

PACTO ANTENUPCIAL: VALIDADE DAS CLÁUSULAS EXISTENCIAIS

WEIERBACHER, Emily Regina¹
HOFFMANN, Aline Aldenora²

RESUMO:

Este trabalho tem por objetivo solidificar os limites impostos pelo ordenamento jurídico no que tange ao pacto antenupcial. O Código Civil Brasileiro dispõe que este instrumento é necessário para eleição de regime de bens diferentes da comunhão parcial de bens e comunhão universal de bens, mas que, entretanto está sendo utilizado para elaboração de cláusulas não patrimoniais, denominadas as cláusulas existenciais. Assim, discute-se na doutrina a extensão da interpretação do dispositivo legal artigo 1.639 do Código Civil que dispõe quanto à licitude dos nubentes estipularem quanto aos seus bens, o que lhes aprouver, e dessa forma, se além das cláusulas patrimoniais, esta modalidade de contrato de família é cabível as cláusulas existenciais. Havendo discordância doutrinária, questiona-se: “qual a validade dessas cláusulas existenciais estipuladas pelos nubentes que complementam o pacto antenupcial?”. A pesquisa parte do pressuposto de que as cláusulas que estruturam um pacto pré-nupcial não devem ser exclusivamente ante ao aspecto patrimonial. Partindo de uma análise bibliográfica acerca do tema, o estudo se destina a verificar a validade no Direito de Família quanto essas cláusulas.

PALAVRAS-CHAVE: Pacto Antenupcial, regime de bens, cláusulas existenciais, contratos familiares.

PRENUPTIAL AGREEMENT: VALIDITY OF EXISTING CLAUSES

ABSTRACT:

This work aims to demonstrate the limits imposed by the legal system regarding the prenuptial agreement. The Brazilian Civil Code provides that this instrument is necessary for the election of a regime of assets other than partial community property and universal community of property, but which, however, is being used for the elaboration of non-patrimonial clauses, called existential clauses. Thus, the doctrine discusses the extension of the interpretation of the legal provision, article 1,639 of the Civil Code, which provides for the lawfulness of the spouses to stipulate as to their assets, what they please, and thus, if in addition to the patrimonial clauses, this modality of family contract, existential clauses are applicable. In the event of doctrinal disagreement, the question is: “what is the validity of these existential clauses stipulated by the spouses that complement the prenuptial agreement?”. The research assumes that the clauses that structure a prenuptial agreement should not be exclusively related to the patrimonial aspect. Starting from a bibliographic analysis on the subject, the study aims to verify the validity in Family Law regarding these clauses.

KEYWORDS: Prenuptial Agreement, property regime, existential clauses, family contracts..

1 INTRODUÇÃO

Desde os primórdios da humanidade, os humanos realizam casamentos, para fins de emanar efeitos pessoais, sociais e patrimoniais. A partir dos anos, no desenvolvimento das sociedades ao longo da história, ocorreram diversas mudanças, o que levou, consequentemente, alteração nos ordenamentos jurídicos, quando se viu necessário tutelar os interesses dos nubentes, especialmente no que se refere ao patrimônio.

¹Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário FAG, e-mail:erweierbacher@minha.fag.edu.br

²Docente orientador do curso de Direito do Centro Universitário FAG, e-mail: alinehoffmann@fag.edu.br

Assim, quanto à possibilidade que os consortes possuem de exercer a autonomia privada, surgem as regulamentações que dispõem sobre relações econômicas. O legislador brasileiro estabelece o instrumento jurídico denominado pacto antenupcial. Mediante o pacto antenupcial os nubentes escolhem o regime que melhor lhes cabe, devendo este ser distinto da comunhão parcial de bens, podendo mesclar as regras das formas disponíveis dos regimes de bens, e determinar as cláusulas existências que lhe bem entendem.

O Código Civil Brasileiro de 2002, dispõe sobre esta modalidade como um contrato familiar, sendo vagas as disposições referentes a ele. O assunto não é tratado pela doutrina de maneira extensa e detalhada, o assunto é escasso nos manuais de Direito.

Além disso, dentre os poucos doutrinadores que o dissertam, percebe-se que não há um consenso acerca da validade das cláusulas não patrimoniais definidas pelos consortes, e se são ou não possíveis essas disposições quanto a sua validade no judiciário.

