



UNIVERSIDADE  
ESTADUAL DE LONDRINA

---

ADENIR THEODORO JUNIOR

**PACTO ANTENUPCIAL E SEUS LIMITES:  
(IM)POSSIBILIDADE DE INSTITUIÇÃO DE CLÁUSULA  
PENAL E PREFIXAÇÃO DE DANOS POR VIOLAÇÃO DE  
SUAS DISPOSIÇÕES**

ADENIR THEODORO JUNIOR

**PACTO ANTENUPCIAL E SEUS LIMITES:  
(IM)POSSIBILIDADE DE INSTITUIÇÃO DE CLÁUSULA  
PENAL E PREFIXAÇÃO DE DANOS POR VIOLAÇÃO DE  
SUAS DISPOSIÇÕES**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina - UEL, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre.

Orientador: Prof<sup>a</sup>. Dra. Daniela Braga Paiano

Londrina  
2022

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor, através do Programa de Geração Automática do Sistema de Bibliotecas da UEL

Theodoro Junior, Adenir .

Pacto antenupcial e seus limites: (im)possibilidade de instituição de cláusula penal e prefixação de danos por violação de suas disposições / Adenir Theodoro Junior. - Londrina, 2022.

164 f.

Orientador: Daniela Braga Paiano.

Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial, 2022.

Inclui bibliografia.

1. Casamento. Pacto Antenupcial. Limites. Cláusula Penal. Direito Negocial. - Tese. I. BRAGA PAIANO, DANIELA. II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. III. Título.

CDU 34

ADENIR THEODORO JUNIOR

**PACTO ANTENUPCIAL E SEUS LIMITES:  
(IM)POSSIBILIDADE DE INSTITUIÇÃO DE CLÁUSULA  
PENAL E PREFIXAÇÃO DE DANOS POR VIOLAÇÃO DE  
SUAS DISPOSIÇÕES**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina - UEL, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof<sup>a</sup> Dra. Orientadora Daniela Braga Paiano  
Universidade Estadual de Londrina - UEL

---

Prof<sup>a</sup> Dra. Rita de Cássia Resquetti Tarifa  
Espolador  
Universidade Estadual de Londrina - UEL

---

Prof. Dr. Gilberto Notário Ligerio  
Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo  
de Presidente Prudente

Londrina, 28 de julho de 2022

## AGRADECIMENTOS

Hoje, vivo uma realidade que parece um sonho, mas foi preciso muito esforço, determinação, paciência e perseverança para chegar até aqui, mesmo sabendo que ainda não cheguei ao fim da estrada, mas há ainda uma longa jornada pela frente.

Eu jamais chegaria até aqui sozinho. Minha terna gratidão a todos aqueles que colaboraram para que este sonho pudesse ser concretizado.

Grato a DEUS pelo dom da vida, pelo seu amor infinito, sem Ele nada sou.

Mesmo sem merecer, JESUS tem me presenteado todos os dias, este mestrado é um presente incrível!

A minha metade, não só neste momento, mas também na vida, Ana Laura, por todo amor, carinho e paciência que tem me dedicado, por estar sempre orando por mim, sempre me apoiando nas minhas decisões e também por ser tão compreensiva. Estando sempre ao meu lado, mesmo em meio às dificuldades, seu apoio foi muito importante para a conclusão desta etapa. Valeu muito a pena ter vivido tudo isso e saber que muito mais ainda virá e que o amor vigoroso nos manterá unidos, e que venceremos na alegria, na tristeza, no sucesso e nas derrapagens da vida.

DEUS também colocou pessoas maravilhosas na minha vida. Agradeço aos meus pais, Vilma e Adenir (*in memoriam*), meus maiores exemplos. E como não agradecer ao José Ferreira, para nós “Kau”, obrigado por tudo o que fez e tem feito por mim, especialmente por cuidar da minha Rainha. Mãe, obrigado por cada incentivo e orientação, pelas orações em meu favor, pela preocupação para que eu estivesse sempre andando pelo caminho correto. Obrigado por estar ao meu lado sempre! Você sempre me apoiou para que eu não desistisse de caminhar nunca. Mãe te amo!

Ao meu irmão, Almir Rogério, ou simplesmente “Del”, pelo incentivo, ainda que a distância, obrigado pelas suas orações e pelas palavras de ânimo. Muito obrigado, meu querido irmão.

Obrigado a meus tios e tias, em especial a tia Luzia que sempre nos momentos mais difíceis da minha vida esteve por perto, e constantemente orando

para o meu livramento de todos os males, tia você é muito especial!

A minha sogra Maria e ao meu sogro Ezídio, que tanto torceram para que este dia chegasse. Vocês são muito importantes para mim!

Aos meus irmãos por consideração Anderson, Bruno e Ronaldo. Obrigado, meus amigos, por todo apoio e cumplicidade. Porque mesmo quando distantes, estavam presentes em minha vida. Há anos já ultrapassaram os limites de amizade, somos família! Essa conquista eu compartilho com vocês com muita alegria, pois vocês participaram tão de perto de cada coisa que tenho vivido, vocês são parte dessa vitória!

Família: vocês são essenciais para a minha vida! Amo vocês!

Aos professores Doutores, Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador e Gilberto Notário Ligerio, por todo apoio e atenção, e que com muita paciência e atenção, aceitaram serem meus “bancas”, dedicando o tempo de vocês para participar desse momento incrível, além disso, vocês tanto têm me inspirado para que eu me torne uma pessoa melhor a cada dia. Caros Professores, suas condutas têm ultrapassado os limites do profissional, sendo exemplo de caráter.

A esta Universidade, ao seu corpo docente, direção e administração que oportunizaram a janela que hoje vislumbro um horizonte superior, eivado pela acendrada confiança no mérito e ética aqui presentes.

Agradeço em especial a minha querida Orientadora e Mentora, Professora Doutora Daniela Braga Paiano, a quem tenho muito apreço, por todos os direcionamentos, palavras de incentivo, por todos os momentos que estive ao seu lado! Agradeço muito a Deus pela sua vida!

Obrigado a todos que, mesmo não estando citados aqui, tanto contribuíram para a conclusão desta etapa e para o Junior que sou hoje.

*“Que todo o meu ser louve ao Senhor, e que eu não esqueça nenhuma das suas bênçãos!” Salmos 103:2.*

JUNIOR, Adenir Theodoro. **Pacto Antenupcial e seus limites:** (im)possibilidade de instituição de cláusula penal e prefixação de danos por violação de suas disposições. 2022. 160 f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2022.

## RESUMO

O tema da presente pesquisa esteia-se nos limites objetivos do pacto antenupcial. A hipótese norteadora do estudo é a verificação da possibilidade de os nubentes convencionarem em tal acordo, à luz do seu atual regime jurídico, matérias de cunho tanto patrimonial como extrapatrimonial, com ênfase na estipulação de cláusula penal como forma de prefixação de danos por violação de suas disposições. Parte-se de um recorte metodológico em que o desenvolvimento do trabalho é dividido em três partes, iniciando-se com aspectos gerais do casamento, tais como conceito, evolução histórica, natureza jurídica, entre outros, adentrando-se em seguida ao exame de questões basilares sobre o pacto antenupcial, especialmente daquelas que diem respeito aos seus limites e à autonomia privada dos nubentes. Ao final, com alguns aportes teóricos pontuais sobre a cláusula penal, mesclando-os com os outros apresentados até então, busca-se estabelecer não só a possibilidade, como também a viabilidade da estipulação deste instituto no bojo do pacto antenupcial. Dentre os principais resultados, identifica-se um polêmico embate doutrinário sobre a natureza das matérias passíveis de disciplina no pacto, em que, apesar de tradicionalmente permitirem-se apenas matérias adstritas ao regime de bens, com o advento do direito civil-constitucional impôs-se uma releitura do Direito de Família a fim de garantir a realização existencial da pessoa humana, o que margeou uma nova concepção de tal discussão, permitindo-se – para alguns doutrinadores – também a disciplina de questões patrimoniais alheias ao regime de bens, bem como extrapatrimoniais. Neste contexto, observou-se certo recrudescimento da impossibilidade de interferência externa na comunhão de vida instituída pela família, de modo que, por exemplo, se os cônjuges desejam se desobrigar da observância do dever de fidelidade recíproca ou coabitação, não podem ser impedidos, pois o arranjo da relação familiar não compete a qualquer pessoa de direito público ou privado, somente aos nubentes. Em conclusão, no que tange à proposta principal da pesquisa, constatou-se a possibilidade de fixação de cláusula penal no bojo do pacto antenupcial, encontrando-se nela uma contribuição tanto repressiva como preventiva para o pacto, pois, ao mesmo tempo em que aplica uma pena àquele que o viola, acaba prevenindo ou ao menos minimizando, a princípio, discussões judiciais intermináveis em torno de um pleito indenizatório decorrente de tal violação, haja vista que a cláusula em testilha funciona como mecanismo de prefixação das perdas e danos em caso de inexecução culposa da obrigação, cenário que não se verifica numa ação indenizatória carente deste instituto. No mais, trata-se de uma pesquisa teórica com finalidade explicativa, realizada sob o método dedutivo, que se desenvolve por meio de uma análise bibliográfica, legislativa e jurisprudencial, consultando-se escritos de ordem nacional e estrangeira.

**Palavras-chave:** casamento; pacto antenupcial; limites; cláusula penal; direito negocial.

JUNIOR, Adenir Theodoro. **Prenuptial agreement and its limits: the (im)possibility of establishment of penalty clause and prefixation of damages by provisions violations.** 2022. 160 p. Dissertation (Master's in Business Law) - Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2022.

## ABSTRACT

The content of this study challenges the objective limitations of the prenuptial agreement. The hypothesis considers the possibility that the engaged party could define stipulations in this agreement pursuant to the existing legal process and define stipulations subject to property rights and the non-pecuniary, with emphasis on the penalty clause providing a fixed sum of losses and damages for provision violations. The methodology is divided into three parts, firstly, providing an outline of the general clauses of matrimony, the concept, historical development, legal nature and more, followed by an analysis of the fundamental principles of the prenuptial agreement, especially conditions related to its limitations and the private autonomy of the engaged party. It is concluded with a theoretical exploration of the penalty clause, which considers a combination of alternative theoretical propositions. This study seeks to establish not only the potential flexibility, but also the practicality of the stipulations in the prenuptial agreement. The findings of this study identify a controversial doctrinal conflict around the nature of the content of the agreement, which traditionally only allowed matters that concern the property scheme. After the advent of the constitutional civil law, a reinterpretation of Family Law was introduced, in order to facilitate the existential realization of the human being, which had previously limited new concepts. It also permits – according to some legal scholars – the addition of clauses regarding property rights matters which are unrelated to the property scheme, as well as the off-balance sheet. In this context, it was noted that the impact of external factors on the lives of families were not considered, for example, if the partners wish to discharge themselves of the mutual fidelity duty or from cohabitation, they couldn't be obstructed, as the family arrangement doesn't concern any individual of public or private law, only the engaged parties. In conclusion, the main findings of the study, demonstrated the potential benefits to adding a penalty clause to the prenuptial agreement, it provides a solution which is both repressive and preventive, because while it applies a penalty to the party that breaches the agreement, it also reduces and prevents, unnecessary legal discussions surrounding a compensatory plea caused by such breaches. The penalty clause which functions as a mechanism of fixed losses and damages in the case of negligent non-execution of the obligation, changes the normal procedure whereby the losses and damages were previously dictated by legal procedure. Furthermore, this is a theoretical study with an explanatory objective, implementing the deductive method, that was developed by a bibliographic, legal and precedent approach, by researching and referencing national and international citations.

**Key words:** matrimony; prenuptial agreement; limits; penalty clause; business law.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>1 DO CASAMENTO</b> .....	12
1.1 ESTRUTURA JURÍDICA DO CASAMENTO .....	14
1.2 QUESTÕES HISTÓRICAS.....	18
1.3 O CASAMENTO NO DIREITO CANÔNICO .....	21
1.4 EVOLUÇÃO DO CASAMENTO NO BRASIL.....	24
1.4.1 O CASAMENTO NO CÓDIGO CIVIL DE 1916.....	26
1.4.2 O CASAMENTO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002.....	28
1.4.3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E O CASAMENTO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL .....	32
1.5 NATUREZA JURÍDICA DO CASAMENTO .....	36
<b>2 PACTO ANTENUPCIAL</b> .....	40
2.1 IMPORTÂNCIA DA AUTONOMIA PRIVADA PARA O PACTO ANTENUPCIAL.....	40
2.1.1 Reflexos do Direito Civil-Constitucional no Conceito de Autonomia Privada .....	50
2.2 DO PACTO ANTENUPCIAL COMO NEGÓCIO JURÍDICO .....	61
2.2.1 A Teoria da Escada Pontearna.....	64
2.2.2 Aspectos da Teoria Geral do Negócio Jurídico Aplicados ao Pacto Antenupcial.....	67
2.3 CONCEITO .....	74
2.4 CONTEÚDO.....	76
2.5 NATUREZA JURÍDICA.....	83
2.6 BREVES APONTAMENTOS SOBRE O REGIME DE BENS .....	88
2.7 LIMITES DO PACTO ANTENUPCIAL.....	90
2.7.1 Cláusulas Patrimoniais .....	91
2.7.2 Cláusulas Extrapatrimoniais .....	94
2.7.3 Questões de Convivência.....	101
2.7.4 Renúncia ao Direito Concorrencial .....	104
2.7.5 Disposição dos Deveres do Casamento.....	111

<b>3</b>	<b>A CLÁUSULA PENAL ENQUANTO CONTEÚDO DO PACTO ANTENUPCIAL.....</b>	<b>118</b>
3.1	CONCEITO .....	118
3.2	NATUREZA JURÍDICA.....	121
3.3	LIMITES E REVISÃO JUDICIAL DA CLÁUSULA PENAL .....	125
3.4	DO CABIMENTO DA CLÁUSULA PENAL NO PACTO ANTENUPCIAL .....	133
	<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>142</b>
	<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>146</b>

## INTRODUÇÃO

O pacto antenupcial, assim definido como negócio jurídico do Direito de Família, insere-se no contexto da contratualização das relações familiares que ganhou maior notoriedade nas bancadas de Direito Civil com o advento do século XXI. A despeito de alguns preconceitos que circundam a matéria, o pacto acima se consolidou como o instrumento por excelência na realização da autonomia privada dos nubentes.

Sabendo disso, a presente pesquisa tem como objetivo a verificação dos limites do pacto antenupcial, investigando-se o grau de autonomia dos nubentes em seu processo de elaboração, com enfoque na problemática do cabimento ou não da estipulação de cláusula penal em seu conteúdo para as hipóteses de descumprimento dos termos da avença.

Para a organização lógica das ideias, optou-se pela realização de um recorte metodológico a fim de dividir o desenvolvimento do trabalho em três partes. Isso porque a temática envolve assuntos que, individualmente considerados, assumem ímpar relevância para a pesquisa, sobretudo no plano teórico-conceitual, contribuindo-se substancialmente para o desfecho final que se pretende alcançar com a proposta estabelecida.

Destarte, como premissa inicial, é relevante o estudo da origem do casamento, sua estrutura e natureza jurídica, bem como evolução das leis destinadas à sua disciplina – com enfoque no ordenamento jurídico brasileiro –, destacando-se os efeitos gerados pela constitucionalização do direito civil. Este imperioso caminhar histórico tem a missão de contextualizar o assunto em pauta na atualidade, comparando-se a ideia do casamento que vigorava há alguns séculos com a sua atual roupagem normativa e social.

Em seguida, avança-se ao estudo específico do pacto antenupcial, isto é, seu conceito, natureza jurídica, conteúdo, limites, além de outras questões pertinentes, como os reflexos do direito civil-constitucional no conceito de autonomia privada, enfatizando-se o seu atual viés existencial, bem como a magnitude do fenômeno da contratualização das relações familiares.

Ainda neste segmento, examina-se uma relevante controvérsia doutrinária a respeito do conteúdo da convenção antenupcial, qual seja a natureza das matérias passíveis de serem disciplinadas, se estritamente aquelas relacionadas ao regime de

bens ou, num viés mais amplo, toda espécie de questões patrimoniais ou, ainda, tanto aquelas patrimoniais como extrapatrimoniais.

Discute-se, neste espaço, a compatibilização do afastamento de algum (ns) dos deveres (v. g., fidelidade recíproca) do casamento pelos cônjuges por meio do pacto antenupcial, com a impossibilidade de se contrariar disposição absoluta de lei. A ideia do caráter cogente das normas aparentemente limita a liberdade dos cônjuges e impede tal afastamento, porém, tendo em conta que a arquitetura da convivência familiar não pode sofrer interferências externas (artigo 1.513 do Código Civil), advoga-se atualmente a possibilidade de disposição de certos deveres, como é o caso da coabitação e, para alguns, da fidelidade recíproca. Trata-se, no entanto, de um terreno movediço, isto é, carente de consolidação, mas que será devidamente explorado nesta pesquisa, sobretudo pela pertinência da discussão.

Na terceira e derradeira parte do desenvolvimento do estudo, adentra-se ao vértice da problemática, com uma análise inicial de questões relacionadas exclusivamente à cláusula penal, tais como conceitos, limites e a própria natureza jurídica do instituto. Destaca-se a função dúplice da cláusula penal de forçar os negociantes ao cumprimento do negócio jurídico celebrado e ao mesmo tempo servir de prefixação das perdas e danos decorrentes de eventual inexecução culposa da obrigação.

Em sequência, mesclando-se os aportes teóricos até então examinados, investiga-se a possibilidade de inserção da cláusula penal no pacto antenupcial. Alguns exemplos reais, especialmente de casos noticiados na mídia envolvendo celebridades, são utilizados para enfatizar a atualidade da discussão em pauta. Destaca-se, de imediato, a importância da cláusula penal nos relacionamentos amorosos, sobretudo com vistas ao rompimento dos laços conjugais de forma trágica, como ocorre nos casos de infidelidade. Diferentemente das ações indenizatórias, em que é necessária a comprovação do dano alegado, a cláusula previamente estipulada entre os cônjuges antecipa o direito à indenização, dispensando por expressa previsão legal a prova do efetivo prejuízo suportado.

Conclui-se, ao final, que a cláusula penal é plenamente cabível no pacto antenupcial, especialmente para lhe conferir coercitividade, isto é, para não se reduzir a um mero ajuntamento de cláusulas contratuais, haja vista que determinadas cláusulas, apesar de formalmente contribuírem para um matrimônio saudável, se descumpridas não encontram nenhum respaldo normativo para, em caráter

preventivo, inibir o cônjuge de descumpri-las, ou repressivamente puni-lo pela sua violação.

Trata-se de uma pesquisa teórica com finalidade explicativa, realizada sob o método dedutivo, que corresponde à extração discursiva do conhecimento, construída com base em premissas gerais aplicáveis a hipóteses concretas, que se desenvolve por meio de uma análise bibliográfica, legislativa e jurisprudencial, consultando-se escritos de ordem nacional e estrangeira.

## 1 DO CASAMENTO

A forma mais típica de se constituir família sempre foi o casamento, fruto de uma concepção religiosa que, por séculos, entrelaçou-se nas bases fundantes do Estado. Em solo brasileiro, este cenário dinamizou as relações familiares até o advento da Constituição Cidadã, de 1988, que inaugurou uma nova hermenêutica constitucional pautada na valorização do ser humano em seu aspecto existencial.

Por seu turno, o casamento ainda assume certo protagonismo na sociedade. Nas relações entre cônjuges, além de regular e estabelecer regras pessoais de convivência, tais como fidelidade e assistência mútua, em razão de seu conteúdo religioso, o casamento serviu de importante instrumento de controle da sexualidade. Era o casamento o legitimador das relações sexuais e o freio do desejo sexual antes de sua celebração. E assim, toda sexualidade exercida fora do casamento era considerada ilegítima, pecado, sanção moral que se misturava à jurídica.

Com o avançar das décadas, sobretudo com o advento do Código Civil de 2002, revogou-se a possibilidade de anulação do casamento em razão da não virgindade da mulher. Uma mudança paradigmática que buscou humanizar as relações familiares, divorciando-se de certas raízes morais historicamente entrelaçadas no espectro normativo que pouco contribuíam para a realização do ser humano num viés existencial.

A moral religiosa, veiculada nos textos jurídicos, era determinante no Direito de Família e a sua infração significava a exclusão da cidadania ou condenação à invisibilidade social, como foi por muitos anos com os filhos e famílias havidos fora do casamento, e ainda hoje com as famílias simultâneas. Com o movimento feminista e o pensamento psicanalítico, essa moral sexual aplicada somente às mulheres foi aos poucos perdendo a sua razão de ser, e embora ainda exista um longo caminho a ser percorrido, muito já foi conquistado.

Aliás, apesar das inúmeras mazelas causadas nas grandes guerras mundiais, o século passado presenteou a sociedade com uma mobilização em prol da tutela dos direitos humanos, o que acabou reverberando no Direito de Família, que foi repaginado à luz de uma visão humanística. Nessa nova roupagem, enfraqueceu-se a ideia de que o casamento seria a única forma legítima de se constituir famílias e o legitimador das relações sexuais.

A Constituição de 1988 chancelou essa ideia quando reconheceu outras formas de se constituir família, com destaque para a união estável, protegida explicitamente pelo artigo 226, § 3º, da Carta Magna. Diz-se que o conceito atual de família é plural, calcado na liberdade e na autonomia existencial, de modo que existem vários tipos de arranjos familiares, dentre eles as famílias paralelas, monoparentais, eudemonistas etc.

Cabe destacar um interessante posicionamento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul sobre a chamada união homoafetiva. O citado Tribunal publicou, no dia 03 de março de 2004, o Provimento nº 06/2004, dando nova redação ao parágrafo único do art. 215 da então vigente Consolidação Normativa Notarial e Registral do Estado, para o fim de conferir efeitos jurídicos às uniões afetivas, em especial o registro de documentos que digam respeito a tal relação<sup>1</sup>. Ainda em solo gaúcho, rapidamente esse reconhecimento gerou outros efeitos jurídicos, conforme o julgado abaixo, em que se reconheceu a possibilidade de adoção por um casal formado por duas pessoas do mesmo sexo que viviam a união afetiva:

APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DE MESMO SEXO. POSSIBILIDADE. Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> “Art. 215 (...). Parágrafo único. As pessoas plenamente capazes, independente da identidade ou oposição de sexo, que vivam uma relação de fato duradoura, em comunhão afetiva, com ou sem compromisso patrimonial, poderão registrar documentos que digam respeito a tal relação. As pessoas que pretendam constituir uma união afetiva na forma anteriormente referida também poderão registrar os documentos que a isso digam respeito” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Consolidação Normativa Notarial e Registral*. Disponível em: <http://www.tabelionatomanica.com.br/Leis/consolidacao.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2022.

<sup>2</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação nº 70013801592*. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. 7ª Câmara Cível. 05/04/2006. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22145310/apelacao-civel-ac-70047017827-rs-tjrs/inteiro-teor-22145311>. Acesso em: 25 fev. 2022.

Demais disso, salienta-se que nem todas as espécies de família encontram respaldo legal explícito, sustentando-se, por vezes, numa construção hermenêutica principiológica. No contexto de uma sociedade plural, acredita-se que a falta do respaldo normativo não deve levar, de plano, ao não reconhecimento jurídico de determinada entidade familiar, sobretudo num cenário em que a liberdade de constituir família é tratada numa visão mais ampla possível.

Ademais, em que pese os novos “adornos” do Direito de Família, a verdade é que o casamento ainda ocupa uma posição privilegiada no seio social, atraindo a preferência de muitas pessoas. Nota-se ainda certa resistência com os novos arranjos familiares, muito em virtude, é claro, dos séculos em que o casamento fora o único constituidor de família.

### 1.1 ESTRUTURA JURÍDICA DO CASAMENTO

O casamento é protagonista quando o assunto é a formação de uma sociedade conjugal, o qual possui uma regulamentação bastante refinada em grande parte dos ordenamentos jurídicos. Apesar disso, não há uma conceituação uníssona a seu respeito, variando conforme a cultura, o tempo e as disposições normativas de cada sistema jurídico.

No direito romano, embora se possa pensar que ele tinha muito mais um sentido religioso, sua concepção era mais de relação jurídica do que propriamente de uma celebração. Foi o cristianismo que elevou o casamento ao status de sacramento: “Homem e mulher selam sua união sob as bênçãos do céu, transformando-se numa só entidade física e espiritual e de maneira indissolúvel”<sup>3</sup>. Antes do cristianismo, os romanos usavam citar a expressão matrimônio como sinônimo de casamento, que por sua vez tornou-se um dos sete sacramentos da Igreja Católica<sup>4</sup>.

Embora originalmente matrimônio não tivesse vinculação com sacramento, com o passar do tempo e a fusão entre casamento e religião, a expressão matrimônio passou a vincular um significado religioso. Mesmo assim a maioria dos autores ainda usa matrimônio como sinônimo de casamento. Pode-se dizer, então, que casamento

---

<sup>3</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Reconhecimento da paternidade e seus efeitos*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 25.

<sup>4</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das Famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 208.

é a expressão que traduz o sentido laico do casamento, enquanto matrimônio o sentido religioso. Tanto é assim que se pode dizer que o matrimônio enquanto sacramento é indissolúvel e o casamento dissolúvel.<sup>5</sup>

A definição de casamento sempre esteve muito misturada a conceitos religiosos, inclusive regulamentados pelo Direito Canônico. No Brasil, foi somente com a separação entre Igreja e Estado, pela Constituição de 1891, primeira da República, com o Decreto 181 de 24/01/1890, que passou a existir o casamento civil como regra. Antes, eram uma coisa só, determinada e controlada pelos cânones da Igreja Católica. Hoje se tem o casamento civil e o casamento religioso, que são duas coisas distintas, embora seja possível celebração religiosa para um casamento civil, conforme dispõe artigos 1.515 e 1.516 do Código Civil.

Os juristas clássicos, ainda sob a influência da fusão Igreja/Estado, mesmo que oficialmente separados, definiam o casamento sempre como união indissolúvel, e o seu conceito era também sinônimo de família. Foi somente com a Constituição de 1988 que família e casamento deixaram de ser sinônimos, quando se estabeleceu juridicamente que casamento é apenas uma das formas de constituição de família. Seguem, como exemplo, até para entender sua evolução histórica, algumas definições de casamento dadas pelos grandes juristas do século XIX e XX, que traduziam as concepções de família daquela época, em seu contexto patriarcal e ainda misturadas a ideia religiosa da indissolubilidade do vínculo conjugal.

Para Lafayette Rodrigues Pereira, o “Casamento é o ato solene pelo qual duas pessoas de sexo diferente se unem para sempre, sob a promessa recíproca de fidelidade no amor e da mais estreita comunhão de vida”<sup>6</sup>. Por seu turno, Clovis Beviláqua entende que o “Casamento é o contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissolúvelmente, legitimando por ele suas relações sexuais, estabelecendo a mais estreita comunhão de vida e de interesses, e comprometendo-se a criar e educar a prole que de ambos nascer”<sup>7</sup>.

Um conceito que se manteve atualizado até recentemente é o de Caio Mário da Silva Pereira, afirmando que o “Casamento é a união de duas pessoas de sexos diferentes, realizando uma integração fisiopsíquica permanente”<sup>8</sup>. Ou seja,

---

<sup>5</sup> Idem, *ibidem*, loc. cit.

<sup>6</sup> LAFAYETTE. *Direitos de Família*. Rio de Janeiro: Livreiro Editor, 1869, p. 12.

<sup>7</sup> BEVILÁQUA, Clovis. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, p. 34.

<sup>8</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituição do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 33.

interpretando a *contrario sensu*, não seria concebível a concretização de um casamento por pessoas do mesmo sexo.

Tal concepção, contudo, não tardou em enfraquecer. Isso porque a ideia de casamento hoje não é aquela apenas entre homem e mulher, mas entre duas pessoas, que podem ser do mesmo sexo ou não. Para Paulo Lôbo “casamento é um ato jurídico negocial solene, público e complexo, mediante o qual o casal constitui família, pela livre manifestação de vontade e pelo reconhecimento do Estado”<sup>9</sup>.

Em 2011, o Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do Min. Ayres Britto, acolheu a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277, bem como a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, para o fim de dar tratamento isonômico às uniões de pessoas do mesmo sexo frente aquelas uniões entre pessoas de sexos distintos. Conforme ementado pela Corte Superior: “(...) O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica”<sup>10</sup>. Tal raciocínio encontra respaldo no artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal, que veda o tratamento discriminatório ou preconceituoso em razão do sexo das pessoas<sup>11</sup>.

Em verdade, o Código Civil de 2002 poderia ter melhor contribuído para a realização dos objetivos fundantes da República, evitando assim a necessidade de uma intervenção judicial para declarar o óbvio. Isso não retira o mérito da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, mas alerta para a necessidade de cautela na promulgação de novos diplomas jurídicos, sobretudo no que diz respeito ao seu alinhamento com o atual contexto social.

Até a Carta Magna de 1988, o casamento, como já se disse, era a única forma legítima de família. Fora daí, recebia o selo da ilegitimidade, de família espúria e não merecia a proteção do Estado. Tradicional ou contemporâneo, com ritos religiosos ou não, o casamento está envolvido em valores sociais, culturais, biológicos, morais, simbólicos e históricos. Do ponto de vista jurídico, pode-se defini-lo como um contrato *sui generis*, solene e formal, entre pessoas que, por vínculo de afeto, interesses

---

<sup>9</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: Famílias*. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, v. 5, p. 44.

<sup>10</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277/DF*. Relator: Min. Ayres Britto. 05.05.2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 23 fev. 2022.

<sup>11</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 23 fev. 2022.

comuns e livre manifestação de vontade, com o reconhecimento do Estado, constituem uma família conjugal e, na maioria das vezes, também parental, estabelecendo regras patrimoniais e pessoais, à procura da felicidade.

A lei não define o que é casamento, mas diz que sua finalidade é estabelecer “comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges” (Art. 1.511, Código Civil). Embora deva ser perseguida, a “comunhão plena” é um objetivo difícil de ser alcançado e está mais no plano da idealização já que, na vida real, a plenitude, assim como o par perfeito, são coisas impossíveis de se alcançar. Sabe-se, depois da psicanálise, que o outro a quem se elege como objeto de amor é uma idealização, e que o amor precisa superar os defeitos do outro para que ele sobreviva. E o que a psicanálise ensina é que o grande desafio é amar o outro com os seus defeitos, ou seja, mesmo depois que o véu da paixão já não encobre mais as imperfeições do outro.

Portanto, não é uma comunhão plena, mas uma comunhão de vidas em que é preciso aprender a conviver com os defeitos do outro para que a conjugalidade seja possível. No entanto, as pessoas casam-se para serem felizes, estabelecem projetos de vida em comum ou, no dizer da lei, “comunhão de vida”, ou ainda de afetos, inclusive com a intenção de que seja para sempre, por mais que isto possa ficar no plano apenas do ideal. Todos se casam com a ideia e a intenção de que seja para sempre, mas este desejo nem sempre se realiza.

Com o casamento, a que se pode chamar também de sociedade conjugal, muda-se do estado civil de solteiro para casado, e estabelece-se o vínculo de parentesco com os parentes do outro cônjuge. Os pais dos cônjuges tornam-se sogros e os irmãos cunhados. Com o fim do casamento o parentesco em linha reta, ou seja, sogro, sogra, genro e nora, não se dissolve (Art. 1.521, II, CC).

Também pelo casamento, pode-se alterar o nome para incorporar o sobrenome do outro cônjuge ao seu, nos termos do artigo 1.565, § 1º, CC<sup>12</sup>. Até o CC/2002, apenas a mulher poderia fazer tal alteração. E até a Lei 4.121/62 – Estatuto da Mulher Casada, a mulher era obrigada a incorporar ao seu, o sobrenome do marido. Tal tradição advém do Direito Canônico, em que se deveriam fundir os nomes, para se unirem as almas e tornarem um só corpo. Porém, no sistema patriarcal, somente a mulher é quem incorporava o nome do homem ao seu.

---

<sup>12</sup> BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 23 fev. 2022.

Na atualidade, com a evolução do conhecimento, sabe-se que a possibilidade de um casamento dar certo se dá preservando suas individualidades, ou seja, não misturando suas identidades. E o nome é a maior representação da identidade da pessoa. Daí que o costume da mudança de nome ao se casar tem diminuído cada vez mais, e tende a deixar de ser um costume.

Esse breve apanhado histórico revela o quão importante é acompanhar a evolução das leis e dos costumes para se compreender a atual roupagem do ordenamento jurídico, razão pela qual se optou por reservar o tópico seguinte exclusivamente para o estudo das raízes históricas da família e do casamento.

## 1.2 QUESTÕES HISTÓRICAS

A investigação histórica propicia uma visão ampla do assunto analisado, mormente quando esse experimentara grandes transformações ao longo dos tempos. Não se pretende esgotar com riqueza de detalhes os aspectos históricos tanto da família quanto do casamento, mas enfrentar, de modo comedido e razoável, conceitos, opiniões e classificações de ímpar relevância ao exame da proposta final do trabalho.

Para Washington de Barros Monteiro, todo ser humano nasce vinculado a um organismo familiar e a ele “conserva-se ligado durante a sua existência, embora venha a constituir nova família pelo casamento”. Mais que isso, “o entrelaçamento das múltiplas relações, estabelecidas entre os componentes da referida entidade, origina um complexo de disposições, pessoais e patrimoniais que formam o objeto do direito de família”<sup>13</sup>.

A origem da família – respaldada no casamento ou simplesmente pela união entre homem e mulher – não se encontra definida, de modo pacífico, na História, que coloca duas formas, sendo a primeira de caráter religioso-espiritual, pois considera o casamento como uma instituição de procedência divina, cuja constituição é livre, mas sujeita à cerimônia da benção do Ser Superior ao novo casal, transmitida por um membro constituído e devidamente qualificado pelos padrões da Igreja ou da religião.

A segunda forma traz a consideração da natureza biológica e instintiva, na

---

<sup>13</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito de família*. 37. ed. rev. e atual. São Paulo, Saraiva, 2004, p. 1.

qual a união é vista como acasalamento ou fato natural, próprio da natureza dos seres vivos e de suas necessidades naturais. A formação da família como unidade biológica, social e econômica surgiu há anos, evoluindo lentamente para atender aos anseios sociais, estando em constante transformação, em virtude do surgimento de formas diferenciadas de relacionamentos entre homem e mulher, uniões entre homossexuais, núcleos monoparentais, além de outros.

É notório que a percepção social da “família” transformou-se ao longo dos anos. As manifestações comportamentais da sociedade mundial, acontecimentos históricos como as Revoluções Francesa e Industrial, que irromperam um período liberal e, por fim, a intervenção do Estado, no período Social, também contribuíram para a formação e evolução da família e seu conceito e relevância jurídica até os dias atuais.

Como se pode notar, grandes alterações ocorreram em todo o mundo, especialmente ao final do século XX e início do atual século XXI, seja no campo negocial, obrigacional, pessoal, entre outros e por isso, o substantivo “família” vem sendo aplicado de maneira diversificada atualmente. Nos idos de 1917, Pontes de Miranda ensinava que:

Chama-se forma de família o critério pelo qual se estabelecem as relações entre os cônjuges e entre estes e os filhos. Quanto à união conjugal, a família pode ser monogâmica ou polygâmica, conforme a aproximação sexual se faz entre um homem e uma mulher, viri et mulieris conjunctio, ou entre várias mulheres e um só homem (monandria), ou uma mulher e vários homens (polyandria) (...). Quanto às relações de dependência, parentesco e autoridade entre os membros da associação familiar, distinguem-se as formas de família de matriarcado, patriarcado e o typo actual, mais ou menos igualitário. O matriarcado é tido como o Regimen primitivo, dos tempos em que não existiam famílias, e sem rebanhos ou hordas (Bachofen, Morgan etc.) (...)<sup>14</sup>.

As colocações de Orlando Gomes justificam a estrutura do trabalho referente à parte dedicada aos breves estudos históricos, a saber:

O estudo de teorias sociológicas (Morgan, Mac Lennan, Bachofen, Lubbock, Engels) e jurídicas (Sumnermaine, Meyer, Bonfante) sobre a formação dos grupos familiares primitivos não interessa, fundamentalmente ao conhecimento da estrutura jurídica atual da família. (...) A evolução jurídica da família importa, entre os povos de nossa área cultural, a partir de Roma. O direito romano deu-lhes estrutura inconfundível, tornando-a unidade

---

<sup>14</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Direito de família*. Exposição técnica e sistemática do Código Civil brasileiro. Rio de Janeiro, Jacintho Ribeiro dos Santos editor, 1917, p. 2-3.

jurídica, econômica e religiosa fundada na autoridade de um chefe<sup>15</sup>.

Hodiernamente, pode-se conceituar família sob diversos aspectos, como o sociológico, o filosófico, o religioso, o jurídico, ou o estritamente afetivo, diferentemente do que se sabe a respeito de épocas antigas (antes do nascimento de Cristo, no calendário cristão). Em Roma e na Grécia, por exemplo, as famílias eram basicamente constituídas pelo culto da religião doméstica e assim conceituadas, prevalecendo tal critério ao afeto e até mesmo ao direito natural (consanguinidade), pois o casamento visava à formação de prole, especialmente a masculina, para a continuidade dos cultos e dos rituais fúnebres aos ascendentes.<sup>16</sup>

Entretanto, pode-se asseverar que, em sentido lato, a família abrange os cônjuges, seus filhos, parentes da linha reta ou colateral, bem como os afins e os filhos exclusivos do outro cônjuge, conforme previsão dos artigos 1.591 e seguintes do Código Civil<sup>17</sup>, o Decreto-lei 3.200/1941 e ainda, a Lei 883/1949.<sup>18</sup> Nesse sentido, Silvio Rodrigues ensina:

Num conceito mais amplo poder-se-ia definir a família como formada por todas aquelas pessoas ligada por vínculo de sangue, ou seja, todas aquelas pessoas provindas de um tronco ancestral comum, o que corresponde a incluir dentro da órbita da família todos os parentes consanguíneos<sup>19</sup>.

Em sentido estrito, abrange unicamente os cônjuges, porém, não mais apenas os que se uniram pelo casamento civil, como citado, mas também aos conviventes numa união estável, após o advento da Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, § 3º,<sup>20</sup> o que se confirma igualmente no Código Civil de 2002, bem como se

---

<sup>15</sup> GOMES, Orlando. *Direito de família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 36.

<sup>16</sup> FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. *A cidade antiga*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1985.

<sup>17</sup> Art. 1.591. São parentes em linha reta as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes. Art. 1.592. São parentes em linha colateral ou transversal, até o quarto grau, as pessoas provenientes de um só tronco, sem descenderem uma da outra. Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem. Art. 1.594. Contam-se, na linha reta, os graus de parentesco pelo número de gerações, e, na colateral, também pelo número delas, subindo de um dos parentes até ao ascendente comum, e descendo até encontrar o outro parente. Art. 1.595. Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade. § 1.º O parentesco por afinidade limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro. § 2.º Na linha reta, a afinidade não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Acesso em: 23 fev. 2022.

<sup>18</sup> O Decreto 3.200/1941 dispunha sobre a organização e proteção da família e a Lei 883/1949 sobre o reconhecimento de filhos ilegítimos. Vale ressaltar que a Constituição Federal de 1988 trouxe em seu artigo 227, § 6.º, que não há mais distinção entre filhos legítimos e adotados.

<sup>19</sup> RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. Direito de família. 28. ed. Atualizada por Francisco José Cahali, São Paulo, Saraiva, 2004, v. 6, p. 4.

<sup>20</sup> Art. 226 da CF/1988. "A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 3.º Para

estende às famílias formadas entre filhos e um dos genitores, denominadas monoparentais.

### 1.3 O CASAMENTO NO DIREITO CANÔNICO

No direito canônico, o casamento civil originava-se da família e possuía status de sacramento, ou seja, o caráter prevalecente da união entre o homem e a mulher é de providência divina e somente válida se realizada sob as normas da religião, com a bênção do sacerdote, seguindo os padrões sacramentais.

A família era regida por “cânones”, que no contexto da religião tratava-se de um conjunto de livros de inspiração divina, que dispunham regras de bem viver impostas aos membros da família que, se inobservadas, geravam sanções tanto de ordem jurídica quanto social, como a possibilidade de punições físicas aos filhos e à mulher e até mesmo a execução da mulher adúltera pelo marido.

Aqui, importante ressaltar o porquê de perdurar por muitos anos a desaprovação às uniões não iniciadas com as bênçãos do casamento religioso, na sociedade brasileira, predominantemente católica na maior parte de sua história, o que levou o legislador a efetivar a primeira lei especialmente elaborada às uniões estáveis somente em 1994, embora em 1988 tenha-se reconhecido essa relação como família.

Além de sacramento, o casamento visava santificar a união indissolúvel entre o homem e a mulher, promovendo não somente a satisfação da concupiscência sexual, mas, principalmente a finalidade primordial do casal: a formação da prole.

Por tudo isso, o divórcio era vedado, pois contrariava os preceitos do matrimônio e o do entendimento de que a união confirmada por Deus não poderia ser dissolvida pelo homem, “*quod Deus conjunxit homo non separet*”.<sup>21</sup>

Vale ressaltar que houve divergência na própria Igreja quanto à permissão da indissolubilidade do vínculo matrimonial, pois alguns trechos bíblicos<sup>22</sup> contradiziam

---

efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

<sup>21</sup> “O que Deus uniu o homem não separa” – tradução livre.

<sup>22</sup> WALD, Arnaldo. *O novo direito de família*, p. 13: “É o próprio Evangelho de São Mateus que admite o divórcio no caso de adultério da mulher, enquanto os textos de São Marcos e São Lucas negam a

os relatos sobre o divórcio, por vezes permitido e por outras não, o que gerou inconstância, até o século XI, quando se determinou a vedação à dissolução do casamento, salvo casos restritos de nulidade reconhecida mediante processo canônico.<sup>23</sup>

Diante da permanente divergência entre teólogos e canonistas, ao menos a questão da natureza do casamento era pacífica e, segundo Eduardo de Oliveira Leite, “canonistas e teólogos o consideram como um sacramento, no qual reconhecem, antes de tudo, o sinal de coisa sagrada. A união de Cristo e da Igreja é recurso de que se servem para simbolizar a união carnal”.<sup>24</sup>

Com a impossibilidade de dissolução do casamento, foram criados os impedimentos matrimoniais, para que diante da constatação deles, estas fossem evitadas. Com isso, surgiram as possibilidades de anulação e nulidade dos casamentos com base nos impedimentos matrimoniais reconhecidos pela Igreja como fatores de impossibilidade da união. Semelhantemente, na legislação civil vigente no Brasil, têm-se os artigos 1.548 e 1.550, que tratam das causas de invalidade do casamento civil, e os artigos 1.521 e 1.523, que elencam os impedimentos e as causas suspensivas para o casamento.

O Direito Canônico imperou durante a Idade Média, de forma que as relações familiares a ele foram submetidas exclusivamente, sem qualquer intervenção estatal, ou de terceiros que não aqueles previstos nos procedimentos religiosos (sacerdote no casamento) e assim, durante os séculos X ao XV, o casamento religioso foi unânime e prevalecente.

Diz-se que “Na Idade Média, o casamento assumiu um papel essencialmente religioso, as disposições jurídicas que o regiam eram as do direito canônico, e a Igreja reprovava toda união extramatrimonial, notadamente o concubinato”<sup>25</sup>. As regras canônicas perduraram por muito tempo, porém, iniciando-se daí em diante uma disputa com o Estado e mais tarde, após a Reforma, com a opinião diversa dos protestantes, os quais entendiam ser o casamento um ato comum, civil e dissolúvel,

---

possibilidade de dissolver o vínculo, qualquer que seja o motivo alegado (comparar Evangelho de São Mateus 19:7-9 e 5:31-32 com São Marcos 10:11-12 e São Lucas 16-18). A doutrina canônica se firmou no sentido de interpretar o divórcio referido por São Mateus como sendo a separação de corpos, sem direito de convolar novas núpcias”.

<sup>23</sup> CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 26-27.

<sup>24</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Tratado de direito de família: origem e evolução do casamento*. Curitiba: Juruá, 1991, v. I, p. 186.

<sup>25</sup> MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 93.

cabendo ao Estado regrá-lo e não à religião. Por seu turno, Fabiana Domingues Cardoso ensina que:

(...) foi com o Concílio de Trento (ano de 1.540 e seguintes) que se reafirmou solenemente o caráter sacramental do casamento, reconhecendo a competência exclusiva da Igreja e das autoridades eclesiásticas em tudo a que ele se relacionava. Vale ressaltar que, com o passar do tempo, a competência das autoridades eclesiásticas foi absorvida pela autoridade civil, mas o direito de família conservou os conceitos básicos elaborados pela doutrina canônica e a influência dos princípios da Igreja Católica são ainda hoje encontrados na legislação e cultura popular brasileiras<sup>26</sup>.

A população brasileira não passou ilesa aos “ventos do direito canônico”, cuja influência ganhou maior notoriedade com a relação entre Estado e Igreja, que rebentou apenas com o período republicano. Não obstante, ainda na atualidade verifica-se a influência canônica nos temas basilares do Direito de Família. Veja-se, a propósito, a reflexão de Orlando Gomes:

O direito matrimonial dos povos da área cultural do cristianismo acha-se impregnado do espírito da Igreja e se inspira, em muitos pontos, nos princípios que foi estabelecendo e firmando ao longo dos séculos. O Concílio de Trento, de 1545 a 1563, estatui normas que influíram de modo decisivo na evolução do instituto do casamento. São de origem canônica muitas disposições legais consagradas nos Códigos, como por exemplo, as que disciplinam os impedimentos matrimoniais. A noção de casamento nulo, a consolidação da monogamia (...) <sup>27</sup>.

Destaca-se que o atual Código Canônico, promulgado pelo Papa João Paulo II, em 25 de janeiro de 1983, no Vaticano, Itália, manteve o caráter sacramental e indissolúvel do matrimônio e ainda, de certa forma, condena uniões estranhas aos cânones<sup>28</sup>. Há uma evidente oposição à poligamia e ao divórcio, positivado no Brasil a partir de 1977.

Vale ressaltar – deixando por um momento o Direito Canônico em si e verificando-se os livros bíblicos utilizados pela Igreja Católica que representam forte influência nas relações familiares e de civilizações há muitos séculos – os dez mandamentos, os quais apresentam conteúdo de cunho religioso e moral, constituído em duas partes.

A primeira parte (de caráter religioso) remete ao dogma da unidade divina, ou

---

<sup>26</sup> CARDOSO, Fabiana Domingues. *Pacto antenupcial no Brasil: formalidades e conteúdo*. Dissertação de Mestrado (305p). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 29.

<sup>27</sup> GOMES, Orlando. *Direito de família*, op. cit., p. 36.

