjugal pelo falecimento de um dos cônjuges, resultando em conseqüências na posição que o cônjuge supérstite ocupará na sucessão legítima do *de cuius*³²³.

A fonte de interpretação dos efeitos sucessórios produzidos pela adoção da separação legal de bens encontra-se no conteúdo do art. 1.829, I, do Código Civil, *in verbis*:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares.

³²¹ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. v.5.12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. [livro digital]

³²² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: sucessões**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017. p. 316.

³²³ AITA, Rodrigo. **A resposta do STJ à polêmica sucessão do cônjuge em concorrência com os filhos do falecido**. Disponível em: <http://ssa.com.br/wp-content/uploads/2016/04/a-sucessao-do-conjuge-em-concorrancia-com-os-filhos-do-falecido.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2018.

Consoante se vê, os casos que excluem o cônjuge da concorrência sucessória com os descendentes são exatamente os arrolados no artigo supracitado: se casado no regime da comunhão universal de bens, no regime da separação obrigatória ou se, no regime da comunhão parcial, o falecido não tiver deixado bens particulares.³²⁴

Destarte, o posicionamento majoritário da doutrina é de que o cônjuge sobrevivente concorrerá com os descendentes se houver casado sob os regimes da (i) participação final dos aquestos; (ii) comunhão parcial de bens, se o *de cujus* tiver deixado bens particulares; e (iii) separação convencional de bens.

Nesse sentido, o Enunciado 270 do Conselho da Justiça Federal:

O art. 1.829, inc. I, só assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrência com os descendentes do autor da herança quando casados no regime da separação convencional de bens ou, se casados nos regimes da comunhão parcial ou participação final nos aquestos, o falecido possuíse bens particulares, hipóteses em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes.

Nesse diapasão, haja vista que a separação convencional de bens não foi nitidamente objeto de exclusão da concorrência com os herdeiros, ao cônjuge que casou sob este regime assistiria o direito de concorrência, na condição de herdeiro do falecido.

Todavia, há um entendimento minoritário na doutrina de que a interpretação conferida ao artigo é incompatível com a eleição do regime da separação convencional de bens via pacto antenupcial, pois, se os cônjuges optaram pela incomunicabilidade dos bens adquiridos antes, durante e após a união conjugal, não desejariam que o cônjuge sobrevivente ocupasse a posição de herdeiro necessário em concorrência com os descendentes.

Para Paulo Lôbo, a interpretação dada a lei, no caso do falecimento de um dos cônjuges, postula a extinção do que seria o efeito essencial do regime de separação convencional adotado, qual seja, a incomunicabilidade, esvaziando de sentido lógico as finalidades do pacto e negando respeito à liberdade de escolha.

³²⁴ CAMPOS, Vitor Ferreira de; CAPALBO, André Luis. **O direito do cônjuge sobrevivente na sucessão hereditária com descendentes na condição de herdeiro dos bens do “de cujus” pelo regime da separação convencional de bens.** Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI263834,101048-O+direito+do+cônjuge+sobrevivente+na+sucessao+hereditaria+com>. Acesso em: 18 jun. 2018.

Fere, assim, o princípio constitucional da liberdade, que é expressão do macroprincípio da dignidade da pessoa humana, pois, para o autor, não há dignidade se a pessoa não pode organizar livremente seu projeto de vida privada e familiar.³²⁵

Compartilham da mesma posição Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, para quem a disposição do art. 1.829, I, parece retirar a eficácia prática do regime de separação adotado pelos nubentes, representando uma limitação à liberdade anteriormente concedida. Nas palavras dos autores, “ignora o legislador, por completo, o regime de bens eleito pelo casal, afrontando a autonomia privada, para contemplar o consorte sobrevivente com a herança do falecido, *retirando-a dos seus descendentes*”³²⁶. Concluem os autores ao expressarem seu posicionamento de que “as pessoas casadas no regime da separação convencional de bens não podem herdar, em concorrência com os descendentes, sob pena de afronta direta à autonomia privada e a todos os princípios garantidores da liberdade de autodeterminação”.³²⁷

Nesse sentido, o Supremo Tribunal de Justiça, em 2009, no julgamento do Recurso Especial nº 992.749/MS, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, com base na tese de Miguel Reale, negou o direito de concorrência hereditária do cônjuge casado sob o regime da separação convencional de bens, via pacto antenupcial, com os descendentes do autor da herança.³²⁸ O posicionamento adotado se dá no sentido de que o art. 1.829, I, do Código Civil, aplica-se tanto ao regime da separação legal, prevista no art. 1.641 da lei civil, quanto à separação convencional, de modo que os dois estariam contidos na expressão “separação obrigatória”, representando exceção ao direito sucessório do cônjuge.³²⁹

O relatório da Ministra aponta que a análise do art. 1.829, I, deve, necessariamente, ser contextualizada no sistema jurídico do Código Civil, mormente

³²⁵ LÔBO, Paulo. **Direito civil: sucessões**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. [livro digital]

³²⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: sucessões**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017. p. 317.