Entretanto, quanto ao regramento dos regimes de bens, é estabelecido pela lei brasileira, quanto aos seus efeitos, restrições e possibilidade. Contudo, o mesmo não ocorre com o contrato familiar objeto deste trabalho. Diante disso, o atual trabalho possui como problematização a ser estudada e respondida o seguinte questionamento, qual é a validade das cláusulas existenciais estabelecidas pelos nubentes ao formalizarem o pacto antenupcial antecedente ao matrimônio.

Dessa forma, a presente pesquisa tem por seu objeto de estudo, verificar a validade das cláusulas existenciais no pacto antenupcial e quais serão seus efeitos na relação matrimonial dos nubentes. O método de aplicação será dedutivo e o procedimento se dará por meio de revisão bibliográfica e análise da legislação pertinente ao tema. O pacto antenupcial, objeto desse estudo, apanhado sobre seu histórico, acompanhado de conceitos de doutrinadores. São tratados, ainda, os seus requisitos formais expressos pela lei, necessários a sua elaboração, perante o princípio da autonomia privada, que rege sua lavratura.

Ademais, são dispostos comentários da doutrina e análise dos requisitos formais, em especial, com relação ao objeto do pactício. O estudo se aprofunda na abordagem das possibilidades de conteúdo do contrato além do patrimonial, discorre-se sobre as cláusulas existenciais vedadas pela legislação, aquelas que não são previstas para serem pactuadas pelos nubentes.

Apresenta-se uma visão geral no tocante aos contratos familiares e os seus conceitos fundamentais, fazendo uma breve conceituação doutrinária, bem como analisando as regras estabelecidas em lei.

Por derradeiro, segue-se com a análise da aplicabilidade do pacto antenupcial e da validade das cláusulas existenciais para que as regras estabelecidas no contrato pré-nupcial tenham força

jurídica, o que trata de fatos extrapatrimoniais que ficarão acordados entre os nubentes, situações cotidianas que podem se alterar durante o convívio matrimonial, cláusulas estas previstas a fim de salvaguardar os direitos e garantias fundamentais dos nubentes.

2 ASPECTOS GERAIS DOS DIREITOS PATRIMONIAIS E EXISTENCIAIS ESTIPULADOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Com o intuito de uma melhor compreensão diante dos direitos patrimoniais e existenciais, a presente seção expõe os principais aspectos dos regimes de bens, trazendo uma elucidação do conceito dos regimes de bens, bem como a arguição do princípio da autonomia privada, elemento essencial para a realização do pacto antenupcial.

2.1 NOÇÕES GERAIS

O Código Civil Brasileiro estabelece regras quanto ao casamento, estas previstas no artigo 1.511 e seguintes, indicando que “o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”. Não obstante, além do efeito pessoal descrito, o casamento possui reflexos sociais e patrimoniais.

Dimas Messias de Carvalho (2020) elucida que a união de dois indivíduos é baseada em afeto e em solidariedade patrimonial e econômica, em razão disso é essencial a delimitação das responsabilidades e bens dos nubentes.

Posto isso, no direito de família, instaura-se uma nova fase, consequentemente, do casamento, baseada na adoção de um pluralismo familiar em que arranjos multifacetados são igualmente aptos a constituir família, recebendo todos eles a especial proteção do Estado. (MULTEDO, 2017).

Assim, as consequências que o matrimônio pactua não são apenas relativas à convivência, mas também à formação de uma família e sua inclusão na sociedade. Portanto, é imperioso que, antes da celebração do casamento, fique estabelecido pelos nubentes as questões atinentes aos bens, à convivência e à responsabilidade de cada um na futura relação (DIAS, 2016).

O artigo 1.639 e seguintes do Código Civil, preveem quanto ao direito patrimonial. Conforme exposição de Maria Berenice Dias (2016), é necessária a existência de um regime de bens, pois sem ele o matrimônio não se efetiva, nesse sentido, podem os nubentes, antes do casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes melhor couber. Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão

parcial, é o que dispõe o artigo 1.640 do mesmo diploma legal, quanto ao silêncio dos nubentes na escolha.

Segundo Renata Vilela Multedo (2017) o principal elemento a ser valorizado na família, é a preservação do princípio da dignidade da pessoa humana, sendo que somente se concretiza mediante a valorização dos princípios da igualdade e liberdade.