<sup>28</sup> CARDOSO, Fabiana Domingues, op. cit., p. 30.

seja, ao reconhecimento de que Deus é uno, em outros termos, constitui o monoteísmo. O segundo grupo, voltado para um sentido mais moral, com pretensões universalistas, trata de normas de comportamento entre as pessoas, por mais diferentes que sejam, revelando-se como fonte de diversas regras familiares em diversos países e regiões até os dias de hoje.

O direito canônico foi alavancado com o esfacelamento do Império Romano na Idade Média, como conjunto de leis unificadoras do pensamento humano ocidental acerca da família, em uma Europa dividida em reinos e feudos, cada qual com suas próprias normas, mas que respeitavam esse caráter agregador da religião que se perdeu com o advento da modernidade.<sup>29</sup>

Por fim, pode-se concluir a relevância e a influência do Direito Canônico na formação da família e na instituição do casamento com toda sua solenidade e rituais próprios que perduram e são valorizados até os dias de hoje.

Com efeito, a família, apesar de ser conceituada por diferentes aspectos e revestir-se do dinamismo próprio da evolução dos tempos e dos povos, não é somente um fenômeno natural e sim cultural, fundamentando-se em diversos conceitos primitivos aqui apresentados, tendo sua evolução e mudanças diretamente ligadas aos aspectos cultural, religioso e humano, além das modificações empíricas de cada sociedade.

#### 1.4 EVOLUÇÃO DO CASAMENTO NO BRASIL

No Brasil, tanto a família quanto o casamento receberam, além das influências supracitadas, a vivência do Código Napoleônico, bem como as regras e costumes da Corte Portuguesa, por meio das diversas Ordenações do Reino, mas especialmente as Filipinas. Segundo Fabiana Domingues Cardoso:

Assim, no Brasil, na época da Colônia e do Império, o casamento era pleno e marcado pelas normas católicas, provenientes do Direito Canônico, sendo que a família era reconhecida a partir da união sacramental do matrimônio. As Ordenações Filipinas, do Rei D. Felipe II, de 1.595, que somente entraram

---

<sup>29</sup> CRETELLA Jr., José. *Curso de direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 9.

e vigor em 1603, previam um casamento que se efetivava perante três testemunhas, sem levar em consideração os preceitos do Concílio de Trento, todavia, por decreto de 3 de novembro de 1827, já então previstas as regras do mencionado Concílio, o casamento válido era apenas aquele realizado com a intervenção da Igreja Católica, com o patamar de sacramento<sup>30</sup>.

Para a autora acima, havia três espécies de casamento: católico, o casamento entre pessoas de religião católica com não católicos, e por fim, o casamento entre pessoas de religiões diversas, não católicas<sup>31</sup>. Por seu turno, Maurício Pessoa estabelece outra classificação, sustentando que o casamento transitou ao longo da história por quatro fases, a saber:

O casamento consensual, que se originou no direito romano, o casamento exclusivamente religioso, com fundamento no Direito Canônico até o Concílio de Trento, o casamento civil e religioso vigente desde o Concílio de Trento até o Código de Napoleão e finalmente o casamento civil obrigatório, correspondente à secularização do casamento<sup>32</sup>.

No tocante às Constituições Federais, pode-se afirmar que a Constituição de 1824 foi silente sobre o matrimônio, diferentemente da outorgada em 1890, que declarou o reconhecimento do casamento civil, se precedido de cerimônia de qualquer culto religioso<sup>33</sup>. Antes dessa norma, a Lei nº 1.144, de 11 de setembro de 1861, concedeu efeitos civis aos casamentos religiosos realizados por outras religiões que não a Católica, mediante registro.

A Constituição de 1891 manteve a regra prevista na de 1890, porém, não mencionou a exigência do culto religioso, pois, vale lembrar, com a Proclamação da República houve a separação do Estado, agora, desvinculado da Igreja. Aliás, em 1890, pelo Decreto n. 181, de 24 de janeiro, de autoria de Rui Barbosa, foi instituído o casamento civil, oficialmente, pela primeira vez no Brasil pós-independência. No entanto, diante das dúvidas da sociedade, o legislador promulgou aos 23 de maio de 1950, a Lei n. 1.110, por meio da qual foi regulado o reconhecimento dos efeitos civis do casamento religioso.

A partir daí, ficou definido o ato instituidor oficial da família brasileira, como

---

<sup>30</sup> CARDOSO, Fabiana Domingues, op. cit., p. 31.

<sup>31</sup> Idem, ibidem, loc. cit.

<sup>32</sup> PESSOA, Maurício. O casamento no direito civil constitucional. In: VIANA, Rui Geraldo Gamargo e NERI, Rosa Maria de Andrade (org.). *Temas atuais de direito civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 218.

<sup>33</sup> Art. 72, § 4.º A República só reconhece o casamento civil, que precederá sempre as cerimônias de qualquer culto.

ato civil, laico, ainda que a religião católica continuasse a influenciar nas cerimônias e cultura do povo, não sucumbindo à novel legislação. Fenômeno, aliás, ocorrido em outros países com similaridade, a exemplo da Espanha, Itália e Grécia.

#### 1.4.1 O Casamento no Código Civil de 1916

Se analisada com cautela, podem-se extrair da estrutura do Código Civil de 1916 as prioridades das autoridades governamentais daquela época. Tratando-se de uma sociedade patriarcal, não era de se entranhar que o início do Livro fosse dedicado ao Direito de Família, como de fato o fora. Tal diploma esteve em vigor por exatos oitenta e seis anos e dez dias, isto é, entre o dia 1º de janeiro de 1917 a 10 de janeiro de 2003. Segundo Francisco Amaral:

O Código Civil de 1916 era um código de sua época, elaborado a partir da realizada típica de uma sociedade colonial, traduzindo uma visão do mundo condicionado pela circunstância histórica, física e étnica em que se revela. Sendo a cristalização axiológica das ideias dominantes de seu tempo, principalmente nas classes superiores, reflete as concepções filosóficas dessas classes, detentoras do poder político e social da época, por sua vez determinadas, ou condicionadas, pelos fatores econômicos, políticos e sociais<sup>34</sup>.

Tal Código, sob a influência dos diplomas normativos que o antecederam, manteve os impedimentos absolutos e relativos (dirimentes e impedientes), o poder familiar (chamado de pátrio poder à época) conferido exclusivamente ao homem, com complementaridade, em exceções à mulher, além de manter a indissolubilidade do casamento, não reconhecer direitos iguais aos filhos naturais, adotados e muito menos aos extraconjugais<sup>35</sup>.

Pelo artigo 185 do referido Código, o casamento do menor de vinte e um anos dependia do consentimento de ambos os pais. Havendo discordância, como evidência de uma sociedade patriarcal, prevalecia a vontade paterna, ou, sendo separado o casal por desquite, ou anulação do casamento, a vontade do cônjuge, com quem estiverem os filhos, conforme o artigo 186<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 177.

<sup>35</sup> BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm). Acesso em: 24 fev. 2022.

<sup>36</sup> BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível

Quanto à indissolubilidade do casamento, a Constituição Federal de 1934 tratou de reconhecê-la expressamente, em seu artigo 144, *caput*, dando tons constitucionais a tal característica: “A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado”<sup>37</sup>. Tal técnica legislativa foi seguida pelas Constituições da República de 1937, 1946, 1967 e pela Emenda Constitucional n. 1, de 1969.

Vale destacar que, antes da entrada em vigor do Código Civil de 1916, diversos foram os projetos de lei, como os de Nabuco de Araújo, Felício dos Santos, Antonio Coelho Rodrigues, merecendo ressalva o Esboço e logo a Consolidação das Leis Civis elaborada por Augusto Teixeira de Freitas em 1857, a pedido e por contratação de D. Pedro II em 1855, sendo elogiada por vasta doutrina até os dias atuais, em face do profundo e completo estudo e compilação que mencionada consolidação caracterizou, tornando-se matéria de referência aos estudiosos do Direito.

Não se pode olvidar que concomitantemente à legislação e sua previsão à família, o concubinato (adulterino ou não)<sup>38</sup> sempre existiu, independentemente dos direitos que lhes eram ou não reconhecidos. Segundo Álvaro Villaça Azevedo, “Embora tendo reprovado o concubinato como forma de constituição de família, a Igreja Católica tolerou-o, quando não se cuidasse de união comprometedora do casamento ou quando incestuosa (...)”<sup>39</sup>.

A partir de 1940 é que leis esparsas provocaram alterações relevantes no Direito de Família, entre essas podem ser citadas, a Lei n. 883, de 21 de outubro de 1949, pela qual foi permitida a investigação de paternidade do filho adulterino depois de dissolvida a sociedade conjugal, bem como as alterações trazidas pela Lei n. 7.250 de 1984, quando se autorizou o reconhecimento do filho havido extra conjugalmente pelo cônjuge separado de fato há mais de cinco anos contínuos.

Ainda, interessante Lei foi a de 10 de dezembro de 1949, pela qual se estabeleceu a conciliação prévia nos desquites e ações de natureza famélica, ademais, a importante Lei de Alimentos, n. 5.478, de julho de 1968, entre outras.

---

em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm). Acesso em: 24 fev. 2022.

<sup>37</sup> BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm). Acesso em: 24 fev. 2022.

<sup>38</sup> CAHALI, Francisco José. *União estável e alimentos entre companheiros*. São Paulo, Saraiva, 1996, p. 87.

<sup>39</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Curso de direito civil: direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, v. 6, p. 67.

No tocante ao casamento e ao núcleo familiar, marcou a conquista de reivindicações a Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962, o denominado “Estatuto da Mulher Casada”, pela qual a mulher emancipou-se do marido, bem como garantiu novos direitos relacionados ao regime de bens e guarda dos filhos.

Outro marco importante e resultante de enorme polêmica popular, política e até mesmo econômica, foi a Lei do Divórcio, de n. 6.515, de 26.12.1977, quando o Estado regulou a dissolução da sociedade conjugal, bem como do casamento, gerando a Emenda Constitucional n. 9, de 28.06.1977, a qual possibilitou a dissolução do vínculo matrimonial e, por consequência, o termo desquite passou a ser denominado de “separação judicial”.

Relevante aspecto alterado em decorrência dessa inovação legislativa foi no tocante ao regime de bens do casamento. Até a Lei do Divórcio, o regime legal que prevalecia no Brasil era o da comunhão plena de bens, após a novel Lei, passou a ser o da comunhão parcial de bens<sup>40</sup>, além de ter estendido garantias à filiação decorrente do casamento putativo.

O Código Civil de 1916, como dito anteriormente, permaneceu vigente até 10 de janeiro de 2003, convivendo, porém, com a legislação esparsa no que concerne à matéria do Direito de Família, incluindo as modificações trazidas pela Constituição Federal de 1988, a exemplo do reconhecimento de direitos à união estável, conforme será demonstrado na sequência.

#### 1.4.2 O Casamento no Código Civil de 2002

Para além de um olhar focado puramente no Direito de Família, o Código Civil de 2002 contribuiu em larga escala para uma nova visão do direito privado, inspirando-se em dezenas de dispositivos contidos na Constituição de 1988, mais humanista. Tradicionalmente, o direito privado possuía como traço marcante a regulação das questões patrimoniais, relegando ao segundo plano aquelas de cunho pessoal. Todavia, com o advento do citado Código, nota-se uma transição paradigmática, com ênfase na despatrimonialização e repersonalização do direito privado.

---

<sup>40</sup> “Art. 50 – São introduzidas no Código Civil as alterações seguintes: (...) 7) Art. 258 – Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime de comunhão parcial” (BRASIL. Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. *Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6515.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm). Acesso em: 24 fev. 2022.

O projeto do “Novo Código Civil”, como ficou conhecido, tramitou por mais de 20 anos, pois foi encaminhado ao Presidente da República em 1975, por meio do Projeto nº 634, e, ainda que não tivesse validade jurídica e legal no ordenamento, era alvo dos estudiosos civilistas, de modo que as construções teóricas que nele constavam, já haviam transbordado para a práxis jurídica. Consequentemente, muito do que com seu advento foi positivado, há tempos refletia a doutrina e a jurisprudência pátrias.

Além disso, parece até natural e compreensível que um projeto de lei nascido nos idos de 1970, ou seja, um Código elaborado há quase três décadas de sua vigência, traga consigo resquícios daquela época e até mesmo normas conflitantes à sociedade com a qual se deparou quando de sua positivação, ainda que um renomado grupo de profissionais e estudiosos tenha se dedicado à revisão e atualização de seu texto.

Assim, em que pesem as inúmeras críticas da doutrina e da comunidade jurídica como um todo, o Código Civil de 2002 não deixa de ser um avanço e uma conquista da própria sociedade, e é certo que regras novas e benéficas à família firmaram-se com a nova legislação. Neste Código, vigente a partir de 11 de janeiro de 2003,<sup>41</sup> muitas alterações concernentes à família, ao casamento e aos direitos sucessórios já estavam pacificadas na doutrina e jurisprudência.

Com efeito, o Código Civil de 2002, prestigia valores e princípios de extrema importância à sociedade e à efetividade do Direito, como o da dignidade da pessoa, o da solidariedade, da eticidade, a função social do contrato e da propriedade, princípios<sup>42</sup> que permitem ao julgador maior flexibilidade para alcançar a almejada Justiça.

O seu conteúdo facilita o reconhecimento jurídico de situações atípicas, mas que configuram relações familiares, a exemplo das relações simultâneas (casamento e concubinato concomitantes), permitindo a aplicabilidade de direitos que coadunam com os preceitos constitucionais, a exemplo da dignidade da pessoa, previsto no artigo 1.º da Constituição Federal, aos novos arranjos familiares.

---

<sup>41</sup> DELGADO, Mário Luiz. Problemas de direito intertemporal: breves considerações sobre as disposições finais e transitórias do novo Código Civil brasileiro. In: ALVES, Jones F.; DELGADO, Mário Luiz (Coords.). *Questões controvertidas do novo código civil*. São Paulo: Método. 2004. p. 489.

<sup>42</sup> ARRUDA ALVIM, J. M. “A função social dos contratos no novo Código Civil”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003; SANTIAGO, Mariana Ribeiro. *O princípio da função social do contrato*. Curitiba: Juruá, 2005; GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato de acordo com o novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003 (Coleção Prof. Agostinho Alvim).

Segundo Francisco José Cahali: “Na verdade, os fatos da vida são inafastáveis, e a ocorrência da família natural, decorrente do concubinato, mesmo à margem do direito ou da proteção religiosa, é e sempre foi uma realidade social”<sup>43</sup>. Não se questiona que situações novas existem, famílias constituídas de forma diversa do tradicional e antigo casamento se proliferam, todavia, não deixam de serem famílias e de ensejar a proteção do Estado, dentro dos parâmetros legais. Vejam-se, a propósito, as palavras de Miguel Reale sobre o Código em tela:

Quando entrou em vigor o novo Código Civil, a 11 de janeiro de 2003, percebeu-se logo a diferença entre o Código de 1916, elaborado para um País predominantemente rural, e o que foi projetado para uma sociedade na qual prevalece o sentido dinâmico da vida urbana. Marcou, assim, uma passagem do individualismo e do formalismo do primeiro para o sentido socializante do segundo, mais atento às mutações sociais, numa composição equitativa de liberdade e igualdade. Além disso, foi superado o apego a soluções estritamente jurídicas, ainda sob a influência das Escolas da Exegese e dos Pandectistas, que pretendiam tudo resolver mediante categorias do Direito, passando-se a reconhecer o papel que na sociedade contemporânea voltam a desempenhar os valores éticos e sociais, a fim de que possa haver real concreção jurídica. Socialidade e eticidade condicionam os preceitos do novo Código Civil, atendendo-se às exigências de boa-fé e probidade em um ordenamento constituído por normas abertas, suscetíveis de permanente atualização<sup>44</sup>.

Dentre as principais inovações, a igualdade entre homem e mulher perante a sociedade e a filiação entre filhos oriundos ou não do casamento, foram ratificadas as normas previstas na Carta Magna; e a denominação “pátrio poder” passou a “poder familiar”, revelando apenas a alteração nessa nomenclatura, bem como intentando concretizar a igualdade entre os genitores.

Pela primeira vez o Código Civil reconheceu e abordou a matéria referente à união estável, ainda que diversamente das Leis 8.971/1994 e 9.278/1996 que tratavam a matéria, realmente perfazendo um avanço.<sup>45</sup>

No tocante ao regime de bens, o dote, que já era regra em desuso no Brasil, foi abolido e um novo regime denominado “participação final nos aquestos” foi determinado.

Quanto ao pacto antenupcial, principal objeto do presente trabalho, é previsto nos artigos 1.653 ao 1.656, porém, em razão da sua baixa popularidade e também do

---

<sup>43</sup> CAHALI, Francisco José. *União estável e alimentos entre companheiros*, op. cit., p. 8-9.

<sup>44</sup> REALE, Miguel. *História do novo Código Civil*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 46.

<sup>45</sup> CARDOSO, Fabiana Domingues; CAHALI, Francisco José. Sucessão na união estável. In: CASSETARI, Christiano; MENIN, Márcia M. (Coords.) *Direito das sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. 8, p. 123-152.

preconceito que cerca muitos casais quanto à contratualização das relações familiares, nada de inovador ocorreu.

Não obstante, o pacto pré-nupcial é obrigatório quando os nubentes optam por regime de bens diverso daquele instituído legalmente pelo artigo 1.640, que é o regime de comunhão parcial de bens, ou seja, os regimes de comunhão universal, da separação de bens e o da participação final nos aquestos. Aliás, sob o manto da autonomia privada, há quem defenda a possibilidade de os nubentes criarem o seu próprio regime de bens, com regras diferentes das pré-estipuladas pelo Código Civil, ou mesclarem disposições de mais de um dos regimes previstos em lei, ou as adotarem apenas em parte, mas isso é um assunto que será abordado em capítulo específico.

A doutrina majoritária entende não ser necessário o pacto antenupcial quando o regime de bens é obrigatório, como nos casos previstos nos incisos I, II e III do artigo 1.641 do referido Diploma legal, conforme será demonstrado em item próprio a respeito.

Ainda, cabe registrar as alterações trazidas no tocante à filiação e a constatação da paternidade, pois a nova legislação tornou imprescritível a ação do marido que pretende investigar a paternidade de filho havido na constância do casamento, bem como inovou ao prever a presunção de paternidade post mortem, especialmente ao fazer menção aos métodos contemporâneos de reprodução (cf. arts. 1.601 e 1.597, respectivamente).

O Código Civil de 2002 ressalta, em seus fundamentos e regras, a socialidade, a eticidade, a boa-fé e a probidade aplicadas ao ordenamento composto por normas abertas, suscetíveis de permanente atualização,<sup>46</sup> pois a sociedade atual brasileira é dinâmica e apresenta alterações constantes, demonstrando novos arranjos familiares a cada dia e, entre esses, muitas questões de relevância jurídica, que tencionam o mundo jurídico e seus personagens.

Como exemplo, pleitos de adoção homoafetiva,<sup>47</sup> de indenizações à esposa pela amante do marido,<sup>48</sup> reconhecimento de direitos sucessórios às famílias

---

<sup>46</sup> REALE, Miguel, op. cit., p. 46.

<sup>47</sup> DIAS, Maria Berenice. "A família homoafetiva e seus direitos". *Revista do Advogado – AASP*, ano XXVII, n. 91, p. 103-111, maio 2007; BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. *Parcerias homossexuais: aspectos jurídicos*. São Paulo, RT, 2002; GIRARDI, Viviane. *Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais*. Curitiba, Livraria do Advogado, 2005.

<sup>48</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Goiás. TJ/GO. Ação ordinária n. 2004.01004311. Relatora: Juíza Joseli Luiz Silva, 3ª Vara Cível, julgado em 17 de setembro de 2008.

simultâneas,<sup>49</sup> ou de famílias formadas por homossexuais,<sup>50</sup> ainda, devolução de pensões alimentícias ao alimentante, quando constatada a má-fé do alimentando, entre outras inúmeras possibilidades desafiadoras do Poder Judiciário, refletem essa realidade dinâmica e evolutiva.

Encerra-se esse assunto remetendo ao texto de José Renato Nalini,<sup>51</sup> o qual aborda o dinamismo familiar: “Só o que está morto não se transforma por força própria. A família vem por mutações justamente por ser um organismo dinâmico, impregnado de fervilhante seiva vital”.

Sob este raciocínio, inicia-se o próximo tópico com um assunto que, talvez, sinalize para a mais importante mudança vivida pelo direito privado moderno, qual seja a constitucionalização do Direito Civil, isto é, uma remodelação de seus institutos a partir das disposições constitucionais.

#### 1.4.3 A Constitucionalização do Direito Civil e o Casamento na Constituição Federal

A constitucionalização dos direitos sociais nas constituições do México e de Weimar<sup>52</sup> (Alemanha) abriu novos horizontes para o constitucionalismo mundial, entretanto, o Brasil considerou os fundamentos do direito social somente na era Vargas.

Por outro lado, a passagem do Estado liberal para o Estado social permitiu, ainda que paulatinamente, que a função social, a solidariedade e a ideia de coletividade, prevalescessem, e não exclusivamente do ser individual, e com isso, tais valores e princípios foram introduzidos na legislação brasileira, a exemplo do que acontecera em outros países em período anterior.

Vê-se uma diferença significativa em relação aos dogmas e preceitos que norteavam o Código Civil de 1916. Conforme elucida Maria Celina Bodin de Moraes:

Sabemos que o Código Civil de 1916 representou o ‘Estatuto da Vida Privada’, tendo este sido projetado para dar solução a todos os problemas da

---

<sup>49</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70019387455. Relator: Luiz Ari Azambuja Ramos, 8ª Câmara Cível, julgado em 24 de maio de 2007.

<sup>50</sup> BRANDÃO, 2002, p. 101.

<sup>51</sup> NALINI, José Renato. “A família brasileira do século XXI”. *Revista de Direito Privado*, n. 1, p. 9-27, RT, jan./mar., 2000, p. 26.

<sup>52</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 336.

vida dos particulares. Visava a regular a totalidade das relações privadas, dirigindo-se ao indivíduo isoladamente considerado<sup>53</sup>.

O traço característico daquele diploma era o individualismo exacerbado, bem como a tutela demasiada do ter em detrimento do ser. Para além disso, havia uma liberdade negocial ampla apoiada pelo texto legal que autorizava os particulares a celebrarem negócios jurídicos prestigiando exclusivamente os seus interesses, sem a necessária correspondência com o texto constitucional. Como afirma Gustavo Tepedino, "(...) o Código Civil Brasileiro, como os outros códigos de sua época, era a Constituição do direito privado"<sup>54</sup>. O autor prossegue dizendo que:

De fato, cuidava-se da garantia legal mais elevada quanto à disciplina das relações patrimoniais, resguardando-as contra a ingerência do Poder Público ou de particulares que dificultassem a circulação de riquezas. O direito público, por sua vez, não interferiria na esfera privada, assumindo o Código Civil, portanto, o papel de estatuto único e monopolizador das relações privadas. O Código almejava a completude, que justamente o deveria distinguir, no sentido de ser destinado a regular, através de situações-tipo, todos os possíveis centros de interesse jurídico de que o sujeito privado viesse a ser titular<sup>55</sup>.

No entanto, com o fortalecimento do Estado Social, que ocorreu significativamente em 1988, com o advento da Constituição Federal ora vigente, essa autoridade máxima do Código Civil passou a ser visitada com novos olhares. Nota-se que:

(...) os códigos civis perderam a posição central que antes desfrutavam no sistema, já que configuravam verdadeiras constituições, acarretando a redução do espaço reservado ao contrato e à propriedade, institutos-chave do liberalismo. Além disso, a concepção de proteção da vida individual – construção em que subjaz a autonomia individual em sentido absoluto – deu lugar à noção do homem integrado à sociedade, substituindo, por força da industrialização, a figura do indivíduo isolado pela figura da associação<sup>56</sup>.

Para Paulo Lôbo, "A Constituição deixou de ser apenas a fonte suprema do direito público (...), para converter-se, também, em lei fundamental do direito privado, reguladora das diretrizes essenciais das relações entre os privados, com eficácia

---

<sup>53</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida de pessoa humana: estudos de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 24.

<sup>54</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 2.

<sup>55</sup> Idem, *ibidem*, op. cit., p. 3.

<sup>56</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de, op. cit., p. 6.

imediate e direta”<sup>57</sup>. Trata-se de uma releitura do direito civil à luz da Constituição<sup>58</sup>. Por seu turno, Schreiber explica que não se trata apenas de recorrer à Constituição “para interpretar as normas ordinárias de direito civil (aplicação indireta da Constituição), mas também de reconhecer que as normas constitucionais podem e devem ser diretamente aplicadas às relações jurídicas estabelecidas entre particulares”<sup>59</sup>.

Já Pietro Perlingieri afirma que o direito privado está inclinado “a adequar-se aos novos ‘valores’, na passagem de uma jurisprudência civil dos interesses patrimoniais a uma mais atenta aos valores existenciais”<sup>60</sup>. Neste ambiente revolucionário, ganhou força o fenômeno da repersonalização do direito civil, assim definido por Jussara Meireles:

(...) a pessoa humana passa a centralizar as cogitações jurídicas na medida em que o ser é valorizado. O seu papel anteriormente estabelecido pelas disposições do Código Civil, determinado fundamentalmente pela propriedade, pelo ter, assume função meramente complementar. A excessiva preocupação com o patrimônio, que ditou a estrutura dos institutos basilares do Direito Civil, não encontra resposta na realidade contemporânea, mais voltada ao ser humano na sua total dimensão ontológica, cujos interesses de cunho pessoal se sobrepõem à mera abstração, que o situava como simples polo da relação jurídica<sup>61</sup>.

Segundo Francisco Amaral, deve-se valorizar a pessoa humana, “não o indivíduo atomizado, ou sujeito abstrato de direito do racionalismo moderno, mas a pessoa como centro e destinatário do direito, como expressão da filosofia do personalismo ético, segundo o qual todo ser humano é pessoa, individual e concreta e, eticamente, um valor em si mesmo”<sup>62</sup>.

De acordo com Luís Roberto Barroso, é justamente o princípio da dignidade da pessoa humana que “promove uma despatrimonialização e uma repersonalização do direito civil, com ênfase em valores existenciais e do espírito, bem como no reconhecimento e desenvolvimento dos direitos da personalidade, tanto em sua

<sup>57</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 42.

<sup>58</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. Nàpole: ESI, 2001, p. 189.

<sup>59</sup> SCHREIBER, Anderson. *Direito Civil e Constituição*. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. *Direito civil constitucional*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 2.

<sup>60</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 33-34.

<sup>61</sup> MEIRELES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 111.

<sup>62</sup> AMARAL, Francisco. *O contrato e sua função institucional*. Conferências na Faculdade de Direito de Coimbra 1999/2000. Coimbra: Coimbra Ed., 2000, p. 370.

dimensão física quanto psíquica”<sup>63</sup>.

Nesta linha de raciocínio, inovações importantes foram identificadas no aspecto da família e do convívio conjugal, a exemplificar: o homem e a mulher foram considerados iguais para o exercício dos deveres e direitos relativos à sociedade conjugal, a prole e à família como um todo.<sup>64</sup> Sobre o tema, Tepedino realça que essa nova visão do Direito de Família não lhe subtrai o caráter de matéria de direito privado:

(...) O fato de os princípios de ordem pública permearem todas as relações familiares não significa ter o direito de família migrado para o direito público; devendo-se, ao reverso, submeter a convivência familiar, no âmbito do próprio direito civil, aos princípios constitucionais, de tal maneira que a família deixe de ser valorada como instituição, por si só merecedora de tutela privilegiada, como queria o Código Civil, em favor de uma proteção funcionalizada à realização da personalidade e da dignidade dos seus integrantes, como quer o texto constitucional<sup>65</sup>.

Demais disso, com a Constituição de 1988, o casamento religioso passou a ter efeitos civis, conforme o parágrafo 2.º do artigo 226. O *caput* deste artigo estabelece que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”<sup>66</sup>, ratificando o valor da família já existente, o que revela aspectos importantes para a *celula mater* da sociedade, independentemente de como esta família se forme, se documentalmente vinculada, ou não. A união estável foi então reconhecida como entidade familiar, devendo a lei facilitar a conversão desta em casamento.<sup>67</sup> Sedimentou-se a igualdade entre filhos naturais, por adoção e também aqueles havidos fora do casamento.

Cabe destacar, também, que o prazo para o divórcio foi alterado, passando para dois anos, a contar da separação de fato, se direto, e de um ano, após a separação judicial, o que foi afetado posteriormente com o advento da EC nº 66/2010, que dispensou a exigência de prazo ou prévia separação judicial para o divórcio.

Diante dessas relevantes alterações no ordenamento jurídico, acrescidas da construção pretoriana e doutrinária, a família e seus direitos tomaram novos contornos

---

<sup>63</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista da EMERJ*, v. 9, nº 33, 2006, p. 74-75.

<sup>64</sup> Art. 226. § 5.º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

<sup>65</sup> TEPEDINO, Gustavo, *Temas de direito civil*, op. cit., p. 20.

<sup>66</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 24 fev. 2022.

<sup>67</sup> Art. 226, § 3.º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

e espaços na sociedade, caracterizando a evolução de direitos e conceitos.

Após a Lei n. 8.009, de 29 de março de 1990, que ampliou a proteção do bem de família, demonstrando mais uma garantia e proteção à família brasileira, em 1992, a Lei n. 8.408 minorou para um ano, o prazo mínimo de duração do casamento para que fosse permitido pleitear a separação judicial, com base na ruptura da vida comum.

Após o reclamo da sociedade e a constatação diária pelos Tribunais do aumento irreversível de uniões estáveis já protegidas pela Constituição Federal, finalmente foram promulgadas as Leis n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994 e 9.278, de 10 de maio de 1996, pelas quais boa parte dos direitos e deveres dos conviventes foram estipulados, configurando fase importante para o Direito de Família no País.

De fato, a sistemática do direito civil-constitucional revolucionou a visão do direito privado, de modo que as relações jurídicas passaram a ser encaradas sob o filtro da realização da dignidade da pessoa humana. Com isso, as mudanças e o reconhecimento normativo das situações jurídicas ora citadas refletem um novo tempo para a autonomia privada, compreendida agora num aspecto existencial e não mais individual e patrimonialista. Encerrada essa análise, importa estudar a natureza jurídica do casamento.

## 1.5 NATUREZA JURÍDICA DO CASAMENTO

A natureza jurídica do casamento já rendeu longas discussões e polêmicas entre doutrinadores clássicos, brasileiros e estrangeiros. Por sua vez, na modernidade, caracterizada pela família plural e globalizada, ela não se encontra tanto em voga como outrora. O legislador do Código Civil de 2002, por exemplo, não se preocupou em enfrentar o debate acerca da natureza jurídica do casamento. Todavia, ainda que para fins meramente terminológicos, é importante rememorar tais discussões, que podem ser sintetizadas em três correntes doutrinárias: natureza institucional, natureza contratual e natureza mista ou eclética.

A teoria institucionalista vê o casamento como uma instituição, rejeitando sua natureza negocial, pois aí reside forte carga moral e religiosa. Nesse caso, o casamento é verdadeiramente sinônimo de matrimônio, no sentido que este significante traduz, ou seja, intrinsecamente vinculado a um ato sagrado. Para os que veem o casamento como uma “instituição social”, suas regras são preestabelecidas

pelo legislador com o objetivo de uma organização social, inclusive de união de sexos.

Em outras palavras, o casamento é o conjunto de normas imperativas, cujo objetivo é colocar a família como uma organização social e moral. Comentando tal teoria, Jean Carbonnier explica que o casamento “faz mais do que engendrar relações de credor a devedor; ele cria uma família, o estado dos esposos, a legitimidade dos filhos. Daí ser uma instituição”<sup>68</sup>. Defendem essa corrente os autores Maria Helena Diniz e Arnold Wald<sup>69</sup>. Além destes, perfilha o mesmo raciocínio Washington de Barros Monteiro, para quem o casamento “é uma grande instituição social, que, de fato, nasce da vontade dos contraentes, mas que, da imutável autoridade da lei, recebe sua forma, suas normas e seus efeitos... A vontade individual é livre para fazer surgir a relação, mas não pode alterar a disciplina estatuída pela lei”<sup>70</sup>.

De outra banda, a teoria contratual considera o casamento como um contrato de natureza especial e com regras próprias. Como se disse acima, o Código Civil de 2002 não se preocupou em estabelecer a natureza jurídica do casamento, dizendo apenas que ele “estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges” (Art. 1.511). O Código Civil de Portugal, por sua vez o define como um contrato: casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos da disposição deste código (Art. 1.577).

A corrente contratualista é seguida, entre outros doutrinadores, por Clóvis Bevilacqua, Pontes de Miranda, Orlando Gomes, Caio Mário da Silva Pereira e Álvaro Villaça Azevedo<sup>71</sup>. Para Eduardo Espínola, “o casamento é um contrato que se constitui pelo consentimento livre dos esposos, os quais, por efeito de sua vontade, estabelecem uma sociedade conjugal que, além de determinar o estado civil das pessoas, dá origem às relações de família, reguladas, nos pontos essenciais, por normas de ordem pública”<sup>72</sup>. Veja-se, a propósito, a definição de casamento cunhada por Pontes de Miranda:

O casamento é contrato solene, pelo qual duas pessoas de sexo diferente e capazes, conforme a lei, se unem com o intuito de conviver toda a existência, legalizando por ele, a título de indissolubilidade (atualmente, de

---

<sup>68</sup> CARBONNIER, Jean. *Droit Civil*. 8. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1969. v. 2, p. 12.

<sup>69</sup> MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus, op. cit., p. 99.

<sup>70</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 1994 v. 2, p. 13.

<sup>71</sup> MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus, op. cit., p. 99.

<sup>72</sup> ESPÍNOLA, Eduardo. *A família no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Conquista, 1957. p. 49-50.

dissolubilidade) do vínculo, as suas relações sexuais, estabelecendo para seus bens, a sua escolha ou por imposição legal, um dos regimes regulados pelo Código Civil, e comprometendo-se a criar e a educar a prole que de ambos nascer<sup>73</sup>.

Vale pontuar que a assertiva acima data da primeira metade do século XX e, quando confrontada com a realidade normativa e jurisprudencial atual, mostra-se ultrapassada. Isso porque o casamento não é um direito apenas de pessoas de sexos distintos, mas também para pessoas do mesmo sexo, conforme já tratado alhures. Esse breve apontamento, contudo, não desabona a ideia contratualista do autor.

A concepção contratualista tem sua origem no direito canônico, foi adotada pela Escola do Direito Natural, do século XVIII, pelo Código de Direito Canônico e chegou no Código Civil francês (1804), na escola exegética do século XIX e na doutrina do século XX<sup>74</sup>.

A teoria mista ou eclética, defende que o casamento é uma instituição em relação ao seu conteúdo e um contrato especial quanto à sua formação, e que faz uma junção das duas teorias, ao considerar o casamento como um ato complexo pois tem características contratuais e institucionais. Adotam essa teoria Planiol, De Ruggiero, Rouast e outros doutrinadores. Segundo um deles, Alberto Trabucchi, o casamento “é um ato complexo, que se afasta da conformação típica dos negócios de direito privado, porque um dos três sujeitos que o faz existir é necessariamente um sujeito de direito público”<sup>75</sup>. Para Giselda Maria Fernandes Hironaka:

A teoria eclética, que congraça as duas ideias anteriormente vistas, considerando o casamento como contrato em sua formação, por se originar do acordo de vontades e instituição em sua duração, pela interferência do Poder Público e pelo caráter inalterável de seus efeitos. Esta teoria, pois, distingue o casamento-fonte do casamento-estado. O primeiro tem natureza contratual e, o segundo, natureza institucional, vez que as regras que governam os esposos durante a união conjugal são fixadas imperativamente pelo Poder Público, não podendo o casal modificá-las<sup>76</sup>.

De mais a mais, pode-se dizer que a natureza jurídica do casamento é negocial, ou seja, contratual. Mas vai um pouco além disto, pois há regras no

---

<sup>73</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito de família: direito matrimonial*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1947. v. 1, p. 93.

<sup>74</sup> NADER, Paulo. *Curso de direito civil: direito de família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. 5, p. 52.

<sup>75</sup> TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di Diritto Civile*. 15. ed. Padova: Cedam, 1966, p. 270.

<sup>76</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Casamento. *Revista do Direito Civil*. São Paulo: RT, nº 54, 1990, p. 10.

casamento que não podem ser discutidas, ou mudadas, como por exemplo, a forma de celebração ou os requisitos de habilitação. A essência do casamento é contratual, pois é de livre escolha, mas traz consigo também a necessidade de reconhecimento do Estado, pois existem regras de ordem pública não passíveis de negociação. E é neste sentido a afirmação de Maria Berenice de que o casamento é um contrato de adesão<sup>77</sup>.

Defensores da natureza contratual do casamento, tratando-o como um contrato especial de direito de família, Carlos Alberto Dabus Maluf e Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf assinalam que:

Embora não traga consignada a doutrina pátria uma definição expressa do que seja em si o casamento, podemos entendê-lo como um ato solene, com forma prevista em lei, que tem em vista a formação de um grupo social, que visa ao amparo mútuo dos seus partícipes em todas as esferas da vida íntima, baseado em afeição genuína, com finalidade de crescimento interior, desenvolvimento das intrínsecas potencialidades, visando ao bem-estar, à felicidade, à perpetuação do ser humano, em observância da higidez da sociedade<sup>78</sup>.

Seja qual for sua natureza jurídica, o fato é que no Direito de Família Contemporâneo, o Estado tende a se afastar cada vez mais das questões de foro íntimo e da vida privada, e assim o casamento tende realçar cada vez mais a sua natureza contratualista.

---

<sup>77</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 13ª ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 463.

<sup>78</sup> MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus, op. cit., p. 100.

## 2 PACTO ANTENUPCIAL

O pacto antenupcial insere-se no fenômeno da contratualização das relações familiares, que ganhou destaque com a constitucionalização do direito privado e a valorização do ser humano em seu aspecto existencial. Trata-se de uma convenção que pode ser examinada por diversos ângulos, com destaque para a investigação dos seus limites e das matérias passíveis de serem disciplinadas em seu conteúdo.

Além destes pontos, estuda-se a possibilidade de ajustar-se regras específicas para o matrimônio, excetuando inclusive disposições legais. Exemplificativamente, sabendo que o artigo 1.566, inciso I, do Código Civil, impõe aos cônjuges o dever de fidelidade recíproca<sup>79</sup>, discute-se se eles poderiam, a pretexto do exercício da autonomia privada, desincumbirem-se deste dever expressamente no corpo do pacto antenupcial. Evidentemente a solução não é fácil, mas existe um razoável aparato doutrinário e jurisprudencial que permite, à luz de fundamentos sólidos, estabelecer uma solução coerente com o atual estágio do ordenamento jurídico pátrio.

Em linhas gerais, o presente capítulo examina as principais nuances do pacto antenupcial, enfrentando desde aspectos conceituais até questões polêmicas que tonalizam a proposta estabelecida neste trabalho, buscando-se a partir daí um respaldo científico suficiente para o exame da cláusula penal enquanto conteúdo do pacto em questão.

### 2.1 IMPORTÂNCIA DA AUTONOMIA PRIVADA PARA O PACTO ANTENUPCIAL

Falar da importância da autonomia privada para o pacto antenupcial apenas com base na atual roupagem do ordenamento jurídico levaria a uma visão incompleta do instituto. Isso porque a autonomia passou por diversas transformações, sobretudo no que diz respeito ao grau de liberdade que os sujeitos possuem para a celebração de acordos.

A primeira noção de liberdade nos negócios jurídicos foi concebida sob a égide do Estado Liberal, definida como autonomia da vontade. Com a ascensão dos

---

<sup>79</sup> BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 24 mar. 2022.

burgueses na França do século XIX, sob a influência do Código Napoleão de 1804, criou-se uma concepção clássica acerca do direito negocial no sentido de garantir aos negociantes uma liberdade absoluta, pautada na ideia de que nascendo os homens livres e iguais, isto é, não havendo predomínio de um sobre o outro nos contratos, a palavra empenhada deveria ser necessariamente cumprida<sup>80</sup>.

Segundo Gerson Luiz Carlos Branco, essa ingerência do ideário burguês no campo do direito privado fez com que o particular, com base na autonomia da vontade, passasse a “(...) agir politicamente sobre a normatividade através de sua vontade”<sup>81</sup>. Para o autor:

(...) o fundamento da autonomia da vontade está na concepção de que o homem, por ser dotado de inteligência, é livre, diferentemente dos animais que são presos aos seus instintos, motivo pelo qual as ações daquele não são meramente impulsos, mas atos de decisão tomados após reflexão. Esta liberdade para decidir implica no homem a responsabilidade de cumprir os pactos que fizer. É a concepção Kantiana de vontade, de fonte de obrigações jurídicas, e por si só de justiça: ‘qui dit contractuel, dit juste’<sup>82</sup>.

A própria noção de negócio jurídico nessa época era marcada pela influência dos burgueses. Conforme apontou Jürgen Habermas:

A concepção de negócio jurídico como um contrato à base da livre declaração de vontades é copiado do processo de troca entre donos de mercadorias na livre-concorrência. Ao mesmo tempo, um sistema de Direito privado que, por princípio, reduz as relações das pessoas privadas entre si a contratos privados, pressupõe como modelares as relações de troca que se estabelecem segundo leis do mercado livre de trocas<sup>83</sup>.

Um dos ícones do liberalismo, o filósofo Adam Smith opõe-se com veemência à interferência do Estado nas relações particulares, pois para ele: “não existe arte que um governo aprenda do outro com maior rapidez do que extrair dinheiro dos bolsos da população”<sup>84</sup>. Assim, cria-se um espaço aberto para o exercício da livre iniciativa

<sup>80</sup> MARQUESI, Roberto Wagner; MARTINS, Priscila Machado. Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais e Negócios Jurídicos Existenciais. In: PONA, Everton Willian; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; Martins, Priscila Machado. (Org.). *Negócio Jurídico e Liberdades Individuais: Autonomia Privada e Situações Jurídicas Existenciais*. Curitiba: Juruá, 2016, v. 1, p. 141.

<sup>81</sup> BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Os princípios reguladores da autonomia privada: autonomia da vontade e boa-fé. *Direito e Democracia*, Canoas, v. 1., n. 1, p. 95-112, 1º sem. 2000, p. 98.

<sup>82</sup> Idem, ibidem, loc. cit.

<sup>83</sup> HABERMAS, Jürgen. *Mudança Estrutural na Esfera Pública*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 94.

<sup>84</sup> SMITH, Adam. *A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas*. São Paulo: Nova Cultural, 1996, v. II, p. 315.

no âmbito econômico que, como visto acima, acaba desaguando no direito privado como um todo.

Como consequência, “o direito contratual era orientado pelo princípio da autonomia das partes e na obrigatoriedade do contrato, popularmente conhecida como *pacta sunt servanda*, pela qual o contrato fazia lei entre as partes, ou seja, o instrumento pactuado tinha força suficiente para ditar regras cogentes e coercitivas (...)”<sup>85</sup>. A citada força obrigatória dos contratos encontra realmente sua razão de ser no Estado Liberal, sobretudo porque “o liberalismo do século XIX justifica o princípio na ideia de que, se as partes alienaram livremente sua liberdade, devem cumprir o prometido, ainda que daí lhes advenha considerável prejuízo. Pois quem diz contratual, diz justo”<sup>86</sup>.

Para Enzo Roppo, a essência da autonomia da vontade reside no fato de que “os sujeitos privados são livres de obrigar-se como quiserem. Mas quando se obrigam, obrigam-se verdadeiramente; aquilo que livremente escolheram torna-se vínculo rigoroso dos seus comportamentos, e se violada a palavra dada, respondem por isso e sujeitam-se a sanções”<sup>87</sup>.

Com isso, ofereceu-se aos particulares um amplo espaço em que muito se podia fazer a pretexto do exercício de uma liberdade contratual ampla, divorciada da opressão que até então era imposta pelo regime absolutista. Sobre tal época, Roppo ainda assinala que:

Os princípios ideológicos a que nos referimos podem ser reconduzidos a uma única ideia: a ideia de liberdade de contratar. Com base nesta, afirmava-se que a conclusão dos contratos, de qualquer contrato, devia ser uma operação absolutamente livre para os contraentes interessados: deviam ser estes, na sua soberania individual de juízo e de escolha, a decidir se estipular ou não estipular um certo contrato, a estabelecer se concluí-lo com esta ou com aquela contraparte, a determinar com plena autonomia o seu conteúdo, inserindo-lhe estas ou aquelas cláusulas, convencionando este ou aquele preço. Os limites a uma tal liberdade eram concebidos como exclusivamente negativos, como puras e simples proibições; estas deviam apenas assinalar, por assim dizer, do exterior, as fronteiras, dentro das quais a liberdade contratual dos indivíduos podia expandir-se sem estorvos e sem controles:

---

<sup>85</sup> LIMA, Caroline Melchides Salvadego Guimarães de Souza; SANTOS, Pedro Henrique Amaducci Fernandes dos; MARQUESI, Roberto Wagner. Negócios jurídicos contemporâneos: a efetivação da dignidade da pessoa humana com alicerce nos contratos existenciais. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 7, n. 3, 2018. Disponível em: <<http://civilistica.com/negocios-juridicos-contemporaneos/>>. Data de acesso: 16 mar. 2022.

<sup>86</sup> GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. *Função social do contrato e contrato social: análise da crise econômica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 97.

<sup>87</sup> ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 128.

não concluir um certo contrato, não inserir nele uma certa cláusula. Inversamente, não se admitia, por princípio, que a liberdade contratual fosse submetida a vínculos positivos, a prescrições tais que impusessem aos sujeitos, contra a sua vontade, a estipulação de um certo contrato, ou a estipulação com um sujeito determinado, ou por um certo preço ou em certas condições: os poderes públicos – legislador e tribunais – deviam abster-se de interferir, a que título fosse, na livre escolha dos contraentes privados<sup>88</sup>.

Assim, prestigiava-se uma liberdade despida de fortes limitações, fazendo valer o bordão de que quanto maior a área de não-interferência do Estado, mais ampla seria a liberdade dos indivíduos. Em outras palavras, esse tipo de liberdade reclamava “um espaço de não ingerência, de ausência de impedimentos ou de obstáculos (por isso ela é chamada de negativa) para o exercício de ações que os indivíduos deliberadamente desejam realizar”<sup>89</sup>.

Essa ideia tem claramente um viés hobbesiano, em que a liberdade compreende-se como a “ausência de impedimentos externos, impedimentos que muitas vezes tiram parte do poder que cada um tem de fazer o que quer”<sup>90</sup>. Para o filósofo, “cada homem possui o direito de usar seu próprio poder, da maneira que quiser, para a preservação de sua própria natureza, ou seja, de sua vida; e conseqüentemente de fazer tudo aquilo que seu próprio julgamento e razão lhe indiquem como meios adequados a esse fim”<sup>91</sup>.

Destarte, a visão da época acerca das relações contratuais era a de que “o contrato é sempre justo, porque, se foi querido pelas partes, resultou da livre apreciação dos respectivos interesses pelos próprios contratantes. O sujeito era livre para contratar e definir os termos do contrato”<sup>92</sup>. Imagine-se, então, a celebração de um pacto antenupcial neste cenário, em que a vontade dos indivíduos era colocada acima de tudo. Os nubentes poderiam livremente estipular as cláusulas contratuais, mesmo que isso implicasse em prejuízo a um, ao outro ou até mesmo a ambos. Afinal, o que fora pactuado deveria necessariamente ser cumprido, ainda que desse apego à força obrigatória do contrato lhes sobreviessem infortúnios não desejados.

Apesar de alguns avanços alcançados com a derrocada do absolutismo e o advento do Estado Liberal, vê-se que a garantia de uma liberdade ampla e irrestrita

<sup>88</sup> Idem, *ibidem*, op. cit., p. 32-33.

<sup>89</sup> RAMOS, César Augusto. A concepção republicana de liberdade como não-dominação. *Crítica: Revista de Filosofia*. Londrina, v.12, n. 36, p. 301-336, out./2007, p. 305.

<sup>90</sup> HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria B. N. da Silva. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 78.

<sup>91</sup> Idem, *ibidem*, loc. cit.

<sup>92</sup> BESSONE, Darcy. *Do contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 31.

no campo do direito negocial não se apresenta como uma medida prudente, sobretudo porque a ideia de que todos os indivíduos são livres e iguais não coaduna com a realidade, o que acaba colocando em xeque o equilíbrio material das relações particulares.

Na verdade, a história da humanidade é recheada de exemplos que demonstram o perigo de se propiciar ou legitimar o predomínio da vontade de um sobre o outro (especialmente no campo político), tapando os olhos para as desigualdades sociais, numa falsa ideia de que todos nascem livres e iguais. Como adverte Sergio Alves Gomes:

(...) a história demonstrou que a junção da liberdade sem freios com a ganância pelo lucro resulta numa dupla perfeita para a escravização dos economicamente mais frágeis. E foi isso que ocorreu no cenário da Revolução Industrial: os donos dos meios de produção reduziram os trabalhadores – que, para a subsistência pessoal e de suas famílias, somente podiam contar com a força do seu trabalho – à condição de verdadeiros escravos do capital. As fábricas, ruas e casebres das cidades industrializadas da época evidenciavam a exploração da força de trabalho do operariado de então e as péssimas condições que viviam os trabalhadores<sup>93</sup>.

Curiosamente, tudo isso “se passava na total ausência, indiferença e omissão do Estado liberal que se mantinha fiel ao mito formalizado pelo direito então vigente, segundo o qual, *todos são livres e iguais*”<sup>94</sup>. Ou seja, ainda que a realidade expusesse um cenário de profunda desigualdade social, o Estado estava respaldado pela ordem jurídica da época para manter-se silente. Por conseguinte, os negócios jurídicos caracterizavam-se por injustiças e desequilíbrios aberrantes, sob o pretexto de uma inconcebível igualdade formal entre os negociantes.

Destarte, essa era a roupagem da autonomia dos particulares em seu estágio inicial, concebido sob a égide do Estado Liberal e conceituada como autonomia da vontade. Essa constatação preliminar é de extrema valia para a proposta perseguida neste trabalho, que transita justamente no campo da liberdade dos cônjuges. Como apontado anteriormente, não basta saber o escopo atual da autonomia privada, é preciso investigar os degraus históricos que foram encarados e superados para se chegar até ele.

Ante as consternações provocadas pela ideia liberal de autonomia da

---

<sup>93</sup> GOMES, Sergio Alves. *Hermenêutica constitucional: um contributo à construção do Estado Democrático de Direito*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 263.

<sup>94</sup> GOMES, Sergio Alves, op. cit., p. 264.

vontade, os operadores do direito constataram a necessidade de um novo modelo de autonomia, não mais ilimitado e absoluto, mas sujeito a limites substanciais que, no plano material, pudesse igualar os particulares.

Examinar-se-á, mais à frente, os reflexos do direito civil-constitucional no conceito de autonomia privada. Entretanto, vale dizer, de antemão, que aquela ideia de liberdade irrestrita e absoluta perdeu o seu espaço, dando lugar à autonomia privada, que decorre de uma visão italiana, em consonância com “seu significado etimológico de dar normas para si mesmo”<sup>95</sup>. Segundo Ana Carolina Brochado Teixeira:

Hoje, contudo, com a ausência de um deus – ou uma concepção religiosa unificadora, um *ethos* único – que una as pessoas ou que imponha certas condições de sobrevivência no sistema, em um processo cada vez mais acentuado de secularização da sociedade e de multiplicidade de valores, cada um pode construir, com inteira liberdade, seu próprio caminho de acordo com seus anseios, com autonomia, já que todos são coautores da constante construção da sociedade. É uma realidade que permite o autogoverno, bem como a responsabilização pelas escolhas feitas. Trata-se de um processo permitido a todos, em um sistema de liberdades equivalentes para cada pessoa. Todos, independentemente de seus projetos, têm igual valor para o direito, pois o que mudou foi que o indivíduo passou a ter importância pelo simples fato de ser pessoa, que pode elaborar seus projetos e viver segundo as próprias concepções, com as próprias singularidades. Por isso, cada um possui, igualmente, direito de interpretar o que, para si, venha a ser liberdade, bem como suas manifestações e projeções em sua própria vida<sup>96</sup>.

Para a autora, esse novo conceito de autonomia tem como base o diálogo estabelecido entre três premissas: dignidade, autonomia e responsabilidade. Em sua visão, “(...) é nessa trilogia que será possível uma efetiva possibilidade de cada pessoa construir, de forma livre, a própria personalidade, desenvolvê-la em todas as suas potencialidades, pois na base de toda e qualquer relação humana deve estar sempre presente o respeito à dignidade<sup>97</sup>”.

Em verdade, acredita-se que grande parte da proposta estabelecida na presente pesquisa gravita em torno desta concepção e do conceito de negócio jurídico que será fixado mais adiante. Isso porque o desafio proposto caminha na contramão de fortes concepções tradicionais, como é o caso da tese de que os cônjuges não podem dispor no pacto antenupcial de matérias alheias ao regime de bens. Se a

---

<sup>95</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico e declaração negocial*. São Paulo: Edição do Autor, 1986, p. 78.

<sup>96</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia Existencial. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBD Civil*. Belo Horizonte, v. 16, p. 75-104, abr./jun., 2018, p. 77.

<sup>97</sup> Idem, *ibidem*, p. 81.

concretização da dignidade humana perpassa a possibilidade de cada pessoa construir, de forma livre, a própria personalidade, é imperioso revisitar axiologicamente a tese acima, verificando-se a sua harmonia com a nova realidade hermenêutica do ordenamento pátrio.

Propõe-se, dentro da trilogia mencionada, a instalação de um novo filtro interpretativo no campo do Direito de Família, no sentido de garantir, a princípio, uma liberdade ampla aos cônjuges na elaboração do pacto antenupcial, tendo em conta que a tutela da liberdade reflete no respeito à dignidade, admitindo-se a intervenção do Poder Judiciário somente nas hipóteses de flagrante irresponsabilidade dos nubentes.

Esse raciocínio, evidentemente desafiador, é importante à medida que em determinadas situações afetas à presente discussão, o legislador sequer cogita o exercício da autonomia dos cônjuges, pouco importando se eles agirão ou não com responsabilidade. É o que ocorre com as normas consideradas cogentes, a exemplo dos deveres conjugais, em que os nubentes não podem optar por excetuá-las, cabendo-lhes tão somente o seu cumprimento.

É preciso investigar até que ponto essa rigidez característica do positivismo jurídico é adequada e razoável frente aos novos adornos do Direito de Família. Não se pode olvidar, nesta análise, os efeitos do pós-positivismo, especialmente no que tange à força normativa dos princípios, como é a dignidade da pessoa humana, princípio elementar da República Federativa do Brasil. A solução dos impasses normativos, sobretudo no contexto da sociedade contemporânea, deve ser orquestrada de acordo com o atual paradigma jusfilosófico constitucional, ainda que isso implique na revisitação de conceitos e entendimentos tradicionais há tempos consolidados.

Inegavelmente, a aderência ao positivismo jurídico teve sua razão de ser, especialmente na transição da Idade Média para a Moderna, isto é, de meados do século XVIII ao início do século XIX, em que se buscava a consolidação do primado da segurança jurídica. Como assevera Roger Aguiar, a “colocação da lei no patamar de um comando estratificado, abstrato e absolutamente coercitivo atendia certamente ao reclamo da sociedade da época, em repúdio aos desmandos e extravagâncias produzidos pelo absolutismo”.<sup>98</sup>

---

<sup>98</sup> AGUIAR, Roger Silva. O positivismo e o pós-positivismo na criação e aplicação do Direito civil brasileiro. In: MELLO, Cleyson M. *Novos Direitos: os paradigmas da pós-modernidade*. Niterói: Impetus,

Isso não significa, entretanto, que o modelo positivista seja adequado para os séculos subsequentes aos mencionados acima, mormente para o século XXI, em que a realidade social, econômica, política e cultural é diversa daquela estabelecida naquele tempo. Aliás, justamente a complexidade da sociedade pós-moderna foi um dos pilares que culminou na crise e na derrocada do positivismo jurídico, dando vazão ao pós-positivismo. Para a doutrina:

(...) o novo pensamento (pós-positivista) se afasta das decisões que tentam negar um mínimo de valoração quando da concreção das normas. Não se admite mais o isolamento do aplicador do direito em relação aos valores que respaldam e sustentam o direito. A leitura axiológica do direito em busca de ideais de justiça são admitidos e necessários na atual conjuntura. Decisões desprovidas de qualquer identificação de justiça, ao argumento da pura e simples vontade do legislador, não mais podem ser aceitas, sobretudo as opressoras da dignidade do ser humano<sup>99</sup>.

Em tal paradigma, segundo Paulo Bonavides, os princípios são “(...) a expressão mais alta da normatividade que fundamenta a organização do poder”<sup>100</sup>. Com isso, “(...) o operador do direito pode identificar princípios norteados em valores relevantes e aplicá-los concretamente, mesmo que a lei não os contemple de ponto ou lhes seja contrária”<sup>101</sup>. Noutras palavras, “(...) é possível afastar determinada norma quando de sua aplicação em concreto com o escopo de se buscar uma solução justa”<sup>102</sup>.

Assim, conectando-se tais fundamentos com o tema proposto neste trabalho, não se pretende exterminar a segurança jurídica, o que seria deveras imprudente, mas ao menos garantir um espaço razoável ao exercício das liberdades individuais, permitindo-se – com base na força normativa do princípio da dignidade da pessoa humana – em determinadas circunstâncias (não todas) a prevalência da autonomia dos cônjuges ainda que colidente com o texto normativo.

Verifica-se a necessidade de um “recuo dos poderes do Estado em relação à proteção da pessoa humana para evitar invasões nos espaços de individualidades que clamam por respeito à autonomia privada dirigida à existência do ser (...), ainda

---

2004, p. 146.

<sup>99</sup> FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 48, n. 189, jan./mar., 2011, p. 117.

<sup>100</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 288.

<sup>101</sup> FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella, op. cit., p. 116.

<sup>102</sup> Idem, ibidem, loc. cit.

que o interesse estatal e o senso comum entendam de forma diversa”<sup>103</sup>. Trata-se de uma posição radical, pautada no direito fundamental à liberdade, que busca consolidar a autonomia privada existencial em sua máxima efetividade.

Cite-se, nessa quadra, o diagnóstico de Hans Kelsen quando da transição da autonomia da vontade para a autonomia privada: “Na medida em que a ordem jurídica institui o negócio jurídico como fato produtor de Direito, confere aos indivíduos que lhe estão subordinados o poder de regular as suas relações mútuas, dentro dos quadros das normas gerais criadas por via legislativa ou consuetudinária, através de normas criadas pela via jurídico-negocial”<sup>104</sup>.

O autor, como se vê, submete a vontade humana aos limites estabelecidos pela lei. Com o tempo, entretanto, autores como Salvatore Romano, Luis Díez-Picazo, Antonio Gullón e outros se levantaram em oposição à ideia de “reduzir tudo à norma”<sup>105</sup>, atribuindo à autonomia privada um caráter institucional, de princípio geral do Direito, sobretudo “porque é uma das ideias fundamentais que inspira toda a organização do nosso Direito privado”<sup>106</sup>.

Existe, de fato, um notório hiato entre a autonomia da vontade, concebida sob a égide do Estado Liberal, e a autonomia privada, desenvolvida numa ideia de necessária intervenção do Estado nas relações particulares para o fim de garantir a igualdade material. Compulsando a literatura relacionada ao tema, Otavio Luiz Rodrigues Junior aponta alguns traços característicos da autonomia privada:

(...) a) a supremacia do interesse público e da ordem pública sobre o interesse particular e a esfera privada; b) a colocação do negócio jurídico como espécie normativa, de caráter subalterno, mas com caráter normativo; c) a autonomia privada revelando um poder normativo conferido pela lei aos indivíduos, que o exerceriam nos limites e em razão dessa última e de seus valores; d) a autonomia privada tida como um poder outorgado pelo Estado aos indivíduos<sup>107</sup>.

Ocorre que, num contexto em que a dignidade da pessoa humana é cada vez

---

<sup>103</sup> FERREIRA, Jussara Susi de Assis Borges Nasser. Entre princípios e situações: hermenêutica e projetos existenciais. In: PONA, Everton Willian; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; Martins, Priscila Machado. (Org.). *Negócio Jurídico e Liberdades Individuais: Autonomia Privada e Situações Jurídicas Existenciais*. 1. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2016, v. 1, p. 86.

<sup>104</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 285.

<sup>105</sup> ROMANO, Salvatore. *Autonomia privata*. Milano: Giuffrè, 1957, p. 16.

<sup>106</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 1995, p. 372.

<sup>107</sup> RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 41, n. 163, jul./set., 2004, p. 121.

mais elevada, parte da doutrina ventila com certa veemência a ideia de que a discussão entre autonomia da vontade e autonomia privada encontra-se ultrapassada, “concebendo-se hoje, a ideia de autodeterminação, como reflexo da autonomia privada voltada ao poder decisório do homem quanto às condições de sua própria existência”<sup>108</sup>.

O jurista Joaquim de Sousa Ribeiro propõe uma distinção entre autonomia privada e autodeterminação. A primeira, na visão do autor, constitui-se em um “processo de ordenação que faculta a livre constituição e modelação de relações jurídicas pelos sujeitos que nela participam. É, em termos etimológicos, uma normação pelo próprio que vai ficar obrigado à observância dos efeitos vinculativos da regra por si criada”<sup>109</sup>. Por seu turno, a autodeterminação consiste no poder de cada indivíduo gerir livremente a sua esfera de interesses, orientando a sua vida de acordo com as suas preferências<sup>110</sup>.

Para os autores Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral e Everton Willian Pona:

Autodeterminação representa a capacidade de regulamentar o indivíduo um campo particular e tão íntimo que não se pode cogitar da interferência estatal a impor limitações, mormente por referir-se somente ao indivíduo e não a terceiros, posto que reconhecido hoje o pluralismo dos estilos de vida. Ainda que o Estado não adote como regra a total liberdade de conduta do indivíduo, reconhecer sua capacidade de autodeterminação impõe, necessariamente, a observância de suas escolhas<sup>111</sup>.

Com o fortalecimento da ideia da tutela da autodeterminação, respeitando-se as escolhas dos indivíduos, ainda que dissociadas do texto normativo, impõe-se uma redefinição teórica do negócio jurídico, “sobretudo dos requisitos do negócio jurídico válido frente ao atual cenário da sociedade do conhecimento, em que a autodeterminação ultrapassa qualquer barreira legal”<sup>112</sup>. Sob tais premissas, a

---

<sup>108</sup> LÊDO, Ana Paula Ruiz; SABO, Isabela Cristina; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. Existencialidade humana: o negócio jurídico na visão pós-moderna. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 6, n. 1, 2017. Disponível em: <<http://civilistica.com/existencialidade-humana-o-negocio-juridico/>>. Acesso em: 04 jun. 2022.

<sup>109</sup> RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 1999, p. 20.

<sup>110</sup> Idem, *ibidem*, p. 22.

<sup>111</sup> AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; PONA, Everton Willian. Entre autonomia privada e dignidade: testamento vital e “como se vive a própria morte” – os rumos do ordenamento brasileiro. In: REZENDE, Elcio Nacur; OLIVEIRA, Francisco Cardozo; POLI, Luciana Costa. (Org.). *Anais do XXII Encontro Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: FUNJAB, 2013, p. 179-207, p. 202.

<sup>112</sup> LÊDO, Ana Paula Ruiz; SABO, Isabela Cristina; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do, *op. cit.*, p. 20.

proposta de novo conceito de negócio jurídico consiste em um

(...) conjunto de manifestações de vontade, exercidas no âmbito da autodeterminação da pessoa, com vistas a regular livremente direitos e interesses, de natureza patrimonial e existencial, desde que seus efeitos não contrariem a norma jurídica em sentido amplo, como também não violem outros direitos e interesses de igual relevância, obedecidos os critérios de seleção<sup>113</sup>.

É esse o conceito de negócio jurídico adotado para a presente pesquisa, o qual apresenta-se alinhado aos anseios da sociedade contemporânea, e que contribuirá acentuadamente para a solução de questões intrincadas que serão examinadas mais adiante, tal como a possibilidade de disciplinar-se matérias extrapatrimoniais no pacto antenupcial, em especial a desobrigação dos cônjuges à observância de certos deveres conjugais.

Demais disso, ainda no campo da autonomia, alguns reflexos do direito civil-constitucional no instituto da autonomia privada devem ser examinados, com contribuições tão pertinentes quanto aquelas trabalhadas nas linhas anteriores. Ver-se-á que as razões que permearam a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada e, mais recentemente, ao campo da autodeterminação, vão muito além de uma simples reformulação terminológica, adentrando numa alteração substancial do próprio eixo balizador do Direito Privado, antes dissociado do texto constitucional, agora fortemente influenciado pelas normas contidas na Lei Maior.

### 2.1.1 Reflexos do Direito Civil-Constitucional no Conceito de Autonomia Privada

É bem verdade que diversos fatores influenciaram na transição paradigmática estudada no tópico anterior, mas não é objeto deste trabalho esgotá-los. Um deles, porém, por sua relevância e destaque no âmbito normativo, merece uma apreciação particular.

Durante décadas o Código Civil foi tratado como a Constituição do direito privado, regendo autônoma e soberanamente todas as relações estabelecidas entre os particulares. Conseqüentemente, sendo as normas civis dotadas de um viés estritamente patrimonialista, faltava às relações negociais uma disciplina que

---

<sup>113</sup> Idem, ibidem, loc. cit.

respeitasse o ser humano enquanto tal, não apenas preocupando-se com o seu patrimônio.

Sobre esse sentido constitucional que era atribuído ao direito civil, Teresa Negreiros assinala que “o Código Civil é a ‘autobiografia’ do indivíduo burguês”<sup>114</sup>. Para GIORGIANNI:

Esse significado ‘constitucional’ dos códigos civis do início do século XIX (...) é imanente neles, se se fixar a ideia de que a propriedade privada e o contrato, que constituíam, como se disse, as colunas do sistema, vinham, por assim dizer, ‘constitucionalizar’ uma determinada concepção da vida econômica, ligada, notoriamente, à ideia liberal<sup>115</sup>.

Ao longo da história, sobretudo no mundo romano-germânico, nenhum ramo do direito era mais distante do direito constitucional do que o direito civil<sup>116</sup>. A própria dicotomia entre direito público e direito privado denota a veracidade disto. Segundo Norberto Bobbio, os dois termos de uma dicotomia assumem definições independentes, sendo que, por vezes, a definição de um leva automaticamente à definição do outro, tal como “paz” e “não-guerra”<sup>117</sup>. Do mesmo modo, o oposto do direito público seria o não-público, assim definido, em razão da força do Direito Civil frente o interesse estatal, como o direito privado.

Aproveita-se, neste contexto, a comparação empregada por Nelson Saldanha acerca da dicotomia entre público e privado, neste caso não reduzida estritamente à concepção do Direito. Para Saldanha, o privado se assemelha a um jardim, visualizado como parte integrante ou próxima da residência de uma pessoa, assim representando a privacidade de cada indivíduo; enquanto o público se assemelharia a uma praça, concebida como um espaço aberto e amplo, gozando do posto de “essência da cidade”<sup>118</sup>.

Com tal comparação, a linha divisória entre direito privado e direito público, que margeou por longos séculos discussões intermináveis, parece ganhar ainda mais sentido. O Código Civil, como faceta máxima do direito privado, de fato se

---

<sup>114</sup> NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 5.

<sup>115</sup> GIORGIANNI, Michele. O Direito Privado e as suas Atuais Fronteiras. Trad. Maria Cristina de Cicco. *Revista dos Tribunais*, n. 747, Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1998, p. 35-55, p. 41.

<sup>116</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 36, n. 141, jan./mar., 1999, p. 99.

<sup>117</sup> BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade: para uma teoria geral da política*. 9 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001, p. 14.

<sup>118</sup> SALDANHA, Nelson. *O jardim e a praça*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Atlântica Editora, 2005, p. 14 e 44.

assemelhava a um jardim no aspecto de indicar certa privacidade em relação aos demais ramos do direito. Contudo, tratava-se de uma privacidade exacerbada, tanto é que Judith Martins-Costa constata uma espécie de incomunicabilidade entre a Constituição Federal e o Código Civil, que representavam duas linhas paralelas que somente se tocavam no aspecto formal<sup>119</sup>.

A Constituição, por sua vez, na forma de “essência da cidade”, constitui-se a essência do corpo de leis. É ela o filtro legitimador da constitucionalidade de todo o arcabouço normativo infraconstitucional. No entanto, o Código Civil, em razão da proteção demasiada ao individualismo que se acentuou, sobretudo com o advento do Estado Liberal, buscara assumir – quanto às relações privadas – o posto ostentado pela Lei Maior.

Com isso, as disposições do diploma civil ditavam soberanamente os rumos das relações privadas, afastando-se qualquer espécie de ingerência do texto constitucional. Essa ideia, contudo, não tardou em enfraquecer, mormente com a derrocada do Estado Liberal.

Até então a Constituição Federal carecia de respeitabilidade e eficácia direta sobre as relações privadas, isto é, faltava-lhe para tais relações aquilo que o Código Civil lhes representava. Não obstante, conforme observa TEPEDINO:

Os movimentos sociais e o processo de industrialização crescentes do século XIX, aliados às vicissitudes do fornecimento de mercadorias e à agitação popular, intensificados pela Primeira Grande Guerra, atingiram profundamente o direito civil europeu, e também, na sua esteira, o ordenamento brasileiro, quando se tornou inevitável a necessidade de intervenção estatal cada vez mais acentuada na economia<sup>120</sup>.

Embora os desastres causados no citado conflito mundial não sejam fáceis de serem recordados, acredita-se que eles provocaram uma necessária movimentação mundial em prol da valorização do ser humano, o que se evidencia com as dezenas de Cartas sobre Direitos Humanos que surgiram no século XX. E mais, viu-se uma reformulação do direito civil e da concepção não intervencionista anteriormente consolidada acerca do Estado.

Percebe-se, entretanto, que embora representasse um avanço importante ao

---

<sup>119</sup> COSTA, Judith Martins-. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 67.

<sup>120</sup> TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. *Teoria geral do direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 4.

que posteriormente aconteceria com a consolidação do Estado Social, a preocupação ainda não havia se deslocado para o aspecto humanista das relações negociais. Ademais, se a Primeira Guerra atingiu profundamente o direito civil europeu, o Segundo Grande Conflito não ficou para trás. De acordo com Joaquim de Sousa Ribeiro:

Só após a 2.<sup>a</sup> guerra mundial se impôs definitivamente, obtendo consagração rigorosa, a ideia de supremacia normativa e de eficácia direta dos preceitos constitucionais tuteladores de posições subjetivas. Já não direitos na medida das leis, mas leis na medida dos direitos constitucionalmente garantidos, esta a palavra de ordem que passa a ter acolhimento expreso nalguns textos constitucionais<sup>121</sup>.

Em outras palavras, após o acontecimento citado, a supremacia normativa da Constituição ganhou novos contornos, passando a servir de base de legitimidade para a criação das leis infraconstitucionais. Ou seja, aquilo que antes faltava para a Constituição encontrou espaço nos ordenamentos mundiais. O autor acima exemplifica dizendo que:

É assim na Lei Fundamental de Bonn, de 1949, ao estabelecer-se, no art. 1º, n.º 3, que ‘os direitos fundamentais subsequentes vinculam o legislador, o poder executivo e o poder judicial como direito imediatamente vigente’. É assim, também, na Constituição Portuguesa, ao fixar-se a regra, no art. 18, n.º 1, de que ‘os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas’, regra a que se adicionam, nos números seguintes, toda uma série de restrições impostas às leis limitativas. É assim, de igual modo, como bem sabem, na Constituição brasileira, ao prescrever, no § 1º do art. 5º, que ‘as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata’<sup>122</sup>.

Revestindo-se de tamanha força normativa, não era de se estranhar que a Constituição alteraria as bases até então estruturantes do direito privado. A Carta Magna de 1988 inaugurou uma nova hermenêutica constitucional, pautada numa visão mais humanista das relações jurídicas e sociais. Tanto é que alocou como fundamento basilar da República Federativa do Brasil o princípio da dignidade da pessoa humana<sup>123</sup>. Com isso, aquela visão demasiadamente individual e

---

<sup>121</sup> RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Direito dos Contratos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 10.

<sup>122</sup> Idem, ibidem, loc. cit.

<sup>123</sup> “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III – a dignidade da pessoa humana”. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 16 mar.

patrimonialista perdera o seu espaço frente a valorização do ser humano, sobretudo em seu aspecto existencial. Veja-se, a propósito, o diagnóstico de NEGREIROS:

É hoje plenamente aceito, no entanto, que a realidade das relações interprivadas não mais se concilia com perspectivas segundo as quais o direito civil, que as regula, teria como objeto discriminante a disciplina de um indivíduo abstrato, partícipe de relações jurídicas axiomáticamente fundadas sobre uma igualdade meramente formal. Especialmente no campo do direito contratual, a coerência da lógica individualista é incapaz de resistir ao confronto com a realidade e com os problemas postos pelas tão manifestas quanto profundas desigualdades sociais<sup>124</sup>.

Em outras palavras, o Estado não pode manter-se alheio àquilo que acontece no mundo das relações negociais, especialmente quando essas servem de mola propulsora para desigualdades. Tem-se uma verdadeira repaginação do Direito Civil e, conseqüentemente, da teoria geral do negócio jurídico, agora não mais concebida num viés patrimonialista, mas humanista, sob forte ingerência das disposições constitucionais.

Enquanto a preocupação de outrora se voltava ao “ter”, a nova hermenêutica constitucional visa o “ser”. Mais que isso, Negreiros sustenta que “o processo de constitucionalização do direito civil implica a substituição do seu centro valorativo – em lugar do indivíduo surge a pessoa. E onde dantes reinava, absoluta, a liberdade individual, ganha significado e força jurídica a solidariedade social”<sup>125</sup>. A afirmação da autora pode até provocar algumas consternações, sobretudo quando afirma que o indivíduo dá lugar à pessoa no processo de constitucionalização do direito civil. Contudo, Judith Martins-Costa explica que:

Submergia a ideia de ‘pessoa’ na de “indivíduo (ao senso ‘egoísta’ do termo) e não-visualizada a ‘personalidade’ pela preeminência do conceito técnico de ‘capacidade’, traçaram-se as tramas semânticas que acabaram por fundir o ‘ser pessoa’ com o ‘ser capaz de adquirir direitos e contrair obrigações’. Em outras palavras, instrumentalizou-se a personalidade humana, reproduziu-se, na sua conceituação, a lógica do mercado, o que conduziu a desvalorização existencial da ideia jurídica de pessoa, para torná-la mero instrumento da técnica do Direito (...)”<sup>126</sup>.

---

2022.

<sup>124</sup> NEGREIROS, Teresa, op. cit., p. 5.

<sup>125</sup> NEGREIROS, Teresa, op. cit., p. 11.

<sup>126</sup> COSTA, Judith Martins-. Os danos à pessoa no Direito Brasileiro e a natureza da sua reparação. In: COSTA, Judith Martins-. *A Reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 408-446, p. 411.

Como assinala Paulo Nalin, “a percepção do solidarismo entre as partes, numa relação contratual, por certo escapa completamente à concepção individual e egoísta, proposta no atual modelo codificado, em que os interesses subjetivos são contrapostos aos sujeitos contrapostos”<sup>127</sup>. Para o autor, “(...) a ideia de uma relação contratual solidária pressupõe, sobretudo, o existir da concorrência, e não da oposição, no que tange aos interesses envolvidos a propósito de um fim comum e de uma indispensável medida de cooperação entre as partes”<sup>128</sup>. Transpondo este princípio para a praxe jurídica, NALIN pontua que:

Cabe ao magistrado a interpretação dos negócios jurídicos genéricos, firmados sob o elã da cláusula geral da boa-fé contratual, sobretudo porque dela se podem extrair os valores constitucionais de dignificação do homem, aqui investido do título de contratante, para recompor direitos e obrigações estabelecidos, conforme o princípio da solidariedade social<sup>129</sup>.

No plano processual, vê-se que a solidariedade social foi incentivada pelo legislador brasileiro na edição do Código de Processo Civil de 2015, que em seu artigo 6º prevê que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”<sup>130</sup>. Evidentemente, direito material não se confunde com direito processual, mas isso não interessa à construção aqui levantada, que busca tão somente realçar a ingerência das disposições constitucionais no âmbito do direito privado. Para Nalin:

Desenha-se a conduta de solidariedade entre sujeitos de direito, aqui particularizando a figura dos sujeitos contratantes, à atenção que deve ser dispensada, tanto na formação quanto na definição do negócio jurídico, no senso de ser imperiosa a colaboração entre eles, especialmente, mas não exclusivamente, no momento da execução contratual. Em uma expressão, a solidariedade constitucional é corretora das autonomias privadas envolvidas na relação jurídica, sem embargo de alguma outra função essencial ao próprio contrato<sup>131</sup>.

Pertinente, neste ponto, a advertência de Alexandre Guerra: “O solidarismo constitucional não deve ser mera sugestão pífia, recomendação estéril a gosto do intérprete: solidariedade é uma norma constitucional cogente que se faz presente em

---

<sup>127</sup> NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 173.

<sup>128</sup> NALIN, Paulo, op. cit., p. 174.

<sup>129</sup> NALIN, Paulo, op. cit., p. 173.

<sup>130</sup> BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 05 jun. 2022.

<sup>131</sup> NALIN, Paulo, op. cit., p. 177-178.

todas as relações (inclusive, óbvio, nas relações contratuais do Direito Privado (...))”<sup>132</sup>. Exemplo da presença do solidarismo constitucional no âmbito do Direito de Família é a previsão do respeito e consideração mútuos, além da mútua assistência, como deveres do casamento, na forma do artigo 1.566, incisos III e V, do Código Civil<sup>133</sup>. Para PERLINGIERI:

A solidariedade familiar, longe de se apresentar como expressão de uma concepção publicista ou como fundamento da família como célula produtora, traduz-se em uma nova solidariedade econômica fundada não somente na propriedade, mas, sobretudo, no trabalho dos componentes, que legitima uma mais justa proporcionalidade no cumprimento do dever de contribuição<sup>134</sup>.

Essas considerações revelam que a constitucionalização do direito civil alcança, portanto, uma reformulação mais profunda do que se vê em algumas discussões sobre o tema. Ela altera uma imprecisão terminológica construída especialmente pelo ideário burguês que subtraiu do termo “pessoa” o seu devido valor, atribuindo-lhe sentido mais mercadológico do que verdadeiramente existencial, bem como impõe nos sujeitos da relação jurídica um imperioso senso de colaboração. É daí que decorre a transição paradigmática tratada no tópico anterior (autonomia da vontade x autonomia privada). Como pontua a doutrina:

O surgimento do Estado Social permeou grande influência na teoria geral dos contratos, no sentido de que a autonomia da vontade, antes colocada sob um pedestal no Estado Liberal, passa a ser mitigada nesta nova concepção. O princípio da autonomia passa a ser relativizada em razão da crescente intervenção do Estado nas relações entre os particulares, em especial com intuito de buscar a devida proteção e equilíbrio, valorizando-se a liberdade material em detrimento a liberdade formal, esta última observada no liberalismo. Surge, portanto, a figura da autonomia privada<sup>135</sup>.

Com o direito civil-constitucional, “a livre determinação do conteúdo do regulamento contratual encontra-se condicionada à observância das regras e dos princípios constitucionais, o que significa, no quadro de valores apresentados pela

---

<sup>132</sup> GUERRA, Alexandre. Solidariedade, autorresponsabilidade e contrato: lições de protagonismo nas relações contratuais de Direito Privado em tempos de pandemia de Covid-19. *Cadernos Jurídicos*. São Paulo, ano 21, nº 55, p. 95-115, jul./set. 2020, p. 113.

<sup>133</sup> BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 05 jun. 2022.

<sup>134</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 1.026.

<sup>135</sup> LIMA, Caroline Melchades Salvadego Guimarães de Souza; SANTOS, Pedro Henrique Amaducci Fernandes dos; MARQUESI, Roberto Wagner, op. cit., p. 6.

Constituição brasileira, conceber o contrato como um instrumento de serviço da pessoa, sua dignidade e desenvolvimento”<sup>136</sup>.

Isso não significa que se extirpou a liberdade dos negociantes, pois não seria razoável imaginar um espaço de negócio viável numa sociedade em que inexistia autonomia dos particulares para ajustarem os termos de suas negociações. Não é este o objetivo perseguido pela atual roupagem do negócio jurídico. O que ocorrera, em verdade, foi um rompimento com o modelo até então vigente que conferia uma liberdade absoluta aos contratantes, bem como prestigiava o “ter” em detrimento do “ser”, isto é, o patrimonial em face do pessoal.

Como ensina a doutrina, “não se afastam nem a autonomia da vontade nem a força obrigatória, mas eles passam a ser relativizados e ponderados à luz de outros princípios, como o da função socioeconômica e o da boa-fé objetiva”<sup>137</sup>. É dizer, “(...) o negócio jurídico teve sua função revista, convertendo-se de simples instrumento de satisfação de interesses pessoais para mecanismo de cooperação interpessoal e de respeito aos interesses públicos, que são irradiações, respectivamente, da boa-fé objetiva e da função social”<sup>138</sup>.

Aliás, o princípio da boa-fé objetiva é um daqueles que incidem fortemente na proposta deste trabalho, que é a inserção da cláusula penal no pacto antenupcial. Embora a análise mais completa do assunto seja feita mais adiante, vale dizer desde já que a cláusula penal deve perseguir também uma finalidade social, sob pena de ser revista judicialmente. Conforme assinala Teresa Negreiros, “a interpretação de cláusula penal à luz do princípio da boa-fé impede que este instituto, distanciando-se da sua finalidade econômico-social, se transforme em instrumento de enriquecimento de um dos contratantes em detrimento do outro”<sup>139</sup>.

Há casos em que o descumprimento da cláusula penal já é previsto antes mesmo da celebração do contrato, em determinadas situações por apenas uma das partes, em outras até mesmo por ambas. Com isso, alguns se aproveitam para estabelecer uma penalidade economicamente alta, pois, sendo o inadimplemento esperado, as chances de se galgar um proveito financeiro são altas. Nesse caso, ressalvados os entendimentos contrários, entende-se que houve uma premeditação

---

<sup>136</sup> NEGREIROS, Teresa, op. cit., p. 107.

<sup>137</sup> MARQUESI, Roberto Wagner; MARTINS, Priscila Machado, op. cit., p. 143.

<sup>138</sup> MARQUESI, Roberto Wagner; MARTINS, Priscila Machado, op. cit., p. 143.

<sup>139</sup> NEGREIROS, Teresa, op. cit., p. 136.

para tornar o contrato uma fonte de enriquecimento, e não para aquilo que, na essência, estava sendo pactuado. Nada obsta que, posteriormente, aquele que se viu prejudicado acione o Poder Judiciário para reduzir a cláusula penal a um valor razoável, conforme inclusive prevê o artigo 413 do Código Civil<sup>140</sup>.

Denota-se, com isso, que o estágio atual da autonomia privada destoa em muito daquela ideia concebida pelos ditames liberais. Na atualidade, conceitua-se a autonomia privada como “(...) o poder, reconhecido ou concedido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar vicissitudes jurídicas como consequência de comportamentos – em qualquer medida – livremente assumidos”<sup>141</sup>. Para Gerson Branco, trata-se da “(...) capacidade que os particulares têm de, a partir de um ato livre de vontade, criar um negócio jurídico ou um ato jurídico com eficácia obrigatória, vinculando sua própria conduta em relação a terceiros e a si próprios”<sup>142</sup>.

Em relação ao pacto antenupcial, a autonomia dos nubentes foi expressamente reconhecida pelo legislador no bojo do artigo 1.639, do Código Civil: “É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver”<sup>143</sup>. Trata-se de um dos efeitos do fenômeno da contratualização das relações familiares que cada vez mais vem assumindo notoriedade na comunidade jurídica. Segundo Rolf Madaleno:

(...) no pacto antenupcial, o Direito de Família permite exercer livremente a autonomia privada, podendo os nubentes contratar acerca do regime que melhor entendam dever dispor sobre as relações patrimoniais de seu casamento, constituindo-se em verdadeira exceção à regra da indisponibilidade dos direitos de família, cujos preceitos são compostos de normas cogentes e, portanto, insuscetíveis de serem derogadas pela convenção entre particulares<sup>144</sup>.

Em verdade, o Direito Contratual vem aos poucos se infiltrando por alguns segmentos jurídicos aos quais era tradicionalmente estranho, na esteira de uma

---

<sup>140</sup> “Art. 413, CC. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio”. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Acesso em: 17 mar. 2022.

<sup>141</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*, op. cit., p. 17.

<sup>142</sup> BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Autodeterminação e limitação negocial aos direitos da personalidade. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. n. 44/45, p. 239–260, jan./jun., 2013. Rio de Janeiro, Instituto de Direito Comparado Luso-brasileiro, p. 249.

<sup>143</sup> BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Acesso em: 24 mar. 2022.

<sup>144</sup> MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 776.

progressiva valorização do consenso na aplicação do direito. É o que se constata, por exemplo, no Direito Processual, com a categoria dos negócios jurídicos processuais; do mesmo modo, no Direito Penal, com os acordos de colaboração premiada e de leniência<sup>145</sup>.

No Direito de Família, nota-se que o contrato demorou em assumir notoriedade. Como ensina Tepedino, “diante da ancestral hegemonia do direito patrimonial e monogâmico na ordem pública ocidental, o espaço contratual permaneceu, ao longo dos séculos, extremamente reduzido nas relações de família”<sup>146</sup>. Este cenário apenas se inverteu com a afirmação constitucional dos princípios da igualdade, da democracia nas comunidades intermediárias e da dignidade da pessoa humana<sup>147</sup>, consolidando-se no Brasil com a constitucionalização do direito privado, que inaugurou o chamado direito civil-constitucional.

Por sua vez, não se pode olvidar que a consolidação dos contratos familiares ainda é um ideal que está galgando o seu espaço em sociedade, sobretudo porque, durante séculos, as relações familiares eram mantidas no âmbito da informalidade, não se cogitando a possibilidade de que um contrato viesse a regulá-las. O amor, para alguns, não poderia ser reduzido à técnica e jamais se encaixaria num pedaço de papel com dezenas de cláusulas.

Além disso, a sociedade é plural, não igual. A igualdade é um ideal a ser buscado por todos, em conjunto, mas ele está longe de ser alcançado. A histórica desigualdade entre homens e mulheres apresenta-se como um dos receios (legítimo ou não) que circundam os contratos familiares, pois poderia culminar na sobreposição dos interesses daqueles em face de suas companheiras, provocando assim um desequilíbrio contratual.

Constatou-se, entretanto, que o ato de contratualizar uma relação familiar oferece grandes benefícios, um deles a segurança da efetivação da avença. No caso do parágrafo anterior, por exemplo, havendo alguma intromissão indevida do homem na manifestação da vontade da mulher, nada impede que ela busque as vias legais

---

<sup>145</sup> SCHREIBER, Anderson. A contratualização das relações afetivas: contratos de namoro, multas por infidelidade e outros exemplos. *Jota*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-do-anderson-schreiber/a-contratualizacao-das-relacoes-afetivas-01032022>. Acesso em: 24 mar. 2022.

<sup>146</sup> TEPEDINO, Gustavo. Contratos em Direito de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 475.

<sup>147</sup> Idem, ibidem, p. 475-476.

disponíveis para anular o negócio celebrado, alegando, por exemplo, a ocorrência de algum vício de consentimento (v.g., coação).

Isso decorre do fato de que, apesar de transitar sobre a autonomia privada, o pacto antenupcial está sujeito à observância de alguns limites, os quais se apresentam como mais uma evidência de que aquela ideia de liberdade absoluta que vigorava sob o Estado Liberal não mais se sustenta no ordenamento atual. Como assinala Rolf Madaleno:

(...) não é absoluta a autonomia privada do contrato antenupcial, e não apenas em decorrência da nulidade da convenção, ou de qualquer cláusula que contravenha disposição absoluta de lei (CC, art. 1.655), mas, também, porque o pacto antenupcial não perde o seu caráter institucional, uma vez que as partes contratantes não podem modificá-lo sem a intervenção judicial, em pedido devidamente justificado (CC, art. 1.639, § 2º), e tampouco podem dissolvê-lo sem a ruptura da sociedade conjugal<sup>148</sup>.

No mesmo raciocínio, Francisco Cláudio de Almeida Santos acrescenta que o pacto antenupcial não pode atentar “contra a ordem pública, os bons costumes, a função social tanto da propriedade como dos contratos, a boa-fé e outros princípios do direito de família”<sup>149</sup>. Vê-se, portanto, que os contratos familiares não transitam numa terra sem leis, em que tudo seria lícito a pretexto da plena realização familiar, ao revés, eles estão sujeitos a diversos limites legais que, se inobservados, poderão colocar em xeque a própria validade ou eficácia do negócio celebrado.

Como bem assinala Marcos Bernardes de Mello, tem-se, de um lado, que “se a vontade é manifestada em matéria que o direito não lhe reconhece autonomia, é, ela, totalmente ineficaz para produzir os efeitos desejados; não resulta, no caso, negócio jurídico”. De outro lado, “se o sistema jurídico admite a autonomia da vontade, a sua manifestação gerará negócio jurídico, mas os efeitos a que ele visa somente ocorrerão quando e se a vontade estiver compatibilizada com as normas jurídicas cogentes que delimitam a sua área de atuação”<sup>150</sup>.

Prosseguindo, a discussão acerca da aceitação ou não dos contratos familiares vem aos poucos perdendo a sua força, mormente quando a própria

---

<sup>148</sup> MADALENO, Rolf. *Direito de Família*, op. cit., p. 776.

<sup>149</sup> SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. O pacto antenupcial e a autonomia de vontade. In: BASTOS, Eliane Ferreira; SOUSA, Asiel Henrique de. (Coord.). *Família e jurisdição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 206.

<sup>150</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 187.

legislação lhes empresta respaldo normativo, como ocorre com o pacto antenupcial e o contrato de convivência. O contrato de namoro é um dos únicos que destoa neste cenário, pois vem rendendo acalorados debates, sobretudo no plano acadêmico. Tais debates, entretanto, não colocam em xeque o movimento em análise, mas tão somente um dos possíveis contratos que nele se inserem.

O que se pretende, com isso, é demonstrar que a plena realização dos cônjuges, sob o prisma da autonomia privada, ganhou novos contornos no ordenamento brasileiro com a contratualização das relações familiares. Tanto é verdade que pouco tempo se perde atualmente com discussões infrutíferas acerca da validade deste fenômeno jurídico, avançando-se a análise para outros segmentos, tal como a possibilidade de disciplina de direitos e deveres extrapatrimoniais no bojo dos contratos familiares.

Assim, denota-se a importância da autonomia privada não só para a consolidação do pacto antenupcial, mas de um movimento maior, que engloba outros contratos igualmente relevantes, chamado contratualização das relações familiares. Se a investigação iniciada nessa seção buscava examinar estritamente a importância da liberdade dos cônjuges no campo do referido pacto, o que se alcançou foi algo ainda mais valioso, especialmente no que toca ao histórico metamorfismo experimentado pelo instituto em questão, até atingir, na atualidade, com a eficácia jurídica das disposições constitucionais, um viés existencial.

## 2.2 DO PACTO ANTENUPCIAL COMO NEGÓCIO JURÍDICO

O pacto antenupcial é uma espécie de negócio jurídico que se vincula, para alguns, ao terreno dos contratos, enquanto para outros se consubstancia numa espécie de acordo específico de Direito de Família. De qualquer modo, denota-se que o estudo deste instituto não pode ser dissociado da teoria geral do negócio jurídico, pois é nela que ele encontra, dentre outras coisas, os seus fundamentos de existência, validade e eficácia.

A teoria geral do negócio jurídico é considerada uma das principais matérias do direito privado, principalmente por transitar em todas as outras vertentes deste segmento. No Direito de Família, por exemplo, a validade de um pacto antenupcial guarda íntima conexão com a observância das regras contidas na teoria geral ora

citada, uma vez que se a lei prescreve determinada formalidade para o negócio, como é o caso do referido pacto (CC, art. 1.653), não sendo ela observada pelos negociantes, tem-se uma hipótese de nulidade da transação.

Para Guido Alpa, o conceito de negócio jurídico é construído de modo a englobar por inteiro o espaço no qual a constituição, modificação e a extinção das relações jurídicas é, em vários graus, remetido à livre determinação dos particulares<sup>151</sup>. Tal concepção valida o negócio jurídico como um instrumento de liberdade humana<sup>152</sup> que encontra na vontade o seu principal fundamento. É ele, pois, o mecanismo por excelência de exercício da autonomia privada.

No plano conceitual, “negócio jurídico é todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide”<sup>153</sup>. Similarmente, Francisco Amaral ensina que “por negócio jurídico deve-se entender a declaração de vontade privada destinada a produzir efeitos que o agente pretende e o direito reconhece. Tais efeitos são a constituição, modificação ou extinção de relações jurídicas, de modo vinculante, obrigatório para as partes intervenientes”<sup>154</sup>.

Ainda, segundo o autor, “o termo negócio jurídico, de *nec + otium*, com o sentido de atividade que realize interesse de ordem patrimonial, deve-se a Nettelbladt, em 1749, mas a sua completa formulação dá-se em Savigny”<sup>155</sup>. Assim, vê-se que a origem da nomenclatura negócio jurídico é atribuída à Nettelbladt, no século XVIII, mas a sua consolidação, isto é, sua completa definição somente se dera com Savigny. Esse, por sinal, é um dos grandes precursores do dogma da vontade, cuja ascensão ocorrera com a Escola Histórica do Direito e com os pandectistas, sob a luz de Immanuel Kant.

A título de curiosidade, Renan Lotufo ensina que o negócio jurídico é um dos únicos institutos do direito privado cuja gênese não remonta ao direito romano no que

---

<sup>151</sup> ALPA, Guido. Introduzione alla nuova Giurisprudenza. In: ALPA, Guido; BESSONE, Mario (Coord.). I contratti in gene-rali. *Na giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*. Torino: Utet, 1992. v. I, p. 358-359.

<sup>152</sup> CASTRO Y BRAVO, Frederico de. *El negocio jurídico*. Madri: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1971, p. 56-57.

<sup>153</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 16.

<sup>154</sup> AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 359.

<sup>155</sup> Idem, ibidem, p. 363.

tange a sua denominação técnica, “que veio a ser dada pelos pandectistas”<sup>156</sup>. Bem por isso que Francisco Amaral afirma “ser a teoria do negócio jurídico a glória da ciência pandectística alemã”<sup>157</sup>.

O negócio jurídico, portanto, constitui-se por meio de uma declaração de vontade. No caso do pacto antenupcial, a declaração de vontade dos cônjuges atinge primariamente o regime de bens do casamento. Conforme citado, o artigo 1.639, do Código Civil, quando trata do referido pacto, dispõe que “é lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprover”<sup>158</sup>. Essa vinculação específica do pacto ao regime de bens feita pelo legislador dá vida a algumas discussões importantes no âmbito doutrinário.

Para Orlando Gomes, por exemplo, no pacto antenupcial “não se admitem estipulações a respeito de relações pessoais dos cônjuges, nem mesmo as de caráter patrimonial que não digam respeito exclusivamente ao regime de bens”<sup>159</sup>. De outra banda, Zeno Veloso advoga que os cônjuges não estão presos à escolha do regime de bens, podendo dispor sobre outros assuntos, tais como reconhecimento de filhos, doações, confissão de dívida, entre outras declarações<sup>160</sup>. Essa discussão, no entanto, será abordada em capítulo próprio mais adiante.

Importa saber, para o momento, que o pacto antenupcial insere-se na categoria de negócio jurídico e, por conseguinte, deve submissão às disposições legais concernentes à matéria, como é o caso dos pressupostos de existência, validade e eficácia.

Aliás, convém trazer aqui uma contribuição pouco difundida sobre o tema. Sabe-se que a gênese do termo negócio jurídico deve-se aos alemães, sobretudo aos pandectistas. No entanto, a análise do negócio sob a forma de planos de existência, validade e eficácia não tem origem alemã, mas em Pontes de Miranda, que acabou se tornando um marco científico na teoria geral do negócio jurídico, sendo acompanhado com destaque pelos autores Marcos Bernardes de Mello e Antonio Junqueira de Azevedo.

---

<sup>156</sup> LOTUFO, Renan. *Curso Avançado de Direito Civil*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, v. 1, p. 214.

<sup>157</sup> AMARAL, Francisco, op. cit., p. 363.

<sup>158</sup> BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 24 mar. 2022.

<sup>159</sup> GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1983, p. 168.

<sup>160</sup> VELOSO, Zeno. *Regimes Matrimoniais de Bens, em Direito de Família Contemporâneo*. 1. ed. Belo Horizonte, Editora Del Rey, 1997, p. 100.

No direito alemão, como ensina Peter Schmidt, “nada se dizia sobre os planos da existência, validade e eficácia do negócio jurídico”. Segundo o autor, “à diferença de Pontes de Miranda, Savigny não faz uma diferenciação entre validade e eficácia. Tampouco separou o plano de existência, o que se vê especialmente em sua caracterização do negócio jurídico nulo como negócio não existente”<sup>161</sup>.

Debruçando-se sobre as críticas de Schmidt, Marcos Bernardes de Mello defende a teoria de Pontes de Miranda com ímpeto poucas vezes visto:

Em verdade, trabalhando o monumental acervo da cultura jurídica edificado no mundo ocidental, desde os romanos até a teoria jurídica construída pelos juristas alemães dos meados do século XVII ao final do século XIX, Pontes de Miranda desenvolveu, seguindo uma lógica impecável, uma sistematização do fenômeno jurídico que não encontra paralelo na doutrina jurídica mundial. Elaborou, portanto, uma nova e singular teoria jurídica, lastreada em conceitos inéditos, com uma característica rara: não é teoria que serve ao adorno intelectual, abstrata, sem concretude, mas uma teoria que se realiza na experiência, prática. A originalidade da contribuição ponteana à ciência jurídica não se resume, portanto, à sistematização dos planos do mundo jurídico, mas ao todo de sua doutrina<sup>162</sup>.

De fato, há de se valorizar a contribuição ímpar de Pontes de Miranda como feito inédito na literatura jurídica brasileira. Enquanto, tradicionalmente, os juristas brasileiros voltavam-se exclusivamente à doutrina estrangeira no tocante ao estudo do negócio jurídico, em especial aos escritos alemães, Pontes conseguiu, se não reverter, pelo menos atrair os olhares dos estrangeiros para a doutrina brasileira. Mais que isso, foi ele o pioneiro, em nível mundial, a conceber o negócio a partir de critérios de existência, validade e eficácia, rompendo assim com alguns desentendimentos que pairavam sobre o assunto na doutrina tradicional.

### 2.2.1 A Teoria da Escada Ponteana

Pontes de Miranda foi o responsável por criar aquela que provavelmente é uma das teorias mais conhecidas no mundo do negócio jurídico, qual seja a Escada

---

<sup>161</sup> SCHMIDT, Jan Peter. Vida e obra de Pontes de Miranda a partir de uma perspectiva alemã: com especial referência à tricotomia “existência, validade e eficácia do negócio jurídico”. *Revista Fórum de Direito Civil – RFDC*, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, p. 135-158, jan./abr. 2014, p. 140.

<sup>162</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. Breves considerações acerca da crítica de Jan Peter Schmidt à concepção de Pontes de Miranda dos planos do mundo jurídico. *Revista Fórum de Direito Civil – RFDC*, Belo Horizonte, ano 5, n. 12, p. 189-196, mai./ago. 2016, p. 193.

Ponteana. Por ela, divide-se o negócio jurídico em três planos: existência, validade e eficácia. Nas lições de Antônio Junqueira de Azevedo, o “plano da existência, plano da validade e o plano da eficácia são os três planos nos quais a mente humana deve sucessivamente examinar o negócio jurídico, a fim de verificar se ele obtém plena realização”<sup>163</sup>. Compreendê-los é uma tarefa fundamental para o exame da proposta perseguida neste trabalho, sobretudo para solucionar os eventuais obstáculos da inserção da cláusula penal no pacto antenupcial.

No plano da existência, nota-se de antemão uma diferença entre o ato jurídico, em sentido estrito, e o negócio jurídico. Segundo Villaça, “para a existência do ato jurídico, em sentido estrito, é necessário que o agente queira o ato, como tal, mas não se requer que seja querido também o efeito. Por outro lado, para que exista negócio jurídico, é necessário que não somente seja ele querido como tal, mas, ainda, que seja querido o efeito consequente”<sup>164</sup>.

Segundo Pontes de Miranda, “o conceito de negócio jurídico inexistente ou de ato jurídico *stricto sensu* inexistente é metajurídico; não é mais do que o enunciado da não-juridicização do ato”<sup>165</sup>. E mais, “o negócio jurídico existe desde que se compôs o suporte fático e sobre ele incidu a regra jurídica”<sup>166</sup>. Um dos estudiosos da teoria de Pontes de Miranda, Marcos Bernardes de Mello visita a afirmação acima e explica:

Ao sofrer a incidência de norma jurídica juridicizante, a parte relevante do suporte fático é transportada para o mundo jurídico, ingressando no plano da existência. Neste plano, que é o plano do *ser*, entram todos os fatos jurídicos, lícitos ou ilícitos. No plano da existência não se cogita de invalidade ou eficácia do fato jurídico, importa, apenas, a realidade da existência. Tudo, aqui, fica circunscrito a saber se o suporte fático suficiente se compôs, dando ensejo à incidência. Naturalmente, se há falta, no suporte fático, de elemento nuclear, mesmo completante o núcleo, o fato não tem entrada no plano da existência, donde não haver fato jurídico<sup>167</sup>.

Analisando tal plano, Washington de Barros Monteiro aponta que os negócios jurídicos possuem certos elementos constitutivos “que lhe formam a substância e sem os quais o ato não existe. Numa compra e venda, por exemplo, os elementos essenciais são a coisa, o preço e o consentimento (*res, pretium et consensus*).

---

<sup>163</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de, op. cit., p. 24.

<sup>164</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça, op. cit., p. 175.

<sup>165</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito de família: direito matrimonial*, op. cit., p. 53.

<sup>166</sup> Idem, ibidem, p. 166.

<sup>167</sup> MELLO, Marcos Bernardes de, op. cit., p. 78.

Faltando um deles, o ato não existe”<sup>168</sup>. Não há um consenso na doutrina acerca dos elementos de existência do negócio jurídico. Para Tepedino e Oliva, tais elementos são a declaração de vontade, o objeto, a forma e a causa do negócio<sup>169</sup>, enquanto para Humberto Theodoro Júnior e Helena Lanna Figueiredo, são o sujeito, o objeto, a forma e a declaração da vontade<sup>170</sup>.

De outra banda, no plano da validade, Pontes sustenta que “para que o ato jurídico possa *valer*, é preciso que o mundo jurídico, em que se lhe deu entrada, o tenha por apto a nele atuar e permanecer. É aqui que se lhe vai exigir a *eficiência*, quer dizer – o não-ser deficiente; porque aqui é que os seus efeitos se terão de irradiar (eficácia)”<sup>171</sup>. Ou seja, não se investiga neste plano a entrada do negócio na arena jurídica, mas sim a sua permanência, isto é, verifica-se se existem nele as condições necessárias para sua correta e livre atuação jurídica.

Segundo Moreira Alves, “para que o negócio jurídico, em geral, seja válido, é mister que a parte (ou partes) seja capaz e legitimada, que a manifestação de vontade seja isenta de vícios, e que o objeto seja lícito, possível, determinado ou determinável”<sup>172</sup>. Esse é um dos planos da Escada Ponteana que mais dialoga com o pacto antenupcial, sobretudo pelo número de dispositivos normativos que o regulam neste aspecto, conforme se demonstrará mais adiante.

Registre-se, entretanto, que a validade de um negócio jurídico é abalroada pelos institutos da nulidade e da anulabilidade. Conforme ensina Pontes, “o negócio jurídico ou o ato jurídico *stricto sensu* nulo é de suporte fático *deficiente*, e – de regra – é negócio jurídico, ou ato jurídico *stricto sensu* ineficaz”<sup>173</sup>, por outro lado, “o negócio jurídico, ou ato jurídico *stricto sensu* anulável é de suporte fático deficiente, mas o negócio jurídico ou o ato jurídico *stricto sensu* é *eficaz* enquanto se não admite, em sentença, que não tenha eficácia”<sup>174</sup>.

Por fim, “o plano da eficácia é a parte do mundo jurídico onde os fatos jurídicos produzem os seus efeitos, criando as situações jurídicas, as relações jurídicas, com

---

<sup>168</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: parte geral*. 5 ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 184.

<sup>169</sup> TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato, op. cit., p. 251.

<sup>170</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; FIGUEIREDO, Helena Lanna. *Negócio jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 102.

<sup>171</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de, op. cit., p. 35.

<sup>172</sup> ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, vol. I, 4ª ed., Rio de Janeiro, 1978, § 110, p. 208, nota 233-a.

<sup>173</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito de família: direito matrimonial*, op. cit., p. 35.

<sup>174</sup> Idem, ibidem, loc. cit.

todo o seu conteúdo eficaz representado pelos direitos e deveres, pretensões e obrigações, ações e exceções, ou os extinguindo”<sup>175</sup>. É aqui, portanto, que o negócio produz os efeitos queridos pelas partes envolvidas na avença.

### 2.2.2 Aspectos da Teoria Geral do Negócio Jurídico Aplicados ao Pacto Antenupcial

Feitas tais considerações sobre a tese de Pontes de Miranda, de rigor o estudo do pacto antenupcial enquanto negócio jurídico. De início, pontua-se que a existência de um sujeito é condição essencial ao negócio jurídico, assim compreendido por Custódio Ubaldino Miranda como “aquele que, aos olhos do público, aparece como a pessoa a quem deve atribuir-se a autoria ou a paternidade do ato, não só na sua forma, mas também no seu conteúdo”<sup>176</sup>.

O sujeito no negócio jurídico transita por dois dos planos de Pontes de Miranda outrora estudados. Inicialmente, a presença do sujeito remonta à existência do negócio, enquanto no âmbito da validade perquire-se a sua capacidade. Noutras palavras, para que o negócio exista é preciso que haja um sujeito, e para que tal negócio seja válido, exige-se que o sujeito seja capaz.

Assim, o primeiro elemento de validade do negócio jurídico aponta para uma condição subjetiva, que é a capacidade do agente. Segundo Orlando Gomes, “uma vez que todo negócio jurídico pressupõe uma declaração de vontade, é preciso que tenha capacidade quem a emite”<sup>177</sup>. O instituto da capacidade é disciplinado nos artigos 3º e 4º do Código Civil, que tratam das pessoas absoluta e relativamente incapazes. Os primeiros não podem praticar negócio válido, e são representados, naqueles que têm interesse, pelos pais ou tutores, conforme sejam menores sob poder familiar ou menores sob tutela<sup>178</sup>. Os outros, por sua vez, embora possam celebrar negócios jurídicos, carecem da assistência de determinadas pessoas, sob pena de invalidade.

Não se pode confundir capacidade com legitimação, uma vez que é possível

---

<sup>175</sup> MELLO, Marcos Bernardes de, op. cit., p. 79.

<sup>176</sup> MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. Teoria geral do negócio jurídico. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 59.

<sup>177</sup> GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Atualizada por Reginalda Paranhos de Brito. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 263.

<sup>178</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: introdução ao direito civil – teoria geral de direito civil*, op. cit., p. 411.

que uma pessoa seja capaz, cumpra os demais requisitos do artigo 104 do Código Civil, e ainda assim não tenha autorização legal para celebrar o negócio jurídico pretendido. Exemplificativamente, como dispõe o artigo 497, inciso I, do Código Civil, os tutores curadores e testamenteiros e administradores não estão legitimados a comprar, ainda que em hasta pública, os bens confiados à sua guarda ou administração, sob pena de nulidade da compra e venda<sup>179</sup>. Do mesmo modo, consoante dispõe o artigo 496 do Código Civil, não pode o ascendente vender bens de seu patrimônio a seu descendente sem a concordância de seus outros filhos, sob pena de nulidade<sup>180</sup>.

O segundo requisito de validade do negócio jurídico consta no artigo 104, inciso II, do Código Civil, a saber: objeto lícito, possível, determinado ou determinável. Para Orlando Gomes, “as vantagens patrimoniais ou extrapatrimoniais, consistentes em coisas ou serviços que interessam aos indivíduos, constituem o objeto de todo negócio jurídico”<sup>181</sup>.

Se o objeto deve ser lícito, conclui-se de antemão que a compra e venda de drogas é nula perante o Direito Civil. Do mesmo modo, como exemplifica Álvaro Villaça Azevedo, a contratação de um assassino para matar alguém por determinado preço carrega um objeto ilícito, sendo, portanto, nulo o negócio celebrado<sup>182</sup>.

Além disso, deve o objeto ser possível. Nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira, “a impossibilidade jurídica condiz com a ausência de liceidade. Fisicamente impossível é o objeto, se for insuscetível de realizar-se materialmente (...)”<sup>183</sup>.

Deve-se destacar que a impossibilidade do objeto pode ser absoluta, quando ninguém pode entregar a coisa prometida ou satisfazer a pretensão assumida, porque absurdas em face das leis naturais, ou relativa, quando existe em relação a quem deve cumprir a prestação, mas não quanto a outros<sup>184</sup>. Segundo Gomes, “somente a impossibilidade absoluta do objeto invalida o negócio. A impossibilidade relativa determina mudança qualitativa do conteúdo da obrigação”<sup>185</sup>. O autor ainda assinala que o objeto pode ser física ou juridicamente impossível:

---

<sup>179</sup> BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Acesso em: 17 mar. 2022.

<sup>180</sup> BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Acesso em: 17 mar. 2022.

<sup>181</sup> GOMES, Orlando, op. cit., p. 265.

<sup>182</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça, op. cit., p. 181.

<sup>183</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva, op. cit., p. 412.

<sup>184</sup> GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*, op. cit., p. 266.

<sup>185</sup> Idem, ibidem, loc. cit.

Objeto fisicamente impossível é o que, por sua própria natureza, não pode integrar qualquer relação jurídica. Objeto juridicamente impossível, o bem ou a prestação sobre os quais não permite a lei que os particulares transacionem, como as coisas que estão fora do comércio ou os atos contrários à moral e aos bons costumes. Na impossibilidade jurídica compreendem-se as coisas ou prestações que não se prestam a ser objeto do negócio ou de certo negócio. Quer o objeto fisicamente impossível, quer o juridicamente impossível, tornam o negócio jurídico inválido<sup>186</sup>.

Por fim, como terceiro elemento deste requisito de validade do negócio jurídico, o objeto deve ser determinado ou determinável. Em suma, “determinado é o objeto certo, identificado, distinto de qualquer outro da mesma espécie, como a venda de certo veículo, com especificação da placa, da marca e do chassi”<sup>187</sup>. Por outro lado, pode acontecer de o negócio jurídico “não especificar exatamente o objeto, mas indicá-lo ao menos quanto ao gênero e quantidade, como ocorre na obrigação de dar coisa incerta”<sup>188</sup>, o que traduz-se num objeto determinável e, por conseguinte, alinhado ao que exige a lei.

Por derradeiro, adentra-se ao requisito da forma. O artigo 104, III, do Código Civil, prevê como requisito de validade do negócio jurídico a observância da forma prescrita ou não defesa em lei<sup>189</sup>. Para Veloso, “validade é o conjunto de requisitos que determina a vigência de um negócio, seus elementos constitutivos, em conformidade com o ordenamento legal”<sup>190</sup>.

Em síntese, a forma é um requisito de validade que compõe a própria estrutura do negócio jurídico, uma vez que inexistente negócio sem forma. Segundo Betti, “forma é o modo *como* o negócio é, quer dizer, como ele se apresenta em face dos outros na vida de relação; é a sua figura exterior”<sup>191</sup>. Por sua vez, Antônio Junqueira Azevedo assinala que “forma do negócio jurídico é o meio através do qual o agente expressa a sua vontade”<sup>192</sup>.

O ordenamento brasileiro consagra o princípio da forma livre dos negócios jurídicos, pelo qual a manifestação da vontade só deverá se encaixar em determinada formalidade legal quando a lei expressamente o exigir. Em contrapartida, existe a

---

<sup>186</sup> Idem, *ibidem*, loc. cit.

<sup>187</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; FIGUEIREDO, Helena Lanna, op. cit., p. 101.

<sup>188</sup> Idem, *ibidem*, loc. cit.

<sup>189</sup> BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 24 mar. 2022.

<sup>190</sup> VELOSO, Zeno. *Invalidez do Negócio Jurídico: nulidade e anulabilidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005, p. 21.

<sup>191</sup> BETTI, Emilio. op. cit., p. 188.

<sup>192</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de, op. cit., p. 126.

forma especial, cuja inobservância coloca em xeque a eficácia do negócio. Dissertando sobre ambas, Caio Mário da Silva Pereira assinala que:

A regra geral é, pois, esta: qualquer que seja a forma, a emissão de vontade, em princípio, é dotada de poder criador ou de força jurígena, salvo quando a solenidade integrar a substância do ato. Por exceção, prevalece então a forma especial, cuja inobservância pelo agente terá como consequência a ineficácia do negócio, a não ser que a lei comine sanção diferente. A ordem jurídica ainda conserva manifestações de formalismo de vontade, em certos negócios que não podem ser praticados sem a sua estrita observância. Está neste caso o casamento, sempre rodeado de um ritual específico, e que no direito moderno exige a celebração sacramental, sob pena de lhe faltar o pressuposto fático indispensável à sua existência, o que traduz sanção mais grave do que a cominação mesma de nulidade<sup>193</sup>.

Neste contexto, resta saber se o pacto antenupcial possui alguma formalidade especial ou se ele pode ser celebrado de forma livre pelos nubentes. Talvez aqui esteja uma das principais provas de que a teoria geral do negócio jurídico incide fortemente no pacto em estudo, pois o artigo 1.654 do Código Civil instituiu uma forma especial para a sua celebração. Segundo o citado dispositivo, “é nulo o pacto antenupcial se não for feito por escritura pública, e ineficaz se não lhe seguir o casamento”<sup>194</sup>. Existe, portanto, uma forma de celebração prescrita em lei, que é a escritura pública.

Inclusive, registre-se que, com o advento da pandemia da Covid-19, em busca de soluções frente ao crítico estado de calamidade pública, o Conselho Nacional de Justiça deu vida ao Provimento nº 100, que admitiu a confecção de escritura pública por via eletrônica ou digital. A pandemia foi apenas o que precisava o CNJ para desburocratizar tal atividade, acompanhando o crescente movimento de virtualização de procedimentos públicos.

Demais disso, seja na forma física ou virtual, resta saber se há alguma consequência para a hipótese de realização de um pacto antenupcial por meio diverso da escritura pública. Segundo o artigo 166, inciso IV, também do Código Civil, tal negócio é considerado nulo de pleno direito, pois não revestido da forma prescrita em lei. Do mesmo modo, segundo o art. 1.655, do citado diploma civil, “é nula a convenção

---

<sup>193</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: introdução ao direito civil – teoria geral de direito civil*. 33. ed. rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 415.

<sup>194</sup> BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 24 mar. 2022.

ou cláusula dela que contravenha disposição absoluta de lei”<sup>195</sup>. Daí que, portanto, é importante que os cônjuges se atentem às formalidades legais, sob pena de colocar em risco a validade do negócio celebrado.

Cite-se também uma cautela a ser observada pelos nubentes agora no que diz respeito aos efeitos do pacto antenupcial. Conforme dispõe o artigo 1.657, do Código Civil, “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”<sup>196</sup>.

Noutros países, como Alemanha, Espanha, França, e Argentina, a observância de tal formalidade deve-se ao fato de que o regime econômico que circunda as disposições antenupciais extrapola a esfera dos cônjuges, atingindo terceiros. Em solo espanhol, por exemplo, existem quatro formas de dar publicidade ao pacto: Registro Civil; Registro de Propriedade em relação aos imóveis; indicação de escrituras notariais; e Registro Mercantil<sup>197</sup>.

É fundamental, portanto, que os cônjuges efetuem o citado registro, mormente para garantir a eficácia de determinado ajuste contratual sobre um bem ou outra disposição patrimonial perante terceiros, evitando-se assim a ocorrência de complicações futuras. Demais disso, ainda com relação aos efeitos do pacto, veja-se a lição de Paulo Lôbo:

No plano da eficácia, o regime definido no pacto antenupcial começa a vigorar a partir da data do casamento. Malgrado ser existente e válido (se não for nulo ou anulável) o pacto antenupcial não atinge imediatamente o plano da eficácia, porque dependente de condição suspensiva, ou seja, o casamento. E poderá nunca atingi-la, se um ou ambos os nubentes desistirem do casamento. Do mesmo modo, nunca produzirá efeitos se os nubentes o revogarem a todo o tempo, antes do casamento. A revogação poderá ser tácita, à medida que não seja incluída no processo de habilitação. O interregno entre a celebração do casamento e o registro público não prejudica o início da eficácia do pacto antenupcial incorporado ao processo de habilitação. Não há prazo para que perdure a suspensão da eficácia, pois sempre aguardará a celebração do casamento, que pode ser feito a qualquer tempo, de acordo com a vontade dos nubentes<sup>198</sup>.

---

<sup>195</sup> BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 24 mar. 2022.

<sup>196</sup> BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 24 mar. 2022.

<sup>197</sup> PICAZO, Luis Diez; GULLON, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. 10. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2006, v. IV, p. 153-154.

<sup>198</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: famílias*, op. cit., p. 161.

Evidencia-se, assim, o caráter acessório do pacto em relação ao casamento, o qual só atingirá o plano da eficácia com a realização deste. É nulo o pacto realizado por documento que não a escritura pública, e ineficaz se não ocorrer o casamento. É possível que o pacto exista, não seja válido e não produza efeitos, ou exista, seja válido e careça dos efeitos pretendidos.

Pontua-se, todavia, que a depender do teor das cláusulas estabelecidas no pacto, mesmo que não sobrevenha o casamento, é possível a produção de efeitos jurídicos. É o que acontece, por exemplo, com o reconhecimento de filho no bojo do pacto antenupcial; “essa manifestação independe da realização do casamento para produzir seus efeitos, pois tem força própria e autônoma”<sup>199</sup>. Isso porque:

O pacto antenupcial, quando não for seguido do casamento, perpetua sua ineficácia apenas quanto ao regime de bens escolhido para tal fim. As demais declarações de vontade não sofrem a contaminação dessa ineficácia, exatamente porque são autônomas. Para o direito interessa se houve ou não declarações de vontade, ou seja, manifestações de vontade que se exteriorizaram e puderam ser conhecidas, inclusive as manifestações tácitas ou silentes. Toda declaração de vontade consciente produz consequências jurídicas, quando se qualifica como ato jurídico lícito ou ilícito<sup>200</sup>.

Por fim, cite-se o posicionamento de Flávio Tartuce, que também enxerga a possibilidade de atribuição de efeitos ao pacto antenupcial mesmo não consumado o casamento. Em sua visão, se os cônjuges desistem do casamento, porém, passam a viver em união estável, o pacto pode ser aproveitado na sua eficácia como contrato de convivência, em respeito à autonomia privada e ao princípio da conservação do negócio jurídico<sup>201</sup>. Para Rolf Madaleno:

O contrato pré-nupcial tem todos os requisitos do contrato patrimonial de convivência e se os pactuantes casaram de fato, estabelecendo uma sólida entidade familiar elegida pelo instituto da união estável, não há por que supor quisesse o casal regime matrimonial diverso daquele externado na escritura pública que denominaram pré-nupcial, apenas porque previam que sua união se desse pelo casamento, mas terminaram substituindo o matrimônio pela relação estável<sup>202</sup>.

Tartuce filia-se à posição de Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves Farias<sup>203</sup>, fundada no artigo 170, do Código Civil, que trata da conversão substancial do negócio

---

<sup>199</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: famílias*, op. cit., p. 162.

<sup>200</sup> Idem, *ibidem*, loc. cit.

<sup>201</sup> TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito de família*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 210.

<sup>202</sup> MADALENO, Rolf. *Direito de Família*, op. cit., p. 779.

<sup>203</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: famílias*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2012, v. 6, p. 369.

jurídico nulo. Ele apenas faz uma ressalva, “no sentido de que a situação não é propriamente de conversão de um negócio nulo, mas de conversão do negócio ineficaz ou pós-eficacização, conforme premissas desenvolvidas por Pontes de Miranda”<sup>204</sup>.

Em caso parecido com a discussão acima, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a falta de solenidades para o contrato de convivência permite a aplicação do pacto antenupcial à união estável, especialmente quando não consumado o casamento. Veja-se:

Segundo disposição contida no art. 5.º da Lei 9.278/96 e no art. 1.725 do CC/2002, aplica-se à união estável o regime da comunhão parcial de bens, sendo possível, no entanto, disposição dos conviventes em sentido contrário, cujo único requisito exigido é a forma escrita. O eg. Tribunal de origem concluiu que o pacto antenupcial firmado entre os conviventes, além de dispor sobre a escolha do regime da separação total de bens, tratou sobre regras patrimoniais atinentes à própria união estável, extremando o acervo patrimonial de cada um e consignando a ausência de interesse na constituição de esforço comum para formação de patrimônio em nome do casal. Independentemente do nomen iuris atribuído ao negócio jurídico, as disposições estabelecidas pelos conviventes visando disciplinar o regime de bens da união estável, ainda que contidas em pacto antenupcial, devem ser observadas, especialmente porque atendida a forma escrita, o único requisito exigido. Precedente do STJ<sup>205</sup>.

Trata-se de uma hermenêutica que procura extrair máxima efetividade do princípio da conservação do negócio jurídico, a qual inicialmente parece contrapor-se à interpretação literal do artigo 1.653, do Código Civil, que condiciona os efeitos do pacto estritamente à celebração do casamento<sup>206</sup>. Não obstante, em respeito à força

---

<sup>204</sup> TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito de família*, op. cit., p. 210.

<sup>205</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). *Agravo Interno no Recurso Especial nº1.590.811/RJ*. Relator: Min. Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região. Data de julgamento: 27.02.2018. Data de Publicação: 02.03.2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/559894994/agravo-interno-no-recurso-especial-agint-no-resp-1590811-rj-2014-0180569-9/inteiro-teor-559895004>. Acesso em: 28 mar. 2022.

<sup>206</sup> Convém destacar que existem posicionamentos neste sentido, conforme o seguinte julgado: Apelação Cível. Ação de dissolução de união estável cumulada com partilha de bens. Escritura pública de pacto antenupcial não sucedida de casamento. Ineficácia, nos termos previstos no art. 1.653 do Código Civil. Uma vez declarada a união estável mantida entre as partes, prevalece o regime da comunhão parcial de bens, não se conferindo eficácia ao pacto pré-nupcial que prevê o regime da comunhão universal, vez que a condição para que gere efeitos é a realização do casamento, o que não ocorreu na espécie. Partilha. Bem imóvel. Aquisição mediante sub-rogação de bens do requerido demonstrada nos autos. Estando suficientemente comprovado nos autos que a casa objeto da controvérsia foi construída mediante emprego de recursos financeiros advindos da venda do trator de propriedade do requerido, bem como de verbas decorrentes de ação trabalhista, recursos estes suficientes para a construção de toda a casa, o corolário é o desprovisionamento do recurso, mantendo-se na íntegra a sentença que excluiu referido bem da partilha. Recurso desprovido. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70018847160. Relator: Ricardo Raupp Ruschel. 7ª Câmara Cível. Data de Julgamento: 13 jun. 2007).

normativa dos princípios, com destaque no caso para a autonomia privada, de fato não se vislumbram justificativas plausíveis para impedir os nubentes de, a despeito da não realização do casamento, manterem as disposições contratuais na regência da união estável que mutuamente decidiram estabelecer.

Estabelecidas tais premissas, convém, neste momento, examinar o conceito de pacto antenupcial, que é de suma importância para que mais adiante se possam dissecar algumas divergências que circundam a sua natureza jurídica.

### 2.3 CONCEITO

Assim como a sua natureza jurídica, o conceito de pacto antenupcial encontra múltiplas facetas entre os estudiosos do assunto. Acredita-se, no entanto, que os fundamentos analisados até o momento permitem, ainda que minimamente, uma razoável compreensão terminológica do pacto em exame.

Viu-se que o fundamento basilar de tal negócio jurídico é a autonomia dos nubentes, que lhes permite regular questões importantes da vida matrimonial, especialmente o regime de bens. Deste modo, é possível concluir que se trata de um negócio de Direito de Família que confere aos cônjuges a possibilidade de definir o que lhes aprouver quanto ao desenho do matrimônio, tanto no aspecto patrimonial quanto existencial.

Convém destacar que essa última assertiva não encontra unanimidade entre os juristas, pois alguns limitam o conteúdo do pacto às questões patrimoniais, vinculadas estritamente à escolha do regime de bens pelo casal. Por outro lado, alguns doutrinadores advogam que é lícito aos nubentes dispor também sobre situações jurídicas existenciais, sem que isso invalide o negócio celebrado. Tal discussão, entretanto, não será examinada agora, mas na próxima seção, quando estudado especificamente o conteúdo do pacto antenupcial.

Volvendo ao plano conceitual, Henri de Page entende que o pacto antenupcial destina-se a arquetetar todas as propriedades, as aquisições, os créditos e as dívidas, presentes e futuras, dos esposos<sup>207</sup>. É ele, para o autor, o instrumento por excelência à disposição dos cônjuges para regular as questões patrimoniais do matrimônio.

---

<sup>207</sup> DE PAGE, Henri. *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*, 2ª ed. Bruxelas: Établissements Émile Bruylant, tomo X, v. 1, 1949, p. 121.

Por seu turno, Arnaldo Rizzardo define o pacto como uma “convenção solene, através de escritura pública, na qual declaram os cônjuges o regime que adotam, se diverso do legal, e as condições ou adendos que resolvem acrescentar”<sup>208</sup>. Em raciocínio similar, Sílvio Rodrigues o trata como um contrato solene, realizado antes do casamento, através do qual as partes escolhem o regime de bens que vigorará entre elas durante o casamento<sup>209</sup>.

Quando trata do assunto, Conrado Paulino da Rosa fornece um conceito e ao mesmo tempo faz advertências, veja-se:

*Pactum*, do latim, quer dizer convenção, ajuste. Como o próprio nome já fala é aplicável apenas ao casamento. É tratado como facultativo, mas ao mesmo tempo, necessário se os nubentes desejarem adotar regime matrimonial que não o legal que é o regime da comunhão parcial de bens (artigo 1.640, parágrafo único, do CC). Em síntese, se os nubentes desejarem celebrar as núpcias pelo regime da comunhão parcial de bens estão dispensados de realizá-los e, qualquer que seja o outro regime escolhido, estão obrigados<sup>210</sup>.

Extrai-se daí que a autonomia dos nubentes pode ser concebida tanto na celebração do pacto, como no deixar de fazê-lo. Isso porque, se os cônjuges desejam o regime da comunhão parcial e não aspiram à regulação de questões alheias ao regime de bens, acaba por se tornar prescindível a celebração do pacto antenupcial. Por outro lado, caso optem por regime diverso daquele, por força do artigo 1.640, do Código Civil, devem necessariamente celebrar o pacto.

É este, por sinal, o entendimento de Débora Gozzo: “Para que se possa cogitar da possibilidade de celebração deste pacto antenupcial, é necessário que os nubentes desejem regular a disposição de seu patrimônio de maneira diversa daquela determinada em lei. Sem isto não há necessidade de pacto (...)”<sup>211</sup>.

Destoando dos demais, Pontes de Miranda, quando conceitua o pacto antenupcial, mescla conceito com natureza jurídica, tratando-o como “figura que fica entre o contrato de direito das obrigações, isto é, o contrato de sociedade, e o casamento mesmo, como irradiador de efeitos. Não se assimila, porém, a qualquer deles: não é simplesmente de comunhão, de administração, ou do que quer que se

---

<sup>208</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Direitos de família*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 576.

<sup>209</sup> RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 6, p. 167.

<sup>210</sup> ROSA, Conrado Paulino da. *Curso de direito de família contemporâneo*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 152-153.

<sup>211</sup> GOZZO, Débora. *Pacto antenupcial*. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 59.

convencione (...)”<sup>212</sup>.

Ante os conceitos apresentados, pode-se definir o pacto antenupcial como um negócio jurídico de direito de família, celebrado por meio de escritura pública, pelo qual os cônjuges disciplinam as principais questões referentes ao matrimônio, desde patrimoniais até extrapatrimoniais.

Em verdade, inexistem maiores complicações no estudo do pacto antenupcial no plano conceitual, o que não se pode afirmar com relação ao seu conteúdo, que é alvo de polêmica no seio doutrinário, já que boa parte da doutrina tem revisitado concepções tradicionais que permitiam aos nubentes a disciplina estritamente de questões patrimoniais, conforme se verá a seguir.

## 2.4 CONTEÚDO

O conteúdo de um negócio jurídico, segundo a melhor doutrina, confunde-se na própria ideia de objeto da relação negocial. É este, por exemplo, o ensinamento de Antonio Junqueira de Azevedo: “Por objeto do negócio jurídico deve-se entender todo o seu conteúdo”<sup>213</sup>. Logo, deve o conteúdo ser lícito, possível, determinado ou determinável, conforme exige o artigo 104, inciso II, do Código Civil, sob pena de invalidade.

Partindo dessa premissa, inicia-se a presente seção com uma questão desafiadora que vem rendendo discussões sobre o assunto. Nos idos de 1991, San Tiago Dantas apregoava que o Direito de Família não se encaixa no mesmo plano dos outros segmentos do direito privado, de modo que nele a liberdade dos particulares é sobremodo reduzida. Segundo ele:

É característica do Direito Privado que os interesses de cada um sejam precipuamente administrados pela sua própria vontade. Cada um é livre de fazer, a respeito dos seus interesses, aquilo que lhe parece mais conveniente, e o Direito Privado intervém apenas com medidas acauteladoras, para impedir o choque dos interesses contrários e para dar nitidez à vontade das partes. (...) Quando se contrata na vida privada, contrata-se o que se quer: a vontade é a norma que define os objetivos; mas no Direito de Família, como os atos jurídicos não tem outro fim senão conferir *status*, eles são atos de

---

<sup>212</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito de família: direito matrimonial*. Campinas: Bookseller, 2001, v. II, p. 166.

<sup>213</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de, op. cit., p. 132.

pura adesão; o indivíduo não os pode modelar deste ou daquele modo, tem apenas que, através do ato jurídico, aderir às características de um determinado estado de família. (...) Quando se casa, não se pode dizer que não vigorarão tais ou quais condições na sociedade conjugal ou que os nubentes estarão sujeitos a certas obrigações, além daquelas que a lei lhes impõe, porque não se tem essa liberdade e porque os efeitos do casamento decorrem do *status*, do estado civil que através dele se adquire, e não do ato jurídico através do qual a pessoa adquire aquele *status*<sup>214</sup>.

Na visão do autor, portanto, o Direito de Família caracteriza-se pelo império da lei, ao passo que caberia aos cônjuges, no campo matrimonial, encaixar seus interesses a um dos arranjos familiares previstos na legislação e, com isso, contentarem-se com os direitos e deveres a eles inerentes. Não poderiam, em sua visão, dispor sobre condições ou obrigações não estabelecidas pelo legislador, pois lhes falta liberdade para tanto.

Essa ideia, entretanto, foi relativizada pela doutrina, com escopo normativo, inclusive. Não se nega que existem limites para os contratos particulares, mas de outro lado não é correto afirmar que os particulares não possam negociar direitos e obrigações, sob pena de ir contra a autonomia privada. Passou-se a admitir, com o tempo, justamente com base em tal concepção, que os cônjuges regulassem, por meio do pacto antenupcial, questões patrimoniais vinculadas ao regime de bens do matrimônio, com supedâneo no artigo 1.639, *caput*, do Código Civil.

Tal dispositivo guarda correspondência com o artigo 256, do Código Civil de 1916, que também possibilitava aos cônjuges estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver. Analisando-o, Clóvis Beviláqua assinala que é direito dos nubentes, com respaldo normativo, a regulação de suas relações econômicas, optando pelo regime de bens que mais se adegue à vontade do casal, observando, em todo caso, os limites interpostos pela lei<sup>215</sup>.

Tradicionalmente, admitiu-se a disciplina apenas de questões patrimoniais no bojo do pacto antenupcial. Para o jurista J. M. Carvalho Santos, "(...) as convenções antenupciais não podem regular senão os interesses econômicos dos cônjuges"<sup>216</sup>. Segundo Débora Gozzo:

---

<sup>214</sup> DANTAS, San Tiago. *Direitos de família e das sucessões*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 101 e 103.

<sup>215</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1950, v. 2, p. 159-161.

<sup>216</sup> SANTOS, João Manuel de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1964, v. IV, p. 66.

O objeto, pois, que compõe o patrimônio de cada um dos nubentes, e que, conseqüentemente, integrará o regime de bens do casamento, é, portanto, elemento essencial do negócio jurídico pactício. Ora, para que se possa cogitar da possibilidade de celebração deste pacto antenupcial, é necessário que os nubentes desejem regular a disposição do seu patrimônio, de maneira diversa daquela determinada em lei. Sem isto não há necessidade de pacto, porque, na maioria das vezes, as demais cláusulas que podem integrá-lo, como reconhecimento de filho, por exemplo, são passíveis de existência própria individual, independentemente deste<sup>217</sup>.

Partilha do mesmo entendimento o autor Washington de Barros Monteiro, para quem “fazendo lavrar pacto antenupcial, devem os nubentes ater-se, tão somente, às relações econômicas, não podendo ser objeto de qualquer estipulação os direitos conjugais, paternos e maternos”<sup>218</sup>. Assim também ensina Débora Vanessa Caús Brandão: “se o legislador quisesse que o conteúdo do pacto antenupcial fosse também extrapatrimonial, não teria inserido capítulo próprio dentro do título ‘Do Direito Patrimonial’. O pacto antenupcial deve ter conteúdo eminentemente patrimonial”<sup>219</sup>.

Há quem entenda ainda mais restritivamente, como é o caso de Orlando Gomes, que vê o pacto antenupcial como um “negócio jurídico dispositivo, cujo conteúdo não comporta senão cláusulas relativas a relações patrimoniais. Não se admitem estipulações a respeito de relações pessoais dos cônjuges, nem mesmo as de caráter patrimonial que não digam respeito exclusivamente ao regime de bens”<sup>220</sup>. Ou seja, o autor entende que os cônjuges devem se ater tão somente à disciplina do regime de bens, o que afastaria, por exemplo, a possibilidade de estabelecer uma doação no bojo do pacto.

Apesar de a lei vincular a liberdade dos cônjuges à disciplina do que lhes aprover no tocante ao regime de bens, advoga-se com vigor no seio doutrinário uma ampliação de tal interpretação para nela incluir qualquer disposição patrimonial. Segundo Pontes de Miranda, “o que o Código Civil verdadeiramente permite não é só a escolha do regime matrimonial, de que deu as estruturas, mas a do regramento matrimonial dos bens”<sup>221</sup>. Também Luiz Edson Fachin: “O pacto tem um conteúdo eminentemente patrimonial. Recaindo sobre o patrimônio, não apenas deve constar a

---

<sup>217</sup> GOZZO, Débora, op. cit., p. 59.

<sup>218</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito de família*, op. cit., p. 193.

<sup>219</sup> BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. *Regime de bens no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 189-190.

<sup>220</sup> GOMES, Orlando. *Direito de família*, op. cit., p. 167 e 169.

<sup>221</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito de família: direito matrimonial*, op. cit., p. 158.

escolha do regime, como pode também conter outras disposições patrimoniais (...)"<sup>222</sup>. Partilhando do mesmo entendimento, Zeno Veloso ainda acrescenta uma experiência estrangeira ao tema:

A liberdade dos nubentes não se limita à eleição de um desses regimes. Os interessados não estão obrigados a seguir modelos legais, os regimes-tipos regulados no Código Civil, podendo ir além, modificando-os, combinando-os, e, até, estabelecendo um regime peculiar, um regramento atípico, imaginado e criado por eles próprios. Na França, na Bélgica e em Portugal, por exemplo, a situação é semelhante à nossa, havendo ampla liberdade para a escolha do regime de bens, inclusive com a possibilidade de introdução de modificações nos tipos previstos pelo legislador. Na Alemanha, na Itália e na Suíça, ao contrário, vigora o princípio da tipicidade e os nubentes só podem eleger um dos regimes estabelecidos em lei<sup>223</sup>.

Por tal perspectiva, os cônjuges estariam autorizados a adentrar num espaço que não somente a escolha do regime de bens. Poderiam criar um regime inédito, atípico, capaz de alinhar o patrimônio do casal à máxima efetividade dos seus interesses. Mais que isso:

É possível conter no pacto antenupcial negócios estranhos ao regime de bens, tais como doações entre os cônjuges ou de terceiros aos cônjuges. (...) Também, entre os cônjuges é possível a realização de negócios, no próprio pacto, 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<sup>224</sup>.

De fato, o raciocínio rompe com aquela ideia de San Tiago Dantas mencionada no início dessa seção, que acreditava numa liberdade sobremodo reduzida dos cônjuges em relação à disciplina das questões matrimoniais, cabendo-lhes o contentamento com os regimes legalmente instituídos e os direitos e deveres a eles inerentes.

Para além disso, sustenta-se atualmente o surgimento de um novo paradigma, no sentido de ampliar o conteúdo do pacto antenupcial para abranger também questões de cunho extrapatrimonial. Por todos os argumentos ora estudados, evidente que se trata de um posicionamento que caminha na contramão da doutrina tradicional. Segundo Ana Carolina Brochado Teixeira e Renata Rodrigues de Lima:

---

<sup>222</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família: elementos críticos à luz do Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 187.

<sup>223</sup> VELOSO, Zeno, op. cit., p. 87.

<sup>224</sup> SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida, op. cit., p. 202.

Por uma exigência absolutamente de caráter constitucional e de correção normativa, ao pacto antenupcial não devemos relegar apenas conteúdos eminentemente patrimoniais. Na contemporaneidade, o pacto antenupcial deve assumir papel central no casamento, por conta da privatização da família e da reconfiguração de suas funções<sup>225</sup>.

Defendem essa ideia Gisele Leite<sup>226</sup>, Fabiana Domingues Cardoso, Gustavo Tepedino, Maria Berenice Dias. Para Dias, “(...) nada impede que os noivos disciplinem também questões não patrimoniais. Ora, se a lei impõe deveres e assegura direitos ao par, não há qualquer impedimento a que estipulem encargos outros, inclusive sobre questões domésticas”<sup>227</sup>.

Em verdade, analisando-se a atual roupagem do ordenamento jurídico pátrio, não se vislumbram óbices à disciplina de questões extrapatrimoniais no pacto antenupcial. O dispositivo-chave para este posicionamento é o artigo 1.655, do Código Civil: “É nula a convenção ou cláusula dela que contravenha disposição absoluta de lei”<sup>228</sup>. Não se olvida que é preciso cautela na interpretação deste dispositivo, mormente pelo fato de que “a liberdade dos nubentes de fazerem as suas convenções antenupciais não é absoluta nem ilimitada”<sup>229</sup>.

Nada obstante, entende-se que existe um espaço amplo de liberdade garantido aos cônjuges na técnica utilizada pelo legislador de vetar somente a disciplina de matérias que contrariem disposição absoluta de lei. Para Thomas Alexandre de Carvalho, essa regra “tem que ser lida como a impossibilidade de os cônjuges afastarem a aplicação de normas de ordem pública, porquanto, cogentes”<sup>230</sup>. Esse caráter cogente revela que as normas são “insuscetíveis de serem derogadas pela convenção entre particulares”<sup>231</sup>. Para Caio Mário da Silva Pereira:

O pacto antenupcial, embora exprima a liberdade contratual dos nubentes,

<sup>225</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. O papel da autonomia privada na reconfiguração do pacto antenupcial e da natureza jurídica do casamento. In: AMARAL, Paulo Adyr Dias do (org. et. al). *CAD 20 anos: tendências contemporâneas do Direito*. 1. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 125 e 144.

<sup>226</sup> LEITE, Gisele. A importância do pacto antenupcial. *Revista IOB de Direito de Família*, ano IX, n. 45, dez/jan, 2008, p. 20.

<sup>227</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito de famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais: Saraiva, 2004, v. II, p. 193.

<sup>228</sup> BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 27 mar. 2022.

<sup>229</sup> SANTOS, João Manuel de Carvalho, op. cit., p. 10.

<sup>230</sup> CARVALHO, Thomas Alexandre de. Pacto antenupcial e cláusula penal. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 2, nº 1, p. 511-543, 2016, p. 527. Disponível em: [https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2016/1/2016\\_01\\_0511\\_0543.pdf](https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2016/1/2016_01_0511_0543.pdf). Acesso em: 27 mar. 2022.

<sup>231</sup> RODRIGUES, Silvio, op. cit., p. 12.

está subordinado a princípios que condizem com a ordem pública, sejam aquelas de cunho patrimonial, sejam as de natureza pessoal e ainda aquelas que atentem contra os bons costumes. No regime legal ora vigente ter-se-ão por inválidas cláusulas que suprimam direitos que a lei assegura a ambos os cônjuges. O sistema do poder familiar não pode ser invalidado no pacto antenupcial, naquilo em que estabelecem normas cogentes. Os nubentes podem estabelecer o que interessa ao seu regime de bens, ou matérias outras pertinentes à sua vida conjugal. Mas não lhes é lícito derogar no que seja objeto de lei proibitiva ou imperativa<sup>232</sup>.

O autor, porém, explica que “se a cláusula for contrária ao que seja permitido convencionar, somente ela se anula ou se tem por não escrita, prevalecendo no mais o restante do pacto – *utile per inutile non vitiatur*”<sup>233</sup>. Ou seja, como uma faceta do princípio da conservação do negócio jurídico, a nulidade de uma cláusula não nulifica o pacto como um todo, permanecendo vigentes as demais disposições, se válidas, evidentemente.

Pode-se concluir, então, que “vige no direito civil brasileiro a liberdade ampla nas convenções antenupciais, inclusive com a possibilidade de serem incluídos no pacto antenupcial elementos estranhos à fixação do regime de bens do casal, cujo único limite é a ordem pública”<sup>234</sup>. Sobre o tema, veja-se o posicionamento doutrinário abaixo:

A definição quanto à validade dessas e outras cláusulas, formuladas por iniciativa das partes, seja no âmbito do casamento, seja em pactos atinentes a outras formações familiares, deve levar em consideração a função instrumental da família no desenvolvimento da pessoa humana. 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, os quais devem informar as comunidades intermediárias, de modo que o pluralismo de escolhas traduza a liberdade fundamental de cada um, como expressão de sua individualidade, a organizar a sua vida comunitária<sup>235</sup>.

Não se pode perder de vista, neste contexto, as conquistas alcançadas pela constitucionalização do direito privado, que levou à personalização do direito civil. Como adverte Leonardo Barreto Moreira Alves, “se o valor necessário à felicidade de um indivíduo, segundo o Código, era a propriedade, o acúmulo de bens, o *ter*, a Carta Magna, quebrando com esse paradigma, estabelece como fator de realização da

---

<sup>232</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: introdução ao direito civil – teoria geral de direito civil*, op. cit., p. 244.

<sup>233</sup> Idem, *ibidem*, loc. cit.

<sup>234</sup> CARVALHO, Thomas Alexandre de, op. cit., p. 528.

<sup>235</sup> TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato, op. cit., p. 100.

pessoa a sua dignidade, o *ser*, a sua real condição de sujeito de direito”<sup>236</sup>. Esse fenômeno, como dito, atingiu frontalmente a família:

A alta carga de proteção e promoção que a Constituição da República verteu para a família, a partir da centralidade da pessoa humana no sistema jurídico, consagrou-a como forma de tutela funcionalizada dos seus membros, que tem na Democracia importante marca da sua forma de atuação: busca de soluções dialogadas e compartilhadas entre seus componentes, para que a família possa ser, efetivamente, locus privilegiado de realização e crescimento das pessoas nela envolvidas<sup>237</sup>.

Por conseguinte, “a família passa a ter como principal função a realização existencial dos seus membros”<sup>238</sup>, o que reclama uma releitura de conceitos e institutos tradicionais que, em certa medida, abalroem esse objetivo. Veja-se, a propósito, o que dispõe o artigo 1.513, do Código Civil: “É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”<sup>239</sup>. O legislador explicitamente reconheceu que cabe unicamente aos integrantes do núcleo familiar a definição do desenho – tanto patrimonial quanto extrapatrimonial – da comunhão entre eles estabelecida, vedando-se qualquer interferência externa. Neste sentido:

Nas relações de família, a compatibilização da noção de ordem pública com a intransigente tutela da dignidade da pessoa humana não deve afastar, senão estimular o desenvolvimento da autonomia privada, desde que as relações contratuais que vicejam no núcleo familiar, permeadas por intenso conteúdo ético, se constituam em instrumento de promoção e desenvolvimento da personalidade de seus integrantes. Para tanto, torna-se imprescindível renunciar a visões preconceituosas que, baseadas em padrões de moralidade preconcebidos, estipulam limites à liberdade em nome de uma ordem pública intangível, de difícil validação na legalidade constitucional. Há de se garantir, portanto, antes de mais nada, a liberdade na família, reservando-se as pontuais intervenções ou restrições do Estado às hipóteses em que a própria liberdade individual se encontra ameaçada<sup>240</sup>.

<sup>236</sup> ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Direito de Família mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no Direito de Família*. 2009. 226f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009, p. 95-96.

<sup>237</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Disposições patrimoniais e existenciais no pacto antenupcial. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Direito Civil, Constituição e Unidade do Sistema: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – V Congresso do IBDCivil*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 224.

<sup>238</sup> Idem, ibidem, loc. cit.

<sup>239</sup> BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 27 mar. 2022.

<sup>240</sup> TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato, op. cit., p. 94.

Ora, se assim o é, em que medida a limitação da liberdade dos cônjuges à disciplina de questões estritamente patrimoniais no pacto antenupcial contribui para o livre desenvolvimento da personalidade do casal e, conseqüentemente, a plena realização conjugal? Pensando por esse lado, de fato há de se admitir que os nubentes disciplinem assuntos patrimoniais e extrapatrimoniais no ajuste antenupcial, observando-se, como dito, a impossibilidade de se contrariar disposição absoluta de lei.

Por tais razões, conclui-se que o conteúdo do pacto antenupcial é composto por questões tanto de natureza patrimonial quanto extrapatrimonial, tendo como filtro de validade a não contrariedade à disposição absoluta de lei. Mais adiante, quando estudados os limites do referido pacto, adentrar-se-á de forma mais específica nessas questões, com exemplos práticos de cláusulas de ambas as vertentes. Importa agora, tecidas tais considerações, adentrar ao estudo da natureza jurídica da convenção antenupcial.

## 2.5 NATUREZA JURÍDICA

Não há um consenso a respeito da natureza jurídica do pacto antenupcial, dividindo-se a doutrina entre os que o consideram um contrato e os que o definem como um negócio jurídico de Direito de Família.

No campo dos defensores da natureza contratual, cite-se a lição de Sílvio Rodrigues, para quem “pacto antenupcial é o contrato solene, realizado antes do casamento, por meio do qual as partes dispõem sobre o regime de bens que vigorará entre elas, durante o casamento”<sup>241</sup>. Do mesmo modo, Paulo Nader assevera que o casamento e a união estável são instituições, “mas o pacto formal sobre regime de bens possui natureza de contrato”<sup>242</sup>. Filiam-se a tal corrente conceituados juristas, tais como Clóvis Beviláqua, João Manuel de Carvalho Santos, Washington de Barros Monteiro, Caio Mário da Silva Pereira, Maria Helena Diniz, Carlos Alberto Dabus Maluf e Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf, entre outros.

Segundo o jurista português João de Matos Antunes Varela, “diz-se contrato o acordo vinculativo, assente sobre duas ou mais declarações de vontade (oferta ou

---

<sup>241</sup> RODRIGUES, Sílvio, op. cit., p. 167.

<sup>242</sup> NADER, Paulo. *Curso de direito civil: direito de família*, op. cit., p. 437.

proposta, de um lado; aceitação do outro), contrapostas mas perfeitamente harmonizáveis entre si, que visam estabelecer uma composição unitária de seus interesses”<sup>243</sup>. Aliás, vigora em Portugal, assim como na França, a ideia do pacto antenupcial na forma de um contrato<sup>244</sup>.

O jurista Wilfried Schlüter, analisando o direito alemão, ensina que lá o pacto antenupcial também possui natureza contratual: “De acordo com a definição legal do § 1408 al. 1 BGB, entende-se por contrato nupcial somente a regulamentação das relações de regime de bens através de contrato”<sup>245</sup>.

Arnold Wald, por sua vez, considera o pacto uma categoria jurídica que transita entre o direito das obrigações e o direito de família, porém, não na forma de um contrato, mas de um negócio jurídico de direito de família<sup>246</sup>. Pontes de Miranda, por sua vez, quando disserta sobre o conteúdo do pacto, não desconsidera a doutrina a que se filia WALD, veja-se:

(O pacto antenupcial) Tem especificamente por objeto determinar a norma do patrimônio dos nubentes, a partir do casamento. Onde se estipula sobre interesses, anteriormente ao casamento, a convenção é antenupcial, pois que precedeu ao casamento, porém não é ato de direito de família com que se prefixa regime matrimonial dos bens. Assim, se alguém diz que doa, ou vende a outrem com quem vai casar, certo bem, não se tem, aí, pacto antenupcial, no sentido que aqui se lhe dá, mas contrato de doação ou de compra e venda com a condição suspensiva de casamento ou resolutiva de não se realizar o casamento, contrato regido pelo direito das obrigações, a despeito da ligação condicional ao matrimônio previsto. Precede o casamento, tem-no como condição; todavia, não é negócio jurídico de direito de família<sup>247</sup>.

Dos que entendem ser o pacto antenupcial um negócio jurídico de Direito de Família estão Maria Berenice Dias, Zeno Veloso, Eduardo de Oliveira Leite, Gisele Leite, Gustavo Tepedino, e outros. Também defensora deste posicionamento, Fabiana Domingues Cardoso acredita que “demonstra mais precisão técnica asseverar que o pacto antenupcial é um negócio jurídico de Direito de Família, (...) e ainda acresce denominação mais apropriada ao ato e conteúdo do instituto”<sup>248</sup>. Do mesmo modo, Débora Gozzo explica que:

<sup>243</sup> VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em Geral*. 8. ed. Coimbra: Almedina, 1994, v. I, p. 221.

<sup>244</sup> CARDOSO, Fabiana Domingues, op. cit., p. 109.

<sup>245</sup> SCHLÜTER, Wilfried. *Código Civil Alemão: direito de família*. BGB – Familienrecht. 9. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 93.

<sup>246</sup> WALD, Arnold. *O Novo Direito de Família*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 138.

<sup>247</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado: parte especial. Dissolução da sociedade conjugal. Eficácia jurídica do casamento*. T. VIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 230.

<sup>248</sup> CARDOSO, Fabiana Domingues, op. cit., p. 112.

Conceitualmente pode definir-se o contrato como sendo um negócio jurídico celebrado entre duas ou mais pessoas, visando à constituição, modificação ou extinção de uma relação jurídica de natureza patrimonial. É justamente a característica da patrimonialidade dos contratos que leva a maior parte dos estudiosos a nele incluir o pacto antenupcial. Afinal, este, na sua concepção original, servia basicamente para que os nubentes estipulassem acerca do regime patrimonial a vigor durante o seu casamento.

(...)

Todavia, após analisar as contribuições de Santoro-Passarelli, chega-se à conclusão de que o pacto antenupcial é um negócio jurídico de direito de família, já que todas as características acima apontadas nele se encontram presentes. Ele é um ato jurídico (*lato sensu*) pessoal. Só os nubentes podem ser partes. É formal, sendo indispensável a escritura pública. Nominado, isto é, previsto em lei. E, por último, é legítimo (típico), pois os nubentes têm a sua autonomia limitada pela lei e não podem, conseqüentemente, estipular que o pacto produzirá efeitos diversos daqueles previstos pela norma jurídica<sup>249</sup>.

Vê-se que a autora respaldou sua posição na doutrina de Francesco Santoro-Passarelli, e há uma razão de ser, pois foi ele quem desenvolveu com maior profundidade os contornos da noção de negócio jurídico de Direito de Família. O autor elenca quatro características que distinguem tal negócio dos demais: (i) deve necessariamente ser formal<sup>250</sup>; (ii) precisa estar previsto em lei, ou seja, ser típico<sup>251</sup>; (iii) deve ser direto, impossibilitando-se a modulação dos efeitos do negócio para alcançar finalidades diversas daquelas tipicamente instituídas<sup>252</sup>; (iv) persegue estritamente uma finalidade familiar<sup>253</sup>.

De todas essas características, acredita-se que elementar mesmo na distinção é a última, pois existem negócios formais, típicos e diretos que não necessariamente correspondem a um negócio jurídico de Direito de Família, como é o caso de uma

(...) compra e venda de bem imóvel de valor superior a trinta vezes o salário mínimo destinada tão somente à alienação do bem em troca de determinado preço. Trata-se de contrato formal, pela inteligência do requisito de validade do art. 108 do Código Civil, típico, pois o Código Civil se ocupa da compra e venda na Seção I, do Capítulo I, do Título VI do Livro de Direito das Obrigações, e direto, pois as partes destinaram os efeitos do negócio para alcançar os fins típicos da compra e venda<sup>254</sup>.

<sup>249</sup> GOZZO, Débora, op. cit., p. 30 e 34.

<sup>250</sup> SANTORO-PASSARELLI, Francesco. L'autonomia privada nel diritto di famiglia. In: *Saggi di diritto civile*, v. 1, Napoli, Jovene, 1961, p. 384.

<sup>251</sup> Idem, ibidem, p. 385.

<sup>252</sup> Idem, ibidem, loc. cit.

<sup>253</sup> Idem, ibidem, p. 383.

<sup>254</sup> BIAZI, João Pedro de Oliveira de. Pacto antenupcial: uma releitura à luz da teoria do negócio jurídico. *Revista Jurídica Luso Brasileira*, ano 2, nº 1, p. 229-264, 2016, p. 243.

Por sua vez, a finalidade familiar diferencia o contrato do negócio jurídico de Direito de Família, pois enquanto o contrato busca tutelar uma relação exclusivamente econômica, o negócio jurídico de Direito de Família, embora possa assumir feições patrimoniais, a sua finalidade direta deve estar relacionada com um escopo próprio da constituição familiar<sup>255</sup>.

Conceber-se o pacto antenupcial como uma categoria especial de negócio jurídico, afeta ao Direito de Família, parece o melhor caminho a ser seguido. Isso porque o acordo compõe-se de normas interdisciplinares, isto é, que não estão adstritas à um ramo específico do direito privado. Inclusive, existem disposições normativas que se aplicam apenas ao pacto antenupcial, não atingindo outros negócios jurídicos.

É o caso, por exemplo, do princípio da não-intervenção, para alguns juristas definido como princípio da mínima intervenção estatal no Direito de Família ou princípio da liberdade, que proíbe qualquer pessoa de direito público ou direito privado interferir na comunhão de vida instituída pela família (artigo 1.513, do Código Civil). O pacto antenupcial, diferente de outro negócio jurídico alheio ao Direito de Família, há de ser interpretado à luz deste princípio, que também possui respaldo constitucional, quando do incentivo do constituinte ao planejamento familiar próprio, vedando-se qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais e privadas (artigo 227, § 7º, da Constituição Federal de 1988).

Assim, o pacto antenupcial recebe a incidência tanto dos princípios constantes na teoria geral do negócio jurídico, que se aplicam a todos os negócios, como é o caso do princípio da boa-fé, da equidade, da autonomia privada, da função social, da solidariedade social, da dignidade da pessoa humana, bem como dos princípios específicos afetos ao Direito de Família, a exemplo do princípio da não-intervenção, bem como o princípio da afetividade, da igualdade na chefia familiar, da igualdade entre cônjuges e companheiros, entre outros.

Os princípios gerais, aplicáveis ao Direito Civil como um todo, oferecem-se nos "(...) os traços fundamentais do sistema de direito civil, na medida em que modelam o conteúdo do direito vigente, penetrando e cimentando os seus elementos normativos"<sup>256</sup>. Os princípios específicos do Direito de Família, por sua vez, servem de complemento na modelação do conteúdo das normas afetas a este campo do

---

<sup>255</sup> BIAZI, João Pedro de Oliveira de, op. cit., p. 243.

<sup>256</sup> MOTA PINTO, Carlos Alberto da, op. cit., p. 96.

direito privado, ostentando força normativa do mesmo modo que os princípios gerais.

Acrescente-se que, ao contrário do que acontece com outras categorias de negócios jurídicos, o pacto antenupcial possui uma condicionante exclusiva que afeta diretamente o plano da eficácia. Trata-se de uma condição estabelecida pela própria lei, a qual já foi visitada anteriormente, que limita de forma substancial a autonomia dos cônjuges. De acordo com o artigo 1.653, do Código Civil, o pacto é ineficaz se não lhe seguir o casamento<sup>257</sup>. Essa condição não se aplica, por exemplo, a um contrato de seguro, uma promessa de compra e venda, uma doação, entre outras avenças, mas tão somente ao pacto antenupcial.

Essa mescla de disposições interdisciplinares próprias impede que o pacto antenupcial seja enquadrado numa categoria de acordo comum aos demais existentes no mundo jurídico, seja na condição de contrato, seja como negócio jurídico em sentido amplo. Por tais condições especiais, conclui-se que a melhor definição quanto a sua natureza jurídica é justamente a de um negócio jurídico de Direito de Família.

Ademais, por rigor científico, cite-se o entendimento de Eduardo Fanzolato, para quem o pacto antenupcial classifica-se como um negócio jurídico bilateral que não se apresenta na forma de um contrato, mas de uma convenção, isto é, uma espécie de estatuto acordado em que os cônjuges convencionam disposições relativas ao regime patrimonial do casamento<sup>258</sup>. Manifestação parecida é encontrada na doutrina do italiano Roberto de Ruggiero: “A convenção matrimonial (...) não se pode considerar como um contrato qualquer, nem se pode equiparar a todos os outros negócios que tem conteúdo patrimonial”, pois “seu fim (...) supera aqui as intenções egoístas de quem contrata, ultrapassa a esfera do indivíduo e vai mais além: diz respeito à família, como organismo ético, social e jurídico e consiste em promover a assegurar a prosperidade do consórcio familiar”<sup>259</sup>.

A despeito desta controvérsia, prevalece entre os estudiosos do assunto a concepção de que o pacto possui natureza contratual, embora a ideia de um negócio jurídico de direito de família, com características próprias não encontradas nos contratos em geral, tal como a sua finalidade familiar, apresente-se como mais

---

<sup>257</sup> BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 05 jun. 2022.

<sup>258</sup> FANZOLATO, Eduardo Ignacio. Las capitulaciones matrimoniales. *Revista de Derecho de Familia*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2002, n. 19, p. 25.

<sup>259</sup> RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1972, v. II, p. 106-108.

adequada à realidade normativa brasileira.

## 2.6 BREVES APONTAMENTOS SOBRE O REGIME DE BENS

O regime de bens é o fundamento primeiro para a existência do pacto antenupcial. De todas as controvérsias ora apresentadas, nenhuma delas coloca em xeque, nem mesmo indiretamente, a finalidade do referido pacto de disciplinar as questões referentes ao patrimônio dos cônjuges. Controverte-se a doutrina, como visto, se o pacto deve ater-se tão somente aos aspectos patrimoniais, ou se pode avançar essa fronteira, disciplinando também assuntos extrapatrimoniais; em todo, caso o regime de bens é unânime como disciplina possível.

Cite-se, exemplificativamente, a definição empregada ao pacto antenupcial por Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira: “Convenção antenupcial diz-se o acordo feito entre os nubentes e destinado a fixar o seu regime de bens”<sup>260</sup>. Os autores, como se vê, entendem que a finalidade do pacto é justamente a disciplina do regime de bens.

Para alguns, como é o caso de Débora Gozzo, não faz sentido cogitar a celebração de um pacto antenupcial se não for para dispor acerca do regime de bens. Isso porque, em sua visão, “para que se possa cogitar da possibilidade de celebração deste pacto antenupcial, é necessário que os nubentes desejem regular a disposição de seu patrimônio, de maneira diversa daquela determinada em lei. Sem isto não há necessidade de pacto (...)”<sup>261</sup>.

Na visão de Sílvio de Salvo Venosa, “a existência de um regime de bens é necessária, não podendo o casamento subsistir sem ele. Ainda que os cônjuges não se manifestem, a lei supre sua vontade, disciplinando o regime patrimonial de seu casamento”<sup>262</sup>, que na realidade normativa brasileira é o regime da comunhão parcial de bens.

O regime de bens, nas lições de Luiz Edson Fachin, envolve “o governo de bens pretéritos, dos presentes e dos futuros, o objeto material do casamento e sua

---

<sup>260</sup> COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito de Família*. 5. ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, v. I, p. 570.

<sup>261</sup> GOZZO, Débora, op. cit., p. 59.

<sup>262</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: família e sucessões*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 314.

dinâmica”<sup>263</sup>. Para Tepedino e Oliva, o regime inicia sua vigência a partir da constituição da família e “tem como objeto as relações patrimoniais entre cônjuges ou companheiros – sua comunicabilidade (rectius, titularidade) e administração –, e entre esses e terceiros, estabelecendo os alicerces e os limites das relações econômicas do casal”<sup>264</sup>. Ainda segundo os autores:

No que tange à opção pelo regime de bens, aqueles previstos pelo Código Civil não constituem *numerus clausus*, de modo que as partes podem optar por regime de bens já existente ou por algum outro atípico, desde que não contrariem disposição absoluta de lei, conforme art. 1.639, caput, do Código Civil. Tal atipicidade coaduna-se com a comunhão plena de vida que se instaura com o casamento (CC, art. 1.511), a recomendar que a ampla autonomia atribuída às partes para a definição do estatuto patrimonial que regerá as relações entre si e com terceiros – exceto nas hipóteses geradoras do regime da separação obrigatória de bens, conforme art. 1.641 do Código Civil<sup>265</sup>.

É assente na doutrina que a variação dos regimes permite aos cônjuges ou conviventes (no caso da união estável) não apenas escolher um dos quatro regimes de bens em vigor no Brasil (comunhão parcial de bens, comunhão universal, separação total de bens e participação final nos aquestos), como se fosse uma regra de subsunção, mas podem mesclá-los e até mesmo dar vida a um regime atípico, fundado em regras próprias que extraem a máxima efetividade dos interesses do casal, desde que suas cláusulas não contravenham disposição absoluta de lei<sup>266</sup>.

O mesmo não pode ser dito em relação ao direito alemão, em que a liberdade dos nubentes é limitada à escolha dos regimes previstos em lei, sem poder modificá-los ou construir um modelo inédito. Segundo SCHLÜTER, na Alemanha:

(...) vale o princípio da limitação dos tipos (*numerus clausus* dos tipos de regime de bens modelados na lei). Portanto, não pode ser acordado um regime de bens que não está previsto no Código Civil alemão, bem como não é permitido o surgimento de regime de bens mistos, nos quais elementos característicos dos diversos regimes de bens são misturados entre si<sup>267</sup>.

No Brasil, por sua vez, Ana Cristina Ferreira de Sousa Leal ensina que é permitido aos nubentes escolher qualquer um dos regimes de bens instituídos pelo legislador, ou ainda um desses regimes “com inclusão de estipulações estranhas à

<sup>263</sup> FACHIN, Edson. *Direito de família: elementos críticos à luz do Código Civil Brasileiro*, op. cit., p. 156.

<sup>264</sup> TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato, op. cit., p. 96.

<sup>265</sup> Idem, ibidem, loc. cit.

<sup>266</sup> MADALENO, Rolf. *Direito de Família*, op. cit., p. 769.

<sup>267</sup> SCHLÜTER, Wilfried, op. cit., p. 160.

respectiva conformação, ou ainda conformar um regime completamente distinto dos legalmente previstos”<sup>268</sup>. Essa ideia funda-se na busca pela realização plena dos cônjuges, especialmente num viés existencial, cuja premissa maior é a dignidade da pessoa humana.

A liberdade dos cônjuges, portanto, não é ilimitada. De fato, deve-se buscar a plena realização conjugal, mas existem certos preceitos que não podem ser olvidados ou excetuados no bojo de um pacto antenupcial pelo casal. Como exemplo, o artigo 1.641, inciso II, do Código Civil, impõe o regime da separação obrigatória de bens aos nubentes maiores de setenta anos<sup>269</sup>, de modo que lhes é defeso, a pretexto da autonomia privada, dispor de modo diverso na convenção antenupcial. Conforme ensina Caio Mário da Silva Pereira, “os nubentes podem estabelecer o que interessa ao seu regime de bens, ou matérias outras pertinentes à sua vida conjugal. Mas não lhes é lícito derogar no que seja objeto de lei proibitiva ou imperativa”<sup>270</sup>.

Nessa esteira, faz-se oportuna a análise dos limites do pacto antenupcial, sobretudo porque, como visto acima, os nubentes não possuem uma liberdade irrestrita para livremente dispor do que lhes aprouver. É verdade que algumas limitações já foram brevemente pinceladas, mas convém que se estude de modo específico, por exemplo, os limites que atingem as cláusulas patrimoniais e extrapatrimoniais, o que se fará no capítulo seguinte.

## 2.7 LIMITES DO PACTO ANTENUPCIAL

A presente seção dedica-se ao estudo específico de alguns limites atribuídos pela legislação e pela doutrina ao pacto antenupcial em relação às cláusulas patrimoniais e extrapatrimoniais, com ênfase, ao final, à renúncia ao direito concorrencial e à disposição de deveres domésticos. Não se esquadrinhará, ainda, a possibilidade de inserção da cláusula penal, pois o assunto será abordado no capítulo seguinte.

---

<sup>268</sup> LEAL, Ana Cristina Ferreira de Sousa. *Casos práticos de Direito de Família e das Sucessões: casos práticos resolvidos*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 63.

<sup>269</sup> BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Acesso em: 28 mar. 2022.

<sup>270</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: introdução ao direito civil – teoria geral de direito civil*, op. cit., p. 244.

### 2.7.1 Cláusulas Patrimoniais

Viu-se, anteriormente, que há um consenso na doutrina no sentido de que é lícito aos nubentes a disciplina de questões patrimoniais no pacto antenupcial. Para alguns, como dito, é essa a finalidade principal de tal negócio, com vistas a evitar futuros imbróglis que possam surgir numa eventual separação ou até mesmo em discussões sucessórias.

Não se pretende discutir se os nubentes estão autorizados apenas a disciplinar aspectos patrimoniais, pois tal questão já foi resolvida. O que se busca investigar são os limites que restringem a autonomia patrimonial dos nubentes. Neste ponto, é importante revisitar um ponto já estudado, que afirma que a disciplina patrimonial deve ser vista não apenas como a escolha do regime de bens, mas toda e qualquer disposição que vise regular o patrimônio dos nubentes.

Dito isso, importa destacar que os nubentes estão obrigados à observância de certos limites impostos pela lei, sob pena de colocar em xeque a validade e a eficácia da convenção antenupcial. Analisando o ordenamento como um todo, Pontes de Miranda assinala que será nulo o pacto antenupcial, em sua totalidade ou em parte:

I) que contenha ilicitude ou imoralidade, isto é, que seja *contra bonos mores*, pois o ser contra direitos conjugais ou paternos não esgota a lista, às vezes instável, do ilícito e do imoral. (...) II) que contenha impossibilidade lógica (contradição ou perplexidade). (...) (III) que seja ininteligível ou sem sentido. Essa convenção é não-escrita, porque não se pode conhecer e, por isso mesmo, não se pode cumprir. (...) IV) que seja fisicamente impossível, isto é, que consinta em fato que não pode acontecer. Toda regra cogente (positiva ou negativa) tem de ser respeitada pelos nubentes quando celebram pactos antenupciais<sup>271</sup>.

Observam-se, agora na doutrina de Paulo Lôbo, outras cláusulas que podem levar à nulidade do pacto antenupcial, no todo ou em parte: “(...) a) cláusula que estipular o início da eficácia do regime de bem a partir de determinado tempo, após o casamento, uma vez que a lei determina que começa a vigorar desde a data do casamento; b) a cláusula que impedir a qualquer dos cônjuges a administração de todos os bens particulares (...)”<sup>272</sup>. O autor ainda cita “a cláusula que impedir ao cônjuge reivindicar o imóvel alienado sem o seu consentimento e a cláusula que

<sup>271</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito de família: direito matrimonial*, op. cit., p. 180.

<sup>272</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: famílias*, op. cit., p. 162.

autorizar a venda ou doação unilateral dos bens comuns, sem autorização do outro cônjuge”<sup>273</sup>.

Fabiana Domingues Cardoso dedicou a sua tese de doutorado ao exame da matéria em questão. A autora cita, então, alguns exemplos de possíveis cláusulas patrimoniais que podem ser previstas pelos nubentes:

- (i) a proporção da titularidade de cada bem adquirido durante a constância do casamento, o que poderá ser criado em decorrência dos rendimentos de cada nubente ou de forma igualitária;
- (ii) no tocante à titularidade e divisão de bens existentes antes do casamento, definindo-os como particulares a cada noivo, ou ainda conferindo ao casal proporções idênticas, ou conforme a contribuição de cada um;
- (iii) doações entre os cônjuges;
- (iv) regras quanto à indisponibilidade do patrimônio comum a terceiros (e. g. doações, presentes, auxílios a familiares etc.);
- (v) sobre a obrigação de criação de um fundo financeiro de emergência com as regras para sua composição, bem como sua utilização<sup>274</sup>.

Em verdade, existe um amplo terreno de cláusulas patrimoniais que podem ser estabelecidas pelos cônjuges. A autora, por sua vez, menciona que, no decorrer dos estudos, deparou-se com algumas convenções antenupciais que carregavam cláusulas de natureza patrimonial um tanto quanto inusitadas, dentre as quais destaca:

- (i) cláusula na qual o marido se comprometia a manter e sustentar todas as necessidades familiares e da esposa, enquanto esta não passasse em concurso público, quando a partir de então, ambos partilhariam as despesas familiares na proporção salarial;
- (ii) nubentes que clausularam o entendimento sobre a natureza jurídica da previdência privada complementar de cada qual, visto que atualmente não há posição pacífica na doutrina, legislação e jurisprudência a respeito da partilha deste bem quando da separação conjugal ou sucessão quanto a ser ou não bem particular ou comum, e por consequência definiram a incomunicabilidade de respectivo direito entre os pares;
- (iii) a exclusão da responsabilidade com dívidas e passivos gerados exclusivamente e em decorrência do alto risco do negócio exercido por um dos nubentes, de forma a não expor o crédito e o patrimônio do cônjuge;
- (iv) ainda, chamou atenção pacto firmado pelo qual se denotava a instituição do regime de separação de bens, contendo a declaração da mulher de seu conhecimento sobre o histórico familiar da empresa e acervo patrimonial do esposo, e de sua irrisória participação para a constituição do montante, e por consequência sua renúncia em relação àquele patrimônio acumulado pelo homem e sua família, bem como de seus frutos e de eventual crescimento patrimonial da sociedade<sup>275</sup>.

---

<sup>273</sup> Idem, *ibidem*, loc. cit.

<sup>274</sup> CARDOSO, Fabiana Domingues, op. cit., p. 165.

<sup>275</sup> CARDOSO, Fabiana Domingues, op. cit., p. 167.

Como limitação à liberdade dos cônjuges, cite-se a não contrariedade à ordem pública, aos bons costumes, à boa-fé, aos preceitos constitucionais, especialmente aqueles voltados à dignidade dos nubentes<sup>276</sup>. Destaca-se a impossibilidade de renúncia a direitos indisponíveis, como é o casamento do direito aos alimentos, nos termos do artigo 1.707 do Código Civil.

Segundo Francisco Cahali, “a aquisição do direito a alimentos só se completa com a dissolução. Daí prematuro falar-se em estipulação contratual a respeito da pensão se sequer existe esta obrigação”<sup>277</sup>. Assim, “ainda que se firme a cláusula de renúncia no pacto, essa não obstará o direito que possuem os cônjuges de pleitear alimentos, desde que configurados os requisitos legais para tanto”<sup>278</sup>. Para Álvaro Villaça Azevedo:

(...) é nula a cláusula que determine que um cônjuge possa, no regime da comunhão de bens, alienar imóveis sem a outorga do outro cônjuge; que possibilite negócio com herança de pessoa viva (art. 426 do CC); que desobrigue o cônjuge ao cumprimento de qualquer dos deveres conjugais, como o de coabitação e de fidelidade; que contenha cláusula de renúncia ou limitação dos alimentos em caso de divórcio; entre outros casos de inobservância das normas de ordem pública<sup>279</sup>.

Além disso, no caso das doações, cite-se que no tocante ao regime da comunhão universal de bens, as doações ficam prejudicadas pelo fato do regime impor a comunicabilidade a bens adquiridos a título gratuito, como são aqueles provenientes de doação, “restaria frustrada a intenção de beneficiar a outro cônjuge com algum bem, por isso, nesses casos, indispensável a expressa cláusula de incomunicabilidade sobre referida doação”<sup>280</sup>. Sobre o tema:

É possível que, no pacto, os noivos façam doações recíprocas. No regime da comunhão universal, o ato seria inócuo, pois, recebido o bem, passaria a pertencer também ao doador. Assim, para ser válida a doação, é necessária cláusula de incomunicabilidade, ou seja, consignação expressa de que o bem doado ficará exclusivamente para o donatário (CC, art. 1.668, IV). Trata-se da instituição de bem reservado<sup>281</sup>.

Com isso, conferindo viabilidade jurídica ao negócio, o artigo 1.668, IV, do

<sup>276</sup> Idem, *ibidem*, p. 166.

<sup>277</sup> CAHALI, Francisco José. *Contrato de convivência na união estável*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 259.

<sup>278</sup> CARDOSO, Fabiana Domingues, *op. cit.*, p. 170.

<sup>279</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça, *op. cit.*, p. 286.

<sup>280</sup> CARDOSO, Fabiana Domingues, *op. cit.*, p. 179.

<sup>281</sup> DIAS, Maria Berenice, *op. cit.*, p. 217.

Código Civil, exclui da comunhão “as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade”<sup>282</sup>. De rigor, agora, o estudo das cláusulas extrapatrimoniais.

## 2.7.2 Cláusulas Extrapatrimoniais

A possibilidade de disciplina de questões extrapatrimoniais no pacto antenupcial comunga com a autonomia privada existencial, que busca garantir ao indivíduo a plena garantia da sua dignidade enquanto pessoa capaz de determinar as vicissitudes de seus comportamentos. Inserem-se, neste campo, questões como fidelidade, convivência, coabitação e deveres conjugais.

Inicialmente, destaca-se que “as situações jurídicas podem se referir a interesses de ordem patrimonial ou existencial, podendo, também, contemplar ambos, configurando-se situações mistas, o que pode ocorrer quando interesses existenciais forem realizados por meio de situações patrimoniais”<sup>283</sup>.

De forma geral, “as normas sobre as situações jurídicas patrimoniais se referem à regulamentação de interesses econômicos, enquanto as normas sobre as situações jurídicas de caráter extrapatrimonial servem, mais diretamente, para a tutela da pessoa em si mesma”<sup>284</sup>.

Partindo desta diferenciação conceitual, examinam-se neste tópico exclusivamente as questões afetas à tutela da pessoa em si mesma, isto é, às situações jurídicas existenciais ou extrapatrimoniais. Para Jussara Susi de Assis Borges Nasser Ferreira:

A Carta Magna de 1988, seguindo a inspiração das Constituições contemporâneas e democráticas, tutelou os direitos da personalidade, insculpidos no princípio da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, (art. 5º, *caput*) e especificados pelo diploma civilista, completando o rol de tutelas do patrimônio imaterial da pessoa humana, resguardando a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem, a garantir o direito à

---

<sup>282</sup> BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Acesso em: 28 mar. 2022.

<sup>283</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Horizonte de Ideia e Crítica à Razão Patrimonial aplicada aos Direitos da Personalidade. In: PONA, Everton Willian; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; Martins, Priscila Machado. (Org.). *Negócio Jurídico e Liberdades Individuais: Autonomia Privada e Situações Jurídicas Existenciais*. 1. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2016, p. 92.

<sup>284</sup> Idem, *ibidem*, loc. cit.

indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação<sup>285</sup>.

Neste ponto, verifica-se a pertinência do tópico 2.1 da presente pesquisa, em que se traçou um panorama histórico da evolução do conceito de autonomia privada, hoje concebida sob o viés da autodeterminação. Os aportes teóricos lá examinados apontam para uma imperiosa releitura do Direito de Família, especialmente sob o manto do direito civil-constitucional, que alterou substancialmente o eixo do direito privado, deslocando as atenções do “ter” para o “ser”. Bem por isso, como se vê acima, a autora citada menciona a tutela constitucional dos direitos da personalidade, insculpidos na própria ideia de dignidade da pessoa humana.

Para Roxana Cardoso Brasileiro Borges, “a pessoa tem a faculdade de exercer seus direitos de personalidade de forma positiva, ou seja, de forma ativa, não apenas o protegendo de terceiros, mas, também, atribuindo aos seus direitos de personalidade o fim que melhor se adequar à realização de sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade”<sup>286</sup>.

Pela doutrina de Carlos Alberto Bittar, os direitos da personalidade servem “exatamente para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos”<sup>287</sup>. De Cupis, por seu turno, classifica-os como “direitos essenciais que constituem a medula da personalidade, sem os quais restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada, privada de todo seu valor concreto”<sup>288</sup>.

O legislador pátrio separou um capítulo próprio no Código Civil de 2002 para tratar desses direitos, classificando-os como intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária (artigo 11). Adverte-se, neste diapasão, que:

A realização dos fins visados pelos direitos da personalidade depende, para sua concretização, da abertura para a construção de uma interpretação estruturante e estruturada em valores, dirigida a resolver as questões nucleares que envolvem a pessoa humana, seus propósitos e projetos, conduzindo a um juízo de decidibilidade tecido por reflexões e ponderação capazes de alcançar um estado de bem-estar e comunhão de interesses, exclusivos dos direitos da pessoa<sup>289</sup>.

---

<sup>285</sup> FERREIRA, Jussara Susi de Assis Borges Nasser, op. cit., p. 79.

<sup>286</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro, op. cit., p. 94.

<sup>287</sup> BITTAR, Carlos Aberto. *Os direitos da personalidade*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 1.

<sup>288</sup> DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Lisboa: Livraria Moraes, 1961, p. 18.

<sup>289</sup> FERREIRA, Jussara Susi de Assis Borges Nasser, op. cit., p. 80.

Os direitos de personalidade “não são deveres da pessoa, como parte da doutrina concebe, mas liberdade de vir, de forma autônoma, os aspectos mais íntimos, mais próprios, mais personalíssimos de sua vida, podendo, inclusive, utilizar-se do negócio jurídico para obter a satisfação de seus interesses”<sup>290</sup>.

É justamente com base em tal raciocínio que a disciplina de questões extrapatrimoniais encontra o seu espaço no pacto antenupcial. De acordo com Cortiano Junior, o vértice da questão “está em garantir à pessoa a possibilidade de afastar de sua esfera privada intrusões prejudiciais, que podem ser cometidas tanto pelo poder político (Estado) quanto por outros particulares (indivíduos)”<sup>291</sup>. É a possibilidade, ancorada na autodeterminação, de o indivíduo executar seu próprio projeto de vida, e não viver um projeto imposto pelo Estado ou por outro particular. Sob tais premissas:

(...) defende-se a adoção da autonomia privada conjugada com o princípio da liberdade e dirigida a projetos de vida dos quais não decorram a violação da dignidade da pessoa (...) e decorrente de direito individual, não causando dano a outrem e beneficiando a si próprio, ainda que o interesse estatal ou o senso comum entendam de forma diversa, mas que fique assim assegurado e, por fim, o direito de ser diferente integrado, incluindo as escolhas diferentes na pauta das finalizações<sup>292</sup>.

Dito isso, impende averiguar-se o atual estágio normativo e doutrinário envolto a realização dos cônjuges no tocante à disciplina de matérias extrapatrimoniais no bojo do pacto antenupcial. Francisco José Cahali, quando analisa o artigo 1.655 do Código Civil, aponta que “mesmo não se referindo aos direitos conjugais e paternos, sendo estes indisponíveis, e exercidos com igualdade entre o marido e mulher, qualquer disposição na convenção contrária a estes direitos ter-se-á como nula”<sup>293</sup>.

Para Rolf Madaleno:

Destarte, seriam ineficazes quaisquer cláusulas ou contratos matrimoniais admitindo a infidelidade conjugal, ou dispensando os principais deveres conjugais, como o da mútua assistência; o sustento, a guarda e a educação dos filhos; o dever de respeito e o da mútua consideração (CC, art. 1.566) como seriam de nenhuma eficácia os ajustes pactícios proibindo a mulher de assumir a direção do casamento quando o marido estivesse em local afastado do domicílio nupcial, ou alterando a ordem de vocação hereditária,

<sup>290</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro, op. cit., p. 96.

<sup>291</sup> CORTIANO JUNIOR, Eraults. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 31-56, p. 49.

<sup>292</sup> FERREIRA, Jussara Susi de Assis Borges Nasser, op. cit., p. 87.

<sup>293</sup> CAHALI, Francisco José. *Contrato de convivência na união estável*, op. cit., p. 215.

e, portanto, o direito sucessório concorrente do cônjuge sobrevivente (CC, art. 1.829, incs. I, II e III) e até mesmo estabelecendo indenização entre os cônjuges no caso de divórcio, dado sua natureza penal ser estranha aos contratos antenupciais<sup>294</sup>.

Apesar de tal concepção ter ditado os rumos da matéria por décadas, não mais subsiste justificativa plausível – à luz da autonomia democrática consagrada pela Constituição Federal de 1988 e da busca para realização do projeto de vida próprio dos cônjuges – para impossibilitar os nubentes de regularem questões de cunho não patrimonial, mormente quando se tem em mente a prevenção de conflitos familiares e o respeito aos direitos da personalidade. Para CARDOSO:

Para aqueles que militam na área de Direito de Família, ou qualquer que tenha experimentado uma separação familiar pode atestar as inúmeras mazelas e prejuízos emocionais, psicológicos e materiais que um litígio pode provocar aos cônjuges, à prole e à família como um todo, levando a crer que um pacto que permita a convenção sobre o maior número de questões possíveis relacionadas ao casamento fará com que o instrumento exerça a função preventiva de litígios, ou ao menos facilitador da resolução de desavenças que eventualmente o casal venha a enfrentar, especialmente nos momentos críticos da dissolução do casamento<sup>295</sup>.

Convém destacar, entretanto, que a extensão dos limites da disciplina de questões extrapatrimoniais no pacto antenupcial varia de acordo com a corrente doutrinária adotada, haja vista que não há um consenso sobre o assunto e as principais vertentes que atuam neste plano carregam fundamentos sólidos que permitem variadas conclusões. Folia-se, neste trabalho, à corrente que defende a possibilidade do regramento extrapatrimonial, calcada na liberdade dos cônjuges de arquitetarem o seu próprio Direito de Família.

Segundo Rose Melo Venceslau Meireles, “(...) se o vértice do ordenamento jurídico se encontra na cláusula geral de proteção e promoção da dignidade humana, (...) significa que a pessoa humana alça lugar central também na disciplina civilística”<sup>296</sup>. Sob tal perspectiva, “(...) resumir o âmbito de atuação da autonomia privada aos interesses patrimoniais demonstraria grave inconsistência sistêmica”<sup>297</sup>. Aliás, o raciocínio é bem mais profundo do que parece:

---

<sup>294</sup> MADALENO, Rolf. *Direito de Família*, op. cit., p. 777.

<sup>295</sup> CARDOSO, Fabiana Domingues, op. cit., p. 197.

<sup>296</sup> MEIRELES, Rose Melo Venceslau. Negócios biojurídicos. In: PONA, Everton Willian; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; Martins, Priscila Machado. (Org.). *Negócio Jurídico e Liberdades Individuais: Autonomia Privada e Situações Jurídicas Existenciais*. 1. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2016, v. 1, p. 110.

<sup>297</sup> Idem, ibidem, loc. cit.

Por conseguinte, os atos de autonomia privada podem ter conteúdo patrimonial ou não patrimonial, cada qual submetido à lógica própria. Por este motivo, enquanto os atos de autonomia privada que têm por objeto situações patrimoniais encontram fundamento constitucional na livre iniciativa, aqueles que têm por objeto situações existenciais se reconduzem à cláusula geral de proteção da pessoa humana. Revela a distinção porque, ao diverso fundamento, corresponde diversa colocação na hierarquia das fontes. Conferir fundamentos constitucionais diferentes a autonomia privada nas situações patrimoniais e nas situações existenciais, sendo aquela pautada na livre iniciativa e esta na dignidade da pessoa humana, portanto, corresponde à prevalência da proteção dos interesses existenciais sobre os patrimoniais<sup>298</sup>.

Para Giovanni Ettore Nanni, “a autonomia privada não se manifesta apenas nos negócios patrimoniais, mas está presente também nos direitos reais e no direito de família e, mais amplamente nos negócios jurídicos de natureza extrapatrimonial”<sup>299</sup>. O autor prossegue:

(...) realmente não vemos razão para restringir o campo da autonomia privada, ocorrendo apenas a limitação nas hipóteses em que a lei não permite a manifestação da autonomia da pessoa. Exemplo de autonomia privada no campo extrapatrimonial, para nós, é a legislação sobre transplante de órgãos e tecidos, em que também existe autonomia privada, exclusivamente da pessoa natural<sup>300</sup>.

Com base nessas considerações, voltando os olhares para o âmbito das relações familiares, tem-se como norte o princípio da não-intervenção estatal, cuja aplicabilidade, segundo Rodrigo da Cunha Pereira, “vincula-se à questão da autonomia privada, que vai muito além do direito patrimonial, e tornou-se, na contemporaneidade, uma das questões mais relevantes. Ela nos traz de volta, como se disse, a séria discussão dos limites entre o público e o privado”<sup>301</sup>. Princípio que encontra, inclusive, respaldo normativo, conforme se vê no artigo 1.513 do Código Civil: “É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”<sup>302</sup>. Segundo Tepedino e Oliva:

Essa proibição deve ser compreendida de forma ampla, possibilitando ao ordenamento a tutela das mais variadas formas de constituição da família,

<sup>298</sup> MEIRELES, Rose Melo Vencelau, op. cit., p. 111.

<sup>299</sup> NANNI, Giovanni Ettore. A evolução do direito civil obrigacional: a concepção do direito civil constitucional e a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada. In: LOTUFO, Renan (Coord.) *Cadernos de direito civil constitucional*. Curitiba: Juruá, 2001, n. 2, p. 223.

<sup>300</sup> Idem, ibidem, loc. cit.

<sup>301</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 154.

<sup>302</sup> BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 28 mar. 2022.

desprovida de preconceitos de qualquer tipo. Não é dado ao Estado impor a estrutura familiar que julgar acertada, sob pena de restringir ilegitimamente a esfera de liberdade dos indivíduos<sup>303</sup>.

Neste pensamento, o Direito de Família deve estar de fato aberto às famílias, possibilitando-as, dentro de limites aceitáveis, a plena realização enquanto tal. Aceita-se, como limitação razoável, o dever de agir conforme a boa-fé e os bons costumes, os princípios do direito, além dos princípios constitucionais ligados à dignidade da pessoa humana. Por seu turno, não parece correto impedir os cônjuges de afastarem ou modificarem os deveres conjugais, que se inserem no foro íntimo do casal, tais como a coabitação e a fidelidade.

Essa concepção, vale destacar, foi adotada pelas Jornadas de Direito Civil/CJF: “Enunciado 635 – Art. 1.655: O pacto antenupcial e o contrato de convivência podem conter cláusulas existenciais, desde que estas não violem os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre os cônjuges e da solidariedade familiar”<sup>304</sup>.

Não é demais recordar o atual estágio da autonomia privada, exaustivamente trabalhado neste trabalho, o qual não mais se contenta com o aspecto patrimonial e individualista das relações particulares, mas alcança um viés existencial, ao cabo de consolidar o ser humano ao máximo em sua dignidade enquanto tal. Muda-se o vetor interpretativo das relações particulares, uma vez que:

As tratativas hermenêuticas voltadas para os juízos decisórios comprometidos com a busca de respostas sensíveis às questões suscitadas no plano existencial dependem, em boa parte, da compreensão da pluralidade e conjunto harmonioso dos princípios organizados por prioridade, com a interpretação feita em círculos, estando os interesses existenciais em conflito, ao centro, fundados na autonomia privada e a liberdade de sua experiência, com isto, recolocando o Ser como titular da primeira linha. Na sequência, girando no entorno e pela ordem, e mais como moldura hermenêutica, são chamados à contribuição ao equilíbrio dos fins, o mínimo normativo, combinado com a justa medida, a menor ingerência possível e a segurança jurídica da apreciação adequada decorrente dos conflitos do Ser<sup>305</sup>.

Sob tais premissas, segundo Tepedino e Oliva, “(...) no que tange às formas de vida a dois, especialmente quanto à fidelidade e à coabitação, há de se examinar,

---

<sup>303</sup> TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato, op. cit., p. 99.

<sup>304</sup> BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado 635*. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1174>. Acesso em: 28 mar. 2022.

<sup>305</sup> FERREIRA, Jussara Susi de Assis Borges Nasser, op. cit., p. 88.

caso a caso, a seriedade do pacto, de modo que, caso não violem a dignidade da pessoa dos cônjuges e o princípio da isonomia, não para haver, *a priori*, óbice na ordem pública para a sua admissão<sup>306</sup>. Os autores ainda pontuam que:

A definição quanto à validade dessas e outras cláusulas, formuladas por iniciativa das partes, seja no âmbito do casamento, seja em pactos atinentes a outras formações familiares, deve levar em consideração a função instrumental da família no desenvolvimento da pessoa humana. São merecedoras de tutela as cláusulas que promovam a dignidade de cada integrante da família à luz dos princípios constitucionais da solidariedade e da igualdade, os quais devem informar as comunidades intermediárias, de modo que o pluralismo de escolhas traduza a liberdade fundamental de cada um, como expressão de sua individualidade, a organizar a sua vida comunitária<sup>307</sup>.

É preciso desvencilhar-se do exacerbado formalismo jurídico que tradicionalmente se reveste o Direito de Família para que, enfim, seja possível alcançar os ideais apregoados acima, sobretudo no que tange ao livre planejamento familiar como forma de realização da autodeterminação dos cônjuges. Como ensina Rosana Amara Girardi Fachin: “O Direito de Família, no limiar do novo século, tem apresentado sérios desafios aos estudiosos do Direito. O debate revela um Direito em constante movimento, cujas relações intersubjetivas denotam que a lei pura e simples não socorre a todas as perguntas e questionamentos que surgem”<sup>308</sup>.

Nesta quadra, apesar do entendimento prevalecente ser o oposto disso, o que traduz numa inconsistência sistêmica, parece mais condizente com a atual roupagem do Direito de Família garantir aos cônjuges liberdade para a disciplina de temas e direitos de cunho não só patrimonial, mas também extrapatrimonial no pacto em estudo, esbarrando apenas em limites aceitáveis e excepcionais. O pacto antenupcial está para servir à família conjugal, não somente ao seu patrimônio. Serve aos cônjuges, não ao Estado.

Subjaz desse entendimento a viabilidade do regramento da convivência no pacto antenupcial, o que embora não se revele uma tradição comum no seio social, garante alguns benefícios substanciais no desenvolvimento sadio da relação matrimonial, conforme será tratado a seguir.

---

<sup>306</sup> TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato, op. cit., p. 99.

<sup>307</sup> TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato, op. cit., p. 99.

<sup>308</sup> FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Em busca da família do Novo Milênio*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 99.

### 2.7.3 Questões de Convivência

A disciplina de questões atinentes à convivência do casal é enxergada com bons olhos por boa parte da doutrina, sobretudo nos escritos daqueles que defendem a possibilidade de regramento extrapatrimonial no bojo do pacto antenupcial. O objetivo maior, neste caso, é a prevenção de futuros litígios entre os cônjuges, arquitetando-se de forma ampla a direção da relação familiar, garantindo um relacionamento saudável e equilibrado.

Segundo parte da doutrina, “o ordenamento jurídico não veda especificamente a estipulação de qualquer cláusula na convenção conjugal. Na verdade, o art. 1.639 do CC/02 dá ênfase à principal função do pacto antenupcial, que é a de possibilitar aos nubentes a definição de seu estatuto patrimonial, mediante a escolha de um regime de bens”<sup>309</sup>. Com isso:

Por meio da interpretação sistemática, sobretudo pela aplicação do princípio constitucional da liberdade de planejamento familiar (art. 226, § 7º da CF/88), entende-se que não se deve limitar o que a lei não restringiu, sob pena de interferência indevida na comunhão de vida estabelecida pela família, nos termos do art. 1.513 do CC/02<sup>310</sup>.

Por conseguinte, admite-se “não só a definição do regime de bens da convenção antenupcial, mas a estipulação de cláusulas diversas, inclusive de cunho extrapatrimonial, com o objetivo de conceder aos nubentes ampla probabilidade de autorregulamentação das suas relações jurídicas no casamento”<sup>311</sup>.

Dentro do rol de possíveis cláusulas extrapatrimoniais, transitam aquelas afetas à convivência do casal, isto é, aos desdobramentos diários da relação conjugal. Assim, “regras que determinam quem lavará as louças aos domingos ou quando a doméstica não está, quem será o responsável por recolher e colocar o lixo para fora, entre outras disposições podem realmente facilitar a vivência pessoal”<sup>312</sup>. Maria Berenice Dias acrescenta que pode ser definido quem irá ao supermercado, que é

---

<sup>309</sup> MAFRA, Tereza Cristina Monteiro; MENDONÇA, Rafael Baeta. Os limites de conteúdo do pacto antenupcial. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 10, n. 3, 2021, p. 15. Disponível em: <http://civilistica.com/os-limites-de-conteudo-do-pacto/>. Acesso em: 05 jun. 2022.

<sup>310</sup> Idem, ibidem, loc. cit.

<sup>311</sup> Idem, ibidem, loc. cit.

<sup>312</sup> CARDOSO, Fabiana Domingues, op. cit., p. 204.

proibido fumar no quarto ou deixar roupas no chão etc<sup>313</sup>. Analisando o direito português, Maria Rita Xavier disserta:

Por exemplo, vimos que os nubentes não podem alterar os direitos ou deveres conjugais (artigo 1699º, n.º 1, b). E, nessa medida, não lhes é permitido estipular que um deles fica dispensado do dever de assistência. Contudo, poder-se-ia pensar que já lhes fosse possível regular a forma como cada um deles irá assegurar a respectiva contribuição para os encargos da vida familiar, por hipótese, prevendo que um deles irá fazê-lo através da prestação de serviços no lar<sup>314</sup>.

A autora acima realiza um pertinente estudo do direito alienígena, mencionando que nos Estados Unidos admite-se, em várias localidades, a estipulação de cláusulas relacionadas à convivência conjugal no bojo do pacto antenupcial:

Os contratos antenupciais celebrados em numerosos Estados dos Estados Unidos são pródigos em cláusulas que concretizam os deveres dos cônjuges. Os autores descrevem cláusulas sobre a distribuição de tarefas no lar, sobre o exercício de profissões, sobre a frequência de relações sexuais, sobre práticas religiosas, sobre animais de estimação, sobre o local de residência, etc<sup>315</sup>.

Em verdade, o campo de possíveis cláusulas relacionadas à convivência do casal é sobremodo extenso e incalculável, pois se refere ao espaço íntimo e pessoal daqueles que formam a relação<sup>316</sup>. Uma parcela da doutrina, no entanto, recorda que:

Os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação, mesmo que voluntária (art. 11 do CC/02). Portanto, caso conste no pacto antenupcial preceito que ignore tal disposição, certamente não terá qualquer validade, a exemplo daquela que estipula que os cônjuges serão obrigados a retirar o sobrenome do outro na hipótese de rompimento do casamento. Todavia, nem toda disposição de conteúdo pessoal da relação conjugal viola os direitos da personalidade dos cônjuges ou as demais normas cogentes do ordenamento jurídico. Pelo contrário, a possibilidade de inclusão de cláusulas com conteúdo extrapatrimonial no pacto antenupcial – desde que condizentes com sistema jurídico –, concretiza os direitos da personalidade dos nubentes, notadamente quanto àqueles ligados ao desenvolvimento da identidade pessoal de cada membro da família<sup>317</sup>.

A problemática maior, no entanto, diz respeito ao grau de coercitividade de

---

<sup>313</sup> DIAS, Maria Berenice, op. cit., p. 217.

<sup>314</sup> XAVIER, Maria Rita. *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*. Lisboa: Livraria Almedina – Coimbra, 2000, p. 509.

<sup>315</sup> XAVIER, Maria Rita, op. cit., p. 510.

<sup>316</sup> CARDOSO, Fabiana Domingues, op. cit., p. 203.

<sup>317</sup> MAFRA, Tereza Cristina Monteiro; MENDONÇA, Rafael Baeta, op. cit., p. 17.

tais cláusulas, pois, ao mesmo em tempo que a regulamentação de tais questões contribui para um relacionamento saudável, pode ser facilmente transgredida pelos cônjuges, inclusive diariamente, haja vista que a convivência nem sempre é linear e harmônica.

Aparentemente, a discussão acerca da possibilidade de regramento da convivência do casal pode ser resolvida com facilidade, sobretudo quando se entende que o pacto antenupcial não se destina exclusivamente aos assuntos patrimoniais. Por sua vez, a questão ventilada no parágrafo anterior não encontra a mesma sorte, especialmente pelo fato de que o descumprimento das cláusulas pode tornar-se corriqueiro, culminando na subtração do seu caráter intimidatório. Segundo Fabiana Domingues Cardoso:

Para as hipóteses de descumprimento surge a possibilidade de previsão de multas e 'cláusulas penais', a exemplo dos contratos, pois, para a plena eficiência e eficácia do pacto, deverá existir um mecanismo de sanção para o inadimplente, pois, ao contrário, de nada valerá clausular a respeito, não passando de um simples acordo expresso de vontades, ou de um 'protocolo de intenções', quiçá com força moral entre os cônjuges<sup>318</sup>.

Questiona-se, então, se a saída para esse impasse seria, de fato, a cláusula penal. Apesar de tal indagação ser melhor esmiuçada no próximo capítulo, acredita-se que sim, porém, com ressalvas. Segundo Pedro Amaral Salles:

Uma das ferramentas mais importantes para se garantir o cumprimento de um contrato é a estipulação de uma cláusula penal. Como regra, a cláusula penal tem como objetivo punir o devedor que não cumpre a prestação no prazo ajustado. Mas também pode servir às partes para pré-fixar indenização por perdas e danos para a hipótese de inadimplemento total ou parcial da obrigação; mas, de um modo ou do outro, a cláusula penal serve para garantir o cumprimento do contrato, coagindo o devedor ao cumprimento da prestação a que se obrigou<sup>319</sup>.

Igualmente, justamente pela provável recorrência do descumprimento das cláusulas relacionadas à convivência previstas no pacto, o que pode acontecer até mesmo de forma inconsciente, como no caso de um dos cônjuges se esquecer de colocar o lixo para fora quando o pacto previa isso, deve-se observar o critério da proporcionalidade e da razoabilidade.

---

<sup>318</sup> CARDOSO, Fabiana Domingues, op. cit., p. 204.

<sup>319</sup> SALLES, Pedro Amaral. *A função coercitiva da cláusula penal e uma crítica ao art. 412 do Código Civil de 2002*. São Paulo: Almedina, 2014, p. 13.

Assim, poderiam os nubentes estipular, no caso das cláusulas de convivência, um número mínimo de descumprimentos para a incidência da cláusula penal. Por exemplo, dispõe-se que no terceiro descumprimento de tais cláusulas o cônjuge infrator sujeitar-se-ia ao pagamento de uma multa no valor “X”, podendo inclusive, com moderação, estipular-se um caráter progressivo para a cláusula penal em razão dos reiterados descumprimentos.

A ideia principal é garantir a coercitividade do pacto, não o tornando mero protocolo de condutas, e simultaneamente não impor uma onerosidade excessiva ao cônjuge infrator, dada a destacada possibilidade de reincidência de descumprimento das cláusulas de convivência. Caso a multa divorcie-se dos critérios da proporcionalidade e da razoabilidade, nada impede que ela seja revista judicialmente no futuro, conforme prevê o artigo 413 do Código Civil.

#### 2.7.4 Renúncia ao Direito Concorrencial

Existe uma divergência polêmica na doutrina acerca da possibilidade de se disciplinar direitos sucessórios no pacto antenupcial, sobretudo em virtude da proibição de contratualizar herança de pessoa viva (artigo 426, CC). Embora haja um predomínio na doutrina dos que seguem à risca este dispositivo, uma parcela de doutrinadores tem visitado essa vedação legal com outros olhos, escudando-se no poder jurígeno da vontade, o que se sucedeu especialmente quando o cônjuge ou companheiro sobrevivente fora promovido à condição de herdeiro necessário, nos moldes do artigo 1.829, incisos I e II, também do Código Civil<sup>320</sup>.

Sobre o tema, Itabaiana de Oliveira, pautado numa interpretação literal, assinala ser proibido contratar herança de pessoa viva<sup>321</sup>, o que impossibilitaria a disciplina do assunto no pacto antenupcial, já que o artigo 1.655 do CC/02 considera nula a convenção ou cláusula dela que contravenha disposição absoluta de lei<sup>322</sup>. Neste sentido:

(...) 1. O Código Civil de 2002 trouxe importante inovação, erigindo o cônjuge como concorrente dos descendentes e dos ascendentes na sucessão legítima. Com isso, passou-se a privilegiar as pessoas que,

<sup>320</sup> BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 28 mar. 2022.

<sup>321</sup> ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. *Tratado de Direito das Sucessões*. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1936, T. I, p. 67.

<sup>322</sup> BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 28 mar. 2022.

apensar de não terem qualquer grau de parentesco, são o eixo central da família. 2. Em nenhum momento o legislador condicionou a concorrência entre ascendente e cônjuge supérstite ao regime de bens adotado no casamento. 3. Com a dissolução da sociedade conjugal operada pela morte de um dos cônjuges, o sobrevivente terá direito além de seu quinhão na herança do de cujus, conforme o caso, à sua meação, agora sim regulado pelo regime de bens adotado no casamento 4. O artigo 1.655 do Código Civil impõe a nulidade da convenção ou cláusula do pacto antenupcial que contravenha disposição absoluta de lei<sup>323</sup>.

Acrescente-se, neste entendimento, o artigo 1.837 do Código Civil, pelo qual concorrendo com o ascendente em primeiro grau, ao cônjuge tocará um terço da herança; se houver só um ascendente o cônjuge terá direito à metade do acervo hereditário, não sendo lícito, portanto, afastá-lo da sucessão, mesmo que por escritura pública de pacto antenupcial<sup>324</sup>.

Nesta conjuntura, Washington de Barros Monteiro explica que “disposições absolutas de lei são as de ordem pública, as rigorosamente obrigatórias, que têm caráter proibitivo e cuja aplicação não pode ser afastada ou excluída pelas partes”. Consequentemente, “tornam-se inadmissíveis estipulações antenupciais que alterem a ordem da vocação hereditária, que excluam da sucessão os herdeiros necessários, que estabeleçam pactos sucessórios, aquisitivos ou renunciativos (de *succedendo* ou de *non succedendo*)”<sup>325</sup>.

De acordo com Carlos Roberto Barbosa Moreira: “A proibição de pactos sucessórios, tal como formulada no direito brasileiro, abrange todo e qualquer contrato sobre herança futura, quer se trate de manifestação de vontade para instituir herdeiro ou legatário, quer se trate de ato de disposição de herança futura ou, por fim, de renúncia a uma sucessão não aberta”<sup>326</sup>.

Na visão de Lafayette, são proibidas as cláusulas “que consagram quaisquer pactos sucessórios ou alteram de qualquer modo a ordem legal do direito de sucessão necessária, quer em relação aos cônjuges, quer em relação aos filhos que deles

---

<sup>323</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Recurso Especial nº 954.567/PE. Relator: Ministro Massami Uyeda. Terceira Turma. Data de Julgamento: 10 de maio de 2011. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19085246/recurso-especial-resp-954567-pe-2007-0098236-3/inteiro-teor-19085247>. Acesso em: 28 mar. 2022.

<sup>324</sup> BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 28 mar. 2022.

<sup>325</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações*. 39. ed., atual. por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 2, p. 193-194.

<sup>326</sup> MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Vocação Sucessória do Cônjuge e Regime de Bens: O Capítulo Conclusivo de uma Evolução Jurisprudencial. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 10-21, jan./abr., 2018, p. 16.

nascerem”<sup>327</sup>. Segundo Carvalho Santos, “os pactos sucessórios dariam margem, se tolerados, para ilidir disposições legais que, em razão de interesse de ordem pública, reservam direitos hereditários a determinadas pessoas, ou privam outras, no todo ou em parte, da faculdade de conseguir herança de um defunto”<sup>328</sup>.

Comungam do mesmo entendimento Colin e Capitant, os quais ainda acrescentam a imprevisibilidade da vida humana, que torna grave o ato de dispor de direitos sucessórios em caráter irrevogável, sobretudo pelos imprevistos que podem suceder à celebração do pacto<sup>329</sup>. Analisando o direito português, Rabrindanath Capelo de Sousa explica que:

O facto de os cônjuges terem estabelecido o regime de separação de bens como regime matrimonial apenas vale para a vida, pois é esse o sentido próprio do regime matrimonial de bens, a questão sucessória constitui um outro problema, com fundamentos e objetivos diferentes. Até porque, como princípio geral, ninguém, em vide, pode por contrato renunciar à herança de uma pessoa viva ou dispor de sua própria sucessão (art. 2.028º). Caso contrário, haveria um pacto contratual, uma forma de sucessão contratual proibida pela nossa lei e pelos bons costumes<sup>330</sup>.

Convém neste ponto fazer uma observação, pois em Portugal, a Lei nº 48/2018, de 14 de agosto, alterou substancialmente o Código Civil português, sobretudo no que diz respeito ao estatuto sucessório do cônjuge sobrevivente. Por meio dela, rompeu-se com uma ideia que dominava a ordem jurídica daquele país, permitindo-se aos nubentes a renúncia recíproca à condição de herdeiro legitimário um do outro no bojo da convenção antenupcial. De acordo com Inocêncio Galvão Telles, noutras décadas

As variadas combinações possíveis dos actos sobre sucessões futuras eram postas ao serviço de diversos fins, como a conservação dos bens da família, a não fragmentação das unidades económicas, a manutenção do lustre aristocrático pela concentração dos bens no continuador da linha nobiliárquica, a conservação da estrutura feudal ou senhorial pela transmissão da propriedade em harmonia com as regras próprias dessa organização<sup>331</sup>.

<sup>327</sup> PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de Família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1956, p. 167.

<sup>328</sup> SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 13. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988, v. XII, p. 196.

<sup>329</sup> COLIN, Ambrosio; CAPITANT, Henri. *Curso elemental de Derecho Civil*. 3. ed. Madrid: Reus, 1988, p. 668.

<sup>330</sup> CAPELO DE SOUSA, Rabindranath. “Os direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente”. In: *O Direito das Sucessões: do Direito Romano ao Direito Actual*. Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 1.322.

<sup>331</sup> TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das Sucessões: noções fundamentais*. 6. ed. Coimbra: 1991, p.

Para o jurista português Guilherme de Oliveira, na atualidade “a possibilidade de renúncia antecipada à qualidade de herdeiro legal – está de acordo com a tendência contemporânea para a privatização do direito da família e das sucessões, para a redução das normas imperativas, para o reconhecimento da diversidade dos interesses e das soluções”<sup>332</sup>. O autor, entretanto, pontua que “seria muito mais conveniente e oportuno ponderar uma reforma mais ampla do sistema sucessório, em vez de adotar soluções pontuais que têm um alcance maior do que parece – quer pela sua força simbólica, quer pela negação de regras estruturantes do sistema”<sup>333</sup>.

Em seguida, Oliveira apresenta como possíveis alternativas a eliminação da sucessão legítima, que em sua visão tornou-se algo anacrônica, ou numa posição menos radical, a redução da quota legitimária<sup>334</sup>. Comungando do mesmo pensamento, Tartuce e Hironaka pontuam que “a verdade é que a tutela da legítima, hoje em cinquenta por cento do patrimônio do *de cuius*, representa entrave para a efetivação plena do planejamento sucessório”<sup>335</sup>.

Essa discussão, apesar de relevante, não é o objeto do presente trabalho. Voltando ao território brasileiro, o conjunto normativo interno não só veda qualquer espécie de pacto sucessório, como também não prevê nenhuma exceção<sup>336</sup>. O mesmo cenário se verifica na Bélgica, na Nigéria, no Uruguai, na Venezuela, na República Dominicana, nos Estados Unidos, em Luxemburgo e na Espanha, além de outros países<sup>337</sup>.

Diferentemente do que ocorre na França, por exemplo, em que apesar de prevista uma cláusula geral vedando a contratualização de sucessão futura, existem exceções, com destaque para a instituição contratual – *institution contractuelle* –

---

125.

<sup>332</sup> OLIVEIRA, Guilherme de. *Notas sobre o Projeto de Lei nº 781/XIII (Renúncia recíproca à condição de herdeiro legal)*, 2018, p. 3. Disponível em: <http://www.guilhermedeoliveira.pt/resources/Notas-sobre-a-renu%CC%81ncia-a-%CC%80-condic%CC%A7a-%CC%83o-de-herdeiro.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2022.

<sup>333</sup> Idem, ibidem, p. 8-9.

<sup>334</sup> OLIVEIRA, Guilherme de, op. cit., p. 9.

<sup>335</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. Planejamento sucessório: conceito, mecanismos e limitações. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 437.

<sup>336</sup> TEIXEIRA, Daniele. Autonomia privada e a flexibilização dos pactos sucessórios no ordenamento jurídico brasileiro. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 144.

<sup>337</sup> CARDOSO, Fabiana Domingues, op. cit., p. 185.

doações de bens a vir – e a *donation-partage*<sup>338</sup>. Na Argentina e na Itália, o pacto é aceito na hipótese do seu objetivo ser a garantia da unidade produtiva<sup>339</sup>.

Na visão de Daniele Teixeira, “o que se verifica é que, na legislação da União Europeia, ocorreram várias mudanças no direito sucessório, todas permitindo uma maior liberdade de testar como também recepcionando exceções ou adotando, especificamente, a aplicação de espécies de pactos sucessórios”<sup>340</sup>. De se questionar, neste cenário, “(...) se não estaria no momento de se verificar a justificação de sua vedação completa, ou se seria o caso de se admitir alguma exceção”<sup>341</sup> no direito interno, uma vez que “o pacto sucessório poderia ser um ótimo instrumento em hipóteses bem definidas em lei, para proporcionar maior autonomia ao autor da herança, o que constitui uma demanda atual da sociedade”<sup>342</sup>. Neste sentido, Rafael Cândido da Silva ventila alguns questionamentos:

Subsiste a necessidade de proibição dos pactos sucessórios? Quais os interesses protegidos pela regra proibitiva? É realmente um problema a validade de negócio jurídico cujo exercício ou aquisição da vantagem por ele prevista dependa da morte do estipulante? Em que medida esses interesses podem ser confrontados por outros de superior hierarquia axiológica? Haveria utilidade social na permissão, ainda que setORIZADA, dos pactos sucessórios? Todas essas perguntas se mostram óbvias quando se leva em consideração outros ramos do direito que foram alvo de grande intervenção da Carta Magna de 1988, e até mesmo dentro do próprio Direito Civil, principalmente em relação aos direitos de cunho existencial<sup>343</sup>.

Ana Luiz Maia Nevares ainda acrescenta que: “(...) estando a sucessão hereditária assentada na propriedade e na família, as mudanças por que passaram os dois últimos institutos repercutem diretamente na dinâmica da primeira, tornando-se inevitável a necessidade de revisão do fenômeno sucessório”<sup>344</sup>. Essa concepção está alinhada com o pensamento de Luiz Edson Fachin, para quem “integra a porosidade do jurídico a reconstrução contínua de conceitos e definições”<sup>345</sup>. Neste contexto, Renata Vilela Multedo e Maria Celina Bodin de Moraes assinalam que:

---

<sup>338</sup> TEIXEIRA, Daniele, op. cit., p. 147.

<sup>339</sup> SILVA, Rafael Cândido da. *Pactos sucessórios e contratos de herança*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 178.

<sup>340</sup> TEIXEIRA, Daniele, op. cit., p. 151.

<sup>341</sup> Idem, ibidem, p. 145.

<sup>342</sup> Idem, ibidem, loc. cit.

<sup>343</sup> SILVA, Rafael Cândido da, op. cit., p. 81.

<sup>344</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. *A Função Promocional do Testamento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 10.

<sup>345</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 195.

Nas relações conjugais e convencionais, o Estado deve cumprir o papel promocional, por meio de tutela que não implique necessariamente intervenção, sem restringir sua constituição ou dificultar sua dissolução. A descoberta do caminho de realização do próprio projeto de vida pertence, de forma exclusiva, ao casal. Quando se trata de pessoas livres e iguais, soa abusiva a heteronomia em matéria tão íntima, sendo a interferência estatal válida somente para garantir o exercício de liberdade em condições de igualdade substancial<sup>346</sup>.

Sabe-se que um dos motivos que originou a vedação dos pactos sucessórios foi o seu suposto caráter imoral, pois, se efetivado, poderia gerar uma odiosa expectativa pela morte do outro. No entanto, Edison do Rêgo Monteiro Filho e Rafael Cândido da Silva apontam que “o pacto renunciativo não atrai a esperança de morte daquele cuja sucessão se trata. Ao revés, os herdeiros permanecem os mesmos, com exceção do cônjuge, que muito mais preferirá a vida do que a morte de seu consorte”<sup>347</sup>.

Na visão de Francisco José Cahali, “em prestígio à vontade das partes, entendemos que a convenção afastando o direito sucessório recíproco é válida e deve ser buscada sua eficácia”. O autor ainda acrescenta que não se trata de *pacta corvina*, “pois não se está dispondo de direito sucessório em favor de terceiros, mas em benefício do próprio titular do patrimônio (potencial autor da herança), e com a sua concordância, conferindo-lhe liberdade de dispor do acervo, respeitada a legítima de eventuais outros herdeiros necessários”<sup>348</sup>.

Semelhante conclusão apontou Rolf Madaleno, para quem a renúncia ao direito concorrencial pelos cônjuges não viola o artigo 426 do Código Civil, haja vista que corresponde a “um mero benefício vidual, passível de plena e prévia abdicação, que, obviamente, em contratos sinalagmáticos precisa ser reciprocamente externada pelo casal, constando como um dos capítulos do pacto antenupcial”<sup>349</sup>.

Posição interessante sobre essa discussão é a encabeçada por Mário Luiz Delgado, que entende ser posição a renúncia prévia ao direito concorrencial. O autor

---

<sup>346</sup> MULTEDO, Renata Vilela; MORAES, Maria Celina Bodin de. Liberdade e Afeto: reflexões sobre a intervenção do Estado nas relações conjugais. In: PEREIRA, Tânia da Silva. *Cuidado e Afetividade*. São Paulo: Atlas, 2017, p. 505.

<sup>347</sup> MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; SILVA, Rafael Cândido da. A proibição dos pactos sucessórios: Releitura funcional de uma antiga regra. *Revista de Direito Privado – RDPriv*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 72. 2016, p. 192.

<sup>348</sup> CAHALI, Francisco José. Sucessão decorrente do casamento e da união estável. In: CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das Sucessões*. 5. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 195.

<sup>349</sup> MADALENO, Rolf. Renúncia antecipada de herança em pacto antenupcial. *Revista IBDFAM*. Belo Horizonte, n. 27, ago. 2018, p. 87.

questiona se tal renúncia esbarraria de fato na vedação prevista no artigo 426 do Código Civil, dizendo em seguida que, em sua opinião, a resposta negativa se impõe. Em sua visão:

(...) a interpretação do artigo 426 do CC/2002 tem sido 'hiperbolizada' a ponto de atingir situações não abrangidas em seu conteúdo restritivo, limitado, conforme o próprio discurso normativo que veicula, aos pactos dispositivos ou '*de hereditate tertii*', mas não abrangente dos pactos renunciativo e aquisitivo. Em outras palavras, a restrição à pactuação sucessória não é absoluta e a interpretação do artigo 426 deve ser necessariamente restritiva, de modo a abranger apenas a proibição expressa na dicção da lei, qual seja, a de se contratar a herança de pessoa viva, sem participação dessa pessoa. Vale dizer, o que está vedado de forma expressa no Código Civil é a cláusula contratual que tenha por objeto a 'herança' de pessoa diversa das partes contratantes<sup>350</sup>.

Para Delgado, "a proibição de 'contrato' permite inferir que a renúncia à herança estaria permitida no direito brasileiro, já que a renúncia é ato unilateral de vontade, arbitrário, emanado dos poderes dispositivos de quem é sujeito de um direito legalmente reconhecido"<sup>351</sup>. E acrescenta que quando o Código Civil quis proibir a renúncia a direito futuro, "ele o fez expressamente, como no caso do artigo 556, que proíbe ao doador renunciar antecipadamente ao direito (futuro) de revogar a doação por ingratidão. Ora, se fosse ínsito ao sistema a impossibilidade de renúncia a direito futuro, a proibição do artigo 556 seria despicienda"<sup>352</sup>.

O autor ensina que existe uma diferença entre herança e sucessão, sendo a primeira o acervo de bens transmitidos por ocasião da morte, e a segunda o direito por força do qual a herança é devolvida a alguém; de tal maneira que a vedação do ordenamento jurídico brasileiro alcança a herança, ou seja, o acervo de bens, mas não o direito sucessório em si<sup>353</sup>. Após essas considerações, o autor finaliza dizendo que:

Nada há que impeça, em regra, a renúncia dos direitos concedidos por lei, salvo se contrariar a ordem pública ou se for em prejuízo de terceiro, o que não ocorre na específica hipótese do direito à concorrência sucessória do cônjuge ou companheiro, que não se confunde com a hipótese de ser chamado sozinho à sucessão, como herdeiro único e universal. Assim,

---

<sup>350</sup> DELGADO, Mário Luiz. Da renúncia prévia ao direito concorrencial por cônjuges e companheiros. In: *Revista Consultor Jurídico*, 07 de abril de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-07/processo-familiar-renuncia-previa-direito-concorrencial-conjuge-companheiro>. Acesso em: 28 mar. 2022.

<sup>351</sup> Idem, ibidem, loc. cit.

<sup>352</sup> DELGADO, Mário Luiz, op. cit., n. p.

<sup>353</sup> Idem, ibidem, loc. cit.

validamente renunciável é o direito concorrencial na hipótese em que o cônjuge é chamado a suceder em conjunto com descendentes ou ascendentes.

Permitir a renúncia ao direito concorrencial não configura ato imoral, assim como não o é renunciar à meação, até mesmo porque se insere no quadro mais amplo da autonomia patrimonial da família, consentânea com a atual realidade social, muito mais complexa e mutável. E isso pode ser feito, ressalte-se, *de lege lata*, ou seja, sem necessidade de alteração legislativa do artigo 426 do Código Civil<sup>354</sup>.

Apesar de bem fundamentada, a posição defendida por Mário Luiz Delgado caminha na contramão do posicionamento majoritário tanto doutrinário quanto jurisprudencial, que extrai do artigo 426 do Código Civil aquilo que Delgado procurou combater, isto é, uma interpretação ampliativa deste dispositivo. Assim, apesar do incômodo do autor e de outros juristas, prevalece no ordenamento brasileiro a concepção de que não é lícita a renúncia ao direito concorrencial no bojo do pacto antenupcial, utilizando como supedâneo maior os artigos 426, 1.655 e 1.837, todos do Código Civil<sup>355</sup>.

### 2.7.5 Disposição dos Deveres do Casamento

O regramento dos deveres do casamento no pacto antenupcial também é objeto de divergência no seio doutrinário, mormente por caminhar na contramão daquilo que se entende como possibilidade de disciplina neste negócio jurídico de direito de família. Como dito alhures, a doutrina tradicional entende como possível a disciplina tão somente de questões patrimoniais, afastando-se qualquer disposição de matérias que extrapolam este espaço.

Veja-se, a propósito, o ensinamento de Washington de Barros Monteiro: “Em primeiro lugar, fazendo lavrar pacto antenupcial, devem os nubentes ater-se, tão-somente, às relações econômicas, não podendo ser objeto de qualquer estipulação os direitos conjugais, paternos e maternos”<sup>356</sup>. Essa ideia, conforme já explanado, ficou relativizada com a nova dogmática civil, que garante maior liberdade aos cônjuges em busca da plena realização existencial. Importa saber, no entanto, se tal

---

<sup>354</sup> DELGADO, Mário Luiz. Da renúncia prévia ao direito concorrencial por cônjuges e companheiros, op. cit., n. p.

<sup>355</sup> BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 28 mar. 2022.

<sup>356</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito de família*, op. cit., p. 193.

relativização dá espaço à disposição acerca dos deveres do casamento, ou se estaria afrontando disposição absoluta de lei. Para Débora Gozzo:

(...) não podem os sujeitos deste negócio jurídico (pacto antenupcial) pactuarem em sentido contrário ao estipulado pelo artigo supracitado (CC, art. 1.566, antigo 231). Isto em decorrência do próprio conceito de poder funcional, isto é, um poder que está incluso na esfera jurídica de uma pessoa, para que ela tutela um interesse que não é seu, porém de outrem. O interesse predominante da referida regra é o de tutelar a família. Os cônjuges, tendo poder e dever recíprocos de exigir fidelidade, vida em comum no mesmo domicílio, assistência mútua e, por fim, 'sustento, guarda e educação dos filhos', não podem alterar esta determinação legal. Enfim, no pacto antenupcial não se pode derogar norma que implique a atribuição de poderes funcionais, para um ou ambos os nubentes<sup>357</sup>.

De acordo com o artigo 1.566 do Código Civil, são deveres dos cônjuges: "I – fidelidade recíproca; II – vida em comum, no domicílio conjugal; III – mútua assistência; IV – sustento, guarda e educação dos filhos; V – respeito e consideração mútuos"<sup>358</sup>. Entre esses, alguns são considerados normas cogentes, pois atuam como direitos fundamentais dos cônjuges, a saber: mútua assistência, guarda, sustento e educação dos filhos, bem como respeito mútuo. Há um consenso na doutrina no sentido de que tais deveres não podem ser afastados pelos cônjuges, nem mesmo a pretexto da plena realização existencial, sob pena de violação à disposição absoluta de lei.

Lado outro, o mesmo não se pode afirmar em relação aos deveres de fidelidade recíproca e coabitação, que são objetos de polêmica discussão doutrinária. O embate inicia-se com base na liberdade que os cônjuges têm para construir o desenho da vida conjugal da forma que lhes aprouver, sendo defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida por eles instituída<sup>359</sup>. Veja-se, neste contexto, os dizeres de TEPEDINO e OLIVA:

Maior dificuldade, contudo, resulta da análise de cláusulas que afastam deveres tradicionalmente considerados essenciais à vida conjugal. No que tange aos deveres atinentes à solidariedade conjugal, como a mútua assistência, ou aos deveres decorrentes da autoridade parental, que alcançam a pessoa dos filhos, não há dúvida quanto à sua indisponibilidade. Contudo, no que tange às formas de vida a dois, especialmente quanto à fidelidade e à coabitação, há de se examinar, caso a caso, a seriedade do

<sup>357</sup> GOZZO, Débora, op. cit., p. 81-82.

<sup>358</sup> BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 30 mar. 2022.

<sup>359</sup> Art. 1.513 do Código Civil: "É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família". BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 30 mar. 2022.

pacto, de modo que, caso não violem a dignidade da pessoa dos cônjuges e o princípio da isonomia, não parece haver óbice na ordem pública para a sua admissão<sup>360</sup>.

Os autores admitem a disciplina dos deveres de fidelidade e coabitação, inclusive para desobrigar os cônjuges de observá-los, tendo em conta, em todo caso, a seriedade do pacto. Para os juristas acima:

A definição quanto à validade dessas e outras cláusulas, formuladas por iniciativa das partes, seja no âmbito do casamento, seja em pactos atinentes a outras formações familiares, deve levar em consideração a função instrumental da família no desenvolvimento da pessoa humana. 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, os quais devem informar as comunidades intermediárias, de modo que o pluralismo de escolhas traduza a liberdade fundamental de cada um, como expressão de sua individualidade, a organizar a sua vida comunitária<sup>361</sup>.

Jungido neste pensamento, Rolf Madaleno assinala que os cônjuges podem dispensar a coabitação como um dos deveres do casamento, não se afigurando esta cláusula pactícia nula e contrária à literal disposição legal, se, por exemplo, “os consortes mantêm dois domicílios, ou simplesmente não tencionam dividir o mesmo teto, não se mostrando adequado que pessoa de direito público ou de direito privado interfira na autonomia privada dos consortes (CC, art. 1.513) e lhes negue a direito de estipularem habitações distintas [...]”<sup>362</sup>.

Madaleno, por sua vez, defende que “seriam ineficazes quaisquer cláusulas ou contratos matrimoniais admitindo a infidelidade conjugal, ou dispensando os principais deveres conjugais, como o da mútua assistência; o sustento, a guarda e a educação dos filhos; o dever de respeito e o da mútua consideração [...]”<sup>363</sup>. Ou seja, embora permita a disposição do dever de coabitação, o autor encabeça uma postura rígida quanto aos demais deveres, inadmitindo inclusive o afastamento do dever de fidelidade recíproca.

Para J. M. Carvalho Santos, “o dever de fidelidade é incondicional”, de modo que não há nada que justifique a sua quebra, nem mesmo a vingança do cônjuge traído com a realização de outro ato de infidelidade<sup>364</sup>. Em termos históricos, Clóvis

---

<sup>360</sup> TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato, op. cit., p. 99.

<sup>361</sup> Idem, ibidem, p. 100.

<sup>362</sup> MADALENO, Rolf. *Direito de Família*, op. cit., p. 775.

<sup>363</sup> Idem, ibidem, p. 778.

<sup>364</sup> SANTOS, João Manuel Carvalho, op. cit., p. 323.

Beviláqua apregoa que fidelidade “é o primeiro e o mais importante dos deveres recíprocos dos cônjuges, é a expressão natural da monogamia e não constitui simplesmente um dever moral. O direito exige tal dever em nome dos interesses superiores da sociedade”<sup>365</sup>.

Em sentido contrário, Paulo Lôbo considera o dever de fidelidade recíproca como uma imposição mais moral do que jurídica, a qual perdera o seu espaço no atual estágio do ordenamento jurídico brasileiro. Mais que isso, sustenta que o legislador não exigiu o dever de fidelidade e coabitação para a união estável, o que possivelmente indica um enfraquecimento desses deveres na atual sistemática jurídica interna. Segundo o autor:

Ressalte-se que o art. 1.566 estabelece um rol de deveres mais gravoso que o previsto para a união estável (art. 1.724), cujos companheiros estão dispensados da fidelidade recíproca e da vida em comum, no domicílio conjugal. Esses deveres são inconciliáveis com a união estável, uma vez que a CF/1988 a recebeu e garante como união ontologicamente livre em sua formação e em sua convivência. Ora, se tais deveres não podem ser atribuídos aos companheiros da união estável, então não poderiam ser mantidos para os cônjuges, porque estariam a dificultar a conversão daquela em casamento, em vez de facilitar, violando-se o disposto no art. 226, § 3º, da CF/1988<sup>366</sup>.

A ausência de consequências jurídicas indicada pelo autor refere-se ao fato de que, com o advento da nova redação do § 6º do art. 226 da CF/1988, “que aboliu qualquer causa subjetiva ou objetiva para a dissolução do casamento, referidos deveres comuns perderam consistência, pois se voltavam a fundamentar pedido litigioso de separação judicial, a qual foi extinta com a mudança constitucional”<sup>367</sup>. Nesta quadra, “o princípio da liberdade conjugal e familiar contenta-se com a simples separação de fato do casal, tornando imprópria a investigação de culpa ou de culpado pelo cumprimento ou não de deveres conjugais”<sup>368</sup>.

Sob tal raciocínio, os deveres de fidelidade recíproca e coabitação não se caracterizariam como normas cogentes, logo, dispor sobre eles no pacto antenupcial não representaria uma afronta à disposição absoluta de lei e, por conseguinte, não atrairia a pecha de nulidade prevista no artigo 1.655 do Código Civil.

No entanto, para José Fernando Simão, a solução não é tão simples como

---

<sup>365</sup> BEVILÁQUA, Clóvis, op. cit., p. 87.

<sup>366</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: famílias*, op. cit., p. 63.

<sup>367</sup> Idem, ibidem, loc. cit.

<sup>368</sup> Idem, ibidem, loc. cit.

parece. Isso porque “a supressão da fidelidade deve gerar necessariamente a supressão da presunção de paternidade *pater is est*. O marido da mulher casada é presumidamente pai do filho desta em razão da fidelidade. Sem tal dever, a presunção perde a razão de existir [...]”. Além disso, a supressão da fidelidade exigirá uma revisão da monogamia como princípio. Ora, “se a liberdade sexual do casado não sofre restrição, por que a família teria de ser ainda monogâmica? Da supressão do dever de fidelidade decorreria naturalmente a supressão do impedimento matrimonial que se refere à bigamia”<sup>369</sup>.

Assim, não se trata apenas de permitir o afastamento do dever de fidelidade por mera liberalidade dos cônjuges, mas de conciliar tal permissão com outras disposições do ordenamento jurídico. Que a infidelidade não é mais tão relevante para fins de separação conjugal já é um consenso entre os juristas, mas para outros institutos jurídicos, como a presunção de paternidade, ela ainda possui grande importância. Deste modo, a análise há de ser sistemática, não podendo se envolver estritamente na plena realização conjugal.

Partindo desta premissa, analisando-se o sistema interno como um todo, conclui-se que o dever de fidelidade recíproca, para além de um elemento moral, não pode ser excetuado por mera liberalidade dos cônjuges, pois não se trata apenas de um desenho da vida sexual do casal, afetando outras situações jurídicas igualmente relevantes.

A presunção de paternidade, guardadas as devidas proporções, é uma técnica legislativa que busca garantir o desenvolvimento sadio da personalidade e a identidade do filho presumido, assumindo assim traços de direito fundamental. É ela, pois, um dos importantes mecanismos de reconhecimento do estado de filiação.

Sobre o tema, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery assinalam que “o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercido contra os pais, ou seus herdeiros, sem qualquer restrição [...]. O estado de filho é irrenunciável e imprescritível, não sendo admitida transação quanto ao direito de filiação”<sup>370</sup>. Nem mesmo as palavras da mãe são

---

<sup>369</sup> SIMÃO, José Fernando. Fidelidade: um dever jurídico ou um elemento moral. *Revista Consultor Jurídico*, 28 de fevereiro de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-fev-28/processo-familiar-fidelidade-dever-juridico-ou-elemento-moral>. Acesso em: 30 mar. 2022.

<sup>370</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 1.402.

capazes de excluir a paternidade, nos termos do artigo 1.602 do Código Civil<sup>371</sup>. Isso porque o reconhecimento do estado de filiação é um direito personalíssimo do filho, não da genitora.

Diante disso, sabendo principalmente que o direito de filiação não admite transação, deve ser analisado com cautela qualquer movimento que se apresente como uma possível afronta ou obstáculo à sua plena realização, especialmente quando dois sujeitos contratualizam determinadas situações jurídicas que, na verdade, tratam de direito exclusivo de outrem.

É preciso ter-se em mente que a previsão da infidelidade no bojo do pacto antenupcial não visa, a priori, afastar a presunção de paternidade que o casamento impõe. Não é isso que está sendo proposto aqui. Busca-se demonstrar que a infidelidade no casamento prejudicaria tal presunção, dificultando o reconhecimento do verdadeiro genitor e, conseqüentemente, o exercício do direito a alimentos, que encontra na dignidade da pessoa humana e na solidariedade familiar o seu principal valor.

Destaca-se, neste contexto, que de acordo com artigo 1.600 do Código Civil, nem mesmo a confissão do adultério é suficiente para ilidir a presunção legal da paternidade<sup>372</sup>. Ou seja, ainda que a mulher esteja grávida e confesse que teve relações sexuais com outra pessoa, presume-se pela lei que o pai da criança é o cônjuge. A infidelidade, portanto, não tem força para afastar, a priori, a presunção de paternidade decorrente do casamento. É verdade que se trata de uma presunção relativa, que admite prova em contrário, mas a princípio, até que de fato se prove o contrário, o cônjuge é considerado genitor da criança.

Destarte, para além de uma discussão meramente matrimonial, o dever de fidelidade recíproca desemboca também no direito à filiação, o que denota a complexidade do assunto. No mais, como visto acima, em que pese a infidelidade não assuma relevância no divórcio tal como outrora, o atual estágio do ordenamento jurídico permite concluir que ela não pode ser objeto de pactuação pelos cônjuges, sob pena de ferir outras disposições jurídicas igualmente relevantes, em especial a presunção de paternidade decorrente do casamento.

---

<sup>371</sup> BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 30 mar. 2022.

<sup>372</sup> BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 30 mar. 2022.

Conclui-se, neste cenário, que a posição defendida por Rolf Madaleno exposta anteriormente parece mais condizente com o ordenamento jurídico pátrio, admitindo-se como objeto de negociação no pacto antenupcial tão somente o dever de coabitação previsto no artigo 1.566, inciso II, do Código Civil<sup>373</sup>.

---

<sup>373</sup> BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 30 mar. 2022.

### 3 A CLÁUSULA PENAL ENQUANTO CONTEÚDO DO PACTO ANTENUPCIAL

Até o presente momento, o trabalho em questão examinou diversos assuntos, perpassando a figura do casamento, da constitucionalização do direito privado, da autonomia privada, do pacto antenupcial, entre outros. Viu-se também, como polêmica, que uma parcela da doutrina tem advogado pela possibilidade de se disciplinarem questões extrapatrimoniais no referido pacto, destoando da posição tradicional sobre a matéria.

Embora esses assuntos sejam relevantes, acredita-se que a convenção antenupcial, para não se reduzir a um mero ajuntamento de papéis com dezenas de cláusulas contratuais, deve vir acompanhada de mecanismos jurídicos que lhe atribuam coercitividade, ao ponto de impor aos cônjuges um dever de submissão ao negócio celebrado. Isto é, deve gerar nos nubentes um sentimento de vinculação e respeito às cláusulas do pacto.

É neste contexto que a cláusula penal entra na pauta do pacto antenupcial, pois se apresenta como uma valiosa alternativa em caso de descumprimento dos termos do negócio celebrado. Sabendo disso, inicia-se a presente seção com a análise do conceito deste instituto.

#### 3.1 CONCEITO

Uma vez que a legislação pátria não fornece um conceito de cláusula penal, mas apenas disciplina suas nuances e características principais, deve-se recorrer ao aparato doutrinário, que inclusive é recheado de definições sobre o instituto. De antemão, pontua-se que a gênese da cláusula penal enquanto instituto de direito privado remonta ao Direito Romano, conforme bem explicado por Otávio Luiz Rodrigues Júnior:

A cláusula penal, como figura jurídica autônoma, é saudada como criação original dos romanos. Sua *sedes materiae* primitiva era a *stipulatio*. A associação da *stipulatio* com a noção de pena deu-se sem expressivas dificuldades. Em Roma, como usual nos Direitos antigos, a pena era um mecanismo de franca utilização. No plano das relações obrigacionais, a célebre Tábua XVIII, de *delictis*, cominava sanções para a infidelidade do depositário, que, nesse caso, deveria pagar pena dupla (...). Assim exposto, é incompreensível que, para Savigny, a cláusula penal em Roma fosse uma

pena, cujo suporte estaria na vontade privada. No Direito Romano arcaico e clássico, a *stipulatio poenae*, como saldo daqueles tempos de severidade das sanções, revestia-se do carácter de uma verdadeira pena privada<sup>374</sup>.

Conceitualmente, ela pode ser definida como “estipulação negocial em que qualquer das partes, ou uma delas apenas, se obriga antecipadamente, perante a outra, a efectuar certa prestação, normalmente em dinheiro, em caso de não cumprimento, ou de não cumprimento perfeito, de determinada obrigação”<sup>375</sup>. Na visão de Pontes de Miranda, “é prestação, de ordinário em dinheiro, que alguém, devedor ou não, promete como pena a que se submete para o caso de não cumprir a obrigação, ou não a cumprir satisfatoriamente, ou para o caso de se dar algum fato, concernente ao negócio jurídico, ou não se dar”<sup>376</sup>. Segundo Arnaldo Wald:

A cláusula penal é um pacto acessório, regulamentado pela lei civil (arts. 408 a 416), pelo qual as partes, por convenção expressa, submetem o devedor que descumprir a obrigação a uma pena ou multa no caso de mora (*cláusula penal moratória*) ou de inadimplemento (*cláusula penal compensatória*)<sup>377</sup>.

Diz-se moratória a cláusula penal “instituída com o fito de preservar cláusula específica do contrato ou em virtude de mora do devedor. Será a multa exigida conjuntamente à obrigação principal não adimplida, com feição de indenização complementar (art. 411 do CC)”<sup>378</sup>. A mora, segundo Beviláqua, nada mais é “o retardamento na execução da obrigação”<sup>379</sup>. Por seu turno, a cláusula compensatória “é aquela que estipula multa para a total inexecução contratual, ou seja, nas hipóteses de absoluto descumprimento da obrigação ao tempo de seu vencimento”<sup>380</sup>. Conforme assinala Caio Mário da Silva Pereira:

A cláusula penal pode ser estipulada para o caso de deixar o devedor de cumprir a totalidade de sua obrigação, ou então, com carácter mais restrito, e por isto mesmo mais rigoroso, para o de inexecução em prazo dado. Na

<sup>374</sup> RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Cláusula penal: natureza e função no Direito Romano. In: PINTO, Eduardo Vera-Cruz (org.). *O sistema contratual romano: de Roma ao direito actual*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 911 e 926.

<sup>375</sup> MONTEIRO, Antonio Joaquim de Matos Pinto. *Cláusula penal e indemnização*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 338.

<sup>376</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado: parte especial*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, Tomo XXVI, p. 62.

<sup>377</sup> WALD, Arnaldo. *Direito civil: direito das obrigações e teoria geral dos contratos*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 192.

<sup>378</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. *Manual de direito civil*. 4. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 875.

<sup>379</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954, p. 56.

<sup>380</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson, op. cit., p. 876.

primeira hipótese, o devedor incide na pena se deixa de efetuar a prestação, na segunda torna-se devida a multa pelo simples fato de não ter realizado a tempo, ainda que possa executá-la posteriormente. Uma, a primeira, se diz compensatória, e a outra moratória<sup>381</sup>.

Em definição similar à de Wald, Orlando Gomes pontua que “a cláusula penal, também chamada pena convencional, é o pacto acessório pelo qual as partes de um contrato fixam, de antemão, o valor das perdas e danos que por acaso se verifiquem em consequência da inexecução culposa da obrigação”<sup>382</sup>. Pode-se dizer, então, que se trata de uma garantia em prol do cumprimento da avença, servindo de desestímulo ao inadimplemento contratual.

Para Lourenço Trigo de Loureiro, a cláusula penal resume-se a uma pena civil que é imposta àquele que celebrou uma obrigação lícita, honesta e não reprovada pelo direito, mas que deixou de cumpri-la<sup>383</sup>. Em raciocínio similar, Robert Joseph Pothier explica que a cláusula penal nasce de uma convenção estabelecida para garantir o cumprimento de um primeiro compromisso, em que se impõe uma pena para o caso de descumprimento<sup>384</sup>. Já para Judith Martins-Costa, trata-se de “uma prestação que o devedor promete como pena ao credor condicionante: ou para o caso de incumprimento total, ou em caso de mora, ou, ainda, para a garantia de uma cláusula especialmente destacada no contrato”<sup>385</sup>.

É imperioso distinguir, neste espaço, a cláusula penal aqui estudada de outros institutos que convivem com ela no ordenamento jurídico. Nas lições de Arnaldo Wald:

A cláusula penal constitui medida coercitiva ou intimidativa, funcionando também como prefixação dos prejuízos independentemente da prova que deles for apresentada. Distingue-se assim a cláusula penal das perdas e danos, pois a primeira é prefixada, presumida *juris et de jure*, excluindo prova em contrário (art. 416), enquanto as perdas e danos devem ser provadas. A cláusula também não se confunde com as *arras* ou sinal. Este é pago antecipadamente, enquanto a multa contratual só se torna exigível na hipótese de inadimplemento ou de mora. É, todavia, lícito afirmar que as *arras* penitenciais funcionam como verdadeira cláusula penal paga por antecipação<sup>386</sup>.

---

<sup>381</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*. 32. ed, rev. e atual. por Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 143.

<sup>382</sup> GOMES, Orlando. *Obrigações*. Atualizado por Edvaldo Brito. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 159.

<sup>383</sup> LOUREIRO, Lourenço Trigo de. *Instituições de direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1872, t. II, p. 224.

<sup>384</sup> POTHIER, Robert Joseph. *Tratado das obrigações*. Campinas: Servanda, 2001, p. 295.

<sup>385</sup> COSTA, Judith Martins-. *Comentários ao novo código civil: do inadimplemento das obrigações*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, v. 5, t. II, p. 410.

<sup>386</sup> WALD, Arnaldo, op. cit., p. 193.

O jurista Rubens Limongi França apregoa que “a essência da cláusula penal está em significar um reforço, uma garantia da execução exata da obrigação a que está adstrita”<sup>387</sup>. O autor estabelece dois fundamentos para a cláusula: 1) jurídico-positivo, o qual “decorre dos princípios dogmáticos que emanam do sistema, especialmente o da autonomia da vontade, consistindo, em suma, em poderem as partes obrigar-se em tudo aquilo que não seja considerado ilícito ou imoral e, sobretudo, não contrarie os interesses da ordem pública”; 2) jurídico-natural, “fundado na natureza das coisas, que têm as partes, de contratar tudo aquilo que, sem ferir direitos de quem que seja, antes, pelo contrário, sirva para o bom encaminhamento da vida dos negócios jurídicos”<sup>388</sup>.

Por fim, destaca-se que “a multa é convencionada no momento da realização do ato jurídico ou posteriormente, revertendo em favor da parte inocente ou de terceiro (v.g., obra beneficente)”. O seu valor “deve ser determinável, recorrendo-se eventualmente a vários fatores para a fixação definitiva do seu montante (v.g., a multa será de 10% dos prejuízos verificados em virtude da infração contratual)”<sup>389</sup>.

Dito isso, não havendo maiores complicações na verificação do conceito de cláusula penal, importa agora perquirir a sua natureza jurídica, que dá margem a algumas divergências doutrinárias relevantes.

### 3.2 NATUREZA JURÍDICA

A natureza jurídica da cláusula penal é um dos principais pontos de estudo deste instituto, mormente pelas dissonâncias que o margeiam no campo doutrinário. Alguns juristas, quando abordam o assunto, focam a análise no caráter acessório da cláusula penal, resumindo a sua natureza jurídica como um negócio acessório à obrigação principal. Veja-se, neste sentido, a doutrina de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

**Natureza jurídica.** É obrigação acessória, sempre subordinada a uma obrigação principal. Havendo invalidade da obrigação principal, *ipso facto* estará inválida a cláusula penal; a recíproca não é verdadeira – inválida a cláusula penal, nem por isso se invalida a obrigação principal. A invalidação

---

<sup>387</sup> FRANÇA, Rubens Limongi. *Teoria e prática da cláusula penal*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 205.

<sup>388</sup> FRANÇA, Rubens Limongi, op. cit., p. 206.

<sup>389</sup> WALD, Arnoldo. *Direito civil: direito das obrigações e teoria geral dos contratos*, op. cit., p. 193.

do pacto acessório como decorrência automática da invalidade da obrigação principal é consequência da *accessoriedade* de que se reveste a cláusula penal<sup>390</sup>.

Também neste sentido, Iñigo de la Maza Gazmuri aponta que: “Em geral, embora não seja obrigatória, a cláusula penal constitui uma estipulação que acompanha um contrato, em tais termos que se a disposição da parte contra a qual foi redigida for violada, ela poderá ser obrigada a cumprir um benefício diferente do acordado no contrato principal”<sup>391</sup>.

Essa posição, no entanto, não é tão usual para se definir a natureza jurídica da cláusula penal. De acordo com Rubens Limongi França, existem quatro teorias firmadas pela doutrina que procuram apontar a natureza do citado instituto: i) Teoria do reforço; ii) Teoria da pré-avaliação; iii) Teoria da Pena; e iv) Teoria eclética<sup>392</sup>. Tais teorias não investigam a cláusula penal em seu aspecto acessório, mas de acordo com a sua finalidade no mundo dos fatos.

A primeira, chamada Teoria do reforço, cuja adoção vê-se com destaque nas doutrinas francesa (Pothier, Savatier, Laurent. Aubry e Rau), alemã (Larenz e Enneccerus-Lehmann) e espanhola (Diego Espín Canovas), compreende a cláusula penal como um instrumento para reforçar, isto é, garantir o implemento da obrigação<sup>393</sup>. Nesta quadra, Rizzardo defende que, embora secundariamente a cláusula penal expresse uma ideia de indenização, a sua essência é coercitiva, buscando forçar os negociantes ao cumprimento das cláusulas contratuais<sup>394</sup>.

Por sua vez, a teoria da pré-avaliação, defendida por Murlon, Planiol, Mazeud, Fritz Funk e Henri de Page, aponta que o objetivo da cláusula penal é prefixar as perdas e os danos, avaliando-os antes de sua ocorrência<sup>395</sup>. Não haveria, para esta teoria, um viés coercitivo na cláusula penal, restringindo o seu próprio exclusivamente ao cálculo da indenização<sup>396</sup>.

---

<sup>390</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade, op. cit., p. 408, grifo do original.

<sup>391</sup> Tradução livre de: “En general, aunque no necesariamente, la cláusula penal constituye una estipulación que acompaña a un contrato, en términos tales que de incumplirse la prestación de aquella parte contra la cual se redactó, puede ser obligada a cumplir con una prestación diversa de aquella pactada en el contrato principal” (GAZMURI, Iñigo de la Maza. El secreto está em lá técnica: los limites a la cláusula penal. *Revista Chilena de Derecho Privado*, n. 7, p. 19-50, dez./2006, p. 22-23).

<sup>392</sup> FRANÇA, Rubens Limongi, op. cit., p. 142.

<sup>393</sup> CASSETTARI, Christiano. *Multa contractual: teoria e prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 52.

<sup>394</sup> RIZZARDO, Arnoldo. *Direito das obrigações*. 9. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 512.

<sup>395</sup> CASSETTARI, Christiano, op. cit., p. 52.

<sup>396</sup> POTHIER, Robert Joseph, op. cit., p. 298.

Já para a teoria da pena, que tem como principais expoentes Savigny, Windscheid, Trimarchi, Trabucchi e Sjoergren, a cláusula penal funciona como sanção ao devedor pelo inadimplemento da obrigação<sup>397</sup>. Segundo Antunes Varela: “a cláusula penal extravasa, quando assim seja, do prosaico pensamento da reparação ou retribuição que anima o instituto da responsabilidade civil, para se aproximar da zona cominatória, repressiva ou punitiva, onde pontifica o direito criminal”<sup>398</sup>. Segundo José Miguel Rodríguez Tapia:

Cláusula penal é aquela estipulação que obriga o devedor a uma obrigação chamada penalidade, em caso de descumprimento de uma obrigação principal. Para ser mais preciso, deve-se entender por cláusula penal aquela disposição ou regra de negociação que tem por finalidade estabelecer uma penalidade para o caso de descumprimento da obrigação expressamente reforçada com a penalidade, que pode ser uma ou várias das obrigações decorrentes do negócio<sup>399</sup>.

Para Otávio Luiz Rodrigues Junior: “A cláusula penal, tomada em uma perspectiva do direito civil brasileiro, possui natureza singular, monofuncional, destinada a ressarcir os danos pré-estabelecidos pelas partes em um negócio jurídico”. Em sua visão, “a função punitiva, associada à prevenção geral, não existe no direito brasileiro, ante os controles internos e externos à cláusula. As sanções processuais compulsórias substituíram-na nesse papel (...)”<sup>400</sup>.

Compartilha do mesmo raciocínio António Pinto Monteiro, para quem a cláusula penal assume um viés coercitivo, não punitivo, veja-se:

Não se trata, portanto, de reprimir ou castigar o devedor, mas de compelir ou pressionar, daí, justamente, que a pena seja acordada e definida antes da violação, procurando evitá-la, e não após acto ilícito. Numa palavra, a cláusula penal é estipulada para que o devedor cumpra, e não porque não cumpriu, destina-se a constrangê-lo a adoptar o comportamento devido, e não a infligir-lhe um castigo, estabelece-se em relação ao futuro, e não sobre um acto ilícito passado. O que significa, portanto, tratar-se de uma medida de tutela jurídica de natureza compulsória, não de índole punitiva<sup>401</sup>.

<sup>397</sup> CASSETTARI, Christiano, op. cit., p. 52.

<sup>398</sup> VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000, v. II, p. 140.

<sup>399</sup> Tradução livre de: “Cláusula penal es aquella estipulación que obliga al deudor a una obligación llamada pena, en cas de incumplimiento de una obligación principal. Siendo más precisos, deberíamos entender por cláusula penal aquella disposición o regla negocial que tiene por objeto establecer una pena para el caso de no cumplir la obligación explícitamente reforzada con la pena, que puede ser una o varias de las obliciones nacidas del negocio”. (TAPIA, José Miguel Rodríguez. *Sobre la Cláusula Penal en el Código Civil*. Madrid: Universidade Carlos III de Madrid, 1992, p. 514).

<sup>400</sup> RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. *Função, Natureza e Modificação da Cláusula Penal no Direito Civil Brasileiro*. 2006. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 348.

<sup>401</sup> MONTEIRO, António Pinto, op. cit., p. 670.

Paulo Nader explica que: “Embora o nomen iuris de cláusula penal, não estamos diante de uma sanção ou penalidade, mas de uma indenização previamente fixada e, como as indenizações em geral, visa apenas a cobrir o prejuízo do credor na hipótese de incumprimento da obrigação pelo devedor”<sup>402</sup>. Este entendimento não é uníssono, vez que alguns juristas dele discordam, como o faz Christiano Cassettari, que enxerga um viés punitivo na cláusula penal<sup>403</sup>.

Por derradeiro, capitaneada por juristas como Vittorio Polacco, Giorgio Giorgi, Saleilles, Demongue, Fausto Moreno e José Leon Barandiran, a teoria eclética reúne aspectos da teoria do reforço e da teoria da pré-avaliação, compreendendo a cláusula penal como um meio de coação e de prefixação das perdas e danos<sup>404</sup>. Neste sentido:

A cláusula penal desempenha função dúplice: inegavelmente, a sua função principal detém caráter ressarcitório, pois a pena convencional é previamente estipulada pelas partes, e, em caso de inexecução, o credor ficará dispensado de produzir provas em processo de liquidação, quanto aos eventuais danos emergentes e lucros cessantes. Há uma pré-avaliação dos prejuízos pela inexecução culposa; outrossim, acidentalmente, a cláusula penal possui natureza coercitiva, à medida que a imposição de uma sanção de caráter punitivo constrangerá o devedor a adimplir o contrato, reduzindo os riscos de descumprimento. Em suma, a coação é uma consequência direta da liquidação prévia dos danos<sup>405</sup>.

Defensor desta teoria, Cassettari explica que “além de prefixação das perdas e danos, podemos destacar que a cláusula penal terá por objetivo reforçar o cumprimento da obrigação estimulando o seu adimplemento, já que o devedor irá sentir-se compelido a cumprir com a obrigação, sob pena de sofrer um desfalque patrimonial pelo descumprimento”<sup>406</sup>.

Em tons derradeiros, há uma tendência por parte da doutrina majoritária para o acolhimento da teoria eclética, tendência esta que foi inaugurada em solo brasileiro já com doutrinadores clássicos, como Lacerda de Almeida, Tito Fulgêncio, Pontes de Miranda e Clóvis Beviláqua. Dos mais recentes, cite-se, além dos já mencionados, Maria Helena Diniz, Silvio Rodrigues, Washington de Barros Monteiro e Rubens Limongi França<sup>407</sup>.

---

<sup>402</sup> NADER, Paulo. *Curso de direito civil: obrigações*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 501.

<sup>403</sup> CASSETTARI, Christiano, op. cit., p. 59.

<sup>404</sup> Idem, ibidem, p. 52-53.

<sup>405</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson, op. cit., p. 874.

<sup>406</sup> CASSETTARI, Christiano, op. cit., p. 61.

<sup>407</sup> Idem, ibidem, p. 59.

Assim, conclui-se, à luz do entendimento doutrinário predominante, que a natureza jurídica da cláusula penal que, como visto, se entrelaça na própria finalidade do instituto, seria de coerção e prefixação das perdas e danos, atuando, de um lado, como instrumento de reforço ao cumprimento da obrigação e, paralelamente, como pré-avaliação dos prejuízos em caso de inexecução. Visto isso, de rigor perquirirem-se os limites da cláusula penal previstos no ordenamento jurídico pátrio.

### 3.3 LIMITES E REVISÃO JUDICIAL DA CLÁUSULA PENAL

A cláusula penal é um instituto tipicamente contratual, aparecendo com maior frequência nos chamados contratos bilaterais, fruto do exercício da autonomia privada dos contratantes. Nada impede, todavia, que ela apareça também nos contratos tidos como unilaterais, como é o caso do testamento<sup>408</sup>. Em todo caso, entretanto, a legislação pátria impõe certos limites à autonomia das partes, buscando, maiormente, preservar o equilíbrio contratual.

De acordo com o artigo 412 do Código Civil, “o valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal”<sup>409</sup>. Noutras palavras, sendo a cláusula penal um pacto acessório, determinou o legislador que o seu valor não pode superar o da obrigação principal, sob pena de contrariar a ordem pública e, principalmente, a função social do contrato. De se recordar, nesta quadra, que o artigo 2.035, parágrafo único, também do CC/02, prevê que “nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”<sup>410</sup>.

Essas limitações legais entrelaçam-se no movimento de constitucionalização do direito privado, já explorado alhures, que marcou uma alteração substancial na teoria geral do negócio jurídico, em especial no conceito de autonomia privada e na relativização de alguns princípios basilares deste segmento, como é o caso do *pacta sunt servanda*.

É dizer, “se a visão oitocentista de contrato fundou-se nas noções da

---

<sup>408</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson, op. cit., p. 874.

<sup>409</sup> BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 22 abr. 2022.

<sup>410</sup> BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 22 abr. 2022.

autonomia da vontade e da força obrigatória, esse paradigma veio erodindo pouco a pouco, dando lugar a uma visão humanista do Direito e que vê no sujeito, e não mais no patrimônio, o centro da relação jurídica<sup>411</sup>. Segundo MARQUESI e MARTINS:

Esse repensar o negócio jurídico, conferindo-lhe leitura mais humanitária e sob viés social, fez com que se abandonasse a noção da autonomia da vontade, graças à qual a vontade do contratante prevalecia sobre quaisquer outros fatores. Passa-se então ao primado da autonomia privada, que, sem excluir a primeira, designa a esfera de poder de que dispõe o particular para atuar no mundo do Direito Privado. A segunda não exclui a primeira, apenas a delimita, de modo que o sujeito, podendo embora livremente contratar, passa a se sujeitar a limites impostos em favor da ordem pública<sup>412</sup>.

Volvendo ao disposto no artigo 412 do CC/02, importante consignar que, caso o valor da cláusula penal supere o limite estabelecido pela legislação, ela não será taxada como nula, mas tão somente reduzida ao patamar da obrigação principal. É este o ensinamento de Paulo Nader: “se o *quantum* supera ao da obrigação principal a cláusula penal não se nulifica, apenas subsiste pelo valor igual ao daquela obrigação<sup>413</sup>”.

Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber, por sua vez, assinalam que “se a cláusula penal extrapola o valor do negócio, não se trata mais de redução equitativa do seu montante pelo juiz, mas de nulidade do excedente de pleno direito, por expressa disposição do art. 412 do Código Civil<sup>414</sup>. Ou seja, a cláusula penal não deixar de valer entre as partes por exceder o valor da obrigação principal, o que não vale, neste caso, é apenas o valor excedente, que é nulo de pleno direito, mas a cláusula em si permanece, limitada ao valor da obrigação principal.

Pontua-se que a limitação em comento constitui-se regra geral, a qual será aplicada em todos os casos em que a legislação extravagante não dispor de modo diverso. O legislador, entretanto, não mencionou se essa regra geral aplica-se para a cláusula penal compensatória ou moratória, o que resulta algumas implicações práticas. Segundo Christiano Cassettari:

Como é notório, cláusula penal moratória é cumulativa, já que será exigida conjuntamente à obrigação principal. A cláusula penal compensatória é satisfativa, já que substituirá a obrigação principal. Em razão disso, como a

---

<sup>411</sup> MARQUESI, Roberto Wagner; MARTINS, Priscila Machado, op. cit., p. 143.

<sup>412</sup> Idem, ibidem, p. 146-147.

<sup>413</sup> NADER, Paulo. *Curso de direito civil: obrigações*, op. cit., p. 510.

<sup>414</sup> TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Fundamentos do direito civil: obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 407.

cláusula penal compensatória substitui a obrigação principal, é justificável que ela seja convencionada até o limite do seu montante. Entretanto, no caso da cláusula penal moratória, alguns doutrinadores citam ser uma injustiça cobrar o valor da obrigação principal para o atraso de apenas um dia, por exemplo, no cumprimento da obrigação<sup>415</sup>.

Imagine-se a seguinte situação: duas pessoas celebram um contrato de compra e venda de um bem móvel cujo valor total é de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais). Ambas resolvem estabelecer uma cláusula penal para a hipótese de inexecução culposa da obrigação, quantificando-a em valor idêntico ao da obrigação principal, isto é, trinta mil reais. A forma de pagamento acordada entre as partes foi mediante parcelamento, devendo o comprador do bem quitar a quantia em 60 (sessenta) parcelas iguais de R\$ 500,00 (quinhentos reais) cada.

Tendo como base este caso hipotético, pode acontecer de o comprador deixar de pagar uma das parcelas no prazo acordado, caracterizando-se a mora. Se o limite estabelecido no artigo 412 do CC/02 fosse aplicável tanto para a cláusula penal compensatória quanto para a moratória, a mora do comprador, no caso citado, autorizaria a outra parte a fazer valer a cláusula estipulada no contrato e, conseqüentemente, exigir do inadimplente trinta mil reais.

Essa situação revela que o limite previsto no dispositivo em análise não pode ser aplicado à cláusula penal moratória, mas tão somente à compensatória. É este, por sinal, o entendimento de Christiano Cassettari, para quem a cláusula moratória deve observar, na ausência de norma específica, o limite estabelecido pelo artigo 9º da Lei de Usura, que significaria 10% (dez por cento) do valor da obrigação principal. Filiam-se a este posicionamento os autores Miguel Maria Serpa Lopes<sup>416</sup>, Judith Martins Costa<sup>417</sup>, Flávio Tartuce<sup>418</sup> e Luiz Antonio Scavone Junior<sup>419</sup>.

Fixadas tais premissas, oportuno registrar que o limite estabelecido pelo artigo 412 do CC/02 não encontra muitos simpatizantes no campo doutrinário. Para Paulo Nader:

Realmente, razão não existe para a limitação imposta, uma vez que ao juiz é

---

<sup>415</sup> CASSETTARI, Christiano, op. cit., p. 81.

<sup>416</sup> SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil: obrigações em geral*. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, v. 2, p. 162.

<sup>417</sup> COSTA, Judith Martins, op. cit., p. 464.

<sup>418</sup> TARTUCE, Flávio. *A função social dos contratos do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2005, p. 299.

<sup>419</sup> SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Obrigações: abordagem didática*. 4. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006, p. 208.

permitida a diminuição do valor, quando este se mostra desproporcional às características do ato negocial. Enquanto o mecanismo de redução favorece à eticidade, que é um dos três pilares do Código Civil de 2002, o limite imposto pelo art. 412 é empecilho à justiça do caso concreto. Absolutamente injustificável a permanência da regra limitadora em nosso ordenamento. O objetivo que teve em mira – o combate à usura – já é alcançado pelo mecanismo de redução<sup>420</sup>.

O autor ainda menciona que norma semelhante ao artigo 412 do Código Civil é encontrada apenas no Código Civil do México<sup>421</sup>, o que evidencia ser uma disposição normativa pouco usual nos ordenamentos jurídicos internacionais.

De fato, a possibilidade de redução judicial da cláusula penal provoca certo conflito com a limitação estabelecida no dispositivo em comento, pois o legislador poderia conferir maior liberdade aos contratantes, permitindo a estipulação da cláusula penal em patamar superior ao da obrigação principal e, caso se constatasse, posteriormente, ser a mesma manifestamente excessiva no caso concreto, aquele que se viu prejudicado poderia recorrer à via judicial buscando a sua redução equitativa.

Cite-se, com base nos escritos do professor Almeno de Sá, um caso da jurisprudência do Tribunal da Relação de Lisboa, em Portugal, julgado em 2015. Discutia-se a validade da exigibilidade de uma cláusula penal no patamar de 100% (cem por cento) das prestações pagas pelo devedor até o momento do rompimento da relação contratual. O referido Tribunal entendeu que a cláusula penal era nula, mas que a situação deveria ser resolvida com base na equidade, razão pela qual impôs ao devedor o ônus de pagar quantia referente à metade do valor estabelecido na referida cláusula<sup>422</sup>.

A possível redução judicial da cláusula penal mencionada por Nader é aquela prevista no artigo 413 do CC/02: “A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio”<sup>423</sup>.

Inclusive, a limitação prevista no artigo 412 do CC/02 não significa que, no caso concreto, a indenização por eventual inexecução culposa da obrigação não

---

<sup>420</sup> NADER, Paulo. *Curso de direito civil: obrigações*, op. cit., p. 510.

<sup>421</sup> Idem, *ibidem*, loc. cit.

<sup>422</sup> SÁ, Almeno de. Cláusula penal e cláusulas contratuais gerais. *Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política*, Universidade Lusófona do Porto, n. 11, p. 180-213, 2018, p. 180-182.

<sup>423</sup> BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 22 abr. 2022.

ultrapasse o valor da obrigação principal. É que, de acordo com o artigo 416, também do diploma civil, as partes podem estipular uma indenização suplementar, a qual não se vincula ao limite estabelecido por aquele dispositivo para a cláusula penal.

Analisando este impasse, Caio Mario da Silva Pereira classifica o artigo 412 do CC/02 como “[...] uma disposição vazia, já que o Código permite, às partes, sobrecarregar a cláusula penal com a indenização suplementar mesmo quando avançada no limite máximo”<sup>424</sup>.

A diferença entre a cláusula penal e a indenização suplementar é, basicamente, a exigibilidade *pleno iure* da primeira, pois uma vez fixada no contrato, o credor não está obrigado a alegar e provar o prejuízo que do inadimplemento lhe resulte. Basta-lhe, neste caso, demonstrar a ocorrência da inexecução culposa da obrigação. Por sua vez, a indenização suplementar reclama a prova do prejuízo alegado, isto é, o credor que alegou o prejuízo deve necessariamente prová-lo para alcançá-la. Neste sentido:

Convencionada a pena e a indenização suplementar, a primeira é considerada como a prefixação mínima do prejuízo. Para haver a sua suplementação, cabe ao credor demonstrar que o valor da cláusula penal não traz ressarcimento de prejuízo. Provado o excedente, o juiz complementarmente o montante da pena convencionada com a estimação do prejuízo. Ao revés, se o credor não convencer do prejuízo excedente, a satisfação das perdas e danos fica limitada à cláusula penal<sup>425</sup>.

Afastando-se das críticas acima, Cassettari entende que o artigo 412 do CC/02 é um dispositivo necessário para a realidade jurídica brasileira, pois aqui “(...) a propositura de ação judicial é um problema para o seu autor, em virtude da morosidade da nossa justiça”. Com isso, “para se evitar as demandas judiciais é que a nossa legislação deve impor limites à cláusula penal e, excepcionalmente, ocorrendo as hipóteses descritas no art. 413 do Código Civil de 2002, é que a parte irá procurar o Poder Judiciário para reduzir a cláusula penal”<sup>426</sup>.

De fato, esta concepção poderia ser validada se houvesse uma relação de causa e efeito entre a cláusula fixada dentro dos limites legais e o não ajuizamento de ações judiciais. Essa relação, entretanto, nem sempre é verificada. Por vezes, determinada relação contratual, que conta com uma cláusula penal fixada em patamar

---

<sup>424</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*, op. cit., p. 149.

<sup>425</sup> Idem, *ibidem*, p. 148.

<sup>426</sup> CASSETTARI, Christiano, op. cit., p. 79.

não superior ao da obrigação principal, acaba sendo alvo de um processo judicial. Ou seja, não é a previsão, pelo legislador, de que a cláusula penal deve limitar-se ao *quantum* da obrigação principal que evitará a judicialização do contrato, o que acaba por fragilizar a tese apresentada no parágrafo anterior.

Apesar dos descontentamentos doutrinários, o limite estabelecido pelo artigo 412 do CC/02 encontra-se em pleno vigor e, portanto, deve ser observado nas relações negociais, sob pena de nulidade do *quantum* da cláusula penal que extrapolar o valor da obrigação principal.

Convém destacar que a incidência da cláusula penal, ainda que explicitamente prevista em contrato, está intimamente ligada com a constatação da inexecução culposa da obrigação, conforme exige o artigo 408 do Código Civil. Isso significa que, “caso a impossibilidade total ou parcial da prestação seja produto de eventos externos e estranhos à conduta do devedor, como o caso fortuito ou força maior, resolve-se sem ônus o contrato (inadimplemento absoluto) ou apenas a cláusula penal (mora)”<sup>427</sup>.

Este ponto ganha novos contornos se considerado o atual estado de calamidade pública que assola a população mundial em decorrência da pandemia da Covid-19, que pode ser considerada uma hipótese de caso fortuito ou força maior. Muitos contratos, celebrados antes do advento da referida pandemia, ficaram com a sua execução prejudicada, culminando, conseqüentemente, em rescisões outrora não desejadas.

Grande parte dos contratos, entretanto, previam cláusulas penais para as hipóteses de rescisão unilateral ou inadimplemento contratual, o que não é incomum. Contudo, sabendo que a inexecução tem como causa uma hipótese de caso fortuito ou força maior, não pode o devedor suportar tal penalidade. É este, a propósito, o teor do artigo 393 do Código Civil, veja-se: “O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado”<sup>428</sup>.

O entendimento jurisprudencial sobre a matéria não é diferente, conforme se pode notar no julgado abaixo colacionado:

---

<sup>427</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson, op. cit., p. 878.

<sup>428</sup> BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 22 abr. 2022.

JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS. RELAÇÃO DE CONSUMO. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. (...). CASO FORTUITO OU DE FORÇA MAIOR. MULTA INDEVIDA. (...).

2. Pretensão inicial de resolução do contrato de prestação de serviços da festa de aniversário, em razão da pandemia de Covid-19, bem como de restituição dos valores pagos, sem a incidência da multa de 30% imposta pela ré. Recurso interposto pela parte ré contra a sentença de procedência. (...)

7. **Ainda que exista previsão de multa no contrato, para o caso de rescisão, o contexto em que se operou o pedido da rescisão configura caso fortuito ou de força maior, cujos efeitos não eram possíveis evitar ou impedir, nos termos do art. 393, caput e parágrafo único, do CC. Por isso, não pode a autora ser penalizada pela quebra do contrato, já que não se responsabilizou por prejuízos decorrentes de casos fortuitos ou de força maior.**

8. Da mesma forma que a autora tem o direito de não ser penalizada pela quebra antecipada do contrato, dado o contexto da pandemia, a ré/recorrente também possui igual direito perante as demais pessoas com quem contrata (operadora da máquina de cartão de crédito, fornecedores, locadores dos itens e do espaço das festas etc.), de modo que não pode repassar seus prejuízos à autora, pois, repise-se, a autora não se responsabilizou por esses prejuízos decorrentes de caso fortuito ou de força maior. Se a rescisão causou prejuízos à recorrente, deverá a parte demandar contra as pessoas que lucraram em seu desfavor, sendo indevida a retenção de 30% do valor do contrato celebrado com a autora (...)<sup>429</sup>.

Em igual raciocínio, a 35ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação Cível nº 1004573-57.2020.8.26.0004, consignou que em caso de impossibilidade da prestação por caso fortuito ou força maior, impõe-se a “(...) resolução do contrato sem culpa de nenhuma das partes, sem incidência de cláusula penal e com retorno ao ‘status quo ante’ (...)”<sup>430</sup>. Tal decisão ancora-se no artigo 248, do Código Civil, que dispõe: “se a prestação do fato tornar-se impossível sem culpa do devedor, resolver-se-á a obrigação”<sup>431</sup>.

Registre-se, oportunamente, que o pedido de rescisão unilateral do contrato, em tais circunstâncias, encontra respaldo na legislação pátria de forma expressa, conforme se extrai do artigo 478, também do Código Civil: “Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos

<sup>429</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Recurso Inominado nº 0704485-17.2020.8.07.0006*. Relator: Edilson Enedino das Chagas. Julgado em: 05 de março de 2021. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1185185045/7044851720208070006-df-0704485-1720208070006/inteiro-teor-1185186541>. Acesso em: 22 abr. 2022. (g.n.).

<sup>430</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível nº 1004573-57.2020.8.26.0004*. Relator: Gilson Delgado Miranda. 35ª Câmara de Direito Privado. Julgado em 25 de março de 2021. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1185049416/apelacao-civil-ac-10045735720208260004-sp-1004573-5720208260004/inteiro-teor-1185049436>. Acesso em: 22 abr. 2022.

<sup>431</sup> BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 22 abr. 2022.

extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato (...)”<sup>432</sup>.

No âmbito da Justiça do Trabalho, o tratamento da cláusula penal num cenário de caso fortuito ou força maior não é diferente. Em 2021, por exemplo, o Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região manteve decisão que afastou a incidência de cláusula penal sobre as parcelas inadimplidas ou pagas em atraso pelo empregador, em razão da paralisação das atividades que se deu em virtude do estado de calamidade pública provocado pela pandemia do coronavírus<sup>433</sup>.

Por tais razões, conclui-se que as hipóteses de caso fortuito e força maior também são fortes limitações ao instituto da cláusula penal, mesmo que não se classifiquem como tal, pois, como visto, tais circunstâncias abalroam frontalmente a execução do citado instituto.

Por derradeiro, como dito alhures, o limite contido no artigo 412 do CC/02 constitui regra geral, a qual não será aplicada nos casos em que a legislação extravagante estipula limitação diversa. Cumpre mencionar, por rigor técnico, alguns limites previstos na legislação esparsa, como ocorre nas relações de consumo, em que a cláusula penal moratória não pode exceder o limite de 2% (dois por cento) do valor do débito<sup>434</sup>, bem como, nos casos de venda financiada, é nula a cláusula penal que estabeleça a perda total das parcelas pagas na hipótese de rescisão contratual com retomada do bem por inadimplemento do consumidor<sup>435</sup>.

No próprio Código Civil existe um limite que afasta a incidência do artigo 412. É o caso dos débitos condominiais, pois o artigo 1.336, § 1º, do CC/02, dispõe que o condômino que não pagar a sua contribuição no prazo, ficará sujeito ao pagamento

---

<sup>432</sup> BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 22 abr. 2022.

<sup>433</sup> BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. *Agravo de Petição nº 0020289-72.2019.5.04.0382*. Relatora: Lucia Ehrenbrik. Julgado em 12 de março de 2021. Disponível em: <https://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1179578485/agravo-de-peticiao-ap-202897220195040382/inteiro-teor-1179578492>. Acesso em: 23 abr. 2022.

<sup>434</sup> Artigo 52, § 1º, Código de Defesa do Consumidor: “As multas de mora decorrentes do inadimplemento de obrigações no seu termo não poderão ser superiores a dois por cento do valor da prestação”. BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm). Acesso em: 23 abr. 2022.

<sup>435</sup> Artigo 53, *caput*, Código de Defesa do Consumidor: “Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado”. BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm). Acesso em: 23 abr. 2022.

de multa de até 2% do valor do débito, além dos juros moratórios<sup>436</sup>. Cassettari recorda, ainda, outros exemplos como as promessas de compra e venda de imóveis, oriundos de parcelamento de solo urbano, que tem no artigo 26, V, da Lei nº 6.766/79 o limite para a cláusula penal em 10% (dez por cento) do valor da parcela descumprida. Igualmente, em dez por cento, limita-se a cláusula penal nas cédulas hipotecárias, de títulos de crédito rural e de título de crédito industrial<sup>437</sup>.

Estabelecidas tais premissas, forçoso conectar, neste momento, os fundamentos apresentados em relação à cláusula penal com aqueles outrora analisados acerca do pacto antenupcial, verificando-se, nesta conexão, a possibilidade de inserção daquela como conteúdo desse negócio jurídico de direito de família.

#### 3.4 DO CABIMENTO DA CLÁUSULA PENAL NO PACTO ANTENUPCIAL

Na celebração de um contrato, algumas cautelas devem ser necessariamente observadas, ainda que os contratantes não sintam, a princípio, desconfiança naquele que está do outro lado da relação contratual. De fato, não se celebra um contrato visando o seu inadimplemento, mas não é por isso que este risco não deva ser pensado já no momento da celebração do negócio. Como assinala Arnaldo Rizzardo:

Fossem as partes que contratam ciosas do cumprimento das obrigações, ou honrassem seriamente os compromissos e avenças que assumem, não haveria necessidade de cláusulas paralelas que procuram dar garantia ou reforçar a certeza do cumprimento. Realmente, sempre acompanha os contratos um grau de insegurança no atendimento do que neles consta estabelecido, gerando um grau de instabilidade nas relações econômicas e sociais. Quanto maiores as instabilidades de uma economia, e mais fortes as crises que assolam os povos, ou menos evoluída a consciência moral das pessoas, geralmente mais cresce a inadimplência das obrigações, ensejando mecanismos de defesa e proteção dos direitos e créditos emanados das convenções e contratos<sup>438</sup>.

Com relação ao casamento, tal necessidade ganha ainda mais força. Isso porque o matrimônio envolve um misto de emoções e, na maioria dos casos, o amor

---

<sup>436</sup> BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 23 abr. 2022.

<sup>437</sup> CASSETTARI, Christiano, op. cit., p. 80.

<sup>438</sup> RIZZARDO, Arnaldo, op. cit., p. 508.

tende a relegar ao segundo plano algumas cautelas básicas que, no futuro, poderiam minorar os efeitos negativos de um eventual divórcio. Assim como não é normal contratar visando o inadimplemento, casar pensando no divórcio não é algo comum, porém, não deixa de ser necessário.

Assim como nos contratos tradicionais a cláusula penal é utilizada com frequência, justamente por transitar neste espaço de risco referente ao inadimplemento ou, em outros casos, à mora contratual, deve ela ser pensada também no pacto antenupcial. Registre-se que, com o avançar das décadas, ocorreu uma singular evolução da responsabilidade civil no âmbito do direito de família. Para Maria Celina Bodin de Moraes:

A tendência individualista, antes referida, potencializou a autonomia privada nas relações conjugais, facilitando que se venha a reavaliar, como consequência dessa autonomia, se uma pessoa mantém ou não os seus compromissos de convivência – o que em muito aumenta, claramente, o número de separações, de divórcios, e também de famílias recompostas ou reconstituídas e de novos modelos familiares. Tal autonomia, porém, por outro lado, reduziu os fatores que tradicionalmente serviram para inibir a imposição de responsabilização civil entre familiares<sup>439</sup>.

O próprio Superior Tribunal de Justiça, ao se debruçar sobre o caso de abandono afetivo de Luciane Souza, consignou que “inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família”<sup>440</sup>. Vale destacar, neste ponto, a advertência feita por Alessandra Cristina Furlan e Daniela Braga Paiano:

Ressalta-se que, antes de ser membro de uma família, cada um dos cônjuges é pessoa, sujeito de direitos e não pode sofrer limitação nas suas prerrogativas fundamentais. As normas que tutelam a pessoa devem incidir no círculo familiar sem qualquer obstáculo. Se inexistisse tal possibilidade jurídica, simplesmente, estar-se-ia incentivando a impunidade e o não exercício da cidadania nas relações domésticas e familiares<sup>441</sup>.

---

<sup>439</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. A responsabilidade e a reparação civil no direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Tratado de direito das famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 808.

<sup>440</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.159.242/SP. Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 24.4.2012. DJe, 10 maio 2012. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/865731390/recurso-especial-resp-1159242-sp-2009-0193701-9/inteiro-teor-865731399>. Acesso em: 04 de maio de 2022.

<sup>441</sup> FURLAN, Alessandra Cristina; PAIANO, Daniela Braga. Responsabilidade Civil nas relações conjugais e convivenciais. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*. Belo Horizonte, v. 27, p. 37-62, jan./mar., 2021, p. 45.

Neste contexto, segundo Thomas Alexandre de Carvalho, existem duas situações possíveis de inserção da cláusula penal no bojo de um pacto antenupcial, a saber: a) atinente a um contrato inserido dentro do pacto antenupcial; e b) atinente ao descumprimento de um dos deveres do casamento<sup>442</sup>.

No primeiro caso, como ensina Pontes de Miranda, é possível “que se faça contrato, dentro da escritura pública do pacto antenupcial, para efeitos de direitos das obrigações, posteriores ao casamento. Desde que não marque regime matrimonial de bens, escapa ao direito de família”<sup>443</sup>. É o caso, por exemplo, de um pacto antenupcial que, ao mesmo tempo em que elege determinado regime de bens, convencionou compromisso de compra e venda de determinado imóvel de um cônjuge a outro. Em tal situação:

A inserção de cláusula penal quer moratória, quer compensatória, no compromisso de compra e venda neste caso, em nada difere da cláusula penal inserta em qualquer outro compromisso de compra e venda de imóvel que não esteja vinculado a um pacto antenupcial. Aplicam-se, indistintamente, as regras que regem a cláusula penal – artigos 408 a 416 do Código Civil Brasileiro de 2002 – sem qualquer ressalva<sup>444</sup>.

Como se vê, “trata-se de mera coligação contratual, de um contrato veiculado dentro da escritura pública de pacto antenupcial (...)”<sup>445</sup>, valendo, neste caso, as regras estudadas nos tópicos precedentes, em especial os limites previstos na legislação.

A discussão ganha novos contornos quando pensada a cláusula penal na hipótese de descumprimento dos deveres do casamento previstos no artigo 1.566 do Código Civil. Como bem sedimentado alhures, a natureza jurídica da cláusula penal é de prefixação das perdas e danos e, simultaneamente, de reforço ao cumprimento da obrigação.

No caso do casamento, alguns deveres são tidos como fundamentais à manutenção do bom convívio conjugal, como é o caso do dever de fidelidade. Antes de aprofundar a análise, convém recordar os deveres do casamento previstos no artigo acima citado: I – fidelidade recíproca; II – vida em comum, no domicílio conjugal; III – mútua assistência; IV – sustento, guarda e educação dos filhos; V – respeito e

---

<sup>442</sup> CARVALHO, Thomas Alexandre de, op. cit., p. 529.

<sup>443</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito de família: direito matrimonial*. 3. ed., op. cit., p. 152.

<sup>444</sup> CARVALHO, Thomas Alexandre de, op. cit., p. 529.

<sup>445</sup> Idem, ibidem, loc. cit.

consideração mútuos<sup>446</sup>.

Esse rol de obrigações conjugais, entretanto, não é taxativo, “pois a vida conjugal pode, por óbvio, exigir outros deveres entre os consortes para que seja possível e viável, no tempo, a consolidação da vida em comum”<sup>447</sup>. Noutras palavras, o que fez o legislador, no artigo 1.566 do Código Civil, foi tão somente elencar os principais deveres do casamento, porém, por óbvio, não listou todos.

Exemplificativamente, presume-se que quem constitui matrimônio, embora não seja a motivação principal, possui o desejo de se relacionar sexualmente com o seu cônjuge, constituindo-se uma faceta do direito à felicidade<sup>448</sup>. Em certos casos, este desejo, quando não satisfeito, transforma-se em cobrança na forma de um dever, como se realmente fosse uma obrigação ínsita ao casamento.

Inclusive, vale a pena mencionar aqui um famoso caso divulgado na mídia recentemente envolvendo o casal Jennifer Lopez e Ben Affleck. Ambos firmaram um pacto antenupcial e, dentre suas disposições, estabeleceram um número mínimo de quatro relações sexuais por semana<sup>449</sup>. Fixado em contrato, torna-se um dever, ainda que, como no caso da legislação brasileira, inexistam um dever expresso de manter relações sexuais com habitualidade no casamento.

Cite-se, também, o caso em que os nubentes estipulam, no bojo do pacto antenupcial, uma cláusula de cunho extrapatrimonial, como a definição de quem lavará a louça durante o convívio conjugal, ou quem colocará o lixo na rua para que os coletores possam recolhê-lo. As celebridades George Clooney e Amal Alamauddin, por exemplo, celebram um pacto antenupcial e nele estabeleceram que todos os dias devem se falar ao telefone pelo menos a cada duas horas e eles não podem ficar longe um do outro por mais de duas semanas<sup>450</sup>.

A diferença é que os deveres contidos no artigo 1.566 do Código Civil são tratados pela doutrina majoritária como normas de ordem pública, o que afastaria a possibilidade de derrogação por mera liberalidade das partes, por exemplo, numa

---

<sup>446</sup> BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406compilada.htm). Acesso em: 23 abr. 2022.

<sup>447</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson, op. cit., p. 1.753.

<sup>448</sup> DELGADO, Mário Luiz. Responsabilidade civil por violação do direito fundamental à busca da felicidade: reflexões sobre um novo dano. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. (Coord.). *Os grandes temas de direito civil nos 15 anos do Código Civil – Homenagem especial ao Professor Álvaro Villaça Azevedo*. São Paulo: IASP, 2017. p. 828-829.

<sup>449</sup> CAUTI, Carlo. Traição, drogas e atenção: veja os contratos pré-nupciais das estrelas. *Exame*, 29 abr. 2022. Disponível em: <https://exame.com/casual/regras-estrelas-casamento-contratos/>. Acesso em: 04 de maio de 2022.

<sup>450</sup> Idem, ibidem, n. p.

convenção antenupcial. A matéria, como destacado, não é pacífica entre os juristas, havendo aqueles que entendem que os deveres de fidelidade e coabitação podem ser objeto de disciplina pelos nubentes, inclusive para eximirem-se de cumpri-los. Essa discussão, no entanto, já foi devidamente apreciada em outra parte da presente pesquisa, não sendo necessário revisita-la.

Demais disso, no caso dos deveres não previstos expressamente na legislação, a sua exigibilidade no casamento, embora plenamente possível, não possui tamanha força como aqueles listados pelo legislador que, como visto, são considerados normas cogentes. É justamente neste cenário que a cláusula penal apresenta-se como uma medida importante para os cônjuges, mormente para conferir um caráter coercitivo a determinados deveres estipulados no pacto que não encontram correspondência normativa, isto é, são frutos estritamente da autonomia privada das partes.

Destarte, a cláusula penal pode servir de reforço tanto para o cumprimento dos deveres expressamente listados pelo legislador, como é o caso da fidelidade recíproca, como para aqueles que decorrem da mera liberalidade dos nubentes. Veja-se, a propósito, o exemplo criado por Thomas Alexandre de Carvalho:

Imagina-se um pacto antenupcial em que os nubentes *a* e *b* pactuaram um elemento estranho: o descumprimento do dever de fidelidade gerará em favor do lesado o pagamento de cláusula penal estipulada em R\$ 100.000,00 (cem mil reais). O casamento é realizado e, um certo dia, *a* descobre que foi traído por *b*. Desfeito o vínculo matrimonial, exsurge para *a* o direito subjetivo à cobrança do valor estipulado a título de cláusula penal. Se o pagamento for realizado por *b* espontaneamente, não há pretensão resistida. Contudo, caso o pagamento não seja realizado por *b*, cabe à *a* ingressar com a ação indenizatória para cobrança do valor estipulado a título de indenização. Ora bem, na ação indenizatória caberá a *a* a demonstração 1) da ação humana, *i.e.*, o ato de trair, 2) do nexo de causalidade, *i.e.*, a ligação entre o ato de trair e o descumprimento de um dever matrimonial, e 3) da culpa de *b*. A extensão do dano, e até mesmo sua existência, não será discutida na ação judicial, isso porque, caso o magistrado conclua pela existência dos três requisitos apontados acima, o valor da indenização será exatamente o valor da cláusula penal, que serviu como pré-fixação de danos em caso de descumprimento de um dever conjugal<sup>451</sup>.

O raciocínio desenvolvido pelo autor é digno de nota. Ele mescla institutos de direito de família, direito das obrigações e, também, de responsabilidade civil. Pontua que a propositura de ação indenizatória visando exigir a cláusula penal por descumprimento de um dever do casamento deve necessariamente demonstrar a

---

<sup>451</sup> CARVALHO, Thomas Alexandre de, op. cit., p. 537.

conduta humana, o nexo causal e a culpa, que são institutos do campo da responsabilidade civil.

Pode acontecer de, a princípio, provocar alguma estranheza o fato de o autor não ter mencionado a necessidade de demonstração do dano, porém, não há nada de errado nisso. Isso porque, nos termos do artigo 416, *caput*, do Código Civil, “para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo”<sup>452</sup>, ou seja, os efeitos da cláusula penal se operam ainda que não comprovado o dano.

Bem por isso que Tepedino e Schreiber sustentam que “a utilidade da cláusula penal reside precisamente em contornar as dificuldades inerentes à demonstração e liquidação das perdas e danos, oferecendo-se como alternativa mais facilitada ao credor que se pretende ressarcir de alguma forma mais imediata (ainda que não integral) pelo inadimplemento”<sup>453</sup>.

Demais disso, sabe-se que as relações familiares são carregadas de fortes emoções, o que se avoluma especialmente quando sobrevém o divórcio. Não raro, o Judiciário é instado a se manifestar sobre ações de divórcio que, entre os seus pedidos, possui o pleito de indenização por danos morais, em grande parte fundado numa suposta infidelidade conjugal.

Ocorre que o simples descumprimento do dever de fidelidade não gera, como se fosse uma relação de causa e efeito, o dever de indenizar. Depende-se da análise do caso concreto, isto é, se o cônjuge traído foi violado em sua honra e/ou imagem a tal ponto de ensejar uma indenização moral. Exemplo disto é a quantidade de improcedência de pedidos de indenização fundados em traição que se verifica na jurisprudência, conforme o julgado abaixo:

DANO MORAL. A ruptura de relacionamentos, até mesmo em situações em que há consenso, gera tristeza. Quando ocorre de modo litigioso ou por iniciativa unilateral, é mais intensa a mágoa e sentimentos de dor e decepção. E se ocorrer pela descoberta de infidelidade, mais intensa ainda a dor pela ruptura. No caso, não obstante a alegação, infirmada, de traição, não se duvida que a ruptura de qualquer relação que se constrói por laços de intenso afeto e amor é capaz de gerar tristeza, sensação de abandono, frustração de sonhos e expectativas. Mas a alegada traição não enseja dano moral, porque nada nos autos revela que o constrangimento ou abalo emocional noticiado pela autora foi de tal monta a gerar sofrimento extremo e total ruptura ao seu bem-estar<sup>454</sup>.

---

<sup>452</sup> BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Acesso em: 23 abr. 2022.

<sup>453</sup> TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson, op. cit., p. 398.

<sup>454</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível nº 70069407567*. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. 8ª Câmara Cível. Data de Julgamento: 11 de agosto de 2016. Disponível em:

Como lecionam Alessandra Cristina Furlan e Daniela Braga Paiano, a “(...) doutrina e jurisprudência resistem à ampla possibilidade de indenização no caso de violação dos deveres existentes na relação familiar, exigindo para o deferimento do pleito indenizatório a efetiva existência de danos materiais, morais ou estéticos”<sup>455</sup>.

Tal raciocínio decorre do fato de que a ação indenizatória, em tais circunstâncias, funda-se em preceitos de responsabilidade civil. Diferente do que ocorre na cláusula penal, além da demonstração da conduta, do nexos causal e da culpa, exige-se a comprovação do dano alegado. Sobre o tema, veja-se o ensinamento de Sérgio Cavalieri Filho:

Há primeiramente um elemento formal, que é a violação de um dever jurídico mediante conduta voluntária; um elemento subjetivo, que pode ser o dolo ou a culpa; e, ainda, um elemento causal-material, que é o dano e a respectiva relação de causalidade. Esses três elementos, apresentados pela doutrina francesa como pressupostos da responsabilidade civil subjetiva, podem ser claramente identificados no art. 186 do Código Civil, mediante simples análise do seu texto, a saber: a) conduta culposa do agente, o que fica patente pela expressão ‘aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia’; b) nexos causal, que vem expresso no verbo causar; e c) dano, revelado nas expressões ‘violar direito ou causar dano a outrem’. Portanto, a partir do momento em que alguém, mediante conduta culposa, viola direito de outrem e causa-lhe dano, está-se diante de um ato ilícito, e deste ato deflui o inexorável dever de indenizar, consoante o art. 927 do Código Civil. Por violação de direito deve-se entender todo e qualquer direito subjetivo, não só os relativos, que se fazem mais presentes no campo da responsabilidade contratual, como também e principalmente os absolutos, reais e personalíssimos, nestes incluídos o direito à vida, à saúde, à liberdade, à honra, à intimidade, ao nome e à imagem. Os pressupostos aqui examinados são comuns à responsabilidade contratual, com a única peculiaridade de ser a prova da culpa, nesse caso, limitada à demonstração de que a prestação foi descumprida<sup>456</sup>.

Sob tais premissas, o julgado citado, em primeiro plano, reconhece que a ruptura de uma relação conjugal é capaz de gerar tristeza, frustração de sonhos e outros sentimentos, o que se agrava nos casos de traição. Contudo, por não ter se verificado no caso concreto a demonstração de um intenso sofrimento provocado pela traição, isto é, uma vez não comprovado o dano em patamar que permita a indenização moral, julgou-se improcedente o pedido indenizatório manejado pelo

---

<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/374436316/apelacao-civel-ac-70069407567-rs>. Acesso em: 24 abr. 2022.

<sup>455</sup> FURLAN, Alessandra Cristina; PAIANO, Daniela Braga, op. cit., p. 60.

<sup>456</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 44.

cônjuge traído.

Em igual raciocínio, a 19ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, na análise da Apelação nº 5004191-38.2019.8.13.0183, pontuou que “a indenização por danos morais fundada na infidelidade conjugal depende de prova da violação do dever de fidelidade, do constrangimento sofrido pelo cônjuge traído e da intenção do infiel de lesar a sua honra”<sup>457</sup>.

Cite-se, também, o posicionamento da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Goiás, para quem “a infidelidade conjugal, por si só, embora constitua violação dos deveres do casamento, não gera o dever de indenização por danos morais. A reparação compensatória pela infidelidade conjugal, somente tem lugar em caso de ofensa à honra objetiva da vítima”<sup>458</sup>.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, vê-se que nem todo ato ilícito “ (...) é ensejador de indenização por danos morais, como exemplo o adultério. Não há que se falar em intenso abalo psicológico capaz de causar aflições ou angústias (...). Trata-se de situação de mero aborrecimento ou dissabor experimentado, não suscetível, portanto, de indenização por danos morais”<sup>459</sup>.

Neste cenário, pensar a cláusula penal como possível conteúdo do pacto antenupcial pode garantir, numa eventual traição, por exemplo, a prefixação do dano, dispensando o cônjuge traído do ônus de provar efetivamente o dano suportado, como seria necessário no caso de uma ação indenizatória fundada tão somente na violação do dever de fidelidade recíproca.

Assim, além de reforçar a necessidade de observância ao dever de fidelidade e dos demais deveres matrimoniais previstos em lei, bem como daqueles eventualmente inseridos pelos nubentes no pacto, a estipulação da cláusula penal na convenção antenupcial evitaria longas e intermináveis discussões judiciais fundadas na necessidade de demonstração do dano, haja vista que o *quantum* indenizatório já

---

<sup>457</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação nº 5004191-38.2019.8.13.0183*. Relator: Carlos Henrique Perpétuo Braga. 19ª Câmara Cível. Data de Julgamento: 21 de outubro de 2021. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1306386215/apelacao-civel-ac-10000211815832001-mg>. Acesso em: 24 abr. 2022.

<sup>458</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Goiás. *Apelação nº 0304910-98.2015.8.09.0113*. Relator: Jairo Ferreira Junior. 6ª Câmara Cível. Data de Julgamento: 18 de setembro de 2019. Disponível em: <https://tj-go.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/759041889/apelacao-apl-3049109820158090113>. Acesso em: 24 abr. 2022.

<sup>459</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo em Recurso Especial nº 526600 SP 2014/0126244-9*. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. Data de Julgamento: 25 de fevereiro de 2015. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/890551639/agravo-em-recurso-especial-aresp-526600-sp-2014-0126244-9>. Acesso em: 24 abr. 2022.

fora previamente determinado pelas partes.

Esse raciocínio, como dito, vale também para os demais deveres conjugais, como o dever de coabitação e respeito mútuo. Neste caso, por exemplo, os nubentes poderiam estipular uma multa para o cônjuge que decida abandonar o lar, ou para aquele que falte com respeito para com o outro (v.g., denegrindo a sua imagem em redes sociais), sendo possível, nessa circunstância, a previsão de um *quantum* específico para o grau de cada ofensa, ou para a hipótese de reincidência.

De mais a mais, aproveita-se, em tons derradeiros, a conclusão apresentada por Thomas Alexandre de Carvalho sobre a viabilidade da cláusula penal no pacto antenupcial:

Em primeiro lugar, deve-se entender como possível o trânsito de elementos estranhos no pacto antenupcial. Em segundo lugar, tem-se que admitir a aplicação das regras gerais da responsabilidade civil no âmbito do direito de família. A três, é necessário admitir que o descumprimento de um dever matrimonial gera a possibilidade de o lesado ingressar com a competente ação reparatória, o que não foi tolhido pela Emenda Constitucional n.º 66/2010. A quatro, insta registrar que a cláusula penal, figura de índole indenizatória, compatibiliza-se com o descumprimento de um dever do casamento, que também está abarcado pelo espectro da responsabilidade civil. A cinco, e por derradeiro, em sendo a cláusula penal pré-fixação de danos, a ausência de dano, ou um prejuízo aquém do valor da cláusula penal, não autoriza a redução de seu valor<sup>460</sup>.

Por tais premissas, conclui-se que o pacto antenupcial, enquanto negócio jurídico de direito de família, admite a inserção de cláusula penal em seu conteúdo, seja para prefixar perdas e danos e reforçar o cumprimento de uma obrigação autônoma, como é o caso de uma promessa de compra e venda, seja para provocar estes mesmos efeitos para a hipótese de descumprimento de um dos deveres do casamento, tanto aqueles expressamente previstos na legislação como aqueles eventualmente estipulados pelas partes no bojo do negócio.

---

<sup>460</sup> CARVALHO, Thomas Alexandre de, op. cit., p. 536.

## CONCLUSÃO

O Direito de Família caracteriza-se como um segmento jurídico em constante evolução, fator bastante perceptível nas últimas décadas, com destaque para a atuação do Poder Judiciário no enfrentamento de matérias não devidamente resolvidas pela legislação, como o reconhecimento da união estável homoafetiva, da multiparentalidade, entre outras. Questões intrincadas e carentes de respostas sólidas são comuns quando a ciência jurídica se debruça sobre as relações familiares, levando o operador do Direito a caminhar por um verdadeiro terreno movediço.

A problemática estabelecida na presente pesquisa ilustra bem este traço característico do Direito de Família. Regressando-se alguns séculos na história da humanidade, provavelmente não se cogitaria a possibilidade de um instrumento contratual regular uma relação familiar, ou de modo mais específico arquitetar a convivência conjugal. O cerne da matéria e dos interesses era outro, assim como a realidade normativa, econômica e social, com destaque para a prevalência de uma cultura patriarcal, com concepções rudimentares, bem como para a evidente e milenar desigualdade de gênero.

Não obstante, com a derrocada do Estado Liberal e a ascensão do Estado Social, alguns conceitos tradicionais foram erodindo aos poucos, isto é, perdendo seu espaço. Para além de fatídica, verifica-se um profundo viés axiológico nesta transição, sobretudo pela singularidade dos valores que sustentam ambos os regimes. Destaca-se, nesta fase, o fenômeno da constitucionalização do direito privado, que alterou substancialmente as bases estruturantes deste segmento para efetuar uma releitura das relações privadas sob a ótica constitucional, bem como a valorização da família e a busca pela igualdade de gênero.

Pelos aportes teórico-conceituais examinados no trabalho, verifica-se que o instituto da autonomia privada foi profundamente atingido pela transição paradigmática citada acima, divorciando-se da ideia de que os particulares nascem livres e iguais e, por conta disso, supostamente seriam merecedores da tutela de uma liberdade absoluta. Constatou-se a necessidade de uma liberdade limitada por princípios e regras jurídicas, tutelando-se não só a igualdade formal, como ocorria até então, mas também e sobretudo a igualdade material.

Com base nesta premissa, a pesquisa encontrou elementos interessantes sobre assuntos adjacentes à proposta principal, como a discussão em torno das

matérias passíveis de serem disciplinadas na convenção antenupcial. A despeito do entendimento de parcela da doutrina no sentido de que só se admite o ajuste de questões afetas ao regime de bens, advoga-se atualmente, sobretudo com o crescimento da importância das liberdades individuais no plano existencial, a possibilidade de disciplina de matérias tanto patrimoniais quanto extrapatrimoniais no pacto em questão, tendo como exemplo, neste último caso, o regramento da convivência.

Em termos técnicos, a celebração de um pacto antenupcial pelos cônjuges não é obrigatória, porém, a falta dela implica na adoção do regime supletivo de bens, qual seja da comunhão parcial. Quanto à forma, impõe-se por expressa previsão legal a escritura pública, sob pena de nulidade. Por sua vez, a eficácia do pacto está condicionada à celebração do casamento, e perante terceiros não produz efeitos senão depois de registrado, em livro especial, pelo oficial do Registro de Imóveis do domicílio dos cônjuges. Ademais, considera-se nula a convenção ou cláusula dela que contravenha disposição absoluta de lei.

Destarte, sobre o polêmico embate a respeito do afastamento, por meio do pacto antenupcial, de alguns deveres do casamento previstos no artigo 1.566, do Código Civil, constatou-se uma equilibrada divisão na doutrina entre os que admitem e os que rejeitam tal possibilidade. No primeiro caso, à exceção dos deveres contidos nos incisos III, IV e V do artigo acima, em que há um consenso acerca da impossibilidade de pactuação, defende-se que a autonomia dos cônjuges, compatibilizada com o artigo 1.513, também do Código Civil, que veda qualquer intromissão externa na comunhão de vida do casal, admite a disciplina dos deveres de coabitação e fidelidade recíproca, inclusive para excetuá-los. Em sentido oposto, parcela da doutrina entende que todos os deveres contidos no dispositivo em questão são normas de ordem pública, isto é, cogentes, de modo que qualquer pactuação contrária atrairia a pecha de nulidade estabelecida no artigo 1.655 do Código Civil.

Apesar do último entendimento aparentemente prevalecer, o primeiro vem ganhando espaço entre os doutrinadores e especialmente no campo jurisprudencial, a pretexto de se garantir a plena efetividade da liberdade conjugal. Entende-se que quanto às formas de vida a dois, há de se examinar, caso a caso, a seriedade do pacto, de modo que caso as cláusulas do pacto não violem a dignidade da pessoa dos cônjuges e o princípio da isonomia, não parece haver óbice na ordem pública para a sua admissão.

Por derradeiro, com relação à proposta principal do trabalho, buscou-se examinar a possibilidade de que particulares, no caso os nubentes, pudessem estipular a figura da cláusula penal no bojo do pacto antenupcial. Após as devidas apreciações, conclui-se que os cônjuges, no exercício de suas liberdades matrimoniais, caso optem pela celebração de um pacto antenupcial, podem incluir cláusula penal em seu conteúdo para as hipóteses de descumprimento dos termos da avença, bem como pela violação à determinado dever conjugal, seja ele previsto em lei ou livremente estabelecido pelos nubentes.

Viu-se que existem duas formas de se pensar a cláusula penal como conteúdo do pacto. A primeira delas cinge-se na hipótese de descumprimento de um negócio jurídico autônomo inserido dentro da convenção antenupcial, como uma promessa de compra e venda de determinado bem imóvel firmada entre os cônjuges. A segunda é aquela voltada para o pacto propriamente dito, isto é, para o caso de descumprimento das cláusulas patrimoniais e/ou extrapatrimoniais estabelecidas pelos cônjuges.

Vê-se na cláusula penal uma forma de garantir coercitividade ao pacto, isto é, transformá-lo em algo além de um mero ajuntamento de cláusulas contratuais, pois apesar da possibilidade de disciplina de questões patrimoniais e extrapatrimoniais, inexistente no ordenamento jurídico uma reprimenda adequada para as hipóteses de descumprimento da avença, sobretudo nas cláusulas desprovidas de cunho econômico.

Noutras palavras, como exemplo, não há uma resposta punitiva da legislação em face do descumprimento do dever de fidelidade recíproca, de modo que, instituída a cláusula penal, prescinde-se a comprovação dos abalos suportados pelo cônjuge traído, bem como se fixa, de plano, o valor da indenização. Lado outro, não fosse instituída a cláusula penal, caso o cônjuge traído decidisse buscar a reparação da lesão moral sofrida, deveria valer-se de ação indenizatória, fundada nos institutos da responsabilidade civil, sendo imprescindível, neste caso, a comprovação do dano alegado e o enfrentamento de um processo judicial moroso.

Assim, levando-se em consideração a morosidade do Poder Judiciário pátrio, para além de um viés meramente coercitivo, a instituição de cláusula penal no bojo do pacto antenupcial tem o condão de evitar, ou ao menos amenizar, longas e intermináveis discussões judiciais, que sabidamente se intensificam nos conflitos familiares.

Deste modo, conclui-se que a cogitação da cláusula penal como conteúdo do

pacto antenupcial não só é válida, como assume ímpar relevância, tanto preventiva como repressiva, atuando como vetor de coerção, prefixação das perdas e danos e, simultaneamente, prevenção à necessidade de discussão judicial de eventual indenização pela inexecução culposa dos termos da avença, sem prejuízo, é claro, de o cônjuge prejudicado almejar uma indenização suplementar, nos termos do artigo 416, parágrafo único, do Código Civil, ocasião em que será necessária a comprovação do prejuízo alegado.

## REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Roger Silva. O positivismo e o pós-positivismo na criação e aplicação do Direito civil brasileiro. In: MELLO, Cleyson M. *Novos Direitos: os paradigmas da pós-modernidade*. Niterói: Impetus, 2004.
- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, vol. I, 4ª ed., Rio de Janeiro, 1978.
- ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Direito de Família mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no Direito de Família*. 2009. 226f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009.
- ALPA, Guido. Introduzione alla nuova Giurisprudenza. In: ALPA, Guido; BESSONE, Mario (Coord.). I contratti in gene-rali. *Na giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*. Torino: Utet, 1992. v. I.
- AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002
- AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- AMARAL, Francisco. *O contrato e sua função institucional*. Conferências na Faculdade de Direito de Coimbra 1999/2000. Coimbra: Coimbra Ed., 2000.
- AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; PONA, Everton Willian. Entre autonomia privada e dignidade: testamento vital e “como se vive a própria morte” – os rumos do ordenamento brasileiro. In: REZENDE, Elcio Nacur; OLIVEIRA, Francisco Cardozo; POLI, Luciana Costa. (Org.). *Anais do XXII Encontro Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: FUNJAB, 2013, p. 179-207.
- ARRUDA ALVIM, J. M. *A função social dos contratos no novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Curso de direito civil: direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, v. 6.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista da EMERJ*, v. 9, nº 33, 2006.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1950, v. 2.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954.
- BEVILÁQUA, Clovis. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

BESSONE, Darcy. *Do contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

BIAZI, João Pedro de Oliveira de. Pacto antenupcial: uma releitura à luz da teoria do negócio jurídico. *Revista Jurídica Luso Brasileira*, ano 2, nº 1, p. 229-264, 2016.

BITTAR, Carlos Aberto. *Os direitos da personalidade*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade: para uma teoria geral da política*. 9 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Horizonte de Ideia e Crítica à Razão Patrimonial aplicada aos Direitos da Personalidade. In: PONA, Everton Willian; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; Martins, Priscila Machado. (Org.). *Negócio Jurídico e Liberdades Individuais: Autonomia Privada e Situações Jurídicas Existenciais*. 1. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2016.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Os princípios reguladores da autonomia privada: autonomia da vontade e boa-fé. *Direito e Democracia*, Canoas, v. 1, n. 1, p. 95-112, 1º sem. 2000, p. 98.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Autodeterminação e limitação negocial aos direitos da personalidade. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. n. 44/45, p. 239–260, jan./jun., 2013. Rio de Janeiro, Instituto de Direito Comparado Luso-brasileiro.

BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. *Parcerias homossexuais: aspectos jurídicos*. São Paulo, RT, 2002.

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

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm). Acesso em: 24 fev. 2022.

BRASIL. Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. *Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6515.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm). Acesso em: 24 fev. 2022.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 23 fev. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm). Acesso em: 23 abr.

2022.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Acesso em: 23 fev. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Consolidação Normativa Notarial e Registral*. Disponível em: <http://www.tabelionatomanica.com.br/Leis/consolidacao.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação nº 70013801592*. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. 7ª Câmara Cível. 05/04/2006. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22145310/apelacao-civel-ac-70047017827-rs-tjrs/inteiro-teor-22145311>. Acesso em: 25 fev. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível nº 70018847160*. Relator: Ricardo Raupp Ruschel. 7ª Câmara Cível. Data de Julgamento: 13 jun. 2007. Disponível em: <https://consulta.tjrs.jus.br/consulta-processual/processo/decisoes/acordaos?numeroProcesso=70018847160&codComarca=700&perfil=0>. Acesso em: 28 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277/DF*. Relator: Min. Ayres Britto. 05.05.2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 23 fev. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). *Recurso Especial nº 954.567/PE*. Relator: Ministro Massami Uyeda. Terceira Turma. Data de Julgamento: 10 de maio de 2011. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19085246/recurso-especial-resp-954567-pe-2007-0098236-3/inteiro-teor-19085247>. Acesso em: 28 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.159.242/SP*. Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, Data de Julgamento: 24 de abril de 2012. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/865731390/recurso-especial-resp-1159242-sp-2009-0193701-9/inteiro-teor-865731399>. Acesso em: 04 de maio de 2022.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado 635*. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1174>. Acesso em: 28 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo em Recurso Especial nº 526600 SP 2014/0126244-9*. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. Data de Julgamento: 25 de fevereiro de 2015. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/890551639/agravo-em-recurso-especial-aresp-526600-sp-2014-0126244-9>. Acesso em: 24 abr. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível nº 70069407567*. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. 8ª Câmara Cível. Data de Julgamento: 11 de agosto de 2016. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/374436316/apelacao-civel-ac-70069407567-rs>.

Acesso em: 24 abr. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). *Agravo Interno no Recurso Especial nº1.590.811/RJ*. Relator: Min. Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região. Data de julgamento: 27.02.2018. Data de Publicação: 02.03.2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/559894994/agravo-interno-no-recurso-especial-agint-no-resp-1590811-rj-2014-0180569-9/inteiro-teor-559895004>. Acesso em: 28 mar. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Goiás. *Apelação Cível nº 0304910-98.2015.8.09.0113*. Relator: Jairo Ferreira Junior. 6ª Câmara Cível. Data de Julgamento: 18 de setembro de 2019. Disponível em: <https://tj-go.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/759041889/apelacao-apl-3049109820158090113>. Acesso em: 24 abr. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Recurso Inominado nº 0704485-17.2020.8.07.0006*. Relator: Edilson Enedino das Chagas. Julgado em: 05 de março de 2021. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1185185045/7044851720208070006-df-0704485-1720208070006/inteiro-teor-1185186541>. Acesso em: 22 abr. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. *Agravo de Petição nº 0020289-72.2019.5.04.0382*. Relatora: Lucia Ehrenbrik. Julgado em 12 de março de 2021. Disponível em: <https://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1179578485/agravo-de-peticao-ap-202897220195040382/inteiro-teor-1179578492>. Acesso em: 23 abr. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível nº 1004573-57.2020.8.26.0004*. Relator: Gilson Delgado Miranda. 35ª Câmara de Direito Privado. Julgado em 25 de março de 2021. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1185049416/apelacao-civel-ac-10045735720208260004-sp-1004573-5720208260004/inteiro-teor-1185049436>. Acesso em: 22 abr. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível nº 5004191-38.2019.8.13.0183*. Relator: Carlos Henrique Perpétuo Braga. 19ª Câmara Cível. Data de Julgamento: 21 de outubro de 2021. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1306386215/apelacao-civel-ac-10000211815832001-mg>. Acesso em: 24 abr. 2022.

CAHALI, Francisco José. *União estável e alimentos entre companheiros*. São Paulo: Saraiva, 1996.

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

CAHALI, Francisco José. Sucessão decorrente do casamento e da união estável. In: CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das Sucessões*. 5. ed. São Paulo: RT, 2014

CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath. “Os direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente”. In: *O Direito das Sucessões: do Direito Romano ao Direito Actual*. Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra: Coimbra, 2006.

CARBONNIER, Jean. *Droit Civil*. 8. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1969. v. 2.

CARDOSO, Fabiana Domingues. *Pacto antenupcial no Brasil: formalidades e conteúdo*. Dissertação de Mestrado (305p). 2009. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/8473>. Acesso em: 25 fev. 2022.

CARDOSO, Fabiana Domingues; CAHALI, Francisco José. Sucessão na união estável. In: CASSETARI, Christiano; MENIN, Márcia M. (Coords.) *Direito das sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CARVALHO, Thomas Alexandre de. Pacto antenupcial e cláusula penal. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 2, nº 1, p. 511-543, 2016, p. 527. Disponível em: [https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2016/1/2016\\_01\\_0511\\_0543.pdf](https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2016/1/2016_01_0511_0543.pdf). Acesso em: 27 mar. 2022.

CASSETTARI, Christiano. *Multa contratual: teoria e prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CASTRO Y BRAVO, Frederico de. *El negocio jurídico*. Madri: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1971.

CAUTI, Carlo. Traição, drogas e atenção: veja os contratos pré-nupciais das estrelas. *Exame*, 29 abr. 2022. Disponível em: <https://exame.com/casual/regras-estrelas-casamento-contratos/>. Acesso em: 04 de maio de 2022.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito de Família*. 5. ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, v. I.

COLIN, Ambrosio; CAPITANT, Henri. *Curso elemental de Derecho Civil*. 3. ed. Madrid: Reus, 1988, t. 7.

CORTIANO JUNIOR, Eraults. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 31-56.

COSTA, Judith Martins-. Os danos à pessoa no Direito Brasileiro e a natureza da sua reparação. In: COSTA, Judith Martins-. *A Reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 408-446, 2002.

COSTA, Judith Martins-. *Comentários ao novo código civil: do inadimplemento das obrigações*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, v. 5, t. II.

COSTA, Judith Martins-. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

CRETELLA Jr., José. *Curso de direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DANTAS, San Tiago. *Direitos de família e das sucessões*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Lisboa: Livraria Moraes, 1961.

DELGADO, Mário Luiz. Problemas de direito intertemporal: breves considerações sobre as disposições finais e transitórias do novo Código Civil brasileiro. In: ALVES, Jones F.; DELGADO, Mário Luiz (Coords.). *Questões controvertidas do novo código civil*. São Paulo: Método. 2004.

DELGADO, Mário Luiz. Responsabilidade civil por violação do direito fundamental à busca da felicidade: reflexões sobre um novo dano. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. (Coord.). *Os grandes temas de direito civil nos 15 anos do Código Civil – Homenagem especial ao Professor Álvaro Villaça Azevedo*. São Paulo: IASP, 2017.

DELGADO, Mário Luiz. Da renúncia prévia ao direito concorrencial por cônjuges e companheiros. In: *Revista Consultor Jurídico*, 07 de abril de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-07/processo-familiar-renuncia-previa-direito-concorrencial-conjuge-companheiro>. Acesso em: 28 mar. 2022.

DE PAGE, Henri. *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*, 2ª ed. Bruxelas: Établissements Émile Bruylant, tomo X, v. 1, 1949.

DIAS, Maria Berenice. “A família homoafetiva e seus direitos”. *Revista do Advogado – AASP*, ano XXVII, n. 91, p. 103-111, maio 2007.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito de famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais: Saraiva, 2004, v. II.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 13ª ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

ESPÍNOLA, Eduardo. *A família no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Conquista, 1957.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família: elementos críticos à luz do Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012

FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Em busca da família do Novo Milênio*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FANZOLATO, Eduardo Ignacio. Las capitulaciones matrimoniales. *Revista de Derecho de Familia*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2002, n. 19.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: famílias*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2012, v. 6.

FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. *Manual de direito civil*. 4. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 48, n. 189, jan./mar., 2011.

FERREIRA, Jussara Susi de Assis Borges Nasser. Entre princípios e situações: hermenêutica e projetos existenciais. In: PONA, Everton Willian; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; Martins, Priscila Machado. (Org.). *Negócio Jurídico e Liberdades Individuais: Autonomia Privada e Situações Jurídicas Existenciais*. 1. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2016.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Teoria e prática da cláusula penal*. São Paulo: Saraiva, 1988.

FURLAN, Alessandra Cristina; PAIANO, Daniela Braga. Responsabilidade Civil nas relações conjugais e convivenciais. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*. Belo Horizonte, v. 27, p. 37-62, jan./mar., 2021.

FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. *A cidade antiga*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1985.

GAZMURI, Iñigo de la Maza. El secreto está em lá técnica: los limites a la cláusula penal. *Revista Chilena de Derecho Privado*, n. 7, p. 19-50, dez./2006.

GIORGIANNI, Michele. O Direito Privado e as suas Atuais Fronteiras. Trad. Maria Cristina de Cicco. *Revista dos Tribunais*, n. 747, Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, p. 35-55, 1998.

GIRARDI, Viviane. *Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais*. Curitiba, Livraria do Advogado, 2005.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato de acordo com o novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003 (Coleção Prof. Agostinho Alvim).

GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1983.

GOMES, Orlando. *Direito de família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1987.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. Atualizado por Edvaldo Brito. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Atualizada por Reginalda Paranhos de Brito. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GOMES, Sergio Alves. *Hermenêutica constitucional: um contributo à construção do Estado Democrático de Direito*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

GOZZO, Débora. *Pacto antenupcial*. São Paulo: Saraiva, 1992.

GUERRA, Alexandre. Solidariedade, autorresponsabilidade e contrato: lições de protagonismo nas relações contratuais de Direito Privado em tempos de pandemia de Covid-19. *Cadernos Jurídicos*. São Paulo, ano 21, nº 55, p. 95-115, jul./set. 2020.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. *Função social do contrato e contrato social: análise da crise econômica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

HABERMAS, Jürgen. *Mudança Estrutural na Esfera Pública*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Casamento. *Revista do Direito Civil*. São Paulo: RT, nº 54, 1990.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. Planejamento sucessório: conceito, mecanismos e limitações. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria B. N. da Silva. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. *Tratado de Direito das Sucessões*. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1936, T. I.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 285.

LEAL, Ana Cristina Ferreira de Sousa. *Casos práticos de Direito de Família e das Sucessões: casos práticos resolvidos*. Coimbra: Almedina, 2012.

LÊDO, Ana Paula Ruiz; SABO, Isabela Cristina; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. Existencialidade humana: o negócio jurídico na visão pós-moderna. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 6, n. 1, 2017. Disponível em: <<http://civilistica.com/existencialidade-humana-o-negocio-juridico/>>. Acesso em: 04 jun. 2022.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Tratado de direito de família: origem e evolução do casamento*. Curitiba: Juruá, 1991, v. I.

LEITE, Gisele. A importância do pacto antenupcial. *Revista IOB de Direito de Família*,

ano IX, n. 45, dez/jan, 2008.

LIMA, Caroline Melchiades Salvadego Guimarães de Souza; SANTOS, Pedro Henrique Amaducci Fernandes dos; MARQUESI, Roberto Wagner. Negócios jurídicos contemporâneos: a efetivação da dignidade da pessoa humana com alicerce nos contratos existenciais. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 7, n. 3, 2018. Disponível em: <<http://civilistica.com/negocios-juridicos-contemporaneos/>>. Data de acesso: 16 mar. 2022.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 36, n. 141, jan./mar., 1999.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: famílias*. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

LOTUFO, Renan. *Curso Avançado de Direito Civil*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, v. 1.

LOUREIRO, Lourenço Trigo de. *Instituições de direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1872, t. II.

MADALENO, Rolf. Renúncia antecipada de herança em pacto antenupcial. *Revista IBDFAM*. Belo Horizonte, n. 27, ago. 2018.

MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MAFRA, Tereza Cristina Monteiro; MENDONÇA, Rafael Baeta. Os limites de conteúdo do pacto antenupcial. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 10, n. 3, 2021. Disponível em: <http://civilistica.com/os-limites-de-conteudo-do-pacto/>. Acesso em: 05 jun. 2022.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARQUESI, Roberto Wagner; MARTINS, Priscila Machado. Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais e Negócios Jurídicos Existenciais. In: PONA, Everton Willian; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; Martins, Priscila Machado. (Org.). *Negócio Jurídico e Liberdades Individuais: Autonomia Privada e Situações Jurídicas Existenciais*. 1. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2016, v. 1.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Disposições patrimoniais e existenciais no pacto antenupcial. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Direito Civil, Constituição e Unidade do Sistema: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – V Congresso do IBDCivil*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MEIRELES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Negócios biojurídicos. In: PONA, Everton Willian; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; Martins, Priscila Machado. (Org.). *Negócio Jurídico e Liberdades Individuais: Autonomia Privada e Situações Jurídicas Existenciais*. 1. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2016, v. 1.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MELLO, Marcos Bernardes de. Breves considerações acerca da crítica de Jan Peter Schmidt à concepção de Pontes de Miranda dos planos do mundo jurídico. *Revista Fórum de Direito Civil – RFDC*, Belo Horizonte, ano 5, n. 12, p. 189-196, mai./ago. 2016.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Direito de família*. Exposição técnica e sistemática do Código Civil brasileiro. Rio de Janeiro, Jacintho Ribeiro dos Santos editor, 1917.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito de família: direito matrimonial*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1947. v. I e II.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado: parte especial*. Dissolução da sociedade conjugal. Eficácia jurídica do casamento. T. VIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado: parte especial*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, Tomo XXVI.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito de família: direito matrimonial*. Campinas: Bookseller, 2001, v. II.

MONTEIRO, Antonio Joaquim de Matos Pinto. *Cláusula penal e indenização*. Coimbra: Almedina, 1999.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações*. 39. ed., atual. por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 2.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito de família*. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 1994 v. 2.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; SILVA, Rafael Cândido da. A proibição dos pactos sucessórios: Releitura funcional de uma antiga regra. *Revista de Direito Privado – RDPriv*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 72. 2016.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida de pessoa humana: estudos de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A responsabilidade e a reparação civil no direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Tratado de direito das famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.

MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Vocação Sucessória do Cônjuge e Regime de Bens: O Capítulo Conclusivo de uma Evolu o Jurisprudencial. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 10-21, jan./abr., 2018.

MULTEDO, Renata Vilela; MORAES, Maria Celina Bodin de. Liberdade e Afeto: reflexões sobre a interven o do Estado nas rela es conjugais. In: PEREIRA, Tânia da Silva. *Cuidado e Afetividade*. São Paulo: Atlas, 2017.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil: direito de família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. 5.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil: obriga es*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formula o na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

NALINI, José Renato. "A família brasileira do século XXI". *Revista de Direito Privado*, n. 1, p. 9-27, RT, jan./mar., 2000.

NANNI, Giovanni Ettore. A evolu o do direito civil obrigacional: a concep o do direito civil constitucional e a transi o da autonomia da vontade para a autonomia privada. In: LOTUFO, Renan (Coord.) *Cadernos de direito civil constitucional*. Curitiba: Juruá, 2001, n. 2.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NEVARES, Ana Luiza Maia. *A Fun o Promocional do Testamento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

OLIVEIRA, Guilherme de. *Notas sobre o Projeto de Lei n  781/XIII (Renúncia recíproca   condi o de herdeiro legal)*, 2018, p. 3. Disponível em: <http://www.guilhermedeoliveira.pt/resources/Notas-sobre-a-renu%CC%81ncia-a%CC%80-condic%CC%A7a%CC%83o-de-herdeiro.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2022.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Institui o do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Institui es de Direito Civil: introdu o ao direito civil – teoria geral de direito civil*. 33. ed. rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes.

Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*. 32. ed, rev. e atual. por Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de Família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1956.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de Família*. Rio de Janeiro: Livreiro Editor, 1869.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Reconhecimento da paternidade e seus efeitos*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das Famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

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

PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. Nàpole: ESI, 2001.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PESSOA, Maurício. O casamento no direito civil constitucional. In: VIANA, Rui Geraldo Gamargo e NERI, Rosa Maria de Andrade (org.). *Temas atuais de direito civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PICAZO, Luis Diez; GULLON, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. 10. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2006, v. IV.

POTHIER, Robert Joseph. *Tratado das obrigações*. Campinas: Servanda, 2001.

RAMOS, César Augusto. A concepção republicana de liberdade como não-dominação. *Crítica: Revista de Filosofia*. Londrina, v.12, n. 36, p. 301-336, out./2007.

REALE, Miguel. *História do novo Código Civil*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Direito dos Contratos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. 9. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direitos de família*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: direito de família*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 6.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. Direito de família. 28. ed. Atualizada por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 6.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. *Função, Natureza e Modificação da Cláusula Penal no Direito Civil Brasileiro*. 2006. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Cláusula penal: natureza e função no Direito Romano. In: PINTO, Eduardo Vera-Cruz (org.). *O sistema contratual romano: de Roma ao direito actual*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 41, n. 163, jul./set., 2004.

ROMANO, Salvatore. *Autonomia privata*. Milano: Giuffrè, 1957, p. 16.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

ROSA, Conrado Paulino da. *Curso de direito de família contemporâneo*. Salvador: JusPodivm, 2016.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1972, v. II.

SALDANHA, Nelson. *O jardim e a praça*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Atlântica Editora, 2005.

SALLES, Pedro Amaral. *A função coercitiva da cláusula penal e uma crítica ao art. 412 do Código Civil de 2002*. São Paulo: Almedina, 2014.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro. *O princípio da função social do contrato*. Curitiba: Juruá, 2005.

SANTORO-PASSARELLI, Francesco. L'autonomia privada nel diritto di famiglia. In: *Saggi di diritto civile*, v. 1, Napoli, Jovene, 1961.

SANTOS, João Manuel de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1964, v. IV.

SANTOS, João Manuel de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 13. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1988, v. XII.

SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. O pacto antenupcial e a autonomia de vontade. In: BASTOS, Eliane Ferreira; SOUSA, Asiel Henrique de. (Coord.). *Família e jurisdição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Obrigações: abordagem didática*. 4. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006.

SCHLÜTER, Wilfried. *Código Civil Alemão: direito de família*. BGB – Familienrecht. 9. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

SCHMIDT, Jan Peter. Vida e obra de Pontes de Miranda a partir de uma perspectiva alemã: com especial referência à tricotomia “existência, validade e eficácia do negócio jurídico”. *Revista Fórum de Direito Civil – RFDC*, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, p. 135-158, jan./abr. 2014.

SCHREIBER, Anderson. Direito Civil e Constituição. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. *Direito civil constitucional*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

SCHREIBER, Anderson. A contratualização das relações afetivas: contratos de namoro, multas por infidelidade e outros exemplos. *Jota*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-do-anderson-schreiber/a-contratualizacao-das-relacoes-afetivas-01032022>. Acesso em: 24 mar. 2022.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil: obrigações em geral*. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, v. 2.

SILVA, Rafael Cândido da. *Pactos sucessórios e contratos de herança*. Salvador: JusPodivm, 2019.

SIMÃO, José Fernando. Fidelidade: um dever jurídico ou um elemento moral. *Revista Consultor Jurídico*, 28 de fevereiro de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-fev-28/processo-familiar-fidelidade-dever-juridico-ou-elemento-moral>. Acesso em: 30 mar. 2022.

SMITH, Adam. *A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas*. São Paulo: Nova Cultural, 1996, v. II.

TARTUCE, Flávio. *A função social dos contratos do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2005.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito de família*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. O papel da autonomia privada na reconfiguração do pacto antenupcial e da natureza jurídica do casamento. In: AMARAL, Paulo Adyr Dias do (org. et al). *CAD 20 anos: tendências contemporâneas do Direito*. 1. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia Existencial. *Revista Brasileira de Direito Civil – RB DCivil*. Belo Horizonte, v. 16, p. 75-104, abr./jun., 2018.

TEIXEIRA, Daniele. Autonomia privada e a flexibilização dos pactos sucessórios no ordenamento jurídico brasileiro. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das Sucessões: noções fundamentais*. 6. ed. Coimbra: 1991.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. Contratos em Direito de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.

TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. *Teoria geral do direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Fundamentos do direito civil: obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; FIGUEIREDO, Helena Lanna. *Negócio jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di Diritto Civile*. 15. ed. Padova: Cedam, 1966.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em Geral*. 8. ed. Coimbra: Almedina, 1994, v. I.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000, v. II.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: família e sucessões*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

VELOSO, Zeno. *Regimes Matrimoniais de Bens, em Direito de Família Contemporâneo*. 1. ed. Belo Horizonte, Editora Del Rey, 1997.

VELOSO, Zeno. *Invalidade do Negócio Jurídico: nulidade e anulabilidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005.

XAVIER, Maria Rita. *Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges*. Lisboa: Livraria Almedina – Coimbra, 2000.

WALD, Arnaldo. *O novo direito de família*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

WALD, Arnaldo. *Direito civil: direito das obrigações e teoria geral dos contratos*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.