³²⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: sucessões**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017. p. 316.

³²⁸ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 992.749/MS. Recorrente: Gustavo Alves de Souza e outros. Recorrido: Paula Rosa de Souza. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 01 dez 2009, DJe 05 fev. 2010.

³²⁹ SOMBRA, Thiago Luís Santos. **O regime de separação convencional de bens e a sucessão hereditária na jurisprudência do STJ**. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/84k8hu2h/Y0fSJi30IP3A1n9j.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2018. p. 426.

na livre manifestação da vontade dos nubentes por meio da autonomia privada. Assim, deve-se respeitar o regime de bens estipulado pelo casal, mantendo a vontade exarada pelas partes intacta, inclusive na morte dos cônjuges.³³⁰

No final do ano de 2014, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), reformulada, reacendeu o debate, ao apreciar novamente no Recurso Especial n. 1.472.945/RJ, de relatoria do Ministro Villas Bôas Cueva, os deslindes da aplicação do controverso inciso I do art. 1.829 do Código Civil.³³¹

Um dos aspectos enfrentados pelo relator foi a fixação dos limites de conteúdo do pacto antenupcial, ou seja, “sob que circunstâncias a autonomia do casal, ao definir um regime de bens diverso da comunhão parcial, teria o condão de repercutir em período posterior ao término do casamento, por meio da morte”.³³² Assim, o Ministro Relator destacou que os efeitos do pacto antenupcial são restritos à vigência do casamento, regulando os aspectos da vida em comum, não podendo invadir o direito sucessório.

Todavia, há críticas em relação à tese utilizada para justificar a posição adotada no julgamento. O fundamento peca por ultimar uma rígida linha de separação que, a rigor, não se evidencia tão inflexível. O argumento em torno da independência e limitação temporal do pacto não isola os efeitos do regime patrimonial adotado após a morte de um dos cônjuges, pois são as opções oriundas do próprio pacto antenupcial que propiciam que a sucessão ocorra segundo uma determinada disciplina normativa ou outra. Exemplo é a condição de meeiro do cônjuge sobrevivente que impacta na sucessão de maneira a excluí-lo da partilha dos bens privados, como é o caso da comunhão universal de bens.³³³

O que se verifica é que há um sério problema de método, sistematicidade e perenidade da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. O único ponto de

³³⁰ AITA, Rodrigo. **A resposta do STJ à polêmica sucessão do cônjuge em concorrência com os filhos do falecido**. Disponível em <http://ssa.com.br/wp-content/uploads/2016/04/a-sucessao-do-conjuge-em-concorrenca-com-os-filhos-do-falecido.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2018.

³³¹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.472.945/RJ. Recorrente: Ariana Duarte Pereira. Recorrido: Solange Jacob Whehaibe. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 23 out. 2014, DJe 19 nov. 2014.

³³² SOMBRA, Thiago Luís Santos. **O regime de separação convencional de bens e a sucessão hereditária na jurisprudência do STJ**. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/84k8hu2h/Y0fSJi30IP3A1n9j.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2018. p. 421-422.

³³³ SOMBRA, Thiago Luís Santos. **O regime de separação convencional de bens e a sucessão hereditária na jurisprudência do STJ**. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/84k8hu2h/Y0fSJi30IP3A1n9j.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2018. P. 422-423.

consenso na doutrina e jurisprudência quanto ao tema é a péssima técnica legislativa utilizada na redação do inciso I do art. 1.829 do Código Civil, colocando a proteção do cônjuge em uma esfera de instabilidade.³³⁴

Em que pese a existência de controvérsias acerca do tema, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça restou pacificada, em meados do ano de 2015, por meio do julgamento do Recurso Especial nº 1.382.170/SP, de relatoria do Ministro João Otávio de Noronha, reconhecendo o direito sucessório do cônjuge supérstite casado no regime da separação convencional de bens.³³⁵

4.2.3 Da estipulação de cláusula arbitral no pacto antenupcial

Questão também divergente na doutrina é a possibilidade de estipulação de cláusula de arbitragem no pacto antenupcial. A discussão se opera em relação à viabilidade ou não das questões familiares serem decididas por meio da arbitragem.

Fredie Didier Jr. conceitua a arbitragem como a técnica de solução de conflitos, prevista no art. 3º da Lei n. 9.307/1996, em que as partes buscam solucionar de forma amigável e imparcial o litígio. Ao realizarem certo negócio jurídico, as partes inserem cláusula compromissória de arbitragem, convencendo que, sobrevindo conflito, este será resolvido pela arbitragem.³³⁶ Trata-se de opção que decorre da autonomia privada do indivíduo, conferida a pessoas capazes, titulares de direitos patrimoniais e disponíveis³³⁷.

Francisco José Cahali sustenta a adoção da arbitragem no direito de família, desde a matéria envolvida seja exclusivamente de natureza patrimonial disponível. Para tanto, entende ser possível a indicação de arbitragem no pacto antenupcial.³³⁸

³³⁴ SOMBRA, Thiago Luís Santos. **O regime de separação convencional de bens e a sucessão hereditária na jurisprudência do STJ**. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/84k8hu2h/Y0fSJi30IP3A1n9j.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2018. P. 421-422.

³³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.383.170/SP. Recorrente: Flávia Matarazzo. Recorrido: Silvia Maria Aranha Matarazzo. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Brasília, 22 abr. 2015, DJe 26 maio 2015.

³³⁶ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. v. 1. 18 ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016, p. 171.

³³⁷ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. v.1. 18 ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016, p. 175.

³³⁸ CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem: mediação, conciliação**, Resolução CNJ 125/2010 e respectiva Emenda n. 1 de 31 de janeiro de 2013. p. 370-373.

Entendimento semelhante é o de Carlos Alberto Carmona, para quem são arbitráveis as causas que tratem de matérias disponíveis, e desde que as partes possam livremente dispor acerca do bem sobre que controvertem³³⁹.

Em agosto de 2016, o Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CJF) promoveu a I Jornada sobre Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, sob a coordenação do ministro Luis Felipe Salomão, em que foram apresentadas propostas elaboradas pelo professor Paulo Nalin, acerca da inserção de cláusula compromissória de arbitragem em pacto antenupcial. Embora sequer tenham sido aprovadas pela comissão respectiva, levantaram a discussão quanto à viabilidade jurídica de aplicação da arbitragem para o Direito de Família.³⁴⁰

A primeira proposta foi de que “é lícito aos nubentes adicionar cláusula compromissória ao pacto antenupcial”. Já a segunda sugestão apresentada no evento previa que “os cônjuges e os conviventes podem se valer da arbitragem para solucionar conflitos de interesses de natureza patrimonial e disponível, no âmbito do Direito de Família”

Flávio Tartuce analisou as propostas, posicionando-se de maneira contrária à admissão desta cláusula, por três objeções principais. O autor considera que mesmo as relações relativas aos regimes de bens têm alguma faceta existencial, de modo que não são puramente patrimoniais, afastando a viabilidade jurídica da arbitragem. Ademais, entende que os conflitos familiares carregam um forte afeto negativo, o que faz com que os direitos se situem, como regra, em uma ordem de indisponibilidade, o que também afastaria a cláusula arbitral. Por fim, entende que o afeto pode estar preso ao patrimônio, o que torna difícil a cisão entre as pretensões existenciais e as patrimoniais.³⁴¹

³³⁹ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009. p. 39.

³⁴⁰ TARTUCE, Flávio. **Da extrajudicialização do Direito de Família e das sucessões – Parte II – Da arbitragem**. Disponível em:

<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI246320,81042-Da+extrajudicializacao+do+Direito+de+Familia+e+das+sucessoes+Parte+II>. Acesso em: 23 jun. 2018.

³⁴¹ TARTUCE, Flávio. **Da extrajudicialização do Direito de Família e das sucessões – Parte II – Da arbitragem**. Disponível em:

<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI246320,81042-Da+extrajudicializacao+do+Direito+de+Familia+e+das+sucessoes+Parte+II>. Acesso em: 23 jun. 2018.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se, na presente monografia, observar quais são os limites impostos à autonomia privada dos nubentes no que tange ao regramento patrimonial do casamento, em especial do pacto antenupcial. Para tanto, foi necessário antes fazer uma retomada dos princípios aplicáveis ao Direito de Família, os quais se encontram na Constituição Federal, de maneira expressa ou não, bem como nos ordenamentos infraconstitucionais, sendo peculiares a este campo do Direito. Tais princípios ganharam novos contornos a partir do fenômeno da Constitucionalização do Direito Civil. Com a inserção dos princípios no ordenamento jurídico pátrio, as demais disposições legais ficaram adstritas a sua observância, o que tem repercussão direta no campo nas relações jurídicas travadas entre os particulares.

Na análise de uma situação jurídica submetida ao crivo do poder judiciário, deve-se interpretar a lei à luz dos princípios jurídicos albergados pela Constituição Federal, em decorrência do fenômeno supracitado. Como muitos desses princípios dependem da mediação concretizadora do julgador, acabam por permitir a adaptação do direito à evolução dos valores da sociedade, servindo como base para, ao lado da lei, fixar os limites que imperam nas relações patrimoniais e espirituais havidas entre os cônjuges.

A interpretação conferida pela Constituição Federal ao princípio da proteção à dignidade da pessoa humana é de grande importância para as relações do Direito de Família, pois houve a sobrelevação desse princípio em relação a qualquer outro que não vise o reconhecimento, a proteção e a promoção do desenvolvimento da pessoa humana. Na seara familiarista, esse princípio significa a consideração e o respeito à autonomia e à liberdade do indivíduo.

Ao lado da dignidade da pessoa humana, o princípio da solidariedade também está albergado na Constituição Federal. Por meio desse princípio, há uma série de direitos e deveres fixados no plano interno das relações familiares, a serem devidamente respeitados pelos integrantes da família. Tal princípio é de grande valia para dirimir conflitos no campo familiarista, pois é necessário interpretar as normas jurídicas e buscar solucionar os conflitos familiares considerando às questões sentimentais que os permeiam.

A afetividade jurídica decorre da valorização constante da dignidade humana e da solidariedade. Por meio desse princípio, a valoração do indivíduo é sobrelevada

em relação aos interesses patrimoniais nas relações familiares. O patrimônio deixa de ser o centro das destinações jurídicas, restaurando-se a primazia da pessoa, por meio de um fenômeno denominado repersonalização.

A igualdade entre os cônjuges encontra asilo nos arts. 5º e 226, §5º, da Constituição Federal e, na esfera infraconstitucional, na previsão contida no art. 1.511 do Código Civil, que preleciona que “o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”. Com o reconhecimento da igualdade entre homem e mulher, há um equilíbrio na sociedade conjugal, no exercício de direitos e deveres de forma recíproca entre os cônjuges, não se admitindo mais tratamento diferenciado entre eles.

A discussão quanto à monogamia ser definida ou não como um princípio de nosso ordenamento jurídico ainda é latente, envolvendo a intervenção do Estado na seara familiar de forma a preservar a concepção da família tradicional. Relaciona-se à questão da fidelidade, que é um dever legal decorrente do casamento, sendo que, até o advento da Lei do Divórcio, seu descumprimento importava em separação judicial baseada na culpa.

Nesse sentido, tem-se o princípio da liberdade ou da não intervenção estatal, que tem como pretensão o estabelecimento de limites à intervenção do Estado nas relações familiares. O Código Civil Brasileiro consagra esse princípio na disposição contida no art. 1.513, pela qual “é defeso a qualquer pessoa do direito público ou direito privado interferir na comunhão de vida instituída pela família”.

Por meio desse princípio, garante-se que a intervenção estatal só deve ocorrer em casos excepcionais, para preservar a própria liberdade do indivíduo. Isto é, o Estado não deve ter ingerência no âmago familiar, pois se deve permitir o exercício da liberdade afetiva entre os membros da família, reservando espaço íntimo para que busquem a felicidade própria através da efetivação de seus anseios.

É na esteira dessa liberdade que o princípio da autonomia privada se configura, sendo importante referir que não deve ser confundido com a autonomia da vontade. Esta defende que a mera declaração de vontade seria suficiente para constituir negócios jurídicos, já aquela se liga a idéia de que não basta apenas a declaração de vontade, devendo-se avaliar se essa vontade foi expressa em conformidade com o ordenamento jurídico.

Trata-se, portanto, de um poder jurídico conferido aos particulares, pelo poder estatal, para que regulem suas relações, gerindo e administrando sua vida íntima

como bem lhes aprouver, estabelecendo relações que abarquem questões patrimoniais e existenciais. Todavia, não pode ser entendido como um poder absoluto, pois encontra limites no ordenamento jurídico, chamados de fronteiras da autonomia privada.

Observou-se que o casamento traz consigo uma série de efeitos, os quais se projetam nas esferas social, pessoal e patrimonial. A igualdade entre os cônjuges reflete diretamente nesses efeitos, estabelecendo uma comunhão plena de vida, consubstancia no art. 1.511 do Código Civil. Desse modo, os cônjuges se obrigam a cumprir os deveres de fidelidade recíproca, vida em comum, no domicílio conjugal, mútua assistência, guarda, sustento e educação dos filhos e respeito e consideração mútuos.

Ademais, a comunhão de vida implica em uma comunhão de interesses econômicos entre os consortes, que encontram regramento no estatuto patrimonial do casamento. Não há casamento sem projeção de efeitos patrimoniais, de modo que o Código Civil se ocupa a esclarecer a titularidade, a possibilidade de comunhão, a origem e o destino dos bens do casal. Esse conjunto de regras relacionadas com interesses patrimoniais ou econômicos tem assento no regime matrimonial de bens.

O Código Civil prevê quatro regimes-tipo de bens: comunhão parcial, comunhão universal, participação final nos aquestos e separação total. O princípio da autonomia privada confere liberdade aos nubentes para que estipulem, antes de celebrado o casamento, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver. Assim, por força do princípio da variedade do regime de bens, cabe aos nubentes escolher um dentre os regimes-tipo existentes ou fundi-los, mesclando as disposições contidas em diferentes regimes, criando um regime híbrido. Além disso, podem criar um regramento totalmente novo, não previsto na lei, desde que respeitem determinados limites.

A adoção do regime da comunhão parcial de bens é demasiada simples, bastando que os nubentes declarem sua vontade ao oficial do Registro Civil no momento da celebração do casamento. Já a opção por outro regime de bens ou qualquer estipulação que envolva a mescla desses regramentos, deve obrigatoriamente ser feita mediante escritura pública de pacto antenupcial.

Há consenso doutrinário quanto ao pacto antenupcial ser um negócio jurídico, todavia, há autores que entendem se tratar de um negócio jurídico de direito de

família, por envolver aspectos patrimoniais ligados diretamente à satisfação de um interesse familiar.

Inicialmente, os nubentes exercem sua vontade por regerem seu patrimônio de modo diverso ao regime supletivo imposto pela Lei, configurando o plano de existência do negócio jurídico pactício. Na sequência, efetivam essa vontade ao lavrarem escritura pública de pacto antenupcial, requisito para que o ato jurídico se torne válido. Diz-se que o pacto antenupcial fica sujeito à realização do casamento para que seja eficaz entre as partes. Nesse sentido, alguns autores apontam que o casamento atua como *condicio iuris*, já que essa condição se comporta de maneira diversa à prevista no Código Civil, pois sua eficácia deriva de imposição legal e os efeitos do pacto só irradiam ao mundo jurídico após as núpcias, não havendo que se falar em retroatividade.

Em que pese o ordenamento confira expressa autonomia aos cônjuges para que estipulem seu regime patrimonial, esta autonomia encontra diversos limites. Um deles está previsto na imposição do regime da separação de bens em determinadas situações, consoante prevê o art. 1.641 do Código Civil. Doutra banda, a Súmula n. 377 do Superior Tribunal de Justiça impõe a comunicação dos bens adquiridos na constância da união, aproximando o regime da separação ao da comunhão parcial de bens. Nesse caso, eventual pacto antenupcial que vise afastar a incidência da separação legal de bens será considerado nulo.

Outra limitação se encontra no princípio da mutabilidade controlada. Isto é, a lei permite que antes do casamento os nubentes exerçam sua autonomia para estipularem o que lhes aprouver quanto aos seus bens, mediante lavratura de escritura pública, que constitui ato notarial. Todavia, na constância da sociedade conjugal, caso queiram alterar o regime de bens, somente é possível fazê-lo mediante pedido judicial motivado de ambos os cônjuges, em que será apurada a procedência das razões invocadas. Há quem entenda pela desnecessidade desta motivação, já que isso representaria uma intervenção desnecessária do Estado nas questões familiares, o que feriria o princípio da não intervenção estatal.

Verifica-se também limitações quanto ao conteúdo clausular do pacto antenupcial. A autonomia privada confere poder aos particulares para que criem normas jurídicas, mas, ao mesmo tempo, impõe limites às estipulações contidas no instrumento, como a regra contida no art. 1.655 do Código Civil, que estabelece ser “nula a convenção ou cláusula dela que contravenha disposição absoluta de lei”,

esta entendida como norma de ordem pública. A autonomia privada encontra limites também nos bons costumes, na boa-fé objetiva, no princípio constitucional da dignidade humana e na plena comunhão de vida, assim como em outros princípios particulares do direito de família.

Tendo em vista o comando legal que permite aos nubentes estipularem, antes do casamento, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver, a doutrina majoritária tende a interpretação de que o pacto pode conter apenas conteúdo patrimonial. Dentre esses autores, há quem entenda que o pacto antenupcial só poderá ser utilizado para a definição do regime de bens a vigorar no casamento, e aqueles que alcançam ao pacto a função de fixar questões para além do regime de bens, mas ainda envolvendo direitos patrimoniais dos consortes.

Em que pese o ordenamento jurídico brasileiro preveja conteúdo estritamente patrimonial para o pacto antenupcial, há um entendimento minoritário na doutrina de que não há vedação legal às disposições extrapatrimoniais que sejam de interesse do casal, pois assim o instrumento serviria, de fato, para a efetivação dos reais anseios dos consortes na relação que se inicia com o casamento.

No sentido de que o instrumento pactício pode servir para estipulações de cunho existenciais, há quem defenda a possibilidade do pacto conter cláusula de reconhecimento de filiação, já que a lei permite o reconhecimento da filiação por escritura pública, requisito de validade do pacto antenupcial.

Ademais, há quem argumente a favor da criação de cláusula que preveja a indenização de um consorte ao outro no caso do descumprimento do dever de fidelidade. Todavia, a exigência do dever de indenizar pela simples quebra do dever conjugal de fidelidade não tem sido aceita na jurisprudência, cabendo apenas nos casos em que o ato de infidelidade cause profundo mal-estar e angústia ao cônjuge vitimizado.

Ainda na seara dos deveres matrimoniais do casamento, discute-se na doutrina também acerca da estipulação de cláusula que afaste à observância dos deveres conjugais. Há um certo consenso quanto à impossibilidade de derrogação dos deveres de mútua assistência e guarda, sustento e educação dos filhos. Contudo, no que diz respeito às formas de vida a dois, entendem alguns autores que não haveria óbice para a derrogação, por exemplo, dos deveres de coabitação e fidelidade, já que não cabe a interferência do legislador nessa questão de foro íntimo dos nubentes.

Além disso, permite-se que o casal convencie acerca da forma de educação e da religião da prole, já que não se trata de disposição contrária à lei e aos bons costumes.

A presente monografia pretendeu, ainda, tratar de situações jurídicas relevantes que envolvem o pacto antenupcial. Abordou-se a questão da possibilidade de afastar a incidência da Súmula n. 377 no regramento patrimonial dos nubentes maiores de setenta anos, por meio de cláusula no pacto antenupcial. Não seria caso de adotar outro regime de bens, já que a imposição do regime de separação obrigatória é matéria de ordem pública, sendo considerada nula pactuação nesse sentido. Trata-se de ampliação dos efeitos do regime da separação, afastando a comunicabilidade dos bens adquiridos na constância da união, como forma de exercício da autonomia privada dos nubentes.

Ademais, também foi objeto de análise os limites do pacto no que tange à sucessão do cônjuge supérstite casado sob o regime da separação convencional de bens, expondo-se as posições conflitantes quanto a sua qualidade de herdeiro necessário do *de cuius*, observando-se o que prevê o Código Civil no art. 1.829, I, bem como a sua exclusão da sucessão como forma de respeito à autonomia privada, decorrente da escolha feita em vida pelo consorte via pacto antenupcial, que não pretendia a comunicação de bens com o outro cônjuge.

Por fim, analisou-se a possibilidade de estipulação de cláusula arbitral no instrumento pactício, já que a lei prevê sua utilização para resolução de conflitos relativos a questões patrimoniais. Demonstrou-se que ainda não há posição clara nesse sentido.

Conclui-se que, em que pese o ordenamento jurídico confira autonomia aos nubentes para que criem negócios jurídicos capazes de reger as relações matrimoniais, há uma série de limitações ao exercício desse direito. O próprio estatuto patrimonial do casamento apresenta diversas incongruências, não sendo diferente em relação ao instrumento que serve como excelente forma de planejamento patrimonial. De fato, seria a tensão entre autonomia privada e proteção legal o melhor balizador para propiciar condições de superar as adversidades e crises familiares.

6 REFERÊNCIAS

- AITA, Rodrigo. **A resposta do STJ à polêmica sucessão do cônjuge em concorrência com os filhos do falecido**. Disponível em: <http://ssa.com.br/wp-content/uploads/2016/04/a-sucessao-do-conjuge-em-concorrencia-com-os-filhos-do-falecido.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2018.
- ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. Os danos morais pelo descumprimento dos deveres pessoais no casamento. **Revista IOB de direito de família**, São Paulo, v.12, n.59, p. 119-144, abr./maio 2010
- ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de família mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 92.
- ASSIS NETO, Sebastião de; JESUS, Marcelo de; MELO, Maria Isabel de. **Manual de direito civil**. 6 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017.
- BIAZI, João Pedro de Oliveira de. Pacto antenupcial: uma leitura à luz da teoria do negócio jurídico. **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**, Porto Alegre, v.2, n.8, p. 5-30, set./out. 2015.
- BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MOREIRA, José Alberto Marques. **Autonomia privada nas relações do direito de família**. In: SEMINÁRIO NACIONAL DE DIMENSÕES MATERIAIS E EFICACIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, I, 2011, Chapecó. [Anais...], Chapecó : Unoesc, 2011, p. 131-146.
- BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. **Regime de bens no novo código civil**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BRASIL, Lei n. 6515, de 26 de dezembro de 1977. **Planalto**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6515.htm. Acesso em: 22 jun. 2018.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.472.945/RJ. Recorrente: Ariana Duarte Pereira. Recorrido: Solange Jacob Whehaibe. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 23 out. 2014, DJe 19 nov. 2014.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 992.749/MS. Recorrente: Gustavo Alves de Souza e outros. Recorrido: Paula Rosa de Souza. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 01 dez 2009, DJe 05 fev. 2010.
- BRASIL. Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm. Acesso em: 26 dez. 2018.
- BRASIL. Projeto de Lei n. 470 de 2013. Senado. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115242>. Acesso em: 26 mai. 2018.

BRASIL. Projeto de Lei n. 470/2013. **Planalto**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115242>. Acesso em: 26 jun. 2018.

BRASIL. Projeto de Lei n. 69 de 2016. Senado. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=572322&disposition=inline>. Acesso em: 26 mai. 2018.

BRASIL. Projeto de Lei n. 69/2016. **Planalto**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=572322&disposition=inline>. Acesso em: 26 jun. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.383.170/SP. Recorrente: Flávia Matarazzo. Recorrido: Silvia Maria Aranha Matarazzo. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Brasília, 22 abr. 2015, DJe 26 maio 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 776.455/RS. Recorrente: D M R dos S e outro. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Raul Araújo. Brasília, 17 abr. 2012. DJe 26 abr. 2012.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Súmula 377. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=4022>. Acesso em: 27 jun. 2018.

CAHALI, Francisco José. **Contrato de convivência na união estável**. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Curso de arbitragem**: mediação, conciliação, Resolução CNJ 125/2010 e respectiva Emenda n. 1 de 31 de janeiro de 2013.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p. 12.

CAMPOS, Vitor Ferreira de; CAPALBO, André Luis. **O direito do cônjuge sobrevivente na sucessão hereditária com descendentes na condição de herdeiro dos bens do “de cujos” pelo regime da separação convencional de bens**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI263834,101048-O+direito+do+conjugue+sobrevivente+na+sucessao+hereditaria+com>. Acesso em: 18 jun. 2018.

CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade**: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 202.

CARDOSO, Fabiana Domingues. **Pacto antenupcial no Brasil**: formalidades e conteúdo. 2009. 305 f. Dissertação (Mestrado em direito das relações sociais, subárea direito civil) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.

CARVALHO, Thomas Alexandre de. **Pacto antenupcial e cláusula penal**.

Disponível em:

http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2016/1/2016_01_0511_0543.pdf. Acesso em: 17 jun. 2018. p. 536.

CORREGEDORIA GERAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO. Provimento n. 08 de 2016. Disponível em:

http://www.tjpe.jus.br/documents/29010/1246652/Provimento_08_2016_CGJ+DJe+01jun2016/f0cdc0c6-e055-4b7b-8700-74a391bb90d2. Acesso em: 27 jun. 2018.

CORREGEDORIA GERAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Recurso Administrativo 1065469-74.2017.8.26.0100, parecer de Iberê de Castro Dias, juiz assessor da Corregedoria, aprovado por Manoel de Queiroz Pereira Calças, corregedor-geral da Justiça, 6 dezembro 2017, DJ em 23 jan. .2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. [livro digital]

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. v. 1. 18 ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: direito de família. v.5. 29. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 176.

ESTROUGO, Mônica Guazzelli. O princípio da igualdade aplicado à família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coord.). **Direitos fundamentais do direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

FARACO, Luciane. Os Princípios Constitucionais do Direito de Família. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, v. 32, p. 227-242, nov 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: famílias. 8. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016.

_____. **Curso de direito civil**: sucessões. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017. p. 316.

_____. Disposições gerais dos regimes de bens e pacto antenupcial. In: ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinellato e (org). **Direito de família no novo milênio**: estudos em homenagem ao Professor Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo : Atlas, 2010. P. 183-199.

FERREIRA, Ana Luiza A. **Pacto Antenupcial**. REVISTA IOB de Direito de Família. v. 9, n. 45. Jan. 2008. P. 7-16.

FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger. Pactos patrimoniais e atividade notarial. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares Da; CAMARGO NET, Theodureto de Almeida (coord.). **Grandes temas de direito de família e sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 205-238.

FIUZA, César. **Direito Civil**: curso completo. 2 ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015. [livro digital]

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**: volume único. São Paulo: Saraiva, 2017. [livro digital]

_____. **Novo curso de direito civil**: Direito de família – as famílias em perspectiva constitucional. v.6. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Curso de direito civil brasileiro**: direito de família. v.6. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. [livro digital]

GOZZO, Débora. **Pacto Antenupcial**. São Paulo: Saraiva, 1992.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das Relações de Família. In: DEL'OMO, Florisbal de Souza (Org.); ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim. **Direito de família contemporâneo e novos direitos: estudos em homenagem ao Professor José Russo**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 99-114.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 119-120.

_____. **Direito civil**: sucessões. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. [livro digital]

_____. Princípio da solidariedade familiar. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3769, 16 out. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25364> Acesso em: 14 maio 2018.

MADALENO, Rolf Hansen. **Curso de direito de família**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. [livro digital]

_____. **Curso de direito de família**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 93.

MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. **A família e a questão patrimonial**: planejamento patrimonial, regime de bens, pacto antenupcial, contrato patrimonial na união estável. 1. ed. em e-book baseada na 3. ed. impressa. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MANERICK, Rosa Maria dos Santos. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e sua efetividade no direito de família. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 1, n. 1, 3º quadrimestre de 2006. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acesso: 09 abr. 2018.

MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana**: princípio constitucional fundamental. Curitiba: Juruá, 2003.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Curso de direito civil: direito de família. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 263.

MOREIRA, Cínthia Lopes. Apontamentos sobre o pacto antenupcial. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, v. 31, n. 65, p. 30-38, jul/dez.2008.

MOTTA, Carlos Dias. **Direito matrimonial e seus princípios jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 237.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**: direito de família. v.5. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

NERY, Rosa Maria de Andrade. **Manual de Direito Civil**: família .1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. [livro digital]

PADILHA, Elisângela; BERTONCINI, Carla. A constitucionalização do direito privado e a proteção dos direitos fundamentais nas novas estruturas familiares. **Direito Público**, Porto Alegre, v.13, n.74, p. 77-96, mar./abr. 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. v.5. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. **Instituições de direito civil**. v.5. 21. ed. rev. e atual. por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro : Forense, 2013.

_____. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

RIBEIRO, Paulo Hermano Soares; FONSECA, Edson Pires da. **Casamento e divórcio na perspectiva civil constitucional**. Leme: J. H. Mizuno, 2012.

ROCHA, Maria Vital da; SANTOS, Manuela Sales. **O regime matrimonial de separação convencional de bens: implicações no direito sucessório**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f0bf4a2da9525289>. Acesso em 19 jun. 2018.

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. Eficácia do regime de bens no casamento e na união estável. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, v. 34, n. 70, p. 417-448, jan./jun. 2011

SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. O pacto antenupcial e a autonomia privada. In: BASTOS, Eliane Ferreira; SOUSA, Asiel Henrique de. **Família e Jurisdição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 203.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. Autonomia da vontade e os regimes matrimoniais de bens. In: WELTER, Belmiro Pedro (Org.); Madaleno, Rolf Hanssen (Org.). **Direitos**

Fundamentais do Direito de Família. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. P. 211-221.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1998.** 7 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009.

SIMÃO, José Fernando. **Separação obrigatória com pacto antenupcial? Sim, é possível.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-11/processo-familiar-separacao-obrigatoria-pacto-antenupcial-sim-possivel>. Acesso em: 15 jun. 2018.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. **O regime de separação convencional de bens e a sucessão hereditária na jurisprudência do STJ.** Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/84k8hu2h/Y0fSJi30IP3A1n9j.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2018.

TARTUCE, Flávio. **Da extrajudicialização do Direito de Família e das sucessões – Parte II – Da arbitragem.** Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI246320,81042-Da+extrajudicializacao+do+Direito+de+Familia+e+das+sucessoes+Parte+II>. Acesso em: 23 jun. 2018.

_____. **Direito Civil: Direito de Família.** v.5. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. [livro digital]

_____. **Manual de Direito Civil:** volume único. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 1219.

_____. **Novos Princípios do Direito de Família brasileiro.** Disponível em: http://ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1036&revista_caderno=14. Acesso em: 14 maio 2018.

TEPEDINO, Gustavo. Contratos em Direito de Família. In.: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Tratado de Direito das Famílias.** 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016.

_____. **Controvérsias sobre Regime de Bens no Novo Código Civil.** Disponível em: HTTP://ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/186.pdf. Acesso em 07 jun. 2018.

THOMÉ, Liane Maria Buesnello. **Dignidade da Pessoa Humana e Mediação Familiar.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 28.

VELOSO, Zeno. **Casal quer afastar a Súmula 377.** Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/333986024/casal-quer-afastar-a-sumula-377-artigo-de-zeno-veloso>. Acesso em: 13 jun. 2018.

_____. Deveres dos cônjuges – responsabilidade civil. In: ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinellato e (org.). **Direito de família no novo milênio:** estudos em homenagem ao Professor Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2010. p. 173-182.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: família**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 373.

MOTTA, Carlos Dias. **Direito matrimonial e seus princípios jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 193.