2.2 CONCEITO

Quando se trata da conceituação dos regimes de bens, encontra-se na doutrina diversas definições, bastante similares entre si.

Dimas Messias de Carvalho (2020) conceitua que o regime de bens seria melhor projetado como regime patrimonial do matrimônio ou união estável, que rege sobre a administração e a titularidade dos bens particulares e comuns do futuro casal, delimitando seus efeitos em relação a terceiros.

Nas palavras de Maria Berenice Dias (2016), os regimes de bens são “modelos pré-fabricados criados pelo legislador”, que definem as questões econômicas dos bens de cada nubente, como posse, propriedade, inclusão, exclusão e comunicabilidade de acervo anterior e posterior ao casamento.

O autor Carlos Roberto Gonçalves (2017, p. 888), traz a definição mais didática e compreensível dos regimes de bens, lecionando que

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.

Da análise dos conceitos elencados, entende-se que o regime de bens é um instituto jurídico concebido pelo legislador, que rege sobre direito patrimonial dos cônjuges e que regulará a administração dos bens comuns e individuais do casal.

2.3 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA

A autonomia privada sempre foi tratada com reduzida relevância na área do Direito de Família, uma vez que existem regras previstas em lei para poder casar, direitos essenciais para a existência do matrimônio, podendo ser invalidado quando não observados, restando demonstrado sempre pela proteção estatal e intervenção do Direito Público.

O Direito de Família justamente destoa do restante do Direito Privado quando, com as exceções dos divórcios extrajudiciais da Lei n. 11.441/2007, agora absorvidos pelo vigente CPC (CPC/2015, art. 733), limita a autonomia privada com a imperatividade de suas normas, todas elas coerentes com o propósito de manutenção e preservação dos direitos pessoais presentes nas relações jurídico-familiares, cujo enfoque diverge da livre movimentação individual encontrada no campo das relações de cunho exclusivamente patrimonial e econômico; mas isso não conduz à conclusão de o Direito de Família pertencer ao Direito Público, até porque já ficou demonstrado o fracasso do intervencionismo do Estado na vida familiar e na intimidade das pessoas e cada vez se faz mais crescente a política de não intervenção estatal, especialmente nas relações familiares horizontais existentes entre marido e esposa, companheira e companheiro e relacionamentos homoafetivo (MADALENO, 2018, p. 86).

Ainda, segue Madaleno (2018) que muito se fala acerca da autonomia de vontade associada ao princípio da autonomia privada, e à capacidade de os entes privados estabelecerem acordos bilaterais ou manifestações unilaterais de vontade. No entanto, trata-se de conceitos distintos, muito embora interligados, interessando ao ponto esclarecer que a autonomia privada se liga ao exercício pleno da liberdade da pessoa, consequência natural de sua dignidade humana e não fica apenas restrita à capacidade de estabelecer acordos eminentemente judiciais. Todavia, exercer com expressividade a autonomia privada não caracteriza direito absoluto, tendo em vista que nenhuma pessoa age com completa autonomia ou com liberdade integral em seus atos.

Com a chegada da Constituição Federal de 1988, intensificou-se a preocupação com a preservação da dignidade da pessoa humana, visto que havia um prejuízo dos interesses patrimoniais das pessoas, assim, o Código Civil de 2002 revisou seus institutos para a despatrimonialização das relações familiares, passando a valorizar o indivíduo e suas conexões jurídicas.

Pode-se dar como exemplo, como progresso do Direito de Família, o artigo 230 do Código Civil de 1916, o qual proibia a alteração incidental do regime de bens conjugal, porém na atual legislação civil, ainda que sob a fiscalização judicial, admite-se a mudança do regime de bens entre os cônjuges.

Ainda, deve ser reconhecida uma maior liberdade na formação dos vínculos familiares com a constitucionalização, em 1988, da união estável como entidade familiar, colocando em rota de colisão valores que haviam sido sacralizados pelo Código Civil de 1916, e outros deveres conjugais, como a obrigatoriedade da coabitação, o que era inquestionável, e hoje muito mais solidificada a autonomia dos cônjuges do que em atenção à lei.

Adiante das fronteiras culturais e legais brasileiras, cita Madaleno (2018) como exemplo a decisão tomada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) de permitir às mulheres gestantes entregarem o recém-nascido ao Poder Público para sua posterior adoção, mantendo a mulher a sua identidade no anonimato, não podendo no futuro prosperar qualquer ação para identificá-la e tudo com a finalidade social de evitar infanticídios, abortos ou abandonos indiscriminados de crianças, causados por mães que não querem ter prole.

Nesse sentido, finaliza Madaleno (2018, p. 87):

A doutrina é praticamente unânime em reconhecer a natureza privada do Direito de Família, sobretudo quando a ciência familista propugna cada vez mais pela igualdade de exercício dos direitos, bem como procura atribuir maior liberdade e autonomia aos partícipes das relações jurídicas de ordem familiar, como vem acontecendo com as novas conquistas da igualdade dos gêneros, no campo da filiação, nos novos modelos de concepção familiar, na maior liberalidade na disposição de bens, pela possibilidade de alteração dos regimes matrimoniais no curso das núpcias, uma maior flexibilização das cláusulas constantes dos pactos antenupciais e dos contratos de convivência, e com divórcios e extinção consensual de união estável administrativos, realizados por escritura pública.

Assim, tudo indica ao fortalecimento e crescimento da liberdade de ação dos cônjuges e conviventes, considerando-os individualmente como pessoas, cujos princípios podem ser ponderados e solucionados judicialmente quando surgir algum conflito inconciliável, uma vez que tal princípio é limitado.

2.4 REGIMES DE BENS EM ESPÉCIE

Regime de bens é o conjunto de regras, estabelecido antes do casamento, que disciplina as relações patrimoniais entre os cônjuges, e entre estes e terceiros. O princípio básico do regime de bens é regido pela imutabilidade ou irrevogabilidade, embora a imutabilidade não seja absoluta no Código Civil, pois é admitida a alteração do regime de bens, na hipótese prevista no §2º, do art. 1.639 da Lei, e desde que não seja o obrigatório elencado no art. 1.641 do CC. De acordo com a jurisprudência do STJ, é admissível a alteração do regime de bens de casamentos ocorridos na vigência do Código Civil de 1916 (REsp 73.056).

A lei coloca à disposição dos nubentes quatro modelos de regimes de bens, sendo eles o regime de comunhão parcial, regime de comunhão universal, pela participação final nos aquestos e regime de separação de bens ou obrigatório, também prevê a possibilidade de serem combinados entre si, criando um regime misto.

O regime de comunhão parcial de bens é o regime preferível pela lei, o mais aconselhável para os nubentes, é o regime que vigora no casamento se os consortes não fizerem pacto antenupcial, tanto na falta de manifestação dos noivos, como na hipótese de ser nulo ou ineficaz o pacto. Comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento, excetuando-se os bens, direitos e obrigações elencados nos arts. 1.659 e 1.661 do Código Civil.

A comunhão do patrimônio comum atende a certa lógica: o que é meu é meu, o que é teu é teu e o que é nosso, metade de cada um.

Leciona Maria Berenice Dias (2016) que o casamento gera comunhão de vidas, momento em que os cônjuges têm o dever de mútua assistência e assumem a responsabilidade pelos encargos da família. Deste modo, se um dos consortes adquire os bens para o lar comum, eles serão partilhados. Já o outro que apenas guarda o dinheiro que recebe de seu trabalho, irá permanecer com a integralidade dos valores que juntou. Ainda, excluem-se da comunhão os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão, preceitua o art. 1.659, V, do CC. Não se pode partir do pressuposto de que tais bens foram adquiridos com o esforço único de quem os utiliza. Embora na partilha seja dada preferência ao cônjuge que deles faz uso profissionalmente, se faz necessário que haja compensação com outros bens, sob pena de comprometer-se o equilíbrio na divisão patrimonial.

O regime retro caracteriza-se por aplicar a separação dos bens que cada cônjuge possuía antes do casamento e da comunhão quanto aos adquiridos na constância do casamento, gerando as composições de bens, de cada cônjuge e os comuns do casal.

A administração do patrimônio comum compete a qualquer dos cônjuges (art. 1.663 do CC), podendo, no caso de má administração dos bens, o juiz atribuir a administração a apenas um deles (art. 1.663, § 3º do CC). A administração e disposição dos bens particulares competem ao cônjuge proprietário, salvo acordo diverso em pacto antenupcial (art. 1.665 do CC).

Nesse regime fica preservada a titularidade exclusiva dos bens particulares e garantida a comunhão do que for adquirido durante o casamento, o que presume a lei, ter sido adquirido pelo esforço comum dos cônjuges. Ainda é possível firmarem pacto antenupcial para definir, entre outras coisas, sobre a administração dos bens particulares, mesmo o casal optando pela comunhão parcial.

Quanto à comunhão universal de bens explica Maria Berenice Dias (2016, p. 511), os noivos planejando tornar o casamento em uma união não só de vidas, mas também de bens, é necessário que formalizem pacto antenupcial, optando pelo regime da comunhão universal, regido pelo art. 1.667 a 1.671 do CC. Este é o único regime que admite a troca da titularidade do patrimônio sem a necessidade de ocorrer mudança no registro dos bens ou pagamento de imposto de transmissão.

Bem ou mal, trata-se de uma doação feita pelos cônjuges entre si, pois cada um torna-se titular da metade dos bens que o outro já tinha por ocasião do casamento, adquire não só os bens, como também as dívidas. Por ocasião do divórcio ou da morte de um dos cônjuges é que vai ocorrer a divisão de todo o patrimônio, independente de quem era o titular originário antes do casamento.

Os cônjuges perdem a titularidade exclusiva do seu patrimônio no caso do regime de comunhão universal de bens, todos os bens dos cônjuges se comunicam, independentemente de adquiridos antes ou após o casamento, além de suas dívidas passivas, salvo as exceções previstas no art. 1.668 do CC. Quanto à administração dos bens, aplicam-se as mesmas disposições que regulam, a respeito, o regime da comunhão parcial (art. 1.670 do CC).

Nos termos do art. 1.672 do CC, no regime de participação final nos aquestos, cada cônjuge possui patrimônio próprio, consoante disposto no artigo seguinte, e lhe cabe, à época da dissolução da sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento. A administração dos bens particulares é exclusiva de cada cônjuge, que os poderá livremente alienar, se forem móveis (art. 1.673, parágrafo único do CC).

Em consonância ao art. 1.674 do CC, a apuração do montante dos aquestos é efetuada no momento da dissolução da sociedade conjugal, excluindo-se da soma dos patrimônios próprios os bens particulares, os adquiridos por meio de doação, legado ou herança, e as dívidas relativas a esses bens, observando-se, ainda, o disposto nos arts. 1.675 e 1.676 do CC.

No regime de participação final nos aquestos, cada cônjuge arcará com suas dívidas, salvo se provar que reverteram em benefício do outro. Este pode ser considerado como um regime misto, considerando que na vigência do casamento, aplicam-se as normas semelhantes ao do regime da separação de bens e, ao final do matrimônio, são aplicadas as regras que se assemelham ao regime da comunhão parcial.

No regime de separação de bens ou obrigatório, ocorre a incomunicabilidade dos bens que cada cônjuge possuía ao casar e dos que vieram a adquirir na constância do casamento, havendo uma completa separação de patrimônio dos dois cônjuges. Assim, cada cônjuge conserva, com exclusividade o domínio, posse e administração de seus bens presentes e futuros e a responsabilidade pelos débitos anteriores e posteriores ao matrimônio. O passivo dos cônjuges também é separado, não se comunicando os débitos anteriores ou posteriores ao casamento, pelos quais responde o consorte que os contraiu, isoladamente.

Estabelecido pelo art. 1.641 do Código Civil é obrigatório o regime da separação de bens no casamento das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração

do casamento da pessoa maior de 70 (setenta) anos; de todos os que dependerem, para casar, de suprimimento judicial.

Já na aderência ao pacto antenupcial o Direito de Família permite-se exercer a autonomia privada, podendo os nubentes contratar acerca do regime que melhor entendam dever dispor sobre as relações patrimoniais do casamento, o que se constitui em verdadeira exceção à regra da indisponibilidade dos direitos de família.

3. PACTO ANTENUPCIAL

3.1 CONCEITO, LEGITIMIDADE E MOMENTO

Antes de celebrado o casamento, podem os nubentes estipular o regime que lhes satisfizer por meio do pacto antenupcial, ou seja, podem os noivos, livremente, estipular o que quiserem sobre o regime de bens, com exceção ao previsto no artigo 1.641 do Código Civil, essa liberdade não é absoluta.

O pacto antenupcial ou pré-nupcial está regulado nos arts. 1.653 a 1.657 do Código Civil, mas a norma que autoriza sua celebração encontra-se entre as disposições gerais do regime de bens, no art. 1.639 do CC. O pacto precisa ser feito por escritura pública, pois é condição de sua validade, por expressa disposição legal (art. 1.653 do CC). Ainda, nada impede que o pacto seja firmado por procurador com poderes especiais.

Autoriza o parágrafo único do artigo 1.640 do Código Civil que, os nubentes, durante o seu processo de habilitação, ausente qualquer um dos impedimentos elencados no artigo 1.641 do Código Civil, a estipularem por escritura pública de contrato antenupcial à sua livre escolha, de qualquer um dos regimes de bens regulados pelo Código Civil, podendo, se preferirem, elaborar uma combinação dos diferentes regimes matrimoniais, ou criar outra modalidade, cuidando de não contrair sob qualquer forma disposição absoluta de lei (art. 1.655 do CC).

Ademais, não havendo convenção antenupcial, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará entre os cônjuges o regime da comunhão parcial, conforme estipula o art. 1.640 do CC. Eleito o regime da comunhão parcial de bens, não há necessidade de ser feito pacto antenupcial, pois este é o regime legal a ser adotado.

Consoante Mara Berenice Dias (2016), há divergências doutrinárias sobre a natureza jurídica do pacto antenupcial, alguns o consideram um contrato, outros, um negócio jurídico. Ocorre que, nada mais é do que um contrato matrimonial, estando sua eficácia sujeita a condição

suspensiva, onde o regime de bens começa a vigorar desde a data do casamento, de acordo com o §1º do art. 1.639 do CC.

De todo modo, o pacto pré-nupcial é caracterizado como negócio jurídico, embora haja controvérsias quanto a sua natureza, se de família ou contrato, o qual deve ser lavrado obedecendo as regras impostas pelo artigo 104 do Código Civil, obedecendo quanto ao agente ser capaz, o objeto ser lícito, possível, determinado ou determinável e ser constituído respeitando a forma imposta, sendo este por meio de escritura pública.

Rolf Madaleno (*apud* Pontes de Miranda, 1955) classifica o pacto antenupcial como sendo “uma figura que fica entre o contrato de direito das obrigações, isto é, o contrato de sociedade, e o casamento mesmo, como irradiador de efeitos. Não se assimila, porém, a qualquer deles (...). São atos jurídicos complexos, em verdade de direito de família e em parte de direito das obrigações”.

Ainda, o pacto antenupcial é um negócio jurídico bilateral que não configura propriamente um contrato, mas representa uma convenção, uma espécie de pacto normativo, o de um estatuto acordado, no qual os esposos convencionam uma série de questões relacionadas com o regime patrimonial do matrimônio. (FANZOLATO, 2002 *apud* MADALENO, 2018).

Elucida ainda Maria Berenice Dias (2016), em face das terríveis distorções em sede de direito sucessório, alterando, por completo, o desejo dos cônjuges, vem se popularizando o uso do pacto antenupcial como forma de contornar as incongruências da lei. Chega-se ao ponto de indicar a corrente doutrinária a ser seguida.

Nessa linha, conforme se manifesta a majoritária doutrina brasileira e estrangeira, o conteúdo pactício parece ser exclusivamente patrimonial.

Pelo ordenamento jurídico brasileiro, é previsto conteúdo patrimonial às cláusulas do pacto, nada se fala em cláusulas existenciais, as quais estabelecem sobre questões além do patrimônio, alguns autores entendem não haver vedação legal às disposições extrapatrimoniais de interesse do casal no pacto antenupcial, o que gera polêmica na doutrina, a respeito quanto a possibilidade de compor o pacto antenupcial.

Dissertando sobre a autonomia privada no pacto antenupcial, Madaleno (2018, *apud* Francisco Cláudio de Almeida Santos), observa ser reduzida a esfera da vontade humana e controlada a autonomia dos nubentes na convenção matrimonial, pois podem formulá-la miscigenando os regimes existentes e até criando um novo regime; fