

DEPARTAMENTO DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO
ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS
UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA
“LUÍS DE CAMÕES”

**A ESTIPULAÇÃO DE CLÁUSULAS EXTRAPATRIMONIAIS NA
CONVENÇÃO ANTENUPCIAL NO DIREITO COMPARADO**

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Autor: Juliano Benvenuto Guidi

Orientador: Professor Doutor Armindo Saraiva Matias

Número do candidato: 20151566

Junho de 2019

Lisboa

DEDICATÓRIAS

Dedico este presente estudo, a minha querida família, especialmente, na pessoa da minha amada avó Suely Amorim, base de tudo, e aos meus alicerces, meus pais amados, Ayser Guidi, meu grande incentivador, e Sônia Regina Amorim de Freitas Guidi, minha estrutura, aos quais devo a idolatria de todos os ensinamentos de vida e o norte da busca incessante pelo aprimoramento e desenvolvimento pessoal e profissional.

Sem vocês, eu sou ninguém!

A minha irmã querida, Janine Amorim Guidi Steiner, companheira de curso, dividimos glórias e frustrações, mas sobretudo compartilhamos belas experiências e evolução como operadores jurídicos.

A Daniela Baby, minha dedicada namorada, por compreender a luta acadêmica e auxiliar-me nas horas desgastantes.

Sua entrega e força foram responsáveis por chegar até aqui. Te amo!

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, pela fé que tenho e pela força e coragem que me deu para cumprimento desta obra.

Ao Professor Doutor Armindo Saraiva Matias, meu sincero agradecimento, por me ter dado o privilégio de consentir em ser meu orientador nesta presente dissertação.

Assim como, a todos os *catedráticos* na Universidade Autónoma de Lisboa, pelo grandioso conhecimento transmitido e, pelo incentivo dado ao longo do decorrer destes últimos anos, com toda certeza foi imprescindível para minha motivação.

Aos funcionários da instituição, pelo tratamento cordial que recebi desde o primeiro dia de lição, especialmente aos bibliotecários por cuidarem do espaço que utilizei muito para chegar ao presente momento.

Ao povo português, pois cada dia que passa sinto saudade imensa desta terra abençoada donde meus antepassados vieram.

Muito Obrigado!

EPÍGRAFES

Aproveitar o tempo!

Ah, deixem-me não aproveitar nada!

Nem tempo, nem ser, nem memórias de tempo ou de ser!...

Deixem-me ser uma folha de árvore, titilada por brisa,

A poeira de uma estrada involuntária e sozinha,

O vinco deixado na estrada pelas rodas enquanto não vêm outras,

O pião do garoto, que vai a parar,

E oscila, no mesmo movimento que o da alma,

E cai, como caem os deuses, no chão do Destino.

Álvaro de Campos, in "Poemas"

Heterónimo de Fernando Pessoa

RESUMO

O casamento tem importância na formação social de um país eis que é a principal ponte para início da família. Seguindo essa premissa goza de especial proteção do Estado. Atualmente vive-se um grande número de crises matrimoniais que resultam em um crescente número de divórcios.

O casamento como contrato, assim como os demais negócios jurídicos, também domina o princípio da autonomia privada. Contudo, existe uma certa imperatividade na lei, uma vez que, no contrato de casamento pode-se escolher o regime de bens que aprouver aos nubentes. Intrinsecamente ligado à escolha do regime de bens está o instrumento da convenção antenupcial que tem como caráter principal regular questões patrimoniais. Assim, esta dissertação tem como objetivo principal enfatizar e aclarar a convenção antenupcial sob o prisma da sua estrutura jurídica.

Ao estudar esse instituto sob o prisma não patrimonial consubstanciado na autonomia privada e na boa-fé objetiva, abordaremos a possibilidade de estipulação de cláusulas extrapatrimoniais regulando a futura vida conjugal no intuito de cumprir o desiderato de apoiar a preservação do contrato principal: o casamento.

PALAVRAS-CHAVE: Convenção Antenupcial; Autonomia Privada; Cláusulas Extrapatrimoniais; Boa-fé Objetiva.

ABSTRACT

Marriage matters in the social formation of a country. Following this premise enjoys special state protection. There are currently a large number of marital crises falling into a growing number of divorces.

Marriage as a contract, like other legal affairs, also dominates the principle of private autonomy. However, there is a certain imperative in the law, since in the marriage contract one can choose the property regime that pleases the betrothed. Intrinsicly linked to the choice of property regime is the instrument of the prenuptial agreement, which is primarily intended to regulate property matters. Thus, this dissertation has as its main objective to emphasize and clarify the prenuptial agreement from the perspective of its legal structure.

By studying this institute from a non-patrimonial perspective embodied in private autonomy and objective good faith, we will address the possibility of stipulating non-patrimonial clauses regulating future marital life to fulfill the purpose of supporting the preservation of the main contract: marriage.

KEYWORDS: Prenuptial Agreement; Private Autonomy; Non-patrimonial Clauses; Good Faith Objective.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. Casamento	13
Casamento como entidade familiar	13
Casamento Civil	14
1.2.1 Evolução Histórica do Instituto	14
1.2.2 Casamento Constitucional	16
1.2.3 Princípios Gerais	18
1.2.3.1 Princípio da Liberdade	18
1.2.3.2 Princípio da Vontade Contínua	19
1.2.3.3 Princípio da Isonomia entre os Cônjuges	20
1.2.4 Princípios Específicos	21
1.2.4.1 Princípio do Livre Consentimento	21
1.2.4.2 Princípio da Fidelidade	22
1.2.4.3 Princípio da Secularização do Casamento	22
1.2.4.4 Princípio da Solenidade	23
1.2.4.5 Princípio da Publicidade	23
1.2.5 Conceito	24
1.2.6 Natureza Jurídica	25
1.2.7 Regime de Bens	26
1.2.7.1 Regime da Comunhão de Adquiridos (no Brasil é nomeado como Regime da Comunhão Parcial de Bens)	27
1.2.7.2 Regime de Separação de bens (legal ou convencional)	28
1.2.7.3 Regime da Comunhão Geral de bens (designado como Comunhão Universal no Brasil)	28
1.2.7.4 Regime da Participação Final nos Aquestos	28
1.2.7.5 Regime híbrido ou especial	29
1.2.8 A Dissolubilidade Controlada pelo Estado	30
2. Convenção Antenupcial	30

2.1 Conceito.....	32
2.2 Natureza Jurídica.....	33
2.3 Requisitos.....	35
2.4 Efeitos Jurídicos.....	39
2.5 Patrimonialidade.....	39
3. Cláusulas Extrapatrimoniais.....	41
3.1 Conceito.....	43
3.2 Natureza Jurídica.....	48
3.2.1. Dever Jurídico.....	48
3.2.2. Obrigação.....	49
3.3 Autonomia Privada – Autodeterminação dos nubentes.....	50
3.3.2 Limites de estipulação – Dignidade da Pessoa Humana.....	56
4 Do Princípio da Boa-fé.....	58
4.1 Aspectos Polêmicos.....	65
4.1.1 Estipulação sobre os deveres conjugais.....	65
4.1.2 Mutabilidade da Convenção Antenupcial.....	67
4.1.2.1 Mutabilidade Tácita – Supressio e Venire Contra Factum Proprium.....	68
4.1.3 Controle pelo Poder Judiciário.....	70
CONCLUSÃO.....	73
5 – FONTES.....	78
5.1 FONTES DOCUMENTAIS.....	78
5.2 BIBLIOGRAFIA.....	81

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	Artigo
Arts.	Artigos
CC	Conflito de Competência
CCB	Código Civil Brasileiro
CCP	Código Civil Português
CJF	Conselho da Justiça Federal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
CRP	Constituição da República de Portugal
ex.	exemplo
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
IBDFAM	Instituto Brasileiro de Direito de Família
n.º	número
p.	página
p. ex.	por exemplo
REsp	Recurso Especial
RE	Recurso Extraordinário
STF	Supremo Tribunal Federal
v.	volume
v.g.	verbi gratia

INTRODUÇÃO

O fato social pode ser agente de transformações e influenciar a vida cotidiana de pessoas, repercutindo, por vezes, na comunidade em que habitam. Por isso, o casamento, exemplo fiel a tal acontecimento, merece destaque o seu estudo mais aprofundado neste estudo, como forma de compreender esse fenômeno e os seus efeitos diretos e indiretos nas relações jurídicas da sociedade.

A despeito das diversas formas de famílias que vêm sendo aceitas pelos operadores do Direito, o casamento ainda é a principal forma de constituição de uma unidade familiar. Este antigo e complexo instituto recebe ampla proteção do Estado que dita algumas normas injuntivas.

O casamento despido de qualquer conceito pré-determinado, pode ser encarado sob o plano social, cultural, patrimonial, emocional, dentre outros. Isso deixa claro, que esses fatores influenciam o modo como o instituto irá ser abordado pelo Direito, haja vista que este sofre os influxos daqueles, moldando uma estrutura própria de ordenar tal assunto.

O casamento ora em estudo é o qualificado como civil, aquele presente sob a égide de um Estado laico, ou seja, sem a interferência dos dogmas e padrões estabelecidos por qualquer culto, crença ou religiosidade, muito embora não se pode olvidar que as celebrações sob esses aspectos recebe o amparo estatal, desde que cumprido os requisitos legais para surtirem efeitos civis.

Nesse escopo, é que se faz importante o estudo comparativo do instituto jurídico do casamento civil no Direito Brasileiro e no Direito Português, muito embora este último tenha influenciado e contribuído para a formação do primeiro, em razão de alguns séculos de colonização, já se vão anos de soberania e evolução social de ambos os países que moldaram uma nova perspectiva de enxergar essa forma clássica de formação familiar, cada qual sob o seu ângulo. Muito embora é reconhecida a influencia dos institutos jurídicos portugueses e europeus sobre a formação e mudança no sistema jurídico brasileiro.

A particularidade de cada país organizar o seu ordenamento jurídico e formar o seu conteúdo, não significa que não podemos encontrar pontos de convergência, nem tampouco verificar pontos de divergência quando comparamos determinado instituto jurídico. Isso não conclui que as partes comuns estão corretas, prontas e acabadas, como que os elementos que não se encaixam há a preponderância de um sobre o outro.

A singularidade da comparação está em encontrar os valores dos respectivos ordenamentos, quanto aos aspectos de semelhança, para sua manutenção e evolução, bem

como nas suas diferenças, buscando formas de introduzir essa nova perspectiva no ordenamento do outro.

Não muito diferente é a realidade social da crise conjugal no Brasil e Portugal, resultando em índices de divórcios elevados, cuja grande causa pode ser assentada na grande incidência de adultérios, sendo muitas vezes, a causa determinante do divórcio.

Leva-se, ainda, em consideração que os papéis dentro da relação conjugal mudaram nos últimos anos, é notória a evolução do papel das mulheres na sociedade. É perceptível a ascensão das mulheres em altos cargos de trabalho, e com o aumento do número de mulheres engajadas em um trabalho não doméstico fundamenta a necessidade de estabelecer novas disposições que não as tradicionais também se torna presente no âmbito das implicações não patrimoniais do enlace.

Deste modo, a proteção, a autonomia e também a libertação que se deve dar a mulher deve respeitar a igualdade das partes, não sendo cabíveis cláusulas que extrapolem o princípio da igualdade, sendo vedadas cláusulas que delimitam direito em detrimento de outro.

Acrescenta-se a isso, a noção de que os costumes e o estado da ordem pública atual em relação ao casamento mudaram, resultando em uma porcentagem significativa de casamentos que terminam em divórcio, como mencionado.

No nível sociológico, portanto, a referência é obrigatória para o aumento consistente do número de crises matrimoniais que tem sido testemunhado nos últimos anos um fato que, especialmente quando comparado com o declínio no número de casamentos celebrados e a redução da sua duração média, a questão sobre a inadequação da resposta que o sistema legal prepara para eventos de tamanha importância é trazida à atenção do intérprete.

Pelos grandes fatores de o adultério ter influência nos divórcios e dos casais que se escondem destes atos, as convenções antenupciais ou pactos antenupciais, como chamado no Brasil, podem vir a ser uma solução para as famílias que são desestruturadas e geram consequências sociais de toda a ordem.

Muito embora, seja um tema de pouco debate acerca deste instituto e de sua relevância, pode-se apontar como vantagens a possibilidade do casal adotar o regime de bens no casamento bem como ser um meio de prevenir litígios, devendo, deste modo, ser disseminada a adoção das convenções antenupciais.

A cultura não acolhedora para acordos pré-nupciais pode ser justificada pelo assunto tratar de situações delicadas num momento que precede o júbilo matrimonial.

O foco do presente estudo está centrado em pilares que analisam o casamento civil, a convenção antenupcial e os princípios afetos aos institutos.

Primeiramente será realizada uma abordagem acerca do casamento no plano histórico, sociológico e jurídico tendo em vista as alterações do conceito de “família tradicional” e alteração dos costumes. O estudo da evolução do instituto é importante para caracterizar essa transformação e a necessidade de resolver um dos grandes problemas atuais que é da crise conjugal.

Posteriormente, far-se-á um estudo aprofundado da convenção antenupcial, analisando a sua contextualização dentro do Direito das Famílias e no âmbito das relações privadas, sua formação e papel dentro da união matrimonial, eis que a lei e os tribunais que a interpretam, são fontes gerais que atuam sobre o casamento, sem garantir que as partes possam dispor sobre fatores além do patrimônio, cuja centralidade, estava em facilitar a dissolução da sociedade conjugal.

Por último serão expostos a introdução de temas extrapatrimoniais à luz do princípio da autonomia privada nos acordos pré-nupciais, pela aparente necessidade de as próprias partes desenvolverem ferramentas adequadas para uma solução preventiva e não conflituosa a tais situações. O estudo é acompanhado pelo florescimento da necessidade de garantir aos futuros cônjuges a variabilidade dos aspectos que são relevantes para o casal, que da sua relação afetiva repercutem no âmbito jurídico, isto porque quanto mais se promove as concepções antigas, mais a sociedade exige progresso a fim de se adequar a realidade.

A tão celebrada promoção da autonomia privada no Direito das famílias coincide com uma linha de tendência geral registrada pelos casais de fato, progredindo em direção a casais e finalmente chegando a crises, nas quais o aspecto pessoal está intimamente entrelaçado com a manutenção ou não do casamento.

Nesse debate sobre a autonomia de negociação dos cônjuges no Direito das Famílias, o tema dos acordos antenupciais cuja análise ocupará grande parte deste trabalho, caberá a verificação da possibilidade do pleno reconhecimento da dos nubentes estipularem cláusulas extrapatrimoniais preventivas em vista de uma possível crise conjugal e encontra guarida no sistema jurídico vigente no Brasil e Portugal, bem como na constatação da ausência de obstáculos na legislação, produzindo algumas reflexões de natureza histórica, sociológica e comparativa.

1. Casamento

Para melhor compreensão do tema proposto, é de suma importância uma breve abordagem à respeito do casamento, sem o qual a convenção antenupcial é ineficaz.

O casamento é um instituto pertencente ao Direito das Famílias, regulado pelo Código Civil Brasileiro a partir do artigo 1.511 e no Código Civil Português 1576º e seguintes, sem prejuízo de diversas disposições no curso da codificação.

Em contrapartida ao casamento tem-se que os índices de divórcios no Brasil e Portugal são crescentes.

De acordo com o IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, em 2004 o número de divórcios era de 130,5 mil, já uma década depois, em 2014, houve um aumento de 161,4%, chegando a um total de 341,181 mil divórcios no Brasil, em razão da facilidade com que os cônjuges podem extrajudicialmente, desde que preenchido os requisitos legais e com menor custo por termo ao casamento, decorrente da Lei nº 11.441 de 2007¹. E houve uma explosão ainda maior a partir de 2014 quando da vigência da Lei nº 13.058 que estipulou a guarda compartilhada como prioritária da dissolução da sociedade conjugal².

Em Portugal não é diferente, o país bate recorde no continente europeu³ quando o assunto é divórcio, com índices que variam entre 70 divórcios por cada 100 casamento, números que cresceram vertiginosamente desde os anos 70⁴.

Isso mostra que a concepção tradicional do instituto do casamento sofreu transformações sociais e jurídicas importantes até se chegar no atual estágio, onde o apogeu das crises conjugais é a rotina, desacreditando o casamento como maneira de formação de uma sociedade.

Casamento como entidade familiar

Estado, como organização político-social, em toda sua trajetória, de forma mais abrupta ou mais singela, sempre esteve preocupado em regular e, de certa forma, tutelar a família, a qual é a base daquele. Parafraseando o saudoso jurista brasileiro Rui Barbosa que

¹Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - **Em 10 anos, taxa de divórcios cresce mais de 160% no País.**

²Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - **Casamentos que terminam em divórcio duram em média 14 anos no país.**

³FARIA, Natália - **Por cada 100 casamentos, há 70 divórcios em Portugal.**

⁴**Índices oficiais do PORDATA.**

brilantemente descrevia “a pátria é a família amplificada”, justificando a preocupação estatal em estabelecer regras incidentes sobre tal entidade.

No dizer de Sérgio Resende de Barros, “*a sociedade humana não é uma sociedade de indivíduos, nem a sociedade política é uma sociedade de cidadãos, mas sim de famílias*”⁵.

Corroborava José de Oliveira Ascensão quando assevera que o homem não é um ser isolado: *viver é conviver*, e a realização do homem só se consegue por meio do convívio com os outros, de maneira que a família é “a primeira comunidade em que naturalmente se integra”⁶.

Não se pode olvidar a importância da família para a formação de um país, nação, povo, na constituição do Estado. Em razão de sua essência, é, normalmente, retratada e disposta em suas leis maiores: as Constituições.

Destarte, o legislador ilimitado, buscando resguardar o eixo de sua origem social como forma de garantir os valores e princípios que regem todo o sistema do ordenamento posto, valoriza a entidade familiar ao ponto de elegê-la de índole constitucional, seja de forma sucinta ou analítica.

A família está tradicionalmente e intrinsecamente ligada ao casamento, muito embora, atualmente, as várias manifestações de família, ou seja, todos os arranjos de afeto, são tidos como válidos, devendo ser socialmente respeitados. Porém, nem sempre foi assim, conforme aponta a doutrina de nomeada⁷.

Casamento Civil

1.2.1 Evolução Histórica do Instituto

O casamento é instituto secular, bem antes da influencia dos dogmas canônicos já se tinha por costume a união entre homem e mulher, tendo em vista os interesses patrimoniais e sucessórios decorrentes do seu ato⁸.

⁵ BARROS, Sérgio Resende de – **A ideologia do afeto**. p. 5–10.

⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira – **Direito Civil — Teoria Geral — Vol. I — Introdução, As Pessoas, Os Bens**. p.22.

⁷ DIAS, Maria Berenice – **Manual de Direito das Famílias**. p.147.

⁸ Segundo Camilo de Lelis Colani Barbosa, “Os efeitos do casamento romano estavam vinculados, seguramente, aos aspectos materiais do dote, ao nascimento de filhos livres e cidadãos legitimados à sucessão e, naturalmente, ao sentimento de cumprimento de dever, expresso pelos historiadores como normas morais (...)” (BARBOSA, Camilo de Lelis Colani – **Casamento**. p. 1-2.)

Para os romanos, o casamento gerava efeitos jurídicos do simples fato social. Com o passar do tempo e a influência do Direito Canônico, passou a ser entendido como o fundamento da sociedade, elevado a condição sacramental. Desse pressuposto, respaldou, durante muitos séculos, a visão da sua indissolubilidade pelo Estado, cuja normatização jurídica inspirou-se no nascedouro dogmático-religioso. Alterou-se a própria concepção de família, que deixava de ser, na forma do Direito Romano, simplesmente o núcleo de pessoas submetido à autoridade de um mesmo *pater familias*, para identificar aqueles que estavam unidos pelo sagrado matrimônio religioso.

O jurista Caio Mário da Silva Pereira alude que influência religiosa, elevou o casamento à dignidade de um sacramento, pelo qual “um homem e uma mulher selam a sua união sob as bênçãos do céu, transformando-se numa só entidade física e espiritual (*caro una, una só carne*), e de maneira indissolúvel (*quos Deus coniunxit, homo non separet*)”⁹

A Igreja foi grande combatente das uniões livres, pois qualquer forma de origem familiar que fosse oriunda não do rito sacramental era marginalizada, prova disso é a Contrarreforma do Concílio de Trento de 1545, como forma de controle dos casamentos realizados.

O movimento de separação entre Estado e Igreja, como exemplo, a reforma protestante, estimulando ideais de laicização, cujo ápice se deu com a Revolução Francesa inspirada na busca pela liberdade e igualdade, rompendo com a estrutura tradicional criada até então. Berço do casamento civil, fruto da mudança da concepção social.

O Direito das Famílias¹⁰, ramificação do Direito Civil, aborda vários pontos: estuda casamento, união estável, parentesco, poder familiar, alimentos, bem de família, guarda, tutela e curatela, sendo o ramo do Direito que analisa o conjunto de princípios e normas que disciplinam esses assuntos.

O casamento civil é chancelado pelo Estado, o qual tem a incumbência de averiguar a sua regularidade em consonância com a legislação¹¹, a fim de se evitar a ocorrência das causas impeditivas e demandar consequências nefastas aos contraentes bem como a terceiros alheios dessa relação jurídica.

⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva – **Instituições de Direito Civil**, v. 5. p. 51-52.

¹⁰ Conforme Rafael Guimarães de Oliveira e Tauã Lima Verdan Rangel: doutrinadores de vanguarda passam a denominar o Direito de Família como Direito das Famílias em razão do conceito plurisubstantivo de família no contexto social. (OLIVEIRA, Rafael Guimarães de; RANGEL, Tauã Lima Verdan. **Família-mosaico em caracterização: os meus, os seus e os nossos pautados no afeto**. p.43-44.)

¹¹ Arts. 1.521 e 1.522 do Código Civil Brasileiro; Arts. 1600º e seguintes do Código Civil Português.

Cumpra estabelecer, o uso corriqueiro da expressão “casamento civil” para ilustrar aquele ato apenas celebrado perante a autoridade oficial do Estado (juiz de direito ou juiz de paz ou juiz de casamento).

Do início das codificações, a família, era apenas o casamento, isto é, a união entre homem e mulher com o objetivo de constituí-la, mostra disso é que um dos seus efeitos, de acordo com o Código Civil Brasileiro de 1916, era a criação da família legítima¹².

Se, durante séculos, confundiu-se o Estado e a Igreja, que passou a estabelecer regras sobre diversos aspectos da organização da sociedade, notadamente no campo das relações familiares, o casamento talvez fosse o melhor exemplo dessa ligação. Assim, no mundo ocidental, de forte influência cristã, o casamento fora reconhecido como o único mecanismo legítimo de criação da família¹³.

Exemplo do dogma religioso é que em um passado não muito longínquo, inexistia a possibilidade do divórcio e do reconhecimento de paternidade fora do casamento, e da finalidade procriatória do casamento.

O tratamento conferido ao instituto resulta de uma tradição histórica inegável, que não se pode fechar os olhos, mas que não demonstra, obviamente, o estabelecimento de uma hierarquia, porém é nessa forma de constituição familiar que inicia o estudo do Direito das Famílias, tanto no Brasil como em Portugal.

Partindo dessa premissa é que no Direito Português costuma-se enquadrar o estudo como Direito Matrimonial, ou seja, a família que deriva do casamento com todas as suas formalidades legais. No entanto, encontramos duas formas de união através do casamento, o religioso perante o jugo das autoridades eclesiais, sem correspondência no Direito Brasileiro que apenas configura efeitos civis na celebração religiosa, e o casamento estritamente civil.

1.2.2 Casamento Constitucional

As Constituições, tanto brasileira como portuguesa, dedicam dispositivos para estabelecer princípios que servem, na moderna concepção, tanto como regras quanto norte de interpretação ao julgador, bem como de parâmetro ao legislador ordinário.

¹² O art. 233 do Código Civil de 1916, já revogado, dizia: “Criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos (arts. 352 a 354)”.

¹³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo – **Novo Curso de Direito Civil**, v. 5. p. 92.

A Constituição da República Portuguesa de 1976 (CRP) em comparativo com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), no que tange ao casamento, foi mais sintética em seus dispositivos, deixando boa margem ao legislador infraconstitucional para dispor acerca das normas do aludido instituto. Como praxe do legislador constituinte brasileiro, a Constituição de 1988, é mais minuciosa em seus comandos constitucionais, *v.g.* dispositivo que trata da gratuidade da celebração do casamento¹⁴.

Algumas peculiaridades merecem destaque na Constituição Portuguesa, como, por exemplo, a intenção do legislador originário em deixar aberto o conceito de união através do casamento¹⁵. Além disso, propositadamente, não elegeu nenhuma forma de entidade familiar prevalente sobre outra.

Em contraponto, a atual Constituição Brasileira, tem verdadeira afeição pela entidade familiar decorrente do casamento (matrimonial), traço marcante da influência da Igreja no processo de redemocratização no Brasil, culminando numa visão conservadora que se expressa no conceito fechado pela união entre homem e mulher¹⁶.

Em que pese as diferenças entre as duas Cartas Políticas, importantes conquistas sob o ponto de vista jurídico-social marcam o traço comum desses dois importantes diplomas legislativos.

Cita-se, a título de exemplo, o rompimento com até então idéia patriarcal e hierarquizada do casamento, na qual o chefe da unidade familiar se concentrava exclusivamente sob o pálio do homem, deixando a mulher em segundo plano, como uma *capitis diminutio*¹⁷.

A quebra de paradigma, igualando a mulher ao lado do homem na condução da entidade familiar pode ser observada no art. 36º, nº 3 da Constituição da República Portuguesa e no §5º do artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

¹⁴ Art. 226, § 1º, CRFB: “O casamento é civil e gratuita a celebração.”

¹⁵ O art. 13º, n. 2, CRP: “Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual.”, combinado com o art. 36º, n. 1, CRP: “Todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade.”

¹⁶ Art. 226, §3º da CRFB: “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.”

¹⁷ SOUZA, Ivone Coelho de; DIAS, Maria Berenice – **Famílias modernas: (inter)secções do afeto e da lei**. p.3.

1.2.3 Princípios Gerais

Não se pode analisar qualquer instituto jurídico sem fazer menção aos princípios que lhes dão sustentabilidade dentro do ordenamento, cuja função, dentro na nova ótica do pós-positivismo de analisar o sistema jurídico, é primordial para enraizar a evolução normativa, interpretativa e funcional de qualquer estudo.

Os princípios desempenham uma tripla função: na interpretação das leis (quando se considere o elemento sistemático – e nomeadamente a concatenação de normas – e o elemento teológico da interpretação), na integração das lacunas da lei e na possível formulação de conceitos indeterminados a que recorrer na tarefa aplicativa do direito.¹⁸

O professor Celso Antônio Bandeira de Mello ensina: que violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que sustentam e alui-se toda a estrutura nelas esforçada.¹⁹

Sob essa perspectiva que se apresenta, não de forma exaustiva, até porque a importância do assunto não impede que outros princípios venham a irradiar o instituto, de consenso com a doutrina portuguesa e brasileira.

1.2.3.1 Princípio da Liberdade

A liberdade tem sua formação histórica como direito individual de proteção em face das abusividades do Estado, funda-se no rompimento dos estados absolutistas, direito de primeira dimensão constitucional. O casamento civil como origem da entidade familiar matrimonial, não poderia deixar de ter em sua esfera protetiva esse princípio.

¹⁸ MIRANDA, Jorge – **Manual de direito constitucional**. p. 199.

¹⁹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de – **Curso de Direito Administrativo**. p. 889.

O jurista Jorge Duarte Pinheiro observa que as partes gozam de alguma margem de autonomia: podem decidir quando e com quem querem casar; podem fazer estipulações acerca do deveres conjugais legalmente impostos, mediante orientação da vida comum²⁰.

Conhecido também como princípio da não intervenção, o princípio da liberdade repousa que a constituição da família é livre decisão do casal e somente a eles cabe o planejamento familiar, a administração dos bens, regime de bens, liberdade na escolha e no modelo de educação dos filhos, o tipo de religião, o Estado não pode impor nada de forma coativa.

Esse princípio é o que vai desaguar na autonomia privada do indivíduo, como agente principal de suas escolhas, decidir o que é melhor para si e guiar-se de acordo com a sua consciência, ressalvando que as suas decisões não prejudiquem terceiros nem importantes preceitos sociais.²¹

1.2.3.2 Princípio da Vontade Contínua

O casamento civil é o local que a pessoa natural deve buscar o desenvolvimento da sua personalidade, como corolário da dignidade da pessoa humana. A idéia retrógrada da sua indissolubilidade baseada na mística premissa religiosa não guarda mais amparo nos princípios que regem o instituto. Os grilhões eternos de outrora, agora são simplesmente pessoais e afetivos.

Esse princípio também é chamado de *princípio da ratio matrimonial*, significa a manutenção ou não do casamento depende exclusivamente de suas vontades, do querer das pessoas. O Estado não pode obrigar as pessoas a manterem um vínculo.

Obviamente que, como qualquer outro, esse não é princípio absoluto, pois o casamento civil, é constituído sob a chancela do Estado. Sob o paralelismo das formas, esse princípio é relativizado, pois não basta a simples vontade (não quero mais). Se, para a realização do casamento o Estado precisa intervir e para extinguí-lo também, através do divórcio e depende de uma decisão judicial ou de uma escritura pública lavrada pelo notário, portanto, depende sempre da intervenção do Estado, sendo do Estado juiz ou através do notário.

²⁰ PINHEIRO, Jorge Duarte – **O Direito de Família Contemporâneo**. p.423.

²¹SARMENTO, Daniel – **Direitos fundamentais e relações privadas**. p. 188.

Tanto Brasil, por meio da Emenda Constitucional nº 66 de 2010 combinado com a vigência da Lei nº 11.441/2007, quanto Portugal, pela reforma do Código Civil, alterando os artigos 1775º e 1776º, criaram mecanismos a viabilizar a eficácia deste princípio, permitindo divórcios sem qualquer judicialização e observância de prazos, desde que preenchidos os requisitos legais.

1.2.3.3 Princípio da Isonomia entre os Cônjuges²²

Como superficialmente abordado anteriormente, a nova concepção de poder familiar ou poder parental, vem substituir a ideia de *pátrio* poder, ou seja, a direção do casamento concentrada numa só figura²³.

Chega a ser um contrassenso, nos dias atuais, basear uma união (conjugação de vontades) em que uma pessoa se anula em prol de outra.

Lembra-nos o renomado jurista constitucional José Afonso da Silva que o sexo sempre foi um fator de discriminação. O sexo feminino sempre esteve inferiorizado na ordem jurídica, e só mais recentemente vem ele, a duras penas, conquistando posição paritária, na vida social e jurídica à do homem. A Constituição, como vimos, deu largo passo na superação do tratamento desigual fundado no sexo, ao equiparar os direitos e obrigações de homens e mulheres²⁴.

A mudança de paradigma, em sede constitucional, merece destaque:

Constituição da República Federativa do Brasil

Art. 226.

[...]

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

Constituição da República Portuguesa

Artigo 36.º (Família, casamento e filiação)

[...]

²² Expresso no art. 36º, nº 3 da Constituição da República Portuguesa e no §5º do artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

²³ SOUZA, Ivone Coelho de; DIAS, Maria Berenice – **Op cit.** p.3.

²⁴ SILVA, José Afonso da Silva – **Curso de Direito Constitucional Positivo.** p.223-224.

3. Os cônjuges têm iguais direitos e deveres quanto à capacidade civil e política e à manutenção e educação dos filhos.

Foi seguindo essa linha de raciocínio que o legislador constitucional aboliu o poder marital (poder do marido) e o poder paterno, porque o que reina é a igualdade entre o homem e a mulher e, atualmente, acompanhando essa mudança se utiliza a expressão Poder Familiar ou Poder Parental.

Poder Familiar é o conjunto de direitos e deveres dos pais em relação aos filhos menores.²⁵ O pai não tem esse poder sozinho, ele o exerce juntamente com a mãe.

O patriarcalismo não mais se coaduna, efetivamente, com a época atual, em que grande parte dos avanços tecnológicos e sociais está diretamente vinculada às funções da mulher na família e referenda a evolução moderna, confirmando verdadeira revolução no campo social, impondo um regime colaborativo — e não de subordinação — entre os denominados “chefes de família”²⁶

1.2.4 Princípios Específicos

O casamento civil, como qualquer instituto jurídico, molda-se em princípios próprios, cuja análise se faz de primordial importância para o seu conhecimento aprofundado. A doutrina aponta princípios comuns específicos do casamento civil que observamos presentes no ordenamento português e brasileiro.

Ressalta-se que, os princípios podem ter denominações variadas a depender de determinado jurista, todavia procuramos destacar os que estruturam o seu conteúdo tanto no ordenamento jurídico português quanto no brasileiro.

1.2.4.1 Princípio do Livre Consentimento

Resultante do princípio geral da liberdade, o livre consentimento se traduz na idéia de que a vontade dos nubentes não pode ser substituída, tampouco ser limitada por termo ou condição, é proibido termo ou condição em matéria de casamento.

O princípio do livre consentimento evidencia pelo qual as partes, os contraentes, podem escolher livremente, desde que com a capacidade estabelecida na lei, decidir o melhor momento e escolher a pessoa com quem ajustar o compromisso de união afetiva, conforme

²⁵ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de – **Curso de Direito de Família**. p.148-149.

²⁶ RIZZARDO, Arnaldo - **Direito de Família**, v.1.p.37-39.

art. 1619º do Código Civil Português e o correspondente art. 1.513 do Código Civil Brasileiro²⁷.

1.2.4.2 Princípio da Fidelidade

Outro ponto de alusão e convergência principiológica do casamento ressalta-se a monogamia como importante ponto de estudo, pois ambas as legislações elegeram a união entre duas pessoas, como pedra fundamental para ser reconhecido pelo Estado como digno de proteção jurídica, v. g. art. 226, §§ 3º e 5º da CRFB/88 c/c art. 1.548, inciso II do Código Civil Brasileiro e art. 26º, nº 2, CRP/76 c/c art. 1577º do Código Civil Português.

Esse princípio proíbe o casamento de pessoas casadas (art. 1.548 inc. II do CCB e art. 1601º, n. 3 do CCP). Além disso, o segundo casamento é declarado nulo, ainda haverá o crime de bigamia no ordenamento português (Art. 247º do Código Penal Português).²⁸

Cumprido esclarecer que existem autores, como Maria Berenice Dias, que sustentam que a fidelidade não é um princípio constitucional e que a constituição tolera a traição ao reconhecer os direitos iguais aos filhos havidos fora do casamento, assim a fidelidade não seria princípio constitucional.²⁹

No entanto, o que prevalece na doutrina é o entendimento de que o *princípio da fidelidade*, que continua vigente em nosso ordenamento jurídico. Esse regramento pode ser retirado do art. 1.521, VI, do CCB, que dispõe que não podem casar as pessoas casadas, o que constitui um impedimento matrimonial a gerar a nulidade absoluta do casamento (art. 1.548, II, do CCB).

1.2.4.3 Princípio da Secularização do Casamento

Secularização significa que o casamento é regido pelas leis civis e não pelas leis da Igreja, isto é, não se rege pelo direito canônico. Secularização é um termo usado para identificar um instituto que antes era regido pelo direito canônico e hoje é regulado pelas leis

²⁷ PINHEIRO, Jorge Duarte – **Op. Cit.** p. 433.

²⁸Art. 247º, Código Penal Português: "Quem: a) Sendo casado, contrair outro casamento; ou b) Contrair casamento com pessoa casada; é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias". Art. 235º.

²⁹Segundo a autora: "Uma ressalva merece ser feita quanto à monogamia. Não se trata de um princípio do direito estatal de família, mas sim de uma regra restrita à proibição de múltiplas relações matrimonializadas, constituídas sob a chancela do Estado. (...)Ao contrário, tanto tolera a traição que não permite que os filhos se sujeitem a qualquer discriminação, mesmo quando se trata de prole nascida de relações adulterinas ou incestuosas. (DIAS, Maria Berenice – **Manual de direito das famílias**. p. 42.)

civis. Tanto Portugal como o Brasil é um Estado laico onde é garantida a liberdade religiosa, bem como a liberdade de se professar nenhuma religião.

Uma particularidade da legislação portuguesa é a incidência do casamento católico (art. 1625º, CCP), sob a égide do Direito Canônico, paralelamente ao casamento civil.³⁰

No Brasil, o casamento religioso pode ser transformado em casamento civil se estiver registrado no cartório de registro civil (art. 1.515, CCB), mas sem o registro o casamento será considerado mera união estável.

1.2.4.4 Princípio da Solenidade

O casamento é considerado um dos atos mais solenes no âmbito civil, porque exige para sua concretização um processo de habilitação de casamento³¹. O ato solene é aquele que exige uma formalidade especial, haja vista a ritualística até o consentimento expresso da vontade dos nubentes traduzem na solenidade ser da essência do ato.

O casamento é um ato solene, porque antes de ser celebrado é preciso um processo de habilitação, é preciso publicar proclamas, aguardar prazo para impugnações e obtenção de certificado.

O casamento é um ato solene, porque não existe casamento livre. Casamento livre é aquele que deriva da simples convivência entre pessoas. No Brasil e em Portugal, a simples convivência com o escopo de constituir família é união estável e união estável não é casamento, pois o casamento é sempre um ato solene, tem que ter a habilitação e a celebração.

1.2.4.5 Princípio da Publicidade

Esse princípio ignifica que a celebração do casamento deve ser pública, em regra, deve ter duas testemunhas e qualquer pessoa deve ter acesso ao local de celebração.

O princípio da publicidade tem dupla função.

A primeira é irradiar seus efeitos perante terceiros, os quais podem opor impedimentos a sua realização.

A posterior função é a chamada publicidade registrária que a mesma se destina ao cumprimento de tríplice missão: primeiramente, transmite ao conhecimento de terceiros

³⁰ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de – **Op. Cit.** p.120-122.

³¹ Art. 1.525 do Código Civil Brasileiro; Art. 1597º do Código Civil Português.

interessados ou não interessados a informação do direito correspondente ao conteúdo do registro, excetuados apenas os sujeitos ao sigilo; por seguinte, sacrifica parcialmente a privacidade e a intimidade das pessoas, informando sobre bens e direitos seus ou que lhes sejam referentes, a benefício das garantias advindas do registro; e finalmente serve para fins estatísticos, de interesse nacional ou de fiscalização pública.³²

Tem por escopo, permitir que qualquer interessado tome conhecimento da sociedade estabelecida, cientificando dos seus termos e ajustes na obtenção de certidão no registro civil competente, para garantir a segurança jurídica de quem com os cônjuges tratar.

1.2.5 Conceito

Os estudiosos observam que não é papel do legislador, seja no plano constitucional ou ordinário, conceituar os institutos jurídicos, porém destaca-se a singularidade do feito na legislação portuguesa.

No conceito de casamento encontrado no art. 1.577º do Código Civil português de 1966, um dos poucos diplomas do mundo a definir tal instituto: “Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código”.³³

De tal forma, quase unânime na opinião dos juristas, o destaque que o casamento civil envolve a conjugação de alguns elementos importantes, tais como a afetividade entre duas pessoas, a busca da realização pessoal e a chancela estatal.³⁴

No Brasil, conforme aponta Maria Berenice Dias, uma Lei Especial Penal – conhecida como Lei Maria da Penha, que trata dos crimes de violência doméstica, foi a melhor ilustração de entidade familiar, em sentido amplo³⁵.

Desses dois dispositivos normativos podemos tomar emprestados alguns elementos importantes. Nesse sentido, podemos conceituar o casamento civil como a junção de duas pessoas que unidas por laços de afetividade celebram um compromisso perante a presença de um representante do Estado com o objetivo de constituir uma família.

³² CENEVIVA, Walter – **Lei dos Registros Públicos Comentada**, p. 45.

³³ GONÇALVES, Carlos Roberto – **Direito Civil Brasileiro**, v. 6. p.29.

³⁴ PINHEIRO, Jorge Duarte – **Estudos de Direito da Família e das Crianças**, p. 167.169.

³⁵ DIAS, Maria Berenice - **Op. Cit.**, p.147.

1.2.6 Natureza Jurídica

Definir a natureza jurídica do casamento é campo de controvérsia doutrinária, sobretudo no Brasil.

As correntes que permeiam a matéria fazem alusão a três teorias quanto a sua natureza jurídica.

Teoria Contratual ou Individualista (predominante em Portugal³⁶): O casamento é um contrato, porque emana de um acordo de vontades, acordo entre os nubentes. Essa corrente clássica põe em evidência o aspecto econômico do casamento e outro aspecto é porque o contrato é regido pelo princípio autonomia da vontade

Teoria Institucionalista (majoritária no Brasil³⁷): É uma instituição social do Estado porque o casamento é regido por normas de ordem pública. Entende-se que o casamento é instituição, porque é regido por normas cogentes, e nesta instituição cabe às partes aderirem ou não, mas uma vez aderida se submetem-se as normas do Direito de Família.

Portanto, não existe a autonomia da vontade. A vontade vai até o ponto de aderir o casamento, a partir do momento em que o casal aderir, deve se submeter às normas cogentes do Direito de Família, por isso o casamento não seria necessariamente um contrato e sim instituição.

Teoria Eclética ou Mista³⁸: O casamento é simultaneamente contrato e instituição. É uma tese defendida que procura aproveitar as duas teorias anteriores. No que diz respeito à constituição de família o casamento é uma verdadeira instituição porque é regido por normas de ordem pública que não podem ser modificadas pelas partes, mas no que diz respeito ao regime de bens, o casamento teria caráter contratual, porque no regime de bens prevalece o princípio da autonomia da vontade.

Em nossa particular opinião, baseado nos defensores de todas as teorias, cumpre diferenciar o contrato da instituição.

No contrato embora haja um acordo de vontades, as vontades se direcionam em sentido contrário, A quer comprar e B quer vender. Na instituição, há um acordo de vontades e as vontades se convergem para o mesmo sentido, mesmo fim exemplo: João e Maria vão se casar, o objetivo é o mesmo, a constituição de família.

³⁶ Conforme opinião de Pedro de Albuquerque, Jorge Duarte Pinheiro, João de Castro Mendes, Eduardo dos Santos, Caio Mário da Silva Pereira.

³⁷ Conforme posição de Washington Monteiro de Barros, Maria Helena Diniz, Clóvis Beviláqua.

³⁸ Defendida por Flávio Tartuce, Sílvio Rodrigues, Fernando José Simão.

O contrato só produz efeitos entre as partes e é regido pelo princípio da relatividade, em regra, não atinge terceiros. Já a instituição, é uma entidade que pode atingir terceiros, o casamento, portanto, cria vínculos não só entre os cônjuges, mas entre terceiros (cunhado, sogro, sogra etc.), O contrato é transitório, pois se extingue por várias causas, principalmente pelo pagamento. O contrato é feito para ser extinto e o casamento é uma instituição, foi criado para ser permanente, ou seja, para ter uma durabilidade maior. Portanto, contrato e casamento não se confundem.

O contrato se forma por um simples é um acordo de vontades, é possível a inserção de termos e condições, com base no princípio da autonomia da vontade. O contrato ainda se dissolve através do distrato não necessitando de sentença judicial para dissolvê-lo.

Já o casamento para ser formado, não basta o acordo de vontades, é preciso a presença da autoridade celebrante. No casamento não é possível termos nem condições e tampouco cláusulas que violem as normas cogentes. O casamento para ser dissolvido, precisa da intervenção do Estado, seja o Estado juiz que prolata uma sentença, seja o notário que lavra a escritura pública de divórcio amigável.

Como dito alhures, quando analisamos o ordenamento jurídico português comparado ao brasileiro no que tange ao casamento civil, nem sempre se encontra pontos de convergência, ao passo que essas diferenças podem demonstrar o nível evolutivo, ou ainda, novas concepções que podem ser aproveitadas no plano interno do outro. É nesse quesito que se destaca a teoria portuguesa ao enfrentar a contratualidade do casamento que possibilita uma maior margem de ajustes aos nubentes adequando o seu estado civil a uma realidade próxima das suas expectativas de comportamento com a união.

Ora, assim como o casamento, a interação social também se baseia no lastro da confiança (*affectio*), muito embora as finalidades de cada um sejam distintas, porém uma de suas premissas de constituição e permanência é estritamente semelhante e fundamental.

1.2.7 Regime de Bens

Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves, regime de bens é o conjunto de regras que disciplina as relações econômicas dos cônjuges, quer entre si, quer no tocante a terceiros, durante o casamento. Regula especialmente o domínio e a administração de ambos ou de cada um sobre os bens anteriores e os adquiridos na constância da união conjugal.³⁹

³⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto - **Op. Cit.** p. 437.

Curiosamente, no que toca ao regime de bens, o sistema jurídico brasileiro e português se assemelham bastante na disciplina geral, exceto, no que toca a nomenclatura dos regimes. A legislação portuguesa prevê três regimes de bens⁴⁰, enquanto a legislação brasileira quatro⁴¹, trazendo como adição, o regime da participação final nos aquestos – fruto da influência do Direito Alemão nessa parte⁴².

1.2.7.1 Regime da Comunhão de Adquiridos (no Brasil é nomeado como Regime da Comunhão Parcial de Bens)

Segundo este regime, a cada um dos cônjuges pertence apenas os bens que tinha antes de casar e os bens que, depois do casamento e na constância deste, venha a receber por sucessão (por morte de outra pessoa) ou por doação, ou venha a adquirir por virtude de direito próprio anterior. Fazem parte da comunhão o produto do trabalho dos cônjuges e os bens adquiridos a título oneroso na constância do matrimônio, que não sejam excetuados por lei.⁴³

Neste regime, os bens adquiridos por cada um após o casamento são considerados comuns ao casal e, no caso de separação, serão partilhados de forma igualitária entre os dois, independente de quem contribuiu para sua aquisição. O que cada um possuía antes da união permanece de posse exclusiva das partes.⁴⁴

Ao conjunto destes bens chama-se patrimônio comum ou aquestos, composto por um ativo (bens) e um eventual passivo (dívidas), do qual cada um dos cônjuges participa em metade.

No amealhado está incluído o produto do trabalho dos cônjuges e os rendimentos dos bens que pertençam apenas a cada um deles.

Na falta de opção pelos nubentes por outro regime, esse é o regime legal⁴⁵.

⁴⁰ Artigos 1717º e seguintes do Código Civil Português.

⁴¹ Artigos 1.639 e seguintes do Código Civil Brasileiro.

⁴² SCHÜTER, Wilfried - **Código Civil Alemão: Direito de Família**.p. 165-168.

⁴³ TARTUCE, Flávio - **Manual de Direito Civil: Volume único**. p. 1127-1129

⁴⁴ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme – **Op. Cit.** p.594.

⁴⁵ Artigo 1640, *caput*, CC: “Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial”; Artigo 1717.º, CCP: “Na falta de convenção antenupcial, ou no caso de caducidade, invalidade ou ineficácia da convenção, o casamento considera-se celebrado sob o regime da comunhão de adquiridos.”

1.2.7.2 Regime de Separação de bens (legal ou convencional)

De acordo com este regime, cada um dos cônjuges é proprietário dos bens que adquiriu, por qualquer forma, antes e depois do casamento. Portanto, não existe comunhão de nenhum bem, quer tenha sido adquirido a título oneroso ou gratuito, antes ou depois do casamento. Cada um conserva o domínio de todos os seus bens, quer presentes quer futuros.⁴⁶

Muito embora, pode acontecer que determinados bens hajam sido adquiridos por ambos os cônjuges. Neste caso os dois são proprietários dos bens, não pela comunhão, mas por força da aquisição em conjunto do direito real em que se tornaram co-proprietários.

A lei impõe o regime imperativo da separação de bens quando o casamento tenha sido celebrado sem organização do processo preliminar de casamento ou quando um, ou ambos os nubentes, já tenha completado 60 anos de idade pelo Código Civil Português⁴⁷ e 70 anos de acordo com o Código Civil Brasileiro⁴⁸.

1.2.7.3 Regime da Comunhão Geral de bens (designado como Comunhão Universal no Brasil)

Neste regime é regra que todos os bens, seja qual for a sua origem e momento de aquisição, pertencem a ambos os cônjuges.⁴⁹

No entanto, a lei estabelece que um certo tipo de bens pertence apenas a cada um dos cônjuges, designadamente, as suas roupas, a sua correspondência, e os bens doados ou deixados quando a doador ou testador tiver determinado que não quer que os bens passem a pertencer a ambos. Assim como, também os direitos estritamente pessoais pertencem apenas ao cônjuge que os possui. É o caso do usufruto e do uso ou habitação.

Ao conjunto destes bens chama-se património comum, composto por um ativo (bens) e um eventual passivo (dívidas), do qual cada um dos cônjuges participa em metade.

1.2.7.4 Regime da Participação Final nos Aquestos

Fruto da inspiração germânica, foi adotado pelo Código Civil Brasileiro de 2002. Por este regime, cada cônjuge possui património próprio, que será constituído pelos bens que cada

⁴⁶ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme - **Op. cit.**p.645.

⁴⁷Conforme artigo 1720º, 1, “b”, CCP.

⁴⁸ De acordo com Lei nº 12.344, de 9 de dezembro de 2010.

⁴⁹ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme - **Op. cit.** p.643.

cônjuge possuía anteriormente ao casamento, assim como por aqueles que forem por ele adquiridos individualmente, a qualquer título (herança, legado, doação, compra e venda etc.), durante o casamento. A administração do patrimônio próprio é exclusiva de cada cônjuge.⁵⁰ Outrossim, haverá a meação, isto é, comunicar-se-ão somente os bens adquiridos em conjunto pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento - artigo 1.681 do CCB. Assim, pelas características do regime da participação final nos aqüestos, conclui-se que se trata de um regime misto legal (Comunhão Parcial e Separação de Bens).⁵¹

1.2.7.5 Regime híbrido ou especial

É possível que os noivos estipulem para o seu casamento um regime de bens diferente dos legalmente previstos, criando um regime próprio desde que respeitem os limites da lei. A lei permite aos nubentes que escolham um regime diferente, estipulando o que entenderem, podendo combinar características dos regimes tipo acima descritos.

Os nubentes que desejarem adotar regime de bens distinto do legal ou que desejarem estabelecer cláusulas patrimoniais personalizadas, podem manifestar a intenção através do pacto antenupcial, já que, o Código Civil Brasileiro (art. 1.639) e o Código Civil Português permitem (1698º) que os nubentes pactuem quanto aos bens o que lhes aprouver.

O Enunciado 331 do CJF⁵² – Conselho da Justiça Federal permite que os nubentes elejam regime de bens distinto daqueles tipificados pelo Código Civil, podendo misturar os tipos de regimes de bens e/ou definir cláusulas de natureza patrimonial aplicadas ao casamento, desde que tais cláusulas e disposições do regime não contrariem disposições da legislação.

As leis, portuguesa e brasileira, preveem expressamente a necessidade de um acordo pré-matrimonial dizendo respeito da massa patrimonial quando o assunto é o regime de bens fora do regime legal.

Destarte, se os nubentes não celebrarem convenção antenupcial, o casamento fica subordinado ao regime de comunhão de adquiridos (Portugal)/ comunhão parcial de bens (Brasil). Caso os nubentes pretendam qualquer dos outros regimes de bens devem celebrar convenção antenupcial, que em Portugal está a lavrar por auto em conservatória do registo civil ou por

⁵⁰ SCHÜTER, Wilfried - **Código Civil Alemão: Direito de Família**. p. 165-168.

⁵¹ VENOSA, Sílvio de Salvo – **Direito Civil: Direito de Família**. p. 371.

⁵²Enunciado 331 do CJF: “O estatuto patrimonial do casal pode ser definido por escolha de regime de bens distinto daqueles tipificados no Código Civil (art. 1.639 e parágrafo único do art. 1.640), e, para efeito de fiel observância do disposto no art. 1.528 do Código Civil, cumpre certificação a respeito, nos autos do processo de habilitação matrimonial.”

escritura pública em cartório notarial e no Brasil apenas através de escritura pública no Tabelionato de Notas.

1.2.8 A Dissolubilidade Controlada pelo Estado

O casamento para ser dissolvido sempre vai exigir a intervenção do Estado juiz ou do oficial do registro competente quando for uma escritura pública de divórcio, portanto, a dissolubilidade é controlada pelo Estado⁵³.

O casamento pode ser dissolvido por acordo entre as partes ou mesmo contra a vontade de um dos cônjuges, porém, sempre para ser dissolvido será necessária a intervenção do Estado, sendo por uma sentença judicial, ou sendo por escritura pública.

Uma das fortes mudanças também a contribuir com a dissolubilidade do casamento, além das já mencionadas, foi o abandono da regra de perquirição de culpa de um dos cônjuges para justificar o divórcio.⁵⁴

Essa mudança de entendimento também contribuiu para o crescimento da busca pelo divórcio tendo em vista que ao cônjuge culpado era atribuído a pecha perante outrem (filhos, parentes, amigos) da evidência de qualquer responsabilidade pelo insucesso do matrimônio, o que afastava a busca da dissolução do vínculo.

Com o crescimento do número de divórcios, aparece em destaque a atenção especial ao momento da dissolução, tornando necessário coordenar o regime patrimonial da união conjugal constituída, ganhando relevo também a necessidade de popularizar o instrumento da convenção antenupcial.

2. Convenção Antenupcial

Não se nega ainda que o Estado deva favorecer e proteger o casamento como instituição importante dentro do contexto de formação de uma sociedade, o que leva a crer

⁵³ No Brasil, Emenda Constitucional nº 66/2010, combinada com a Lei nº 11.441/2007 e ainda o inciso II do artigo 1580 do Código Civil Brasileiro, regulamentado pela Resolução nº 35/2007 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Em Portugal, artigo 1773º do Código Civil Português combinado com artigo 273º do Código do Registo Civil.

⁵⁴ Atualmente, não se discute a culpa para o rompimento do vínculo conjugal, somente para fins de responsabilidade civil. Conforme leciona o Ministro Fachin: “Não tem sentido averiguar a culpa com motivação de ordem íntima, psíquica, uma vez que a conduta de um dos consortes, violando deveres conjugais, é apenas o sintoma do fim”. (FACHIN, Luiz Edson - **Elementos Críticos do Direito de Família**. p. 179).

que um acordo prévio que possibilita às partes gerir sobre o conteúdo de cunho patrimonial da união de suma importância para a composição dos aquestos.

Por anos, Brasil e Portugal seguiram por caminhos distintos no plano da liberdade de contratar em matéria de convenção antenupcial.

As convenções foram consagradas na legislação portuguesa desde as antigas Ordenações⁵⁵.

Sob a égide do Código Civil de Seabra, já dispunha no sentido da aceitação do princípio da liberdade tal como estava prescrito no artigo 1096º, sujeito aos limites contidos nos artigos 1103º e 1104º.⁵⁶

No Brasil, durante a vigência do Código Civil de 1916 a interferência estatal era tamanha que impossibilitava qualquer nubente dispor fora dos padrões estipulados na lei acerca do regime patrimonial conjugal. Com o passar do tempo, sinais tímidos de abertura responderam à crescente preocupação social com a necessidade de tornar o processo de dissolução do casamento mais fácil e menos conflituoso, especialmente em face do aumento, no impressionante número de crises marital.⁵⁷

A convenção (ou pacto) antenupcial começa ganhar relevo de influencia no mundo jurídico quando da instituição do divórcio^{58 59} como forma de auxiliar a extinção da relação matrimonial sendo um abreviador das discussões sobre a partilha do patrimônio das partes.

Ocorre que, apesar das normas cogentes, uma parte deste instrumento é destinada à autonomia privada dos nubentes, para que possam dispor da forma de administração de seus bens comuns e particulares.⁶⁰

Atualmente, baseia-se, então, na difusão da ideia da negociação como ferramenta para definir - de forma preventiva - os problemas de convivência conjugal, ligado à crise do casamento que se vive⁶¹.

⁵⁵As Ordenações Filipinas, livro IV, título XLVI: “Todos os casamentos que forem feitos em Nossos Reinos e senhorios, se entendem ser feitos por carta de metade, salvo quando entre as partes outra cousa for acordada e contractada, porque então se guardará o que entre elles for contractado.”

⁵⁶ Artigo 1096º do Código de Seabra: “É lícito aos esposos, estipular, antes da celebração do casamentos, e dentro dos limites da lei, tudo o que lhes aprouver relativamente aos seus bens.”

⁵⁷ GOZZO, Débora - **Pacto Antenupcial**. p. 08-10.

⁵⁸No Brasil, o divórcio foi introduzido pela Lei nº 6.515 de 1977.

⁵⁹CANCIO, Fernanda - **Breve história legal do casamento e do seu fim em Portugal**.

⁶⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha - **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. p.154.

⁶¹ Em Portugal as estatísticas mostram, em média, 70 divórcios por 100 casamentos. No Brasil, por ano, ocorrem cerca de 350.000 divórcios no país.

2.1 Conceito

O Código Civil Brasileiro vigente regula o pacto nupcial no Livro IV, Título II, Subtítulo I e Capítulo I, II e III, e encontra-se disciplinado nos artigos 1639, 1653 a 1657. Já o Código Civil Português, trata do assunto na SECÇÃO III, nos artigos 1698º ao 1716º.

Anteriormente vigorava o sistema de indissolubilidade do vínculo matrimonial, a doutrina à época definira a família como uma "ilha que só o mar da lei pode tocar". Repudiava-se um acordo prévio visando predeterminar as consequências patrimoniais identificado no princípio da autonomia contratual.

O espaço concedido à autonomia privada marcaria uma estação completamente desconhecida no decorrer do desenvolvimento histórico das relações patrimoniais dentro do núcleo familiar, sempre dominado, até tempos atrás, pela mais rigidez absoluta.

Por outro lado, deve-se ter em mente que a flexibilidade permitida no ajuste pré-matrimonial vem em parte para mitigar o que permanece por trás das regras dos regimes de bens do casamento. Permitiu a autonomia negociadora das partes para ajustar várias regras destinadas a derogar o princípio da divisão igualitária da massa dos bens sujeitos à comunhão no regime legal adotado.⁶²

A sociedade conjugal relativa aos bens é regulada pelas convenções das partes e pela lei, com a qual foi aberto o título dedicado ao contrato de matrimônio, sobre a primazia devido à disciplina convencional e à natureza meramente suplementar da regulação legal das relações de propriedade entre os cônjuges, o legislador superando sem hesitação as objeções daqueles que, na introdução, propuseram a supressão do mesmo - fez "uma justa homenagem à liberdade contratual"⁶³, para as convenções matrimoniais o princípio de que "tudo o que não é proibido uma disposição específica da lei, ou não contrária à ordem pública e à moralidade, é permitido em alusão à liberdade contratual".

A evolução histórica e a análise comparativa confirmam que a regra fundamental referente ao regime patrimonial da família é a da liberdade de escolha, isto é, da autonomia privada⁶⁴.

No entanto, contribuem para a produção desse fenômeno - o que tem induzido alguns a falar de uma "desjudicialização do divórcio, em consideração à autonomia dos

⁶² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Op. cit.** p.318-319.

⁶³ O Código Civil, brasileiro e português, introduzem essa abertura aos nubentes possibilitando fixar estipulações de acordo com o que lhes aprouver. Art. 1639, CC; Art. 1698º, CCP.

⁶⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson - **Manual de direito civil: volume único.** p. 1778.

cônjuges na definição da estrutura pós-divórcio" ou de uma "privatização do tratamento do conflito conjugal". Em particular, o aumento relatado nas crises conjugais é acompanhado, além da diminuição dos casamentos, a um aumento, mesmo em nossos países (Brasil e Portugal), de uniões de fato e, mais genericamente, de "novas famílias", incluindo aquelas que vão sob o nome de famílias mosaico⁶⁵.

O mesmo princípio é enunciado, observando que, neste caso, o interesse típico da resolução da sociedade conjugal é evidente, mesmo se não houver disposição explícita da lei prevendo este regulamento, sendo quase impensável que no início formal da união não há razões para oportunizar as partes dispor sobre seus interesses sem alcançar terceiros (presentes e futuros), sobretudo quando o estado de beligerância não está formado.

Visando dar variabilidade ao regime de bens matrimonial, podem os cônjuges dispor na convenção antenupcial da maneira que lhes causar mais comodidade, sem, contudo deixarem-se levar por cláusulas inadmissíveis, das quais os civilistas descrevem inescrupulosas⁶⁶.

A doutrina e a jurisprudência reconhecem a possibilidade de pré-determinar a maioria dos efeitos de um possível divórcio entre as partes dos futuros cônjuges quando assinam a convenção antenupcial.

2.2 Natureza Jurídica

A natureza jurídica da convenção antenupcial remete ao do negócio jurídico, pois, é um acordo de vontades dos nubentes a fim de criar um regime particular de vínculo. Porém, há discussão quanto a sua espécie, Nesse ponto, ao analisar-se a natureza jurídica da convenção antenupcial, não se encontra um entendimento doutrinário comum, se é um contrato, um negócio jurídico de direito de família ou um contrato acessório.⁶⁷

Na doutrina portuguesa há um certa inclinação para que o ajuste pré-matrimonial seja considerado um contrato acessório⁶⁸ do contrato de casamento, tendo em vista aquele só produzir efeitos se este vier a ocorrer, caracterizando verdadeiro princípio da gravitação jurídica⁶⁹ – o acessório segue a sorte do principal.⁷⁰

⁶⁵Termo cunhado por Maria Bercine Dias – **Op cit.** p.141.

⁶⁶ As que afrontam notadamente a ordem pública, os bons costumes e a moral.

⁶⁷ VARELA, João de Matos Antunes – **Direito da Família.** p. 426.

⁶⁸ PINHEIRO, Jorge Duarte – **Op cit.** p. 534.

⁶⁹ Nada mais é que a aplicação do princípio da gravitação jurídica no qual o acessório segue o principal *accessorium sequitur principale*. (SOBRAL, Cristiano – **Direito civil sistematizado.** p.221)

Contratos de casamento têm a mesma eficácia que todas as outras convenções, conseqüentemente, devem ser executados, a menos que contenham uma cláusula que possa dar ocasião da convenção for por outra razão contrária à boa moral ou às leis, acrescentando que poderiam ser adicionados aos contratos de pactos matrimoniais ou convenções particulares.⁷¹

Muito embora existirem posicionamentos caracterizando-o como contrato autônomo eis que não segue as mesmas solenidades do casamento, bem como possibilita regular regras próprias cujos efeitos são condicionados à celebração do casamento.

Na doutrina brasileira o assunto carece de maior profundidade, deixando de lado este perfil específico e focando a atenção na relação entre os cônjuges na fase fisiológica de sua união, por assim dizer - tendo em vista as experiências históricas que mais influenciaram o atual direito positivo - sempre enfatizou com grande importância a pertença das convenções matrimoniais ao gênero contratual, como consectário do princípio da autonomia privada.

Para grande parte, é o contrato solene e condicional, por meio do qual os nubentes dispõem sobre o regime de bens que vigorará entre ambos, após o casamento. É através do pacto antenupcial que os nubentes exercem sua autonomia da vontade com relação aos efeitos patrimoniais que irradiarão do casamento.⁷²

Assim compreende Caio Mário da Silva Pereira, ao expor: “A natureza jurídica do pacto antenupcial é inequivocadamente contratual, e obrigatoriamente há de ser efetivado antes do casamento”.⁷³ Sendo assim, entende-se que, para lavrar o pacto antenupcial, os agentes devem estar revestidos de capacidade para a prática do ato que, neste caso, é a mesma do casamento. Não há que se falar, entretanto, que o pacto antenupcial é contrato acessório ao do casamento, uma vez que é celebrado antes deste, apenas torna-se eficaz com a sua celebração.

Essa natureza estritamente contratualista autônoma, consoante prescreve a doutrina brasileira⁷⁴, se deve ao modelo definido como um negócio jurídico que regula relações jurídicas estritamente de cunho patrimonial, sendo assim, a função do contrato é de regulamentar as operações econômicas.

⁷⁰ A convenção antenupcial é um contrato acessório ao contrato de casamento, sendo este um pressuposto essencial de eficácia da convenção antenupcial, nos termos do artigo 1716º Código Civil: “A convenção caduca, se o casamento não for celebrado dentro de um ano, ou se, tendo-o sido, vier a ser declarado nulo ou anulado, salvo o disposto em matéria de casamento putativo.”

⁷¹ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme - **Op. cit.** p.570-571.

⁷² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Op.cit.** p. 437.

⁷³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Op.cit.** p. 218.

⁷⁴ Caio Mário da Silva Pereira, Maria Helena Diniz, Carlos Roberto Gonçalves.

Ainda que se presuma que a finalidade é regular apenas o regime de bens nesse negócio jurídico, nada obstante que isto seria apenas regular a estrutura da entidade familiar, isto porque o regime de bens tem como base garantir a subsistência da família.

Em uma inspeção mais minuciosa, a referência aos princípios da liberdade contratual no assunto em questão não constitui uma novidade nas últimas décadas. Em outros lugares, já há amplamente os precedentes históricos sobre os acordos concluídos (ou mesmo em vista de) sobre a ótica de uma possível crise conjugal.⁷⁵

2.3 Requisitos

As convenções antenupciais devem cumprir os requisitos exigidos para outros contratos, mas a liberdade de escolha é cuidadosamente supervisionada. Para a validade de um acordo pré-nupcial é exigido principalmente: a vontade; transparência nas respectivas disposições; plena consciência; a forma escrita (delineada em lei) e a assinatura (partes ou procuradores).

O pacto antenupcial possui requisitos de validade e eficácia, sendo que, esta última, pode ser dividida em eficácia entre os nubentes e contra terceiros.

Quanto à sua validade, preconiza a primeira parte do artigo 1.653 do Código Civil Brasileiro como sendo “nulo o pacto antenupcial se não for feito por escritura pública”. Do mesmo modo há semelhante disposição no Código Civil Português que no artigo 1710º “são válidas se forem celebradas por declaração prestada perante funcionário do registo civil ou por escritura pública”

Por sua vez, para ter eficácia, deve lhe seguir o casamento, conforme denota a segunda parte do artigo 1.653 do Código Civil Brasileiro⁷⁶. Entretanto, a lei é omissa quanto ao prazo máximo de sua realização, compreendendo-se que o pacto pode ficar eternamente sob condição suspensiva. Já o Código Civil Português foi mais inteligente ao dispor do prazo de caducidade de um ano se não realizado o casamento.⁷⁷

⁷⁵ Recentemente foi encontrado um papiro de 2480 anos do Antigo Egito sobre um contrato pré-nupcial no qual servia para garantir que, se o casamento acabasse, a esposa seria compensada: ela ganharia 1,2 peça de prata e 36 sacos de grãos pelo resto de sua vida. **Revista Galileu.**

⁷⁶.Art. 1.653, CCB: “É nulo o pacto antenupcial se não for feito por escritura pública, e ineficaz se não lhe seguir o casamento.”

⁷⁷ Artigo 1716.º, CCP: “A convenção caduca, se o casamento não for celebrado dentro de um ano, ou se, tendo-o sido, vier a ser declarado nulo ou anulado, salvo o disposto em matéria de casamento putativo.”

Por fim, para ter efeito contra terceiros, a convenção deve ser registrada no competente registro⁷⁸. Caso contrário, este surtirá seus efeitos apenas entre os cônjuges.⁷⁹

Quanto ao objeto, consoante dispõe a lei, não deve haver proibição legal, o entendimento é que, desde que seja lícito e não contrarie a lei e os bons costumes.⁸⁰

É necessária uma consultoria jurídica preliminar fornecida por uma parte independente - mesmo que não esteja sujeita a anulação (notário/serventuário do registro civil).⁸¹

Seu conteúdo não é constante: além dos perfis contemplativos e das consequências patrimoniais do regime de bens.

Todas as renúncias em matéria de ativos são consideradas vinculantes, tanto para compartilhar o patrimônio amealhado durante o casamento quanto para as verificações de manutenção, exceto para determinadas hipóteses ou limites; entre estes últimos, a configuração destinada a incentivar o divórcio - por exemplo, se for garantida uma exceção ostensiva - ou, pelo contrário, desestimulá-la, mediante a imposição de penalidades, ou o

⁷⁸ **Cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas:** “CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. DIVERGÊNCIA ESTABELECIDADA ENTRE VARA DE FAMÍLIA E VARA DE REGISTRO PÚBLICO. AÇÃO QUE OBJETIVA A LAVRATURA DE ESCRITURA PÚBLICA DE CONVENÇÃO DE PACTO ANTENUPCIAL. NECESSIDADE DE AVERBAÇÃO NO CARTÓRIO DE REGISTRO CIVIL. MÉRITO DA CAUSA INERENTE AO JUÍZO REGISTRAL. 1. O objeto central da ação não diz respeito à alteração de regime de bens ou qualquer outra matéria diretamente afetada à competência das Varas de Família, posto que o objetivo dos autores é a regularização do regime de bens, através da averbação do pacto antenupcial junto ao cartório competente, com a fim de conferir validade ao regime de bens previamente optado pelo casal. 2. Como a lavratura da Escritura Pública de Convenção de Pacto Antenupcial perante o Cartório de Notas, com a conseqüente expedição de mandado de averbação perante o Cartório de Registro Civil deve ser processada perante a Vara de Registros Públicos da Capital, o feito deve tramitar neste juízo especializado. 3. Conflito de competência conhecido, para declarar a competência do juízo suscitante, conforme o parecer do Ministério Público. (CC: 06217690520158040001, Relator: Maria das Graças Pessoa Figueiredo, Data de Julgamento: 17/07/2019)

⁷⁹ Conforme Artigo 1711.º, 1, CCP: “As convenções antenupciais só produzem efeitos em relação a terceiros depois de registradas.” ;Art. 1.657, CCB: “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.”

⁸⁰VARELA, João de Matos Antunes – **Op.cit.** p. 429.

⁸¹ No Brasil, nos termos do Art. 6º da Lei 8935: Art. 6º Aos notários compete: I - formalizar juridicamente a vontade das partes; II - intervir nos atos e negócios jurídicos a que as partes devam ou queiram dar forma legal ou autenticidade, autorizando a redação ou redigindo os instrumentos adequados, conservando os originais e expedindo cópias fidedignas de seu conteúdo; III - autenticar fatos. Em Portugal, de acordo com o Decreto-Lei nº 26/2004, consoante prescreve o artigo 11º: 1 - O notário deve apreciar a viabilidade de todos os actos cuja prática lhe é requerida, em face das disposições legais aplicáveis e dos documentos apresentados ou exibidos, verificando especialmente a legitimidade dos interessados, a regularidade formal e substancial dos referidos documentos e a legalidade substancial do acto solicitado. 2 - O notário deve recusar a prática de actos: a) Que forem nulos, não couberem na sua competência ou pessoalmente estiver impedido de praticar; b) Sempre que tenha dúvidas sobre a integridade das faculdades mentais dos participantes, salvo se no acto intervierem, a seu pedido ou a instância dos outorgantes, dois peritos médicos que, sob juramento ou compromisso de honra, abonem a sanidade mental daqueles.”

abandono incondicional de qualquer apoio econômico⁸², como a imposição de um divórcio que submeta o cônjuge a necessidade de solicitar o acesso ao programa de assistência pública.

Os requisitos para a natureza vinculativa dos acordos são descritos, especificando que ambos os cônjuges devem saber que o ajuste deve ter esse caráter; esteja ciente das implicações; tendo recebido todas as informações essenciais; ter entendido que a convenção em liberdade absoluta, sem influência indevida ou pressão e na consciência das implicações, aproveitando as informações essenciais para amadurecer a manifestação de vontade.

Essa consistência é interrompida em um caso não muito distante, no qual um acordo pré-nupcial foi levado em conta na escolha da jurisprudência, embora no momento da conclusão faltasse a assistência jurídica, considerada de outra forma um requisito de validade do acordo. Essa é uma das razões para que o pacto antenupcial seja realizado por meio de escritura pública perante um notário.⁸³

Necessariamente, então, passar por filtros aos quais os contratos pré-matrimoniais estão sujeitos, as partes devem ser assistidas por um consultor jurídico e, se o texto for elaborado unilateralmente, deve ser dado um tempo razoável para examiná-lo, caso contrário, a suspeita de que a aceitação foi resultado de uma coação; a falta ou renúncia deste último enfraquece o acordo, denunciando sua oposição à ordem pública. Esse tempo relatado não integra o único limite à autonomia privada configurada nessa área, mostrando desconfiança em relação ao acordo cujo escopo é traduzido num estímulo da dissolução do casamento; v.g. a irradiação de uma cláusula sobre a promessa de pagar uma grande quantia em caso de divórcio.

Nos sistemas de direito civil, essa preocupação é reduzida pelo filtro notarial e a importância da orientação sobre qualquer disposição patrimonial deve ser levada em conta. Concluindo sobre o ponto, subsume-se o fato de que, nos dias atuais, os acordos pré-nupciais têm plena aceitação tanto no Brasil como Portugal, desde que respeitem certos requisitos de forma e substância.

⁸² XAVIER, Maria Rita Aranha da Gama Lobo. **Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges**. p. 222-223.

⁸³ Cfr. **Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina**: “DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. AÇÕES CONEXAS. JULGAMENTO CONJUNTO. INSURGÊNCIA DO EX-COMPANHEIRO. CONTRATO PARTICULAR DE CONVIVÊNCIA. NULIDADE DAS CLÁUSULAS QUE ESTIPULARAM O REGIME DA COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS. CONTRATO ESCRITO QUE NÃO TEM EFEITOS DE PACTO ANTENUPCIAL. ANALOGIA COM AS REGRAS DO CASAMENTO. DOAÇÃO DE BENS IMÓVEIS. FORMALIDADES ESSENCIAIS NÃO ATENDIDAS. NULIDADE RECONHECIDA. [...] O contrato a que alude o nosso Código Civil, em seu art. 1.725, não tem esse alcance, por não equivaler ao pacto antenupcial exigido na hipótese de casamento, como pressuposto indispensável da eficácia do regime da comunhão universal de bens.” (2011.096525-0 (Acórdão), Relator: Trindade dos Santos, Data de Julgamento: 26/06/2013)

A grande preocupação do assistente jurídico deve ser ainda de tal forma que a convenção antenupcial não venha retratar um estímulo ao rompimento conjugal. Essa equidistância das partes envolvidas subsume a questão da validade dos contratos de casamento estipulados em função de um possível divórcio, v.g. a nulidade do acordo matrimonial de separação de bens em que os cônjuges não só excluíram a comunicabilidade de todos os bens, como renunciaram mutuamente, em caso de divórcio, a qualquer pedido de alimentos.

Não muito diferente, parecem ser capazes de chegar até mesmo a querer abraçar a tese daqueles que acreditam que a ilegalidade também pode derivar do fato de prejudicar a espontaneidade da deliberação, ou dos vícios de manifestação de vontade⁸⁴, ou estabelecimento de condições sabidamente impossíveis⁸⁵ que levam a parte fragilizada a assumir obrigações de ordem patrimonial extremamente excessivas. Mais uma vez, pode-se pensar na hipótese do subsídio ao divórcio de maneira exorbitante em comparação com as possibilidades econômicas concretas da parte obrigada.

⁸⁴O Código Civil Português trata da falta vícios da vontade na SUBSECÇÃO V (arts. 240 a 257); o Código Civil Brasileiro trata no CAPÍTULO IV (arts. 138 a165) - Dos Defeitos do Negócio Jurídico.

⁸⁵ Segundo STOLZE e PAMPLONA FILHO, as condições impossíveis são aquelas irrealizáveis, segundo as leis da natureza ou do ordenamento jurídico. Podem ser fisicamente impossíveis e juridicamente impossíveis: 1) condições fisicamente impossíveis: são aquelas irrealizáveis pelas leis da natureza, p.ex., condição de ressuscitar um morto; condição de dar a volta ao mundo a pé em meia hora; 2) condições juridicamente impossíveis: são aquelas irrealizáveis por força do ordenamento jurídico, p.ex. condição de a pessoa não exercer os direitos da personalidade. (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo – **Novo Curso de Direito Civil, v. 1.** p. 349.)

2.4 Efeitos Jurídicos

Como contrato, cuja eficácia está condicionada ao estabelecimento da relação matrimonial com a celebração do casamento, portanto, os efeitos jurídicos dos termos estabelecidos na convenção antenupcial começam a partir do mesmo⁸⁶.

Notadamente, a convenção antenupcial visa produzir a variabilidade patrimonial decorrente do ajuste dos cônjuges cuja massa de bens pode ser restrita à comunhão ou não no curso da relação conjugal, resguardando-se em caso de um possível rompimento.⁸⁷

O princípio da relatividade dos contratos⁸⁸, em geral, atribuem os efeitos contratuais exclusivamente entre as partes, muito embora irradiem efeitos também com quem deles mantém relação jurídica, v.g. a anuência do cônjuge na venda de patrimônio comum⁸⁹.

Porém há situações em que se deve considerar, embora livremente acordado e ambos os cônjuges compreendem as implicações, a tutela em relação a terceiros. Como exemplo a futura prole. Expandindo ainda mais, o posicionamento que enfatiza o respeito necessário à autonomia privada, deve estar em harmonia com eventual direito de terceiro que não pode ser atingido.

Assim, em caso de divórcio, qualquer cônjuge pode solicitar a distribuição dos bens durante o casamento e outros benefícios e direitos econômicos com as estipulações que lhes foram atribuídas no acordo. Ou seja, um modo de facilitação do divórcio, auxiliando na desjudicialização da partilha patrimonial.⁹⁰

2.5 Patrimonialidade

Tanto o Código Civil Português quanto o Código Civil Brasileiro são marcadamente patrimonialistas na questão da convenção antenupcial, eis que remetem à convenção antenupcial quando da opção pelo regime de bens. Então, nesse quesito, não

⁸⁶Já mencionado nas Notas de Rodapé n. 73 e 74.

⁸⁷GOZZO, Débora – **Op. cit.** p. 30-31.

⁸⁸Conforme Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça: [...] É tradicional e prevalente, na doutrina portuguesa, a teoria que nega a eficácia externa das obrigações, assente na concepção clássica da relatividade dos direitos de crédito, que apenas podem ser violados pelas partes, em contraposição com os direitos reais que são oponíveis erga omnes.(Processo: 3987/07.9TB AVR.C1.S1, Nº Convencional: 6ª SECCÃO, Relator: Azevedo Ramos, Data do Acórdão:29/05/2012)

⁸⁹ Exigência contida no artigo 1647 do Código Civil Brasileiro.

⁹⁰Inclusive o divórcio consensual pode se dar nas serventias extrajudiciais. No Brasil, por meio da lei 11.441/2007, existe a possibilidade do divórcio no Tabelaionato de Notas. Em Portugal, nos termos da Lei 61/2008, o divórcio pode ser realizado na conservatória de registo civil.

faltam regras substanciais sobre as relações patrimoniais entre os cônjuges nesses sistemas pertencentes à tradição do Direito Civil, onde - nos códigos civis - as disciplinas são encontradas tanto na comunhão de bens (variadamente modelada) como na separação, reservando para o primeiro o papel de regime legal, que está operando na ausência de uma opção diferente.⁹¹

Portanto, o magistrado não desempenha qualquer papel na distribuição dos recursos acumulados na família, senão decidir sobre as reclamações relativas a alimentos ou manutenção, que pode satisfazer não apenas através do reconhecimento de prestações periódicas, mas também através da cessão de ativos, concorrentemente ou substituindo a obrigação pecuniária.

O que tem sido mais recorrente são os ajustes relativos que abusam a capacidade de predeterminar - para excluir - obrigações alimentares pós-divórcio; ou negando direito eventual as regras previdenciárias em consequência da dissolução do regime da comunhão; ou renúncia antecipada a direito futuro, devido a mudanças subsequentes na situação econômica das partes.⁹²

Nota-se, marcadamente, o viés patrimonialista da convenção antenupcial e que objetiva regulamentar o regime de bens para o divórcio. A antecipação dos problemas patrimoniais colocados pela crise do casal e, de modo mais geral, pela dissolução do vínculo matrimonial.

É verdade que esse enfoque patrimonial da relação pré-conjugal, não constitui uma novidade dos últimos tempos: o direito romano sabia de fato várias formas de regulação de modo preventivo de tais aspectos, a exemplo dos pactos dotais ou relativo às doações ante ou propter nuptias. São embriões do que encontramos no estágio atual.⁹³

O que se mostra mais significativo seja o fato de se pouco cogitar na contribuição em matéria de relações entre autonomia privada e direito da família ter julgado necessário não

⁹¹ Brasil e Portugal adotam como regime legal a comunhão parcial de bens e a comunhão dos adquiridos respectivamente consoante explicitado no item 1.2.5.1 deste estudo.

⁹²Esse é o entendimento sufragado pelo Superior Tribunal de Justiça no Acórdão: “RECURSO ESPECIAL - SUCESSÃO - CÔNJUGE SUPÉRSTITE - CONCORRÊNCIA COM ASCENDENTE, INDEPENDENTE O REGIME DE BENS ADOTADO NO CASAMENTO -PACTO ANTENUPCIAL - EXCLUSÃO DO SOBREVIVENTE NA SUCESSÃO DO DE CUJUS- NULIDADE DA CLÁUSULA - RECURSO IMPROVIDO. 1 – [...] 4 - O artigo 1.655 do Código Civil impõe a nulidade da convenção ou cláusula do pacto antenupcial que contravenha disposição absoluta de lei. 5 - Recurso improvido.” (REsp: 954567 PE 2007/0098236-3, Relator: Ministro Massami Uyeda, Data de Julgamento: 10/05/2011,)

⁹³GOZZO, Débora – **Op. cit.** p. 6.

prestar praticamente atenção aos aspectos extrapatrimoniais. Na doutrina brasileira é raro qualquer menção a respeito, já na portuguesa o assunto é mais desenvolvido.

O uso de acordos preventivos imediatamente traz à mente certas cláusulas incluídas nos contratos pré-nupciais de algumas estrelas estrangeiras: a exemplo da que se reserva o direito de vetar as cenas quentes incluídas nos roteiros; ou revelar certos truques de algum mágico, da contrariedade sobre, vícios, sobre o uso ou abuso de drogas. Estas são apenas alguns dos muitos exemplos, sem dúvida, capazes de levantar (juntamente com as sobranças severas de muitos juristas de direito civil) dúvidas baseadas no respeito dos princípios fundamentais do nosso sistema legal, em primeiro lugar o da norma que quer essencialmente patrimonial. No entanto, o que acaba de ser dito não significa que, no que diz respeito ao perfil da convenção antenupcial, a faceta estritamente patrimonial deva ser a única observada, muito embora não se desconheça a característica, atual, marcadamente, patrimonialista.

3. Cláusulas Extrapatrimoniais

As necessidades práticas e o progresso civil exigiam que, na medida do possível, de certa interpretação, esses pactos que regulassem as relações familiares fossem reavaliados, e assim por diante, acrescentando que, olhando para o futuro, poderíamos imaginar acordos escritos impondo regras particulares sobre a dissolução do casamento, sobre o governo da família, sobre o sobrenome dos cônjuges.

Nos últimos anos, notadamente em relação às pessoas famosas noticiadas na *internet*, tem havido uma crescente atenção aos contratos pré-nupciais, especialmente aqueles destinados a prefigurar as consequências econômicas da crise conjugal.

Os dados sociológicos, como já explanado, demonstram um vertiginoso crescimento dos números de divórcios. O casamento visto originariamente como instituição secular perene ganhou contornos de efemeridade. Talvez a agilidade de sociedade da informação que vivemos globalmente tenha se transferido para as relações pessoais familiares que tem no casamento a principal vertente.

Assim é a tendência cada vez mais a de regular preventivamente os efeitos de uma possível crise conjugal, ainda que as partes optem pelo regime legal de bens.

Dito isso, o retrato tradicional da convenção antenupcial no seu aspecto patrimonialista, que almeja a facilitação do termo da união matrimonial e a resolução da crise conjugal com o divórcio (rompimento do vínculo afetivo e econômico), precise de uma

releitura ou um acréscimo de uma nova funcionalidade. Só que dúvidas permanecem até os dias atuais, por esta razão, questiona-se a licitude dos nubentes disporem sobre assuntos extrapatrimoniais.

As transformações sociais dinâmicas da última década, vem laboriosamente delineando pela solução das questões jurídicas relativas que a negociação, na forma do "acordo de coabitação", ao qual os nubentes podem recorrer, fazendo uso do princípio fundamental (autonomia privada) estabelecida no art. 405 do Código Civil Português⁹⁴ e 421 do Código Civil Brasileiro⁹⁵, em uma fonte normativa consensual especial.

No Brasil, ainda de modo tímido e superficial, há debate doutrinário se formando acerca da possibilidade de estipular cláusulas não patrimoniais no pacto antenupcial, porém não sendo possível detectar um consenso entre os doutrinadores.

Entre os defensores da impossibilidade de estipulação de cláusulas extrapatrimoniais destacam-se, Pontes de Miranda⁹⁶, Sílvio de Salvo Venosa, Maria Helena Diniz e Paulo Lobo⁹⁷.

Maria Helena Diniz é enfática ao dispor que o pacto antenupcial é negócio dispositivo que só pode ter conteúdo patrimonial, não admitindo estipulações alusivas às relações pessoais dos consortes, nem mesmo as de caráter pecuniário que não digam respeito ao regime de bens ou que contravenham preceito legal.⁹⁸

Essa é a mesma linha de pensamento de Venosa para quem o “O pacto deve ter em mira exclusivamente os direitos patrimoniais e cabe ao cartorário encarregado de documentá-lo orientar os nubentes e recusar-se a inserir disposições nulas, levantando-se dúvida, se for o caso”

Na mesma linha de pensamento, Pontes de Miranda e Paulo Lobo entendem que as cláusulas e disposições do pacto antenupcial não podem ser estranhas a regulação patrimonial.

De forma diversa, há entendimento doutrinário de que não deve haver óbice para os ajustes extrapatrimoniais pois deve-se respeitar a vontade das partes, como Caio Mário da

⁹⁴Art. 405.º, CCP: (Liberdade contratual) 1. Dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprover. 2. As partes podem ainda reunir no mesmo contrato regras de dois ou mais negócios, total ou parcialmente regulados na lei.

⁹⁵Art. 421, CCB: A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, observado o disposto na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica.

⁹⁶PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti - **Tratado de direito privado - Parte especial - Tomo VIII**. p. 327-330.

⁹⁷LOBO, Paulo - **Direito Civil: Famílias**. p. 336

⁹⁸DINIZ, Maria Helena - **Curso de Direito Civil Brasileiro, v.5**. p. 171.

Silva Pereira⁹⁹ para quem os nubentes podem estabelecer o que interessa ao seu regime de bens, ou matérias outras pertinentes à sua vida conjugal”.

Igualmente anota Carlos Roberto Gonçalves eis que as partes podem eles estipular o que lhes aprouver, no tocante ao regime de bens ou outras questões pertinentes à vida conjugal, desde que, ao assim procederem, não violem disposição de lei imperativa ou proibitiva, como preceitua o art. 1.655 do Código Civil.¹⁰⁰

No entanto, a justificativa de se afastar disposições extrapatrimoniais em virtude da divergência de finalidade não merece prosperar, tendo em vista que o intuito do pacto antenupcial é dispor acerca de questões sobre o casamento e também da família, sendo assim, dispor sobre aspectos íntimos regularia da melhor forma a sociedade conjugal.

Apesar das controvérsias, o que rege no Código Civil Brasileiro vigente é uma liberdade ampla nos pactos antenupciais, sendo possível que as partes acordem incluir elementos estranhos no regime de bens desde que não seja contrária a lei. Isto porque ante a sociedade cada vez mais progressista, em que há uma ampla diversidade de combinações afetivas, as famílias suplicam por novas possibilidades jurídicas.

A grande questão está centrada na omissão legislativa, haja vista que apesar do parágrafo único do artigo 1.640 do Código Civil Brasileiro consagrar a possibilidade dos nubentes optarem por qualquer regime de bens através da convenção antenupcial, não deixa claro de que esta é a única finalidade do instrumento.

3.1 Conceito

Já explicitado, a convenção antenupcial tem conteúdo marcadamente patrimonial na sua formação, para garantir a proteção da massa de bens/direitos reservados, sobremaneira, depois do rompimento do vínculo matrimonial.

Apesar das premissas regulatórias similares em outros países, no Brasil, ainda é incipiente e superficial o tratamento jurídico sobre a temática. Recentemente, um alento, o Conselho da Justiça Federal, que abarca alguns doutrinadores mais vanguardistas no Direito das Famílias, aprovaram, em abril de 2018 o Enunciado n. 635 diz que na interpretação do artigo 1655, “O pacto antenupcial e o contrato de convivência podem conter cláusulas

⁹⁹PEREIRA, Caio Mário da Silva - **Op.cit.** p. 220.

¹⁰⁰GONÇALVES, Carlos Roberto - **Op. cit.** p. 463.

existenciais, desde que estas não violem os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre os cônjuges e da solidariedade familiar.”

Em que pese o superficial avanço doutrinário, ainda há muita resistência por boa parte da doutrina especializada. No meio jurídico em Portugal, hodiernamente, ninguém duvida que os nubentes possam modelar antecipadamente o conteúdo não patrimonial resultante do futuro enlace.

Como a própria nomenclatura explica as cláusulas extrapatrimoniais são ajustes realizados pelas partes contratantes que estipulam obrigações fora do contexto econômico. Afinal, o que une duas pessoas a contrair casamento, em regra, são os laços de afetividade¹⁰¹. Não fosse isso, duas pessoas de poucas ou nenhuma posse jamais casariam. Esse vínculo de afetividade, portanto, está longe do contexto patrimonial.

Com essa premissa é que se propõe às partes envolvidas mudar a dinâmica do contrato de convenção antenupcial, saindo da órbita patrimonialista preocupada em facilitar a ruptura do vínculo matrimonial, possibilitando aos nubentes estabelecer, por meio do exercício do princípio da autonomia da vontade, a variabilidade na relação afetiva através de cláusulas extrapatrimoniais visando a manutenção do vínculo matrimonial¹⁰².

A liberdade de estipulação contida no artigo 405º é tranquilamente interpretada pela doutrina lusitana com aplicabilidade nas questões não patrimoniais eis que as proibições estariam expressas em artigo próprio (Artigo 1699.º)¹⁰³ e não abarcaria determinados ajustes, significando, dessa forma, que compete às partes fixar ou estabelecer o conteúdo do contrato: seja complementando a legislação vigente a uma particularidade dos envolvidos (típico), seja combinando aspectos da regulação de contratos previstos na lei (celebrando, pois, um contrato misto), seja estabelecendo um conteúdo que difere do supletivamente previsto em lei, seja,

¹⁰¹ Rafael Guimarães de Oliveira e Tauã Lima Verdan Rangel aduzem que “o afeto é mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, par a ao fim e ao cabo, dar sentido e dignidade à existência humana”. E continuam: “Veja-se, assim, que o afeto como sentimento de busca e sustentáculo para importantes decisões que permeiam o Direito de Família, é, de suma, importante referência para decidir os passos de uma entidade familiar”. (OLIVEIRA, Rafael Guimarães de; RANGEL, Tauã Lima Verdan – **Op. cit.** p.48-49)

¹⁰² O casamento como maior expoente de formação da entidade familiar goza de especial proteção do Estado.

¹⁰³ Artigo 1699.º, CCP: “1. Não podem ser objecto de convenção antenupcial: a) A regulamentação da sucessão hereditária dos cônjuges ou de terceiro, salvo o disposto nos artigos seguintes; b) A alteração dos direitos ou deveres, quer paternos, quer conjugais; c) A alteração das regras sobre administração dos bens do casal; d) A estipulação da comunicabilidade dos bens enumerados no artigo 1733.º; 2. Se o casamento for celebrado por quem tenha filhos, ainda que maiores ou emancipados, não poderá ser convencionado o regime da comunhão geral nem estipulada a comunicabilidade dos bens referidos no n.º 1 do artigo 1722.º”

dependendo da imaginação das partes, estabelecendo um conteúdo que determine até a celebração de um contrato atípico e novo.¹⁰⁴

É possível identificar um núcleo vasto a ser disciplinado, incluindo em relação às quais a vida sexual, a fé religiosa e a confiança dos filhos, dentre outras situações da particularidade de cada indivíduo dentro de uma relação afetiva que gera uma relação jurídica própria, além do delineamento geral proposto pelo estado – a lei. No entanto, nesse arranjo por meio de convenções, é permitido o exercício de maior autonomia, o que é amplamente utilizado noutros contratos.¹⁰⁵

Sublinha-se a extrema conveniência de acordos deste tipo, configurando-os como uma espécie de “seguro contra os riscos” do casamento e antes do início da eventual fase de ruptura do vínculo. Trata-se de um arcabouço disponibilizado aos interessados calçados na prevenção e precaução de futuros dissabores externos às questões econômicas da relação matrimonial, fundamentado, especificamente, nos princípios da autonomia privada e na boa fé-objetiva.

Então, o convite para usar o instrumento da convenção antenupcial como de função da regulação preventiva de uma possível crise conjugal parece ser muito explícito. É possível encontrar listas detalhadas de precauções e receios que o rumo da relação conjugal possa tomar, especialmente nas questões de comportamento do consorte, eis que o que uma parte espera da outra, nada mais é que a conduta durante a fase pré-nupcial seja repetida durante toda a relação conjugal.

Não se desconhece que o tempo é parceiro da evolução das pessoas fazendo com que pensamentos e atitudes possam ser melhoradas ou como acontece, geralmente, toleradas. Não se está dispendo de banalidades, até porque o conceito deste último é subjetivo, mas de antever preocupações ou dissabores com as surpresas de mudança de comportamento.

É livre e permitido aos homens e as mulheres, quando se casam, para afixar cláusulas e condições como entenderem, desde que essas não tenham sido expressamente concebida em termos de proibições – afrontando à lei¹⁰⁶ ou terceiros.

¹⁰⁴SANTOS JÚNIOR, Eduardo dos – **Direito das Obrigações I**. p.25-27.

¹⁰⁵PINHEIRO, Jorge Duarte – **O Direito da Família Contemporâneo**. p. 533-534.

¹⁰⁶ Conforme leciona Menezes Cordeiro: “... a lei restringe o valor declarativo do silêncio (218º); fixa, para casos sensíveis, a exigência de uma forma solene para os negócios (219º), sob pena de nulidade (220º); dispõe regras cuidadas sobre a perfeição e a eficácia da declaração negocial (224º a 235º); rege a interpretação e a integração, em moldes que salientam a autonomia privada (236º a 239º); regula a falta e os vícios da vontade (240º a 257º) estipula sobre a representação (258º a 269º), prolongamento jurídico da autonomia privada; ocupa-se do conteúdo típico dos negócios (270º a 279º); veda negócios usurários (280º a 284º); enquadra as ineficácias do negócio (285º a 293º).” - Op cit, p. 43.

Apesar maior parte, no Brasil, as primeiras aberturas tímidas começam a ser registradas por parte da doutrina. Aqui será observado, em primeiro lugar, que com base na autonomia da vontade certamente não faltam elementos que, se tomados em conjunto, poderiam criar as condições para um clima mais favorável (ou, se preferir, menos hostil) que o nosso em relação à plena implantação da liberdade negociadora na fase pré-marital sobre as questões extrapatrimoniais¹⁰⁷.

Além dessas vozes isoladas, embora autoritativas, deve-se lembrar que a falta de contribuições em matéria de acordos pré-nupciais na contemplação de disposições sem conteúdo econômico suscita um aceso debate sobre o tema das convenções antenupciais, segundo a qual os cônjuges podem, por meio de acordo escrito, estabelecer critérios de individualização da disciplina aplicável as suas relações pessoais. Este pensamento foi encarado como uma extensão da autonomia privada na negociação entre os nubentes antes da celebração do casamento.¹⁰⁸

Já vimos que a instituição familiar, cujo casamento ainda figura no principal expoente, tem especial proteção estatal. Assim, a liberdade de acordos matrimoniais é mais extensa do que a liberdade contratual do direito comum. Em nome do casamento, o legislador aceita a inserção, num contrato de casamento, de cláusulas que, noutros contratos, estariam viciados de nulidade, v.g. aceita-se doação para casar, mas não se aceita doação para divorciar.

Uma primeira tentativa de diminuir a importância dessas estipulações foi no sentido de que as determinações de ordem extrapatrimonial podem ter nas decisões sobre o estado da pessoa, operando destaque como incentivo ao comportamento obstrucionista ao divórcio ou adesivo sobre o casamento¹⁰⁹. Essa mesma crítica já foi alvo as disposições patrimoniais, nos seus primórdios, sem que isso esvaziasse a virtude do instituto.

É verdade que, em geral, a parte interessada em obter um divórcio sem dúvida encontra hoje menos obstáculos do que no passado e que este assunto, pulverizou a obtenção da dissolução do vínculo (sempre, é claro, que as condições exigidas pela lei existem), resultado disso é o seu crescente número.

Dessa forma, se entende, é que na perspectiva concreta, qualquer regra que implique em dificuldade no desejo de se livrar de um vínculo que se tornou pesado - e, acima

¹⁰⁷ ASSIS NETO, Sebastião de; JESUS, Marcelo de; MELO, Maria Izabel de – **Op. cit.** p.1573.

¹⁰⁸ PINHEIRO, Jorge Duarte – **Op. cit.** p. 535.

¹⁰⁹ LOBO, Paulo – **op. cit.** p.337

de tudo, induzir o cônjuge em questão a conceder muito mais ao outro do vertido em lei, figuraria abuso ao direito de estabelecer regramento próprio.

Cumprido ressaltar que, em primeiro lugar, os acordos preventivos não podem dispor, como objeto direto, o estado civil, como seria o caso se, por exemplo, as partes assumissem compromissos em termos como “obriga-se o divórcio”, “promete-se não pedir a separação”, “promete-se não fazer valer qualquer possível causa de invalidez do nosso casamento”, etc. É sabido que o estado da pessoa humana como direito da personalidade¹¹⁰ que tem em suas características a indisponibilidade, resta, pois a sua inviolabilidade por cláusulas perniciosas nesse sentido.

Em Portugal, por exemplo, proíbe-se que na convenção antenupcial se alterem os direitos e deveres quer paternais, quer conjugais. Não se pode, portanto, alterar as regras dos artigos 1874º e seguintes, nem as regras dos artigos 1672º e seguintes.¹¹¹

A oposição de tal pacto, deixa-se claro que com os princípios de ordem pública não podem hoje ser revogados sem dúvidas. Mas o que a opinião dominante está preocupada em evitar é que as determinações dos cônjuges não sejam influenciadoras sobre seu estado, apenas indiretamente influenciadas pelas cláusulas extrapatrimoniais previamente estipuladas.

As linhas seguintes visam precisamente mostrar que tal preocupação não tem razão de existir, sempre que as partes se limitam a prever comportamentos (fazer/não fazer) do eventual matrimônio, sem se comprometerem a manter condutas diretas que afetam o estado civil.

Se o acima exposto se aplica às condições que sugerem uma desvantagem para um dos contratantes, a princípio deve aplicar-se a sua abusividade e classificá-la como àquelas que atribuem um evento estritamente ligado ao comportamento (vontade) deste último em relação à sua esfera pessoal – potestatividade da cláusula¹¹². Uma parte não pode ser refém da outra em qualquer relação jurídica.

¹¹⁰ Para Rubens Limongi França os “direitos da personalidade dizem-se as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim da sua projeção essencial no mundo exterior” (FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de direito civil**. p. 1.033)

¹¹¹ Mencionam os deveres dos pais perante os filhos e os deveres entre os cônjuges respectivamente.

¹¹² GAGLIANO E PAMPLONA FILHO esclarecem a respeito da potestatividade de uma cláusula: “A segunda hipótese de cláusula vedada diz respeito às condições puramente potestativas, que são aquelas que derivam do exclusivo arbítrio de uma das partes. Não se confundem, outrossim, com as condições simplesmente potestativas, as quais, dependendo também de algum fator externo ou circunstancial, não caracterizam abuso ou tirania, razão pela qual são admitidas pelo direito. As condições puramente potestativas caracterizam-se pelo uso de expressões como: “se eu quiser”, “caso seja do interesse deste declarante”, “se na data avençada, este declarante considerar-se em condições de prestar” etc. Todas elas traduzem arbítrio injustificado, senão abuso de poder econômico, em franco desrespeito ao princípio da boa-fé objetiva. Por outro lado, as condições simplesmente potestativas, a par de derivarem da vontade de uma das partes apenas, aliam-se a outros fatores, externos ou circunstanciais, os quais amenizam eventual predomínio da vontade de um dos declarantes sobre a

3.2 Natureza Jurídica

Do mesmo modo que a convenção patrimonial é adstrita a característica de contrato que garante a variabilidade dos regimes de bens da futura relação conjugal, não se encontra substrato capaz de seguir outro caminho senão o da contratualidade ou, como dito, negócio jurídico da família com enfoque em questões não patrimoniais.

Essas considerações também contribuem, portanto, para reforçar a conclusão de que é mais lúcido as partes encontrar remédios adequados a sua particularidade, mesmo como medida preventiva, do que uma proteção institucional (estatal) efetiva no mesmo nível do Direito das Famílias.

Embora as Constituições¹¹³ não façam menção expressa, nem refiram o mais estruturante princípio da sociedade: o do respeito pelos contratos, malgrado possam ser induzidos a partir de vários preceitos. Este núcleo significativo e axiológico não fica diminuído pela não consagração constitucional expressa, haja vista que as codificações (brasileira e portuguesa) conferem força obrigatória aos contratos (*pacta sunt servanda*) não apenas porque voluntariamente queridos – discricionariedade das partes contratantes – e sim porque seus efeitos são socialmente adequados, proporcionais, razoáveis e equitativos.¹¹⁴

Assim, o móvel questionador dessas disposições é investigar se defluem como forma de reforçar uma disciplina estabelecida propriamente na lei ou, ao contrário, em caso omissão legal, ou seja, na ausência de disposição legislativa, pode a parte estabelecer regras de conduta (comportamento) sobre a outra e vice-versa. Para tanto, cumpre fazer a diferenciação de alguns institutos afetos.

3.2.1. Dever Jurídico

É curial ter elementos que remetam ao estudo do Direito das Obrigações, para acompanhar o raciocínio dessas possíveis estipulações que podem ocorrer na contratualização da convenção antenupcial.

do outro. Tome-se a hipótese do indivíduo que promete doar vultosa quantia a um atleta, se ele vencer o próximo torneio desportivo. Nesse caso, a simples vontade do atleta não determina a sua vitória, que exige, para a sua ocorrência, a conjugação de outros fatores: preparo técnico, nível dos outros competidores, boa forma física etc.”(GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo – **Op. cit.** p. 348-349.)

¹¹³ Portuguesa e Brasileira.

¹¹⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de - **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia.** p.21.

O contrato, fruto da vontade humana, é aclamado dentre as fontes das obrigações no Direito, sem dissenso. Conseqüentemente, questões ali elaboradas, podem ser negociadas pelas partes envolvidas desde que observadas certas limitações.

Assim, dentro do contexto do Direito das Obrigações o dever jurídico é a sujeição da pessoa ao cumprimento do comando normativo, sob pena de sanção. Importa a necessidade de observância de determinado comportamento, em virtude de imposição do ordenamento jurídico. Ele é a contrapartida de todo direito subjetivo. É um termo amplo que abrange os deveres oriundos do direito das obrigações, de família, penal, da personalidade, reais, etc. Trata-se de dever genérico, que recai sobre toda a coletividade, chamada, também, de obrigação *lato sensu*, v.g. é obrigação do filho respeitar o pai.¹¹⁵

O dever jurídico pode ter conteúdo patrimonial ou extrapatrimonial. Sob tal estado de sujeição, as partes podem ser acentuar as disposições gerais, ou, em algumas ocasiões, mitigá-las.¹¹⁶

3.2.2. Obrigação

Nesse mesmo enfoque é curial estabelecer outro instituto dentro do Direito das Obrigações que permeiam as relações jurídicas que decorrem da obrigação *lato sensu*. Nas palavras da doutrina obrigação é o dever jurídico específico e individualizado, que incide sobre pessoas determinadas ou determináveis, decorrente de uma relação jurídica, para efetuar uma prestação (dar, fazer, não fazer) em favor de um credor.¹¹⁷

É diferente do dever jurídico, pois este enfatiza o dever. A obrigação, é bilateral, há dever, mas também, direito. Toda obrigação contém um dever jurídico, mas a obrigação é mais que o dever jurídico, pois contém o direito do credor exigir a prestação.¹¹⁸

O termo obrigação é, também impropriamente, referenciado ao dever genérico, isto é, ao dever de adotar uma conduta (nomeadamente omissiva), mas que não se insere numa prévia relação jurídica, como o dever de respeitar a vida de outrem ou a sua propriedade ou, em geral, de não interferir com um direito de outrem, esse é o sentido amplo de obrigação, ou mais precisamente, o dever jurídico.

¹¹⁵ TARTUCE, Flávio - **Op. cit.** p. 304.

¹¹⁶ Diferentemente a doutrina portuguesa só admite dever jurídico sem conteúdo patrimonial. (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes - **Direito das obrigações. v.1: introdução da constituição das obrigações** .p.12-13.)

¹¹⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson – **Op. cit.** p.687.

¹¹⁸ TARTUCE, Flávio - **Op. cit.** p. 303.

Esse vínculo jurídico, portanto, se distingue daquelas obrigações puramente morais ou sociais, que são aqueles deveres de consciência (por exemplo, pagar um dízimo para a igreja, ajudar um amigo). Essas obrigações puramente morais, não são jurídicas, porque se forem descumpridas não há nenhuma sanção jurídica.¹¹⁹

O artigo 397º do Código Civil Português da uma noção quando alude que “obrigação é o vínculo jurídico por virtude do qual uma pessoa fica adstrita para com outra à realização de uma prestação.”

De longa data a discussão se na obrigação está inculcida o carácter patrimonial, ou seja, a possibilidade de aferição pecuniária do vínculo criado ou se pode haver obrigações em que o vínculo não tenha carácter patrimonial.¹²⁰

No Código Civil Português a questão é elucidada no que se refere expressamente que a obrigação não necessita de ter valor pecuniário - artigo 398º, nº 2.¹²¹

No Brasil, vigora a definição de que a obrigação deve ser economicamente apreciável. Então, em toda obrigação a prestação deve ser econômica, é o que distingue a obrigação de dever, porque se não tem conteúdo econômico, não é obrigação, é dever, que é o caso do dever de fidelidade, de assistência moral, existente no casamento.¹²²

3.3 Autonomia Privada – Autodeterminação dos nubentes

Podemos, assim, exprimir, como princípios fundamentais do Direito das Obrigações: o princípio da autonomia privada e o princípio da boa fé.

Os artigos que regram acerca do pacto antenupcial devem estar em consonância com as demais normas do ordenamento jurídico, daí que o princípio da autonomia da vontade, no qual confere a possibilidade dos particulares de criarem normas jurídicas, deve-se ter o máximo possível de efetividade.

Um dos elementos fundantes da operacionalização das disposições não patrimoniais pelos nubentes na convenção antenupcial é o princípio da autonomia privada. De acordo com este Princípio, as partes são livres para estipularem as cláusulas contratuais e o

¹¹⁹ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – **Op. cit.**p.12-13.

¹²⁰ *Idem* - p.83-86.

¹²¹ Art.398, nº2, CCP: “A prestação não necessita de ter valor pecuniário; mas deve corresponder a um interesse do credor, digno de protecção legal.”

¹²² HINORAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; MORAES, Renato Duarte Franco de - **Direito Civil**, v.2. p.32.

tipo de contrato que elas vão celebrar. Essa autonomia abrange: a liberdade de escolher com quem vão contratar e o conteúdo do contrato.¹²³

Conforme Menezes Cordeiro a autonomia privada significa que a cada qual é reconhecido um espaço de liberdade na vida jurídica, por tal modo, que voluntariamente, desencadeie efeitos jurídicos reconhecidos por lei.¹²⁴

Os civilistas distinguem a liberdade de contratar da liberdade contratual. A primeira seria praticamente absoluta, pois é o direito de celebrar ou não o contrato: eu contrato se eu quiser e também tenho o direito de escolher a pessoa com quem vou contratar. Sofrendo algumas limitações legais.¹²⁵ Já a liberdade contratual é o direito que as partes têm de fixar de comum acordo as cláusulas contratuais.

A autonomia privada encontra a sua principal expressão, justamente, na liberdade contratual. Esta abrange: a liberdade de contratar ou não e a liberdade de estipulação.¹²⁶

Pelo princípio em voga, as partes têm a liberdade de contratar ou não, pois ninguém é obrigado a celebrar um contrato. Há também a liberdade para estipularem as cláusulas contratuais, ainda que essas cláusulas disponham de forma diferente da legislação, porque as normas do Código Civil sobre contratos, em regra, são normas supletivas, isto é, subsidiárias e podem ser alteradas pela vontade das partes. No silêncio do contrato se aplica, subsidiariamente, as normas do Código Civil que regem determinada situação.¹²⁷

Porém, este Princípio não é absoluto e sofre três limites: pelo Princípio da Supremacia da Ordem Pública, pelo Princípio da Função Social dos Contratos e pelo Princípio da Boa-Fé Objetiva, sendo que estes dois últimos Princípios traduzem a noção de Socialidade .

¹²³ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson – **Op. cit.** p.1029-1030.

¹²⁴ CORDEIRO, António Menezes - **Direito das obrigações**, v.1.p. 56-57.

¹²⁵ A exemplo da proibição do tutor adquirir bens do menor contida no artigo 1937º, 2º, CCP e da proibição do administrador de comprar o bem que administra nos termos do art. 497, CCB.

¹²⁶ MARTINEZ, Pedro Romano – **Direito das Obrigações**. p.30.

¹²⁷ Nesse sentido o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça: “I - As partes, dentro dos limites da lei, tem a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, de celebrar contratos diferentes dos previstos na lei e incluir neles as clausulas que lhe aprovam. II - Esta regra constitui um principio geral de direito, sendo comum ao direito comum e ao direito comercial e assenta, em termos genéricos, nos ditames da boa-fé e na salvaguarda da imperatividade da norma, da ordem publica e dos bons costumes.III - O devedor que falta culposamente ao cumprimento da obrigação torna-se responsável pelo prejuízo que causar ao credor.” (Processo: 076121, Nº Convencional:JSTJ00010248, Relator: SOARES TOME, Data do Acórdão:24/05/1988)

Nesse sentido, é amplamente difundida a ideia de que o Direito Civil contemporâneo vem permeado de um espírito anti-individualista, na diretriz da socialidade que permeia as interpretações das regras jurídicas.¹²⁸

Vale lembrar também que o princípio da Função Social do Contrato, portanto, é um princípio explícito, não elimina o Princípio da Autonomia da Vontade, somente o limita.

O Enunciado 23, CJF, diz que “a função social do contrato não elimina o Princípio da Autonomia Contratual, mas, apenas atenua ou reduz o seu alcance, principalmente para proteger interesses metaindividuais ou interesses individuais relativos à dignidade da pessoa humana.”

O princípio da autonomia da vontade também está ligado a ideia de que, em matéria privada, compete às partes estabelecer tudo que a lei não proíbe. A proibição, como já explanado, dá-se sobre questões de ordem pública e direitos indisponíveis, tais como boa parte dos direitos da personalidade¹²⁹. Nessa, toada que é igualmente verdade que tanto o Código Civil Brasileiro quanto o Português não mencionam expressamente a possibilidade de acordos preventivos em matéria não patrimonial. O fato de não conter regras especificamente dedicadas a contratos pré-nupciais em matéria não patrimonial, mas nessa ordem há a disponibilidade preventiva ligados aos deveres do casamento, por exemplo, como uma manifestação de autonomia privada em matéria de convenções antenupciais.

É claro que a incidência da autonomia privada na família, não pode ser exercida do mesmo modo sobre obrigações que implicam resultado econômico imediato. É necessário fazer uma releitura propensa a ampliar a lacuna aberta pelos códigos prevendo convenções antenupciais, propondo aos nubentes a possibilidade de contratualizar questões fora dos bens da relação conjugal.

¹²⁸Conforme Tartuce, o Princípio da Socialidade consiste na prevalência dos interesses coletivos sobre os interesses individuais. O escopo de uma visão mais coletiva, mais social. Acerca do conceito de contrato, hoje se fala muito em função social do contrato, boa-fé objetiva, etc. Então, isso é um vetor de interpretação - **Op cit.** p.45.

¹²⁹O professor José de Oliveira Ascensão faz uma análise da pessoa sobre três vertentes perante o Direito: I – Como sujeito de Direito - O homem tem necessariamente de ser reconhecido como sujeito, actor na vida jurídica. Poderá haver outras entidades que sejam também acolhidas como sujeitos: o homem não pode deixar de o ser, porque só assim se exprime na vida social sua autonomia; II – Como fundamento do Direito - Todo o Direito é constituído por causa do homem, diziam os romanos já. É porque há o homem que o Direito existe. A justificação profunda do Direito encontra-se sempre na realidade da pessoa. Há outras entidades que são também essenciais na vida social, e portanto exigem igualmente a sua contemplação. Particularmente estão em causa as formações sociais em que o homem necessária e voluntariamente se integra. Mas essas formações sociais, por mais importantes, são instrumentais. A sua valia, muito grande, reside em última análise em serem indispensáveis para a realização do homem; III – Fim do Direito - O homem não só funda o Direito, como este se destina todo a servir o homem. É para realização do homem que a ordem jurídica existe. A globalização de sua organização, mesmos nos aspectos mais técnicos, tem o sentido de servir o homem que a integra. (ASCENSÃO, José de Oliveira – **Op. Cit.** p. 59.)

As razões, dadas em apoio a essa atitude para a expansão da autonomia privada na família, superam o receio do desequilíbrio na manifestação de vontade em detrimento do cônjuge mais fraco e à incursão no que diz respeito às situações que por sérias razões aconselharia a remover essas faculdades aos nubentes de estabelecer opções individuais. A elas as mantêm atualizadas e representam o termo de comparação para se referir à plausibilidade e conveniência da contratualização dos aspectos extrapatrimoniais do casamento, em torno dos quais gravitam as posições mais contemporâneas, nas quais ecoam as vozes favoráveis à promoção autonomia dos cônjuges.¹³⁰

Admitir expressamente, também, que o Direito das Famílias pode conter normas disciplinadoras de contratos, tema do debate entre autonomia da vontade na seara da família, está passando por uma época que é muito rica em estudos e contribuições que, do lado doutrinal e jurisprudencial, são para enriquecer um debate ao qual geralmente são atribuídas todas as características da "modernidade".¹³¹

A possibilidade de considerar que, nesse caso, as cláusulas que fogem do estatuto patrimonial do casal também podem ser consideradas, tendo o acordo sido livremente ajustado e ambos os cônjuges compreendido as suas implicações. Tal entendimento enfatiza o respeito necessário à autonomia privada, observando que seria paternalista e invasivo neutralizar o acordo apenas porque o “tribunal ou legislador” sabe melhor que as próprias partes envolvidas. Em vez disso, enfatiza a utilidade e importância dos acordos pré-nupciais em relação ao destino não patrimonial no curso da relação.

No entanto, toma-se cuidado para evitar soluções desequilibradas decorrentes dessa disponibilidade contratual: os acordos não podem ser aprovados quando surgir alguma vantagem da inexperiência ou da labilidade psíquica, bem como onde alguma renúncia no que toca a direitos indisponíveis¹³². Por exemplo, o estabelecimento de uma cláusula que renúncia o exercício do poder familiar por um dos cônjuges para celebrar o casamento.

Ademais, a liberdade não pode ser resultar prejuízo a terceiros sob pena de violação da relatividade contratual.¹³³Essa transferência das disposições é considerada

¹³⁰ DIAS, Maria Berenice. **Op. cit.** p. 314.

¹³¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson – **Op. cit.** p.312-313.

¹³² Segundo Stolze e Pamplona o direito indisponível é que aquele que a parte não pode abrir mão e não pode ceder para outra pessoa. Então, são indisponíveis porque o exercício do direito não pode ser cedido e o titular do não pode limitar esse direito por sua vontade. **Op. cit.** p.150.

¹³³ Conforme a doutrina, o contrato gera obrigação entre as partes (efeito *inter partes*), quer dizer que as obrigações estatuídas vinculam somente àqueles que manifestam a sua vontade. (DINIZ, Maria Helena – Curso de Direito Civil Brasileiro, v. 3. p. 38-39)

inadmissível, portanto ilícitos, a menos que se baseiem em justificativas adequadas para justificá-lo.¹³⁴

A mesma razão nos ajuda a enquadrar o princípio que diante da mais liberdade de negociação que caracteriza os contratos matrimoniais – não permite a irrestrita disposição, a fim de evitar o risco de que os cônjuges pudessem prever uma “restrição do exercício do poder familiar pela mulher”¹³⁵, seu direito natural – de ser em tal união "o mestre e o chef".¹³⁶ Certamente, é um resquício da mentalidade dominada pelos homens e, em alguns aspectos, "punitiva" em relação às mulheres, típica da época da “*capitis deminutio*”.¹³⁷

Nesse caso, a nulidade da cláusula é baseada na contrariedade à ordem pública (não apenas porque estimulador à discórdia, bem como condutor de esforços contrário a preservar o casamento e encorajar o divórcio) pela qual o Estado teria interesse em assegurar, nesse caso, que a esposa fosse apoiada adequadamente, observa que a tendência entre as jurisdições atuais é direcionar a proibição dos acordos antenupciais que estimulem o divórcio.

Ao contrário, a regulação da convenção antenupcial por cláusulas que garantam a variabilidade da relação jurídica adequada às particularidades dos cônjuges resulta que tais acordos promovem a estabilidade conjugal ao definir as expectativas e responsabilidades de cada parte.

Então podemos partir da premissa que, o acordo é considerado, em princípio, válido, desde que satisfaça as três condições seguintes, além das gerais¹³⁸:

- a) que é livremente estipulado, sem vícios na manifestação da vontade (erro, dolo, coação, lesão, estado de necessidade, fraude contra credores);
- b) que exista um esclarecimento técnico às partes acerca das disposições realizadas e seus efeitos;
- c) que o acordo não visa favorecer o divórcio ou fazer com que uma parte lucre com ele;
- d) que as estipulações não contrariem à ordem pública, relativizem direitos indisponíveis ou prejudiquem terceiros;

¹³⁴ v.g. : a nomeação de um tutor para os filhos menores em caso de falecimento do cônjuge.

¹³⁵ Afrontando o Princípio da igualdade entre os cônjuges exposto no item 1.2.3.3 deste estudo.

¹³⁶ PINHEIRO, Jorge Duarte. **Op. cit.** 488-489.

¹³⁷ Segundo Cretela Júnior, a *capitis diminutio* era personalidade reduzida proveniente do Direito Romano, no qual a mulher era considerada incapaz de exercer os atos de *per si*, necessitando ser tutelada pelo homem. (CRETELA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Romano: o direito romano e o direito civil brasileiro.** p. 28.)

¹³⁸ 106, CCB e 280º, CCP e conforme disposto no item 2.3 deste trabalho.

Uma primeira observação, para apoiar esta tese, vem dessa doutrina que estabeleceu um interessante paralelo a esse respeito com a situação "antagonista" em relação àquele aqui em questão, a saber, a celebração do casamento. Precisamente no que diz respeito à "pureza" da vontade matrimonial, que não poderia ser sujeita a nenhuma compressão, desde que a liberdade absoluta do sujeito é salvaguardada com respeito à celebração do matrimônio, observou-se que o sistema permite ao sujeito induzir-se ao matrimônio por razões não patrimoniais, embora não sejam determinantes de consentimento, indubitavelmente o orientam e apoiam. De fato, a lei parece até querer que o sujeito no momento do consentimento constate suas perspectivas sobre casamento através da estipulação de convenções matrimoniais mais adequadas para a proteção de seus interesses em relação às circunstâncias e às necessidades da vida.¹³⁹

O argumento acima referido constitui o primeiro passo de uma análise cujo ponto crucial é ver se e em que medida a ordem protege a liberdade das partes em suas determinações relativas ao estado ou em qualquer caso, os aspectos indisponíveis das relações humanas como pertencente à esfera das relações pessoais e sexuais, com referência ao condicionamento que podem sofrer em suas próprias decisões.¹⁴⁰

Sabe-se que a proteção da propalada liberdade (autonomia da vontade) das determinações dos sujeitos na esfera pessoal e sexual é deixada à sanção da nulidade em razão de violação da ordem ou moralidade pública.¹⁴¹

Além disso, a invalidade sempre decorre do fato de o aspecto pessoal ser trazido pelos sujeitos para constituir uma parte integrante da vida matrimonial (por exemplo, eu me comprometo a viver na região litorânea e você se comprometer, em retorno, praticar

¹³⁹ Votos do casamento religioso é exemplo disso:

“Eu ... recebo a ti, ..., como minha legítima esposa (ou meu legítimo marido),

Prometo ser fiel,
Amar-te e respeitar-te
Na alegria e na tristeza,
Na saúde e na doença,
Na riqueza e na pobreza,
Por todos os dias da nossa vida
Até que a morte nos separe”

¹⁴⁰ Interessante posicionamento de FARIAS;ROSENVALD;BRAGA NETO para quem o contrato é veículo de livre desenvolvimento da personalidade, meio de realização da dignidade humana. Se, em virtude da disparidade de poderes, for excluída a liberdade de decisão de uma das partes, não haverá nem liberdade como justiça contratual, pois a autodeterminação requer uma justa conformação de interesses. Vale dizer, a pós-modernidade traz à baila um conceito de liberdade. Mais comumente denominada de “liberdade positiva”, caracteriza-se pela prévia decisão política de possibilitar a liberdade dos indivíduos por meio da igualdade e da distribuição de recursos. (FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson – **Op. Cit.** p.1030.)

¹⁴¹ v.g. decisão do Conselho Nacional de Justiça proibindo que os cartórios extrajudiciais realizem escrituras de união poliafetiva.

sadomasoquismo). Deve ser levado diretamente em consideração pelas partes como o objeto de uma obrigação precisa que esses gostariam de ser juridicamente vinculantes e, portanto, processualmente operáveis.

O fato de prejudicar a manifestação da vontade, quando a consciência social se reconecta na percepção do vício torna o valor moral do comportamento requerido, isto é, quando o condicione - mesmo que consista em um feito em si lícito - exercer uma situação sobre a vontade das partes, a fim de se comportar de uma forma que o conhecimento social e os princípios da ordem pública sejam vilipendiados.

3.3.2 Limites de estipulação – Dignidade da Pessoa Humana

A vontade negocial deve abranger os efeitos – variáveis consoante o tipo de negócio considerado – fundamentais, podendo os demais ficar a cargo de regras supletivas. E da mesma forma – já que a autonomia tem limites – deve entender-se que em certos negócios, se provoca a aplicação de normas cogentes, que o declarante não pode afastar. Por razões de coerência, os efeitos assim desencadeados não podem, contudo, assumir natureza negocial; a vontade opera, perante eles, como um fato jurídico em sentido estrito, ainda que funcionalmente subordinado a um negócio em sentido próprio.¹⁴²

Para Oliveira Ascensão, os direitos da personalidade são um ramo especial do direito civil que coloca a pessoa humana no núcleo da valoração jurídica, representando na esfera civil a cristalização do princípio da dignidade humana erigido na Constituição.¹⁴³

O estágio atual do direito civil indica um caminho diferente do que tradicionalmente observado até então, passando do caráter patrimonialista para ser centrado na pessoa humana e suas formas de aglomerações, como por exemplo as associações. O objeto de proteção principal das relações jurídicas privadas muda de enfoque, cuja a pessoa humana é o seu centro.¹⁴⁴

Essa difusão e influência dos princípios fundamentais, sobretudo da dignidade da pessoa humana sobre as relações privadas, induz cada vez mais o fenômeno da constitucionalização do direito civil¹⁴⁵, fazendo com que esses princípios atuem diretamente no âmbito privatista.

¹⁴² CORDEIRO, António Menezes - **Direito das obrigações**, v.1. p. 71-75.

¹⁴³ ASCENSÃO, José de Oliveira – **Direito Civil: Teoria Geral. Introdução. As Pessoas. Os Bens**. p. 36.

¹⁴⁴ ASSIS NETO, Sebastião de; JESUS, Marcelo de; MELO, Maria Izabel de – **Op cit.** p.68.

¹⁴⁵ Conforme leciona Daniel Sarmento “nenhum ramo do Direito, público ou privado, sobrevive hoje às margens da normatividade constitucional. Pelo contrário, a supremacia hierárquica da formal e material da Constituição,

Diante desse panorama, nascem outros princípios como forma de alavancar e sustentar tal intento, tendo em vista que a forma de proteção da pessoa requer a influência de pilares como a ética e a solidariedade nas relações particulares, resultado da concepção que seus efeitos têm sim incidência externa no contexto social e que por isso merecem uma análise muito além da repercussão imediata.

A pessoa humana ganha adjetivo fundamental, fulcrada em sua dignidade, que se vê consagrada como princípio estruturante nas constituições dos estados modernos, dos quais Brasil e Portugal se incluem, projetada no âmbito privado seus reflexos e moldando seus efeitos nas relações jurídicas ajustadas.

Enquanto fenômeno histórico e cultural, o Direito é uma criação humana, sendo utilizado por pessoas, serve os seus interesses e os seus fins e sofre as vicissitudes que a Humanidade lhe queira imprimir. Neste sentido, a pessoa humana é o cerne, o ponto central, não constituindo qualquer instituto jurídico. É o foco de cada solução ou norma, mas não integra modelos de decisão específicos que, de modo particular, a tenham em conta.¹⁴⁶

Impende, portanto, sublinhar que a aplicação e interpretação do direito civil tende a considerar a necessidade de se sobrepuzar a importância da concepção do indivíduo enquanto pessoa e não como ser dotado de patrimônio, sem, contudo, esquecer das relações patrimoniais das obrigações, contratos e do direito das coisas, mas colocando a pessoa em primeiro plano.

A chamada constitucionalização do direito civil ou direito civil constitucional. A respeito do tema, Daniel Sarmiento observa que “é indispensável no contexto de uma sociedade desigual, na qual a opressão pode provir não apenas do Estado, mas de uma multiplicidade de atores privados, presentes em esferas como o mercado, a família, a sociedade civil e a empresa”.¹⁴⁷

Nesse contexto, como exemplo, o Princípio da Função Social limita a Autonomia Privada, uma vez que toda vez que aparecer um interesse metaindividual, que extrapole o interesse individual dos contratantes, o contrato deve observar o interesse coletivo e o contrato também deve observar a dignidade da pessoa humana.¹⁴⁸

fiscalizada e promovida por variados instrumentos de jurisdição constitucional, bem como o reconhecimento da força normativa de toda a Lei Maior, induziram à fecundação de todos os ramos do direito pelos valores, princípios e diretrizes hospedados em sede constitucional”. (SARMENTO, Daniel – **Direitos Fundamentais e relações privadas**. p. 286.)

¹⁴⁶ CORDEIRO, António Menezes – **Tratado de direito civil português: parte geral**. p. 371.

¹⁴⁷ SARMENTO, Daniel – **Op. Cit.** p.223

¹⁴⁸ [...] o progressivo dimensionamento social do contrato e sua adequação aos valores morais, econômicos e sociais presentes na comunidade tornam impraticável a perpetuação de um conceito racional de contrato, perspectivado puramente pela individualidade e autonomia, Para evitar que ele se converta em instrumento de

Especificamente nos acordos pré-matrimoniais, no que diz ao princípio da dignidade da pessoa humana, não deve ser deixado de lado, devendo, ainda, estar em harmonia com o princípio da autonomia da vontade, isso porque aos nubentes poderiam ser válidas cláusulas como, por exemplo, o pagamento de indenização em caso de adultério, desde que observado o princípio da dignidade da pessoa humana e a isonomia entre o casal.

Deste modo, se o pacto antenupcial é um negócio jurídico bilateral, a prestação e a contraprestação devem ser equivalentes, de modo que não cause prejuízo a uma das partes sob pena de nulidade. Ainda, tem-se que ter em vista os direitos fundamentais e de personalidade, não sendo permitido que se confira direitos para um cônjuge em detrimento de outro.¹⁴⁹

4 Do Princípio da Boa-fé

A relação matrimonial, em geral, tem a particularidade que previamente ao seu termo inicial existe o período de “experimentação”, tais como o namoro, o noivado, chamado de pré-nupcial sobre o qual, em tese, inexistem maiores repercussões jurídicas imediatas. No entanto, baseado no interesse comum de aprofundar a relação, as partes decidem “dar o passo adiante” com o casamento, criando a expectativa de que o comportamento desenvolvido se mantenha nos termos apresentados pelo outro nubente, ou até então, conhecidos pela parte contratante.

Importante parâmetro para a aceitação da possibilidade da estipulação das cláusulas extrapatrimoniais nas convenções antenupciais está o princípio da boa-fé, eis que sua aplicabilidade nada mais é que a operacionalização deste importante instituto das relações privadas direcionado com a conduta dos negociantes, no caso, os nubentes, contratantes das convenções antenupciais.¹⁵⁰

A vontade das partes toma o lugar da lei como forma de preservar o casamento, o lar das famílias e de dar às casas os mais ilustres meios de conviver melhor. Existe uma

opressão – e para convertê-lo em meio de libertação - , será impregnado pela justiça e pela solidariedade.(FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson – **Op. cit.** p.1029.)

¹⁴⁹ Interessante trazer a conhecimento o Enunciado doutrinário nº 274 do Conselho da Justiça Federal: Enunciado nº 274, CJP – Art. 11. Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). 2 Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação.

¹⁵⁰ A boa-fé objetiva deve guiar as relações familiares, como um manancial criador de deveres jurídicos de cunho preponderantemente ético e coerente (SUPERIOR Tribunal de Justiça – **Acórdão no processo REsp 1025769/MG** – , de 01 de setembro de 2010. Relatora Ministra Nancy Andrighi.)

grande expectativa de que a outra parte na relação contratual não frustrará as expectativas com o pactuado.

Dedicado à importante questão de saber quais os limites da autonomia privada na eliminação ou atenuação das consequências do princípio da boa fé. Que são nulas todas as convenções ou cláusulas que visem diretamente eliminar, ou simplesmente diminuir, a exigência de boa fé na formação e execução dos contratos.

Há de salientar que existem duas acepções de boa-fé: uma subjetiva e outra objetiva. A boa-fé subjetiva é um estado psicológico em que a pessoa possui a crença de ser titular de um direito que em verdade só existe na aparência.¹⁵¹

O princípio da boa-fé objetiva é parte integrante do Direito das Obrigações. Trata-se da “confiança adjetivada”, uma crença efetiva no comportamento alheio¹⁵².

No Código Civil Brasileiro contempla expressamente os ditames da boa-fé¹⁵³ nas relações contratuais. Do mesmo modo opera o Código Civil Português.¹⁵⁴ Cerca de setenta artigos fazem referência ao princípio da boa fé no diploma português, para se ter a importância desse princípio dentro das relações jurídicas que se desenvolvem pelo regime privado que regula.¹⁵⁵

De um modo geral, a doutrina e a jurisprudência dos dois países tem adotado semelhantes posicionamentos acerca deste importante princípio, muito influente nas relações privadas.

Portanto, a fonte de direitos e obrigações não é apenas a lei e nem apenas o que está escrito no contrato. Hoje, o princípio da boa-fé objetiva revela-se como um vetor interpretativo, normativo e axiológico.

A boa-fé objetiva é um preceito de ordem pública, logo, o Juiz deve examiná-la de ofício. Não é preciso que alguém requeira.

¹⁵¹FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson – **Op. cit.** p.1063.

¹⁵²*Idem.*

¹⁵³ Art. 113, CC: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”; Art. 422, CC: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

¹⁵⁴ Art. 227.º, 1, CCP: “Quem negocea com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte”; Art. 239º, CCP: “Na falta de disposição especial, a declaração negocial deve ser integrada de harmonia com a vontade que as partes teriam tido se houvessem previsto o ponto omissis, ou de acordo com os ditames da boa fé, quando outra seja a solução por eles imposta”; Art. 762.º, 2, CCP: No cumprimento da obrigação, assim como no exercício do direito correspondente, devem as partes proceder de boa fé.

¹⁵⁵ CORDEIRO, António Menezes - **Op. cit.** p.118.

O fundamento constitucional do princípio da boa-fé objetiva é o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, acrescentou ao mesmo o atributo da probidade, que é o comportamento moral das partes, a observância de um comportamento correto, pois as partes devem agir de maneira íntegra.¹⁵⁶

Tal representação ganha força do Direito Alemão com a expressão *Treu und Glauben* – **fidelidade e crença**.¹⁵⁷

A boa fé em sentido objetivo remete a uma expectativa de conduta: significa, antes de mais nada, a esperança de um comportamento leal e honesto. Nas diferentes situações, pode permear em deveres de lealdade, de segurança ou proteção e de informação. É a tutela da confiança, trata-se, afinal, de um princípio à luz do qual se devem processar os comportamentos das partes na execução do vínculo obrigacional, por modo a que se satisfaçam plenamente os interesses perseguidos das partes e se lhes evitem danos.¹⁵⁸

A boa-fé objetiva está fundamentada na exigência do modo de agir dos contratantes, cuja repercussão resulta na observância de regras de condutas anexas ao instrumento negocial.¹⁵⁹

Interessante trazer a conhecimento o Enunciado doutrinário nº 24 do Conselho da Justiça Federal diz que: “em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa.

A repercussão da sua violação também é tratada no teor do Enunciado nº 363 do CJF, segundo o qual:” Os princípios da probidade e da confiança são de ordem pública, sendo obrigação da parte lesada apenas demonstrar a existência da violação.”

O Enunciado 26¹⁶⁰, diz que boa-fé objetiva é a exigência de comportamento leal dos contratantes.

Podemos acrescentar que a boa-fé objetiva cria para os contratantes a obrigação de cumprir os chamados “deveres anexos”, isto é, os deveres que não estão expressos no contrato, são implícitos.¹⁶¹

¹⁵⁶ ASSIS NETO, Sebastião de; JESUS, Marcelo de; MELO, Maria Izabel de – **Op cit.** p.873.

¹⁵⁷ TARTUCE, Flávio - **Op. cit.** p. 544

¹⁵⁸ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – **Op. Cit.** p.50-52.

¹⁵⁹ SANTOS JÚNIOR, Eduardo Santos – **Op. cit.** p.41.

¹⁶⁰O Enunciado 26, CJF - Art. 422: A cláusula geral contida no art. 422 do novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes.

¹⁶¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson – **Op. Cit.** p.1063.

Deve existir uma situação de confiança, uma justificativa razoável para essa confiança, um investimento na confiança (pelo que a lesão dessa situação de confiança traz danos a quem agiu juridicamente na base dessa confiança) e a imputação a outrem da criação dessa situação de confiança no prejudicado (pelo que esse outrem será responsável).¹⁶²

Com base na probidade, honestidade e lealdade que os contratantes devem observar. Apura-se pelo comportamento do homem “comum”, que é apurado pelos usos e costumes do lugar da celebração do contrato¹⁶³.

O princípio da boa fé na formação contratual pode se refletir numa regra genérica, mas também faculta aos envolvidos afunilar as disposições, desdobrando em regras específicas: dever de informar a contraparte, dever de manter sigilosas as conversações, dever de avisar imediatamente quando perder interesse no negócio, etc.¹⁶⁴

Por exemplo, uma regra consecutória sobre o dever de informar sobre fato ou qualidade essencial disposta no art. 147 do Código Civil Brasileiro, que determina ser a omissão dolosa causa de anulabilidade¹⁶⁵.

Se for violada a boa-fé objetiva, o Estado poderá intervir no contrato, e de acordo com entendimento seria cabível a revisão judicial do contrato, isto é, o Juiz poderia prolatar uma sentença corrigindo-a da forma que preservasse o princípio da boa fé objetiva, respeitando a lealdade e confiança dos contratantes. Aliás, lealdade e confiança são pressupostos básicos de um contrato.¹⁶⁶

A doutrina é unânime, pacífica ao entender que o princípio da boa fé objetiva também se aplica a estas fases: pré e pós-contratuais – nos termos do Enunciado 25, CJF - O art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação pelo julgador do princípio da boa-fé nas fases pré-contratual¹⁶⁷ e pós -contratual.

¹⁶² LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – **Op. cit.** p.51.

¹⁶³ Art. 113, CCB: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.”

¹⁶⁴ Art. 147. Nos negócios jurídicos bilaterais, o silêncio intencional de uma das partes a respeito de fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado, constitui omissão dolosa, provando-se que sem ela o negócio não se teria celebrado.

¹⁶⁵ CORDEIRO, António Menezes - **Op. cit.** p.149

¹⁶⁶ Conforme pontua Tartuço: “O princípio da boa-fé objetiva – localizado no campo dos direitos das obrigações – é o objeto do nosso enfoque. Trata-se da “confiança adjetivada”, uma crença efetiva no comportamento alheio. O princípio compreende um modelo de eticização de conduta social, verdadeiro standard jurídico ou regra de comportamento, caracterizado por uma atuação de acordo com determinados padrões sociais de lisura, honestidade e correção, de modo a não frustrar a legítima confiança da outra parte.” – **Op. cit.** p. 1063.

¹⁶⁷ Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça: “... I - No nosso actual direito, um preceito - artigo 327 do Código Civil - impõe, durante os preliminares ou a formação do contrato, a adopção de um comportamento segundo as regras da boa-fé. II - A expressão boa-fé tem um sentido vincadamente ético, devendo o comportamento dos contratantes pautar-se pelos canones da lealdade e da probidade. III - A rotura das negociações só gerará responsabilidade quando revestir a forma caracterizada do abuso do direito, ou seja, quando houver clamorosa ofensa do sentimento jurídico-socialmente dominante. IV - As negociações

Isto significa que os contratantes podem responder por aquilo que eles assumiram na fase pré-contratual, porque se desrespeitam estes compromissos assumidos, violam o princípio da boa fé objetiva e poderiam sofrer uma ação de indenização pelos prejuízos que causaram.^{168 169}

Essa visão é que vincula às partes em todas as fases contratuais¹⁷⁰ ao critério de boa fé, servindo de padrão de controle da legalidade na condução do contratado. O juiz deve usar a cláusula geral para examinar se e em que medida o cônjuge abusa dos poderes atribuídos a ele pelo acordo, observando os deveres de conduta.

A esse respeito, retira-se importante ensinamento emanado da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que assevera “se à liberdade contratual, integrada pela boa-fé objetiva, acrescentam-se ao contrato deveres anexos, que condicionam a atuação dos contratantes, a inobservância desses deveres pode implicar o inadimplemento contratual.”¹⁷¹

O Superior Tribunal de Justiça adota a seguinte posição acerca dos deveres decorrentes da boa-fé objetiva:

preliminares desempenharão tanto melhor o respectivo papel quanto as partes permanecerem livres para realizar ou não o contrato e para modelação do correspondente conteúdo.” (Processo: 075824, Nº Convencional: JSTJ00010288, Relator: Almeida Ribeiro, Data do Acórdão:19/05/1988).

¹⁶⁸ CORDEIRO, António Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. p.606-610.

¹⁶⁹ Nesse mesmo sentido é o entendimento consignado no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça para o qual: “A boa fé na celebração e na execução de um contrato (cfr. artigos. 227º e 762º do Código Civil) implica que as respectivas partes tenham na devida consideração os interesses de uma e de outra; corresponde a um princípio geral dos contratos (cfr. em especial o citado artigo 227º do Código Civil) e implica a adopção de regras de conduta cuja violação poderá importar responsabilidade pelos danos causados à parte contrária.” (Processo: 2632/16.6T8LRA.L1.S1 Nº Convencional: 7ª SECCÃO Relator: Maria Dos Prazeres Pizarro Beleza, Data do Acórdão:30/04/2019)

¹⁷⁰ Nota sobre o julgado do Supremo Tribunal de Justiça acerca da responsabilização na fase pré-contratual:”I - A boa-fé consiste, em geral, no comportamento honesto e consciencioso, na lealdade de se conduzir e tem, no caso do art. 227.º do CC, um sentido vincadamente ético, ao contrário do que sucede em muitos outros casos em que o seu significado (ético) se esgota numa situação psicológica muito simples e fácil de definir. II - O n.º 1 do artigo 227º do CC refere-se, sucessivamente, à observância das regras da boa-fé, tanto nos preliminares (fase negociatória) como na formação (fase decisória) do contrato. III - A ruptura das negociações não implica necessariamente a violação das regras da boa-fé; por isso não se pode concluir que só pelo facto de ter havido ruptura houve má-fé de quem rompeu eventuais negociações. A simples entrada em negociações não pode ser tida como idónea para criar na outra parte uma convicção séria e fundada de conclusão do contrato. Haverá uma simples esperança de que tal suceda. IV - Só existe responsabilidade pré-contratual quando no decurso das negociações preliminares uma das partes assumiu um comportamento que razoavelmente criou na outra parte a convicção de que o contrato se formaria, assim a predispondo a acções ou omissões que não teria adoptado se não tivesse aquela conclusão como certa. V - Tal confiança na conclusão do contrato deve ser alicerçada em dados concretos e inequívocos, analisados mediante critérios de consciência e senso comum ou prática corrente. VI - Os danos ressarcíveis por culpa in contrahendo demonstram que a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações preparatórias actua nos limites do interesse negativo (dano de confiança), em vez de conexionar-se com o interesse positivo (dano de cumprimento).VII - O regime que melhor se adapta à responsabilidade pré-contratual pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato, havendo vários responsáveis pela ruptura ilegítima, é o da responsabilidade solidária previsto no art. 497.º do CC.(Processo: 3407/15.5T8BRG.G1.S2, Nº Convencional: 7ª SECCÃO, Relator: Ilídio Sacarrão Martins, Data do Acórdão: 06/12/2018)

¹⁷¹SUPERIOR Tribunal de Justiça – **Acórdão no processo REsp 1655139/DF, de 05 de dezembro de 2017.** Relatora Ministra Nancy Andrighi.

Trata-se de aplicação do dever de informação, nascido do princípio da boa-fé objetiva, expressamente acolhido pelo ordenamento pátrio no art. 422 do CC. De fato, a boa-fé objetiva constitui um modelo de conduta social ou um padrão ético de comportamento, impondo, concretamente, a todo cidadão que atue com honestidade, lealdade e probidade. As múltiplas funções exercidas pela boa-fé no curso da relação obrigacional, desde a fase anterior à formação do vínculo, passando pela sua execução, até a fase posterior ao adimplemento da obrigação, podem ser vislumbradas em três grandes perspectivas, que foram positivadas pelo CC: a) interpretação das regras pactuadas (função interpretativa); b) criação de novas normas de conduta (função integrativa); e c) limitação dos direitos subjetivos (função de controle contra o abuso de direito). A função integrativa da boa-fé permite a identificação concreta, em face das peculiaridades próprias de cada relação obrigacional, de novos deveres, além daqueles que nascem diretamente da vontade das partes (art. 422 do CC). Ao lado dos deveres primários da prestação, surgem os deveres secundários ou acidentais da prestação e, até mesmo, deveres laterais ou acessórios de conduta. Enquanto os deveres secundários vinculam-se ao correto cumprimento dos deveres principais (v.g. dever de conservação da coisa até a tradição), os deveres acessórios ligam-se diretamente ao correto processamento da relação obrigacional (v.g. deveres de cooperação, de informação, de sigilo, de cuidado).

Entende-se que quem viola a boa-fé objetiva age com abuso do direito¹⁷² e pela doutrina dominante¹⁷³, a responsabilidade pelo abuso do direito é objetiva, ou seja, independe de culpa; portanto, se o indivíduo abusou da boa-fé objetiva, ele abusou do seu direito, logo, responderá por isso, independentemente de culpa.

É nessa complexidade dentro do vínculo obrigacional que se situam os deveres acessórios de conduta, baseados na boa fé: deveres de lealdade, de esclarecimento, de colaboração, de proteção.¹⁷⁴

Menezes Cordeiro alude a uma tripartição de deveres anexos consecutórios da boa-fé. Primeiro, anota que os deveres de proteção pretendem proteger a contraparte dos riscos de

¹⁷²Entendimento partilhado no **Acórdão do Superior Tribunal de Justiça**: “O abuso do direito decorre do seu exercício, excedendo manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito; para se determinar quais são os limites impostos pela boa fé e pelos bons costumes há que atender, de modo especial, às concepções ético-jurídicas dominantes na colectividade.” (Processo:086588, Nº Convencional: JSTJ00028072, Relator: Roger Lopes, Data do Acórdão:28/09/1995)

¹⁷³ Artigo 334.º, CCP: “É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito.” Artigo 187, CCB: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim económico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

¹⁷⁴ CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra; Almedina, 2001. p.604.

danos à sua pessoa, no curso da relação complexa. Tendo presente o mandamento de consideração para com a outra parte, observando a higidez dos bens e da integridade de ambos, evitando danos mútuos. Seguidamente, aponta para o dever de lealdade, naquele que impõe às partes a abstenção de comportamento tendente a esconder o objetivo do negócio bem como ocasionar desequilíbrio no vínculo jurídico pernicioso por elas estabelecido. Por último, traz à tona o dever de esclarecimento que permeiam todo o período negocial (do pré ao pós contrato). Surge da necessidade das informações serem compartilhadas com clareza e sem meandros, estabelecendo elucidação dos dados de interesse objetivamente justificado.¹⁷⁵ O dever de informar constitui um dos inseparáveis componentes da boa fé.¹⁷⁶

Podemos extrair da doutrina portuguesa e brasileira os seguintes deveres anexos, entre outros:

- **Dever de cuidado em relação à outra parte negocial;**
- **Dever de respeito**
- **Dever de informar a outra parte sobre o conteúdo do negócio;**
- **Dever de agir conforme a confiança depositada;**
- **Dever de lealdade e probidade;**
- **Dever de colaboração ou cooperação;**
- **Dever de agir com honestidade;**
- **Dever de agir conforme a razoabilidade, a equidade e a boa razão**

É da conjugação do princípio da autonomia da vontade, notadamente com a liberdade contratual das partes de estabelecer negócio jurídico matrimonial, tendo como parâmetro na dignidade da pessoa humana como critério limitativo da capacidade dispositiva dos mesmos, adequando-se à boa-fé objetiva como princípio imanente das relações jurídicas contratuais, especialmente no dever de informação e esclarecimento, é que o estabelecimento de cláusulas extrapatrimoniais entre os nubentes na convenção antenupcial visando regular de uma forma particularizada a futura vida conjugal, com escopo de preservar a instituição do casamento, é de maior aceitação em Portugal no atual estágio em contrapartida, no Brasil, ainda caminha com certa resistência, muito embora siga os caminhos dos diversos institutos jurídicos que paulatinamente ingressaram no sistema jurídico do ordenamento brasileiro.

¹⁷⁵ *Idem.*

¹⁷⁶ SUPREMO Tribunal de Justiça. **Processo: 04B538, Nº Convencional: JSTJ000**, de 09 de março de 2004, Relator: Ministro Quirino Soares.

4.1 Aspectos Polêmicos

4.1.1 Estipulação sobre os deveres conjugais

É sabido que os deveres conjugais estão dispostos pelo Estado em suas codificações.¹⁷⁷

Não obstante, por força dos aludidos primados é que se aventa a possibilidade de que os nubentes, em ato formal próprio, qual seja, na convenção antenupcial, conscientes de suas escolhas, fulcrados na autonomia privada, e que suas vontades não prejudiquem outros direitos de terceiros, invoquem, com base na boa-fé, ajustes de ordem particular e sem efeito patrimonial que possam servir de parâmetros de conduta durante a sociedade conjugal.

Tem-se que os deveres estatais estabelecidos para o convívio matrimonial não esgotam o assunto, de outra banda, traçam linhas gerais, que podem ser minudadas pelos envolvidos de forma a clarear a cada parte o que um espera do outro durante o enlace.

O casamento produz determinados efeitos pessoais, designadamente os deveres recíprocos dos cônjuges. O artigo 1.566 do Código Civil Brasileiro dispõe acerca dos deveres dos cônjuges e está dividido em 5 incisos, sendo eles, a **fidelidade recíproca, a vida em comum, mútua assistência, sustento, guarda e educação dos filhos e respeito e consideração mútuos**. Na mesma toada segue o codificação portuguesa, no seu artigo 1672º, no qual remete que “**os cônjuges estão reciprocamente vinculados pelos deveres de respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência.**”

Nota-se a grande semelhança entre as legislações acerca dos deveres conjugais, eis que a ligação entre as nações de cunho moral e cultural, torna-se praticamente impossível de abrir mão deles, tendo como consequência dificuldade nas interpretações dos conteúdos das convenções antenupciais.¹⁷⁸

Porém, quanto ao inciso II do artigo 1.566 do Código Civil, no qual estabelece a vida em comum no domicílio conjugal, já é entendimento no Brasil de que pode ser

¹⁷⁷ Art. 1672º, Código Civil Português; Art. 1566, Código Civil Brasileiro.

¹⁷⁸ Cfr. **Acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal**: “PROCESSO CIVIL. DANO MORAL. VIOLAÇÃO DOS DEVERES CONJUGAIS. FALTA COMPROVAÇÃO. 1. Conforme disposto no art. 1566 do Código Civil, a fidelidade e a lealdade são obrigações inerentes ao casamento. 2. Haverá obrigação de indenização quando houver prova do dano moral sofrido, neste caso não houve comprovação da violação dos direitos de personalidade. 3. Recurso conhecido e desprovido.”(APC: 20130910179477, Relator: Maria De Lourdes Abreu, Data de Julgamento: 19/08/2015)

dispensado¹⁷⁹, tendo em vista os inúmeros relacionamentos a distância, havendo dois domicílios. Já em Portugal o Supremo Tribunal de Justiça ainda o faz exigir.¹⁸⁰

Não só a vida em comum, mas também quanto a fidelidade recíproca também parece estar sendo superada a visão tradicional, apesar de não ser de forma explícita. Por essa razão, seria compreensível adotar um regime mais transparente entre os cônjuges a fim de evitar frustrações futuras.

Tendo em conta que a sociedade brasileira vem buscando desmascarar a figura do adultério, como já foi retirado do Código Penal em 2005¹⁸¹, é de suma importância que se progrida junto com os desejos e costumes da sociedade a fim de não ficar ineficaz.

Sendo assim, os valores morais devem acompanhar a evolução dos costumes, pois se assim não o for, passará a ser obsoleto pelas normas do direito. Isto posto, as interpretações devem progredirem se modificando conforme o conceito de família tradicional se altera.

A fidelidade e o respeito há de ser visto no plano interno dos cônjuges, eis que a depender do comportamento anterior a constituição da sociedade conjugal, sobretudo quando tal disposição contiver no contrato antenupcial, não surpreenderá a parte da relação no tocante a tais deveres já que deles consentidos.

Outra questão polêmica é quanto os direitos da prole: podem os nubentes pactuar, por exemplo, sobre orientação de cunho religioso/espiritual de suas proles?

Trata-se de tema controvertido por se tratar de pessoas estranhas ao negócio jurídico. Destaca-se quando os cônjuges possuem religiões diversas e apresentam incorreções quando interveem na vida íntima e personalíssima do filho¹⁸², que, embora esteja sob a

¹⁷⁹Segundo Maria Berenice Dias o que une duas pessoas são o amor e o afeto, inexistindo razão para configurar ausência da vida em comum daqueles que não coabitam, seja por questões profissionais ou mesmo pessoais. Não é o telhado que faz o casamento. (DIAS, Maria Berenice - **Op. cit.** p. 174.)

¹⁸⁰**Nessa toada é o entendimento expresso no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça:** I - O divórcio sem consentimento de um dos cônjuges (antes litigioso) tem os fundamentos elencados no art. 1781.º do CC, na redacção da Lei n.º 61/2008, de 31-10. II - O novo regime eliminou a modalidade de divórcio por violação culposa dos deveres conjugais – a clássica forma de *divórcio-sanção ou remédio* – e optou pelo chamado “divórcio-constatação”, “divórcio-fracasso/falência” ou “divórcio-ruptura” ou “constatação da ruptura do casamento”, com base em “causas objectivas”, encurtando ainda para um ano os prazos de relevância dos fundamentos do divórcio sem consentimento de um dos cônjuges. III - A primeira das causas, a prevista na al. a) do art. 1781.º do CC, reporta-se à “separação de facto por um ano consecutivo” e prende-se com a ausência da “comunhão de vida” ou incumprimento do dever de coabitação, considerado o “mais importante” dos deveres impostos no art. 1672.º do CC, “pelo sentido *comunitário* que o inspira”. IV - Este dever que “começa por compreender a obrigação para os cônjuges de *viver em comum, sob o mesmo tecto, na mesma casa (lar)*” – a residência da família – “abrange sobretudo as relações sexuais (*“jus in corpus”*), que constituem o dever conjugal por excelência (*debitum conjugale*)[...] (Processo: 133/15.9T8RDD.E1.S1 N.º Convencional: 7.ª SECCÃO Relator: António Joaquim Piçarra, Data do Acórdão: 26/04/2018)

¹⁸¹ A prática do Adultério era capitulada como crime no Direito Penal Brasileiro até o advento da Lei n. 11.106/05, publicada no Diário Oficial da União em 29.03.05.

¹⁸² Conforme **Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa**: “Encontra-se hoje estabelecido na lei e na doutrina o entendimento pacífico, igualmente decorrente de regulamentos da União Europeia e de convenções

responsabilidade de seus genitores, possuem direito a dignidade da pessoa humana, liberdade de crença, ao livre desenvolvimento da personalidade e liberdade de pensamento e expressão. Em suma, lidamos com direitos fundamentais, de natureza muito sensível e que de per si já merece a especial guarda e atenção por todos – eficácia horizontal dos direitos fundamentais¹⁸³.

Dito isso, não é possível dispor acerca desta cláusula, pois deve respeitar ao princípio *res inter alios acta allis nec prodest nec nocet*¹⁸⁴, quer dizer, os atos dos contratantes não aproveitam e nem prejudicam terceiros, em sintonia com o princípio da relatividade em matéria contratual, notadamente sobre direitos de tal envergadura.

4.1.2 Mutabilidade da Convenção Antenupcial

Outro assunto que pode causar incerteza é sobre a possibilidade de alteração (mudança, acréscimo ou exclusão) nas cláusulas extrapatrimoniais convenionadas no curso da relação conjugal.

Se a posição adotada é a de que a convenção antenupcial é um contrato acessório do contrato de casamento, por conseguinte ter-se-á que não se pode alterar as suas cláusulas, tendo em conta que o acessório segue a sorte do principal.

Noutro sentido, fazendo analogia com a disciplina insculpida no Código Civil Brasileiro que traz a possibilidade da mudança do regime de bens no curso sociedade conjugal, seria permitido, desde que cumprido tais requisitos legais.¹⁸⁵¹⁸⁶

internacionais vinculantes do Estado Português, que nos casos em que haja necessidade de regular e, ou, de alterar o exercício de responsabilidades parentais deve haver lugar à audição prévia da criança, devendo os tribunais ouvir a criança, tendo em conta a sua idade e grau de maturidade e capacidade de discernimento.”(Processo: 10264/16.2T8LRS-B.L1-8, Relator: Amélia Ameixoeira, Data do Acórdão: 20/09/2018)

¹⁸³ Flávio Tartuce obtempera sobre a Constitucionalização do Direito Civil dizendo que “ por certo é que essa eficácia horizontal traz uma visualização diversificada da matéria, eis que as normas de proteção da pessoa previstas na Constituição federal sempre foram tidas como dirigidas ao legislador e ao Estado (normas programáticas). Essa concepção anterior não mais prevalece, o que faz com que a eficácia horizontal seja interessante à prática, a tornar mais evidente e concreta a proteção da dignidade da pessoa humana e outros valores constitucionais. (TARTUCE, Flávio - **Op.cit.** p. 54)

¹⁸⁴ Brocardo romano que deu origem ao princípio da relatividade contratual.

¹⁸⁵ **Artigo 1.639, § 2º, CCB: "É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros"**

¹⁸⁶ Cfr. **Acórdão do Superior Tribunal de Justiça: “CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. REGIME DE BENS. ALTERAÇÃO. POSSIBILIDADE. INTERESSE PROCESSUAL. EXISTÊNCIA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. O Código Civil de 2002 alterou o ordenamento jurídico brasileiro, modificando o sistema em relação ao princípio da imutabilidade absoluta de regime de bens permitindo a sua alteração**

Seria conveniente a aplicação de cláusula *rebus sic stantibus* ao acordo que "congelou" durante um certo período tal convenção?

4.1.2.1 Mutabilidade Tácita – *Supressio e Venire Contra Factum Proprium*

No que toca à mutabilidade, é conveniente ressaltar que as estipulações só tem razão de ser como forma de preservar a entidade familiar com amparo na boa-fé objetiva. Assim, é exigida uma avaliação global que tenha em conta, para além das condições objetivas existentes à data da celebração do contrato, os objetivos perseguidos com o mesmo, bem como os outros motivos que levaram o cônjuge a formular o pedido de alteração e empurrar o outro para aceitá-lo, também encarregado de averiguar se o contrato reflete a posição dominante de um cônjuge, o resultado de posições desiguais durante as negociações.

Desse modo umas das premissas para justificar a possibilidade de estipular cláusulas não patrimoniais, recorreremos também ao princípio da boa-fé objetiva das partes contratantes como forma de melhor solucionar a problemática da mutabilidade da convenção no curso da relação conjugal.

A primeira aplicação derivada da boa-fé refere-se a consolidação de determinadas situações de fato surgidas no curso da relação contratual no qual suprime ou limita o direito relativo a uma das partes por comportamento conivente da parte adversa ao convencionado. Tal fenômeno jurídico é denominado *supressio*.¹⁸⁷

justificada ou motivada e desde que demonstrado em procedimento de jurisdição voluntária a procedência da pretensão que deve ser manifestada por ambos os cônjuges, observados os direitos de terceiros. 2. Presente o interesse processual, apto a possibilitar a pretendida alteração de regime conjugal já que a paz conjugal precisa e deve ser preservada. 3. Recurso especial provido. (REsp: 1446330 SP 2013/0381841-1, Relator: Ministro Moura Ribeiro, Data de Julgamento: 17/03/2015)

¹⁸⁷ Entendimento esse sufragado pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**: “APELAÇÃO – AÇÃO ANULATÓRIA DE NEGÓCIO JURÍDICO – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA – APELO DO AUTOR – ALEGAÇÃO DE VÍCIO/DEFEITO DO NEGÓCIO JURÍDICO – INOVAÇÃO RECURSAL – NÃO CONHECIMENTO DA MATÉRIA – ALEGAÇÃO DE PREVISÃO DE CLÁUSULA CONDICIONAL – AUSÊNCIA DE ESTIPULAÇÃO EXPRESSA - CLÁUSULA QUE NÃO É PRESUMIDA – ALEGAÇÃO DE QUE NEGÓCIO NÃO SE TRATA DE TRANSAÇÃO COMO NOMEADO – DENOMINAÇÃO EQUIVOCADA DO NEGÓCIO QUE NÃO ALTERA A SUA SUBSTÂNCIA - LIBERALIDADE PRATICADA PELO AUTOR – APELO DESPROVIDO - APELO ADESIVO DA RÉ – IMPUGNAÇÃO AO VALOR DA CAUSA VEICULADO EM APELO ADESIVO – SUPRESSIO – RENUNCIA TÁCITA DA POSIÇÃO JURÍDICA PELA RÉ - RELAÇÃO PROCESSUAL ESTABILIZADA – INADEQUAÇÃO, OUTROSSIM, DA VIA ELEITA – NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO – NÃO CONHECERAM DE PARTE DO RECURSO DO AUTOR E NEGARAM PROVIMENTO NA PARTE CONHECIDA E NÃO CONHECERAM DO RECURSO ADESIVO DA RÉ.” (APL: 10133276920178260011, Relator: Alexandre Coelho, Data de Julgamento: 21/01/2019)

A *supressio* funciona como uma cláusula tolerância na qual uma situação fática contrária ao convencionado passa a ter força vinculada entre as partes pelo comportamento conivente de quem tinha o ônus de contrapô-lo.¹⁸⁸

Tal instituto é aplicável no âmbito do Direito das Famílias¹⁸⁹.

Outra regra implícita de mutabilidade da relação jurídica baseada na boa-fé objetiva é o *venire contra factum proprium*.¹⁹⁰

Nesse contexto, a boa-fé objetiva impõe que as partes se comportem de forma coerente, ou seja, sem adoção de atitudes que, por sua contrariedade, indiquem desvio de comportamento capaz de caracterizar deslealdade na conduta do agente.¹⁹¹

Assim, o agente não pode criar situação teoricamente favorável a si e dela se valer enquanto lhe convém, para quando não mais lhe interessar, voltar-se contra fato por si só praticado, frustrando, dessa maneira, as legítimas expectativas de quem mais participa da relação jurídica.¹⁹²

¹⁸⁸ Exemplo muito bem articulado pela doutrina: “ De logo vale lembrar a hipótese de um cônjuge que descobre, logo após o casamento, algum fato grave que desabona a honra e a boa fama de seu consorte, antes desconhecido – que lhe faculta requerer a anulação de casamento, nos termos do art. 1.557 da Lei Civil. No entanto, ao invés de requerer a invalidação das núpcias, o consorte continua coabitando com cônjuge, mesmo após a descoberta do fato.” (FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson – **Op. cit.** p.1712).

¹⁸⁹ Cfr. **Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia**: “DIREITO DE FAMÍLIA. APELAÇÃO CIVIL. AÇÃO DE DIVÓRCIO DIRETO. REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA. DECRETAÇÃO DO DIVÓRCIO. DIVERGÊNCIA COM RELAÇÃO AO BEM DOADO NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO. VONTADE LIVRE E CONSCIENTE DO AUTOR, NO MOMENTO DA LIBERALIDADE. BOA-FÉ OBJETIVA. VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM. NULIDADE. IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. O pedido não está fundado em vício de consentimento, mas em nulidade de ato. Contudo, não foi elencada a hipótese de nulidade que eiva a doação (art. 145, do CC). In casu, o apelante não comprovou nenhum vício no ato praticado, capaz de dar ensejo a revogação da doação, fazendo-o de livre e espontânea vontade. Manifestação de vontade, contudo, que deve ser analisada no momento em que é feita. A liberalidade voluntária, sem vícios, vincula as partes. O desfazimento da doação ofende a boa-fé objetiva. *Venire contra factum proprium*. Teoria dos atos próprios.” (APL: 00001791020118050041 BA Relator: Augusto de Lima Bispo, Data de Julgamento: 28/01/2013)

¹⁹⁰ O civilista Carlos Roberto Gonçalves leciona que o *venire contra factum proprium* “protege uma parte contra aquela que pretende exercer uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente. Depois de criar uma certa expectativa, em razão de conduta seguramente indicativa de determinado comportamento futuro, há quebra dos princípios de lealdade e de confiança se vier a ser praticado ato contrário ao previsto, com surpresa e prejuízo à contraparte” - **Op cit.** p.

¹⁹¹ Nesse sentido tem o **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça**: “[...] III - O *venire contra factum proprium* traduz uma "responsabilidade pela confiança" e não uma responsabilidade pelo incumprimento, ou seja, a análise das suas consequências não se situa a nível do incumprimento do contrato, mas sim daquela "responsabilidade pela confiança", o mesmo é dizer, da legítima expectativa que criou no declaratório no sentido de poder agir como agiu. IV - Quando alguém adota um comportamento apto e adequado a despertar noutrem a legítima convicção de que, posteriormente, não adoptará comportamento contrário, cria-se uma situação objectiva de confiança.”(Processo: 98A955, N° Convencional:JSTJ00035401, Relator: Ferreira Ramos)

¹⁹² Cfr. **Acórdão do Superior Tribunal de Justiça**: “[...] Ressalte-se que a ninguém é dado criar e valer-se de situação enganosa, quando lhe for conveniente e vantajoso, e posteriormente voltar-se contra ela quando não mais lhe convier, objetivando que seu direito prevaleça sobre o de quem confiou na expectativa gerada, ante o princípio do *nemo potest venire contra factum proprium*. (REsp: 1154737 MT, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Data de Julgamento: 21/10/2010)

Destarte, o comportamento das partes será preponderante na verificação se tal fato desenvolvido, resultou numa nova perspectiva ¹⁹³na relação jurídica que possa indicar uma mutabilidade tácita do convencionado.

4.1.3 Controle pelo Poder Judiciário

Fixadas as premissas narradas, o Poder Judiciário como órgão de atuação institucional do Estado Democrático de Direito, defensor dos direitos fundamentais, tem a qualquer momento, desde que provocado, a incumbência de interferir no modelo convencionado, estabelecendo limites “*in concreto*”, numa análise mais próxima da realidade.

Ressalta-se a orientação de que, na presença de um arranjo contrastante com o princípio da solidariedade e igualdade conjugal, a autoridade judiciária tem o direito (dever) de, na medida do possível, garantir a proteção constitucional da parte especificamente discriminada.

Nenhuma das convenções, como se vê, tem eficácia verdadeiramente conclusiva e conteúdo hermeticamente fechado. A disposição das partes envolvidas não está imune do controle judicial¹⁹⁴.

Tanto o Código de Processo Civil Português quanto o Brasileiro, possibilitam qualquer indivíduo, salvo disposição expressa em lei, provocar a jurisdição estatal para ver sua questão dirimida em tempo razoável.¹⁹⁵

Dessa forma, há compatibilidade entre a proteção da autonomia privada e o controle judicial das convenções antenupciais, dos quais a declaração de nulidade pode ser derivada, pelas mais diversas razões: a afronta à ordem pública, ou se um cônjuge no entanto, é fortemente penalizado, como na presença de renúncias unilaterais destinadas a excluir a proteção essencial mínima prevista em lei. A nulidade de cláusula contrária à moralidade, que

¹⁹³FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson – **Op. cit.** p.1070.

¹⁹⁴ Humberto Theodoro Júnior vaticina que é de se ter em conta que, no moderno Estado Democrático de Direito, o acesso à justiça não se resume ao direito de ser ouvido em juízo e obter uma resposta qualquer do órgão jurisdicional. Por acesso à Justiça hoje se compreende o direito a tutela efetiva e justa para todos os interesses particulares agasalhados pelo ordenamento jurídico. (THEODORO JÚNIOR, Humberto – **Curso de Direito Processual Civil. v.1** . p.74)

¹⁹⁵ Princípio do livre acesso à justiça consagrado pelo ordenamento brasileiro na Constituição Federal no artigo 5º, XXXV e no Código de Processo Civil no artigo 3º; no ordenamento português encontramos semelhantes disposições no artigo 20º da Constituição da República Portuguesa e artigo 2º do Código de Processo Civil Português.

ocorre quando o acordo resulta em uma estrutura assimétrica; a interferência com o núcleo da proteção legislativa da unidade familiar.¹⁹⁶

A interferência se estende sobre os princípios gerais aplicáveis sobre a pessoa humana, às famílias, os contratos, às obrigações, remetendo a flexibilização das cláusulas sobre questões não patrimoniais e sinalizando a necessidade de decisões considerando-se o planejamento da vida conjugal, do princípio da boa-fé, embora enfatizando que esse deve ser entendido como um elemento integrador.

Certamente qualquer deliberação posta não está ausente de uma avaliação judicial, daí resulta permitir que os cônjuges pudessem confiar, exclusivamente, nesses acordos preventivos. Como já mencionado, qualquer disposição com a intenção de dirimir, ou limitar a limitar, a faculdade de se questionar em processos, fere com comprometimento irreparável de um objetivo de ordem pública.

A liberdade contratual é mitigada também aos acordos relativos à prole: tudo o que venha a dispor acerca desse tema que não reforce o já estabelecido em lei é viciado na origem pela sua nulidade, eis que somente se admite a esse respeito é qualquer deliberação que dê maior amplitude ao direito posto.¹⁹⁷

O principal ponto identificável (comum, além disso, a qualquer transação legal), por exemplo, segundo alguns autores, um cônjuge explorou a inexperiência ou uma possível situação de particular labilidade psíquica do outro, ou tirar proveito das condições econômicas particularmente desfavorecidas deste último.¹⁹⁸

O problema da identificação exata dos contornos da proibição de submeter uma cláusula a uma condição ilícita é sentido pela doutrina, precisamente no que diz respeito àquelas condições que, embora consistindo em um comportamento perfeitamente legítimo, chegam a tocar a esfera da liberdade pessoal, em situações como a questão das expressões de intenção destinadas a afetar o estado da pessoa. Por esta razão, a doutrina adverte que a condição pode ser ilícita devido ao fato do fato deduzido, ou por causa do "condicionamento abusivo da pessoa do contratado", acrescentando que esta última situação pode ser encontrada quando a condição é mantida em coação (por exemplo, na cláusula que prevê a

¹⁹⁶ Cfr **Acórdão apontado na Nota de rodapé n. 149.**

¹⁹⁷ Nesse sentido tem-se o **Acórdão do Superior Tribunal de Justiça: "RECURSO ESPECIAL - SUCESSÃO - CÔNJUGE SUPÉRSTITE - CONCORRÊNCIA COM ASCENDENTE, INDEPENDENTE O REGIME DE BENS ADOTADO NO CASAMENTO -PACTO ANTENUPCIAL - EXCLUSÃO DO SOBREVIVENTE NA SUCESSÃO DO DE CUJUS- NULIDADE DA CLÁUSULA - RECURSO IMPROVIDO. 1 – [...] 4 - O artigo 1.655 do Código Civil impõe a nulidade da convenção ou cláusula do pacto antenupcial que contravenha disposição absoluta de lei. 5 - Recurso improvido. (REsp: 954567 PE 2007/0098236-3, Relator: Ministro Massami Uyeda, Data de Julgamento: 10/05/2011)**

¹⁹⁸ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – **Op. Cit.** p. 24

obrigatoriedade de concepção artificial dos filhos sob a condição da validade do casamento).¹⁹⁹

Os parâmetros desenvolvidos para o controle da convenção antenupcial que repulsa uma distribuição unilateral de encargos não justificados pelas condições de vida comum e insustentáveis para a parte sobrecarregada, não são apenas inválidos para tão somente ao cônjuge prejudicado, mas também para aquele contra quem é reivindicado.

O juiz, portanto, está autorizado, caso a caso, a avaliar a oportunidade de intervir no conteúdo do contrato, modificando-o, de modo que isso determine as provisões de apoio razoáveis para o cônjuge prejudicado, levando em consideração o fato de que a paridade contratual foi afetada.

A interferência judicial sobre as convenções pode se limitar aos estritamente necessários "retoques", no sentido que apenas deliberações parciais que afrontam a boa moral e as leis da natureza e da ordem pública possam ser invalidadas, mantendo-se íntegro as demais cláusulas híidas. Eis que na autonomia da vontade, a liberdade pode tudo desde que não seja contra o mínimo apostado na lei.²⁰⁰

¹⁹⁹ OLIVEIRA, James Eduardo. **Código Civil comentado e anotado**. p. 134.

²⁰⁰ TARTUCE, Flávio - **Op. cit.** p. 1124-1125.

CONCLUSÃO

O casamento, por onde seja analisado, tem pontos em comuns que são universais. Trata-se de uma união, isso é indubitável. Independentemente da visão contratualista, institucionalista ou mista, não se pode negar ainda, que se trata de um dos ajustes que podem ser dos mais curtos ou de mais longa duração na vida das pessoas, por isso merece especial atenção.

A partir do casamento se extraem novas relações jurídicas consequentes deste ato. Nesse prumo, o casamento gera repercussões de toda a ordem, pois, a partir dele, surgem diversos fenômenos contemplados pelo Direito, refletindo em importantes esferas do indivíduo, tais como nome, estado civil, parentesco, patrimônio, liberdade, sucessão.

Para outros, o casamento não seria uma entidade de tão abnegada valorização, a exemplo de Arthur Schopenhauer²⁰¹, para quem, “em nosso hemisfério monógamo, casar é perder metade de seus direitos e duplicar seus deveres”.

Fica evidente que o ordenamento de cada Estado repousa os seus parâmetros culturais, sociais, tudo alicerçado nas suas crenças e na maneira como a sociedade se manifesta. Eles são norteadores para que a Lei, base do Estado de Direito, alcance os anseios do seu povo. Essa simbiose constrói um modelo jurídico mais seguro e fortalece as relações jurídicas, das quais o casamento é uma delas.

Feitas essas considerações, é importantes destacar que o ordenamento jurídico de Portugal e Brasil, tem muito mais similitudes do que diferenças em seus conteúdos quando tratam do instituto do casamento, conforme analisados. As influencias portuguesas ainda são muito fortes, fruto de séculos de colonização, por isso reflete na tradição e nos costumes que marcam os valores abarcados pelo Direito que não fica alheio a esses fatores.

As diferenças marcam o outro lado história, decorrente da soberania de cada país. Quase dois séculos de independência, mostram que cada nação pode contribuir com a outra em termos da construção de um Direito mais evoluído, centrado na valorização do ser humano, de sua dignidade e no respeito da sua autodeterminação.

Outro ponto comum é a assombrosa estatística de divórcios em ambos os países, configurando uma “epidemia” comportamental levando a descrédito esse importante instituto de formação social.

²⁰¹ SCHOPENHAUER, Arthur – **Metafísica do Amor, Metafísica da Morte.** p. 9.

Como incremento no dever constitucional de proteção da entidade familiar, na qual o casamento ainda é grande expoente na sociedade é que se procurou analisar o instrumento jurídico da convenção antenupcial como subsídio preventivo de crises no âmbito da relação matrimonial. Ora, se o mesmo é eficaz quando bem utilizado perante a parte patrimonial não se justifica raciocínio diverso na parte não patrimonial. É interessante observar a funcionalidade do instituto, quando estudamos casamentos que envolvem pessoas abastadas que, no geral, usam este instrumento com reconhecida eficácia para tratar da parte patrimonial visando resguardar as partes envolvidas.

Os casais em processo de divórcio encontram-se abalados psicologicamente, que influenciam nas suas decisões que acabam prejudicando ambos no momento da negociação. Sendo assim, nada mais salutar estimular a acordarem acerca de questões sensíveis antes do casamento, quando os cônjuges se encontram em harmonia, permitindo que haja uma negociação mais equilibrada evitando prejuízos para ambos, havendo um acordo mais eficaz.

A convenção antenupcial pode ser um importante aliado se utilizado como instrumento para prevenção de conflitos entre os cônjuges, tanto regulando a parte econômica da sociedade conjugal quanto questões não patrimoniais na sua constância.

Apesar de que para alguns o pacto antenupcial traz uma sensação de insegurança, eis que exigido sua confecção numa fase de júbilo entre os nubentes, deve-se destacar as vantagens deste contrato. Este instituto possibilita esclarecer metas e interesses dos cônjuges que são inimagináveis no decorrer da relação familiar ou em um possível divórcio, reduzindo prejuízos psicológicos e financeiros, podendo-se evitar fraudes no momento de afirmar perante o Estado que afirmativamente se crer construir uma relação, não só jurídica, mas, especialmente, afetiva.

Embora o instituto do casamento possua diversas normas de ordem pública, a possibilidade de lavrar o pacto antenupcial antes do casamento decorre da autonomia privada da vontade dos cônjuges. Nada melhor, portanto, destinar às partes envolvidas a possibilidade, decorrente da autonomia privada da vontade, de poder constar cláusulas atinentes às suas relações pessoais na convenção antenupcial, desde que não afrontem a lei (lato sensu) restando evidente que esta autonomia não é absoluta.

Nesse contexto a pessoa humana ganha adjetivo fundamental, fulcrada em sua dignidade, que se vê consagrada como princípio estruturante nas constituições dos estados modernos, dos quais Brasil e Portugal se incluem, projetada no âmbito privado seus reflexos e

moldando seus efeitos nas relações jurídicas ajustadas, servindo como limitador das estipulações das cláusulas extrapatrimoniais na convenção antenupcial.

Assim, este trabalho pretendeu contribuir, ainda que de forma embrionária para a prevenção de conflitos nos divórcios. Dessa maneira, as cláusulas extrapatrimoniais, podem ser alternativas para reduzir custos econômicos, psicológicos e informativos, devendo a convenção antenupcial ser incentivada a fim de prevenir batalhas sem fim.

Ainda que haja discussões doutrinárias e a ideia não seja aceita, é imprescindível fazer uma análise social ante as alterações nas relações familiares contemporâneas. Destarte, suplicando por uma liberdade maior entre os cônjuges, deve se ter uma visão mais progressista acerca do pacto antenupcial de modo que os valores morais retrógados não prevaleçam sobre os novos anseios sociais.

Os contratos pré-nupciais revelam cobrir um amplo espectro de funções, eles alcançam o valor maior ao que então vertido, passando do lado patrimonial da crise conjugal, regendo as obrigações de manutenção.

A mudança de perspectiva deste importante instrumento jurídico se faz essencial, partir do plano patrimonial para o extrapatrimonial, tendo em vista que o grande laço que une as pessoas na sociedade matrimonial é o afeto²⁰².

Em que pese bem aceita a ideia entre os operadores jurídicos portugueses, se vê pouco na prática a estipulação de cláusulas extrapatrimoniais para regular a futura sociedade conjugal. Talvez por desconhecimento do público em geral e pela conveniência de se adotar o regime legal sem a necessidade da convenção antenupcial.²⁰³

Já no Brasil, o motivo é outro, o fato da doutrina oscilar na aceitação para se convenciar conteúdo não patrimonial cria um ambiente de insegurança jurídica que reforça a ideia de dispensar esse importante instrumento tendo em vista a incerteza de produzir algum efeito jurídico.

Para a superação dessa controversa aplicabilidade da convenção antenupcial duas alternativas seriam bem vindas.

²⁰² Aqui se destaca o trecho do eminente Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso no julgamento do RE nº 878.694: “Logo, se o Estado tem como principal meta a promoção de uma vida digna a todos os indivíduos, e se, para isso, depende da participação da família na formação de seus membros, é lógico concluir que existe um dever estatal de proteger não apenas as famílias constituídas pelo casamento, mas qualquer entidade familiar que seja apta a contribuir para o desenvolvimento de seus integrantes, pelo amor, pelo afeto e pela vontade de viver junto”. (SUPREMO Tribunal Federal – **Acórdão no processo RE 878694/MG – Minas Gerais, de 16 de abril de 2015**. Relator Ministro Luís Roberto Barroso)

²⁰³ MEALHA, Esperança Pereira - **Acordos Conjugais para Partilha dos Bens Comuns**. p.19.

A primeira, através da esperança - compartilhada por muitos - da adoção de uma reforma legislativa que faça alusão expressa aos acordos pré-nupciais poderem dispor sobre questões não patrimoniais, pessoais, sem conteúdo econômico.

A segunda, mais lenta e gradual, seria por intermédio da consolidação de uma jurisprudência, agindo por provocação dos operadores do direito (advogados, membros do Ministério Público ou da Defensoria Pública e institutos que atuam sobre Direito das Famílias, ex. IBDFAM), calçada na proteção estatal do casamento, da liberdade e igualdade dos nubentes que manifestando vontade própria fundamentada na autonomia privada decidem tutelar questão não econômicas da sua futura relação, observados os limites da juridicidade (leis, princípios, ordem pública).

É da conjugação de dois princípios contratuais importantes que se enxerga a viabilidade de aceitação das cláusulas extrapatrimoniais na convenção antenupcial: o da autonomia privada e da boa fé objetiva. Essas são as vigas mestras que amparam a pretensão.

Como visto, a boa fé é uma cláusula geral que embora não escrita, permeia todas as relações contratuais vigentes. Em razão disso, nada impede aos contratantes de reforçar esse princípio implícito estabelecendo diretrizes da futura relação conjugal para que ninguém seja pego de surpresa com um comportamento inesperado da outra parte. Isso é nada mais que a expressão da boa fé objetiva.

Uma regra genérica de boa fé na formação contratual parece ser útil como noção aberta da qual o juiz pode se valer, não obstante possibilitar que as partes desta relação delimitem precisamente essa amplitude criando regramento supletivo que fixe obrigações através da expectativa criada por comportamento anterior dos envolvidos.

O direito protege o negócio jurídico pela necessidade de tutelar a confiança que ele suscita nos destinatários e, em geral, nos participantes na comunidade jurídica. Tendo, voluntariamente, dado azo ao negócio, o declarante não pode deixar de ser responsabilizado por ele.

Assim são ilícitos como contrários à lei os atos contrários aos bons costumes e à ordem pública; as convenções ou cláusulas que visem eliminar ou diminuir a boa fé estão no mesmo patamar.

Deixar de aplicar essa funcionalidade com a pressuposição de que afetarão os direitos indisponíveis é desmesurar a potencialidade dos efeitos da negociabilidade tem sobre as partes. Por isso o acompanhamento de, no mínimo, um profissional do direito equidistante dos envolvidos é de bom alvitre.

A delimitação do direito à disponibilidade do estabelecimento das cláusulas extrapatrimoniais devido à capacidade econômica da parte está relacionada com o plano da lei fundamental. Deve-se empregar o direito constitucional para proteger a autonomia privada de si mesmo. A autonomia da vontade não pode resultar em barganha, servindo a parte economicamente hipossuficiente para negociar benefício financeiro da futura relação em troca da concessão de privilégio extrapatrimonial. A liberdade de contratar, deve ser ponderada, daí a cautela de que o que foi prometido não resulte em ônus excessivo para a parte obrigada, violando a liberdade de autodeterminação por falta de meios financeiros.

Em arremate, tem-se em mente que, como todo direito, há regras de limitação, eis que tais disposições não estão imunes ao controle judicial sobre a forma e a substância do ato tal qual com algumas disputas que já ocorreram no contexto patrimonialista da convenção antenupcial.

5 – FONTES

5.1 FONTES DOCUMENTAIS

APELAÇÃO CIVEL nº 20110965250 do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, Segunda Câmara de Direito Civil. Relator Desembargador Trindade dos Santos [Em linha], [Consult. 21 Fev. 2019]. Disponível em <https://tjsc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23917764/apelacao-civel-ac-20110965250-sc-2011096525-0-acordao-tjsc?ref=juris-tabs>

APELAÇÃO CIVEL nº 20130910179477 do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Quinta Turma Cível. Relatora Desembargadora Maria de Lourdes Abreu [Em linha], [Consult. 08 Abr. 2019]. Disponível em <https://tjdf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/227111141/apelacao-civel-apc-20130910179477?ref=serp>

APELAÇÃO nº 10264/16.2T8LRS-B.L1-8 do Tribunal de Relação de Lisboa, Oitava Secção. Relatora Juíza Maria Amélia Ameixoeira [Em linha], [Consult. 03 Mai. 2019]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/ce07b5ce9ae8280b80258327004cf82b?OpenDocument>

APELAÇÃO nº 1013327-69.2017.8.26.0011 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Oitava Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Alexandre Coelho [Em linha], [Consult. 07 Jun. 2019]. Disponível em <https://tjsp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/665125174/apelacao-apl-10133276920178260011-sp-1013327-6920178260011?ref=serp>

CÓDIGO CIVIL de 1867. [Em linha]. [Consult. 05 Mar. 2018]. Disponível em <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Portugues-de-1867.pdf>

CÓDIGO CIVIL: decreto-lei n.º 47.344/66, de 25 de Novembro. [Em linha]. Lisboa: Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa, 1966. [Consult. 05 Mar. 2018]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_print_articulado.php?tabela=leis&artigo_id=&nid=775&nversao=&tabela=leis.

CÓDIGO DO REGISTO CIVIL: Decreto-Lei n.º 131/95, de 6 de Junho. [Em linha]. Lisboa: Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa, 1995. [Consult. 12 Abr. 2018]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=682&tabela=leis&so_miolo=

CONFLITO DE COMPETÊNCIA nº 0621769-05.2015.8.04.0001 do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, Câmaras Reunidas. Relatora Desembargadora Maria das Graças Pessoa Figueiredo [Em linha], [Consult. 10 Jun. 2018].

Disponível em <https://tj-am.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/733620829/conflito-de-competencia-civel-cc-6217690520158040001-am-0621769-0520158040001?ref=serp>

CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**. Nº 191-A (05-10-88), p. 1.

CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa, de 25 de abril. [Em linha]. Lisboa: Assembleia do Parlamento, 1976. [Consult. 03 Mar. 2018]. Disponível em <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>.

LEI Federal n.º 10.406/02. Diário Oficial da União. Nº 8 (11-01-02), p. 1.

LEI Federal n.º 3.076/16. Diário Oficial da União. Nº 2 (05-01-16), p. 133.

LEI Federal n.º 11.441/17. Diário Oficial da União. Nº 8 (05-01-2007), p. 1.

RESOLUÇÃO CNJ nº 35, de 24 de abril. [Em linha]. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2007. [Consult. 13 Abr. 2019]. Disponível em http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/rescnj_35.pdf

RECURSO DE REVISTA nº 3987/07.9TB AVR.C1. S1 do Supremo Tribunal de Justiça, 6ª Secção, Relator Azevedo Ramos [Em linha], [Consult. 3 Mai. 2019]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/cef97a36b901af1f80257a0e002d3a9b?OpenDocument&Highlight=0,3987%2F07.9TB AVR.C1.S1>

RECURSO DE REVISTA nº 086588 do Supremo Tribunal de Justiça, Relator Roger Lopes [Em linha], [Consult. 3 Mai. 2019]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/c976ff84c28d0ff3802568fc003ade60?OpenDocument>.

RECURSO DE REVISTA nº 133/15.9T8RDD.E1.S1 do Supremo Tribunal de Justiça, 7ª Secção, Relator António Joaquim Piçarra [Em linha], [Consult. 3 Mai. 2019]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/7d0956af4a20e539802582810033c4f8?OpenDocument>

RECURSO DE REVISTA nº 98A955 do Supremo Tribunal de Justiça, Relator Ferreira Ramos [Em linha], [Consult. 3 Mai. 2019]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/d918f89234bdd371802568fc003b8dfb?OpenDocument&Highlight=0,98A955>

RECURSO DE REVISTA nº 04B538 do Supremo Tribunal de Justiça, 1ª Secção, Relator Quirino Soares [Em linha], [Consult. 6 Mai. 2019]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/6dc91e7c952abce80256e75003677ff?OpenDocument>

- RECURSO DE REVISTA nº 2632/16.6T8LRA.L1. S1 do Supremo Tribunal de Justiça, 7ª Secção, Relatora Maria dos Prazeres Pizarro Beleza [Em linha], [Consult. 6 Mai. 2019]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/b5a9ad78dfd3ba09802583ee004764a3?OpenDocument>
- RECURSO ESPECIAL nº 954567 do Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma. Relator Ministro MASSAMI UYEDA [Em linha], [Consult. 5 Mai. 2019]. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19085246/recurso-especial-resp-954567-pe-2007-0098236-3?ref=juris-tabs>
- RECURSO DE REVISTA nº 076121 do Supremo Tribunal de Justiça, Relator Soares Tome [Em linha], [Consult. 6 Mai. 2019]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/03fdec66e10ce594802568fc0039dcf9?OpenDocument&Highlight=0,076121>
- RECURSO ESPECIAL nº 1.025.769 do Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma. Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI [Em linha], [Consult. 1 Mai. 2019]. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16088230/recurso-especial-resp-1025769-mg-2008-0017342-0?ref=juris-tabs>
- RECURSO ESPECIAL nº 1.655.139 do Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma. Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI [Em linha], [Consult. 3 Fev. 2019]. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/533894591/recurso-especial-resp-1655139-df-2015-0093630-4?ref=juris-tabs>
- RECURSO ESPECIAL nº 1.446.330 do Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma. Relator Ministro MOURA RIBEIRO [Em linha], [Consult. 3 Fev. 2019]. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178707387/recurso-especial-resp-1446330-sp-2013-0381841-1?ref=juris-tabs>
- RECURSO ESPECIAL nº 1.154.737 do Superior Tribunal de Justiça, Quarta Turma. Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO [Em linha], [Consult. 5 Mai. 2019]. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19128036/recurso-especial-resp-1154737-mt-2009-0196722-4-stj?ref=serp>
- RECURSO EXTRAORDINÁRIO nº 1037481-72.2009.8.13.0439 do Supremo Tribunal Federal, Relator Ministro Luís Roberto Barroso [Em linha], [Consult. 5 Mai. 2019]. Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311628824/repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-rg-re-878694-mg-minas-gerais-1037481-7220098130439/inteiro-teor-311628833?ref=serp>

5.2 BIBLIOGRAFIA

- ALBUQUERQUE, Pedro – **Autonomia da vontade e negócio jurídico em Direito da Família**, Centro de Estudos Fiscais, Lisboa, 1986.
- ASCENSÃO, José de Oliveira – **Direito Civil — Teoria Geral — Vol. I — Introdução, As Pessoas, Os Bens**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. ISBN 978-97-23-20989-1.
- _____ – **O Direito Introdução e Teoria Geral**. 13.^a ed. Coimbra: Almedina, 2005. ISBN 972-40-2443-1
- _____ - **Os direitos da personalidade no código civil brasileiro**. [Consult. mai. 2019], disponível em <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Ascensao-Jose-Oliveira-OS-DIREITOS-DE-PERSONALIDADE-NO-CODIGO-CIVIL-BRASILEIRO.pdf>
- ASSIS NETO, Sebastião de; JESUS, Marcelo de; MELO, Maria Izabel de – **Manual de Direito Civil**. Salvador: Juspodivm, 2013. ISBN 9788577617890.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de - **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 3^a ed. São Paulo: Saraiva, 2000. ISBN 8502028170
- BARBOSA, Camilo de Lelis Colani – **Casamento**. 1.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. ISBN 853-092-032-5.
- BARROS, Sérgio Resende de – **A ideologia do afeto**. [Consult. mar. 2019], disponível em <http://www.srbarros.com.br/pt/a-ideologia-do-afeto.cont>
- CANCIO, Fernanda - **Breve história legal do casamento e do seu fim em Portugal**. [Consult. mai. 2019], disponível em <https://www.dn.pt/arquivo/2008/interior/breve-historia-legal-do-casamento-e-do-seu-fim-em-portugal-997861.html>
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.^a ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. ISBN 978-97-24021-06-5.
- COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de – **Curso de Direito de Família — Introdução — Direito Matrimonial**. v.1. 2.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. ISBN 9789723215472.
- CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes - **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2001. ISBN 9724010112
- CORDEIRO, António Menezes. **Direito das obrigações, v.1**. Lisboa: AAFDL, 2001. ISBN 5606939000569
- CRETELA JÚNIOR, José - **Curso de Direito Romano: o direito romano e o direito civil brasileiro**. 27^o edição. Rio de Janeiro: Forense, 2002. ISBN 8530915941
- DIAS, Maria Berenice – **Manual de direito das famílias**. 10.^a ed. rev., atual. e ampl. -- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. ISBN 978-85-203-6001-9.

- DINIZ, Maria Helena - **Curso de Direito Civil Brasileiro, v.3.** 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. ISBN 8502035754
-
- _____ - **Curso de Direito Civil Brasileiro, v.5.** 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN 9788502214033
-
- _____ - **Curso de Direito Civil Brasileiro.** 35ª. ed. São Paulo: Saraiva 2015. ISBN 978850261532-8
- FACHIN, Luiz Edson - **Elementos Críticos do Direito de Família.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999. ISBN 8571471126
- FARIA, Natália - **Por cada 100 casamentos, há 70 divórcios em Portugal.** [Consult. mar. 2019], disponível em <https://www.publico.pt/2016/10/20/sociedade/noticia/por-cada-100-casamentos-ha-70-divorcios-em-portugal-1748189>
- FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson - **Manual de direito civil: volume único.** 4ª. ed. Salvador: Juspodvim, 2019. ISBN 9788544225578
- FRANÇA, Rubens Limongi - **Instituições de direito civil.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. ISBN 8502018183
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo – **Novo curso de direito civil, v. 5, direito de família: as famílias em perspectiva constitucional.** 4ª. ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2014. ISBN 978-85-02-21808-6.
-
- _____, Rodolfo – **Novo Curso de Direito Civil, v. 1., Parte geral.** 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. ISBN 9788502217980
- GALASTRI, Luciana - **Encontrado acordo pré-nupcial do Egito Antigo.** [Consult. mar. 2019], disponível em <https://revistagalileu.globo.com/Ciencia/Arqueologia/noticia/2015/08/encontrado-acordo-pre-nupcial-do-egito-antigo.html>
- GONÇALVES, Carlos Roberto – **Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família.** 11.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. ISBN 978-85-02-21618-1.
- GOZZO, Débora - **Pacto antenupcial.** São Paulo: Saraiva, 1992. ISBN 8502009680
- HINORAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; MORAES, Renato Duarte Franco de - **Direito das obrigações. Direito Civil v.2.** São Paulo: Ed. RT, 2008. ISBN 8520331963
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Direito das obrigações. v.1: introdução da constituição das obrigações.** 13ª ed. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 9789724064031
- LOBO, Paulo - **Direito Civil: Famílias.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. ISBN 9788502108141
- MARTINEZ, Pedro Romano - **Direito das obrigações.** 4 ed. Lisboa: AAFDL, 2014. ISBN 978-972-629-051-3
- MEALHA, Esperança Pereira - **Acordos Conjugais para Partilha dos Bens Comuns.** Coimbra: Almedina, 2005. ISBN 9789724020310
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de – **Curso de direito administrativo.** 19ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. ISBN

- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet – **Curso de direito constitucional. 9.^a ed.** São Paulo: Saraiva, 2014. ISBN 978-85-02-21875-8.
- MENDES, João de Castro – **Direito da Família.** Obras Completas. 2.^a ed. rev. e atu. por Miguel Teixeira de Sousa. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1991.
- MIRANDA, Jorge – **Manual de direito constitucional.** 6.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. ISBN 972-32-0419-3.
- MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil.** 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN 978850215541-1
- OLIVEIRA, Guilherme de. **Temas de Direito da Família.** 2.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. ISBN 9720032010013.
- OLIVEIRA, James Eduardo - **Código Civil comentado e anotado.** 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. ISBN 9788530927172
- OLIVEIRA, Rafael Guimarães de; RANGEL, Tauã Lima Verdan. Família-mosaico em caracterização: os meus, os seus e os nossos pautados no afeto. **in Revista Síntese . Direito de Família**, São Paulo, SP, v.20, n.113 , p. 41-52, maio 2019.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva – **Instituições de direito civil.** v. 5. 14^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. ISBN 8530920171.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha - **Princípios fundamentais norteadores do direito de família.** Belo Horizonte: Del Rey, 2006. ISBN 8573088524
- PINHEIRO, Jorge Duarte – **O Direito de Família Contemporâneo.** 3^a ed. Lisboa: AAFDL, 2010. ISBN 5606939006769.
- _____. **Estudos de direito da família e das crianças.** AAFDL, 2015. ISBN5606939008343
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti - **Tratado de direito privado - Parte especial - Tomo VIII.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. ISBN 9788520343333
- RIZZARDO, Arnaldo - **Direito de família.** Rio de Janeiro: Aide, 1994. ISBN 8532100899
- ROQUE, Ana – **Manual de Noções Fundamentais de Direito.** 2.^a ed. Almada: Quórum, 2012. ISBN: 972-99434-9-2.
- SANTOS, Eduardo dos – **Direito da Família.** 2.^a ed. Coimbra: Almedina, 1999. ISBN 972-401-180-1
- SANTOS JÚNIOR, Eduardo dos – **Direito das Obrigações I.** 3^a ed. Lisboa: AAFDL, 2014. ISBN 5606939007735
- SARMENTO, Daniel – **Direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. ISBN: 8573874058
- SCHOPENHAUER, Arthur – **Metafísica do Amor, Metafísica da Morte.** 2.^a ed. São Paulo: Martins. 2004. ISBN 853-362-013-6.

- SCHÜTER, Wilfried - **Código Civil Alemão: Direito de Família**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002. ISBN 8575251880
- SILVA, José Afonso da Silva – **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editora. 2007. ISBN 9788574208114
- SOUZA, Ivone Coelho de; DIAS, Maria Berenice – **Famílias modernas: (inter)secções do afeto e da lei**. [Consult. mar. 19], disponível em http://www.mariaberenice.com.br/uploads/3_-_fam%EDlias_modernas__inter_sec%E7%F5es_do_afeto_e_da_lei.pdf
- TARTUCE, Flávio – **Direito civil, v. 5 : direito de família**. 9.^a ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. ISBN: 978-85-309-5343-0
- _____ – **Manual de Direito Civil: volume único**. 8.^a ed. rev., atual. e ampl. –São Paulo: Método, 2018. ISBN 9788530977962
- THEODORO JÚNIOR, Humberto – **Curso de Direito Processual Civil. v.1**. 59.^aed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. ISBN 9788530977702
- VARELA, João de Matos Antunes – **Direito da Família**. Lisboa: Petrony, 1999. ISBN 9789726850830
- VENOSA, Sílvio de Salvo - **Direito civil: direito de família**. 14.^aed. São Paulo: Atlas, 2014. ISBN 9788522487097
- XAVIER, Maria Rita Aranha da Gama Lobo - **Limites à autonomia privada na disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges**. Coimbra: Almedina, 2000. ISBN 9789724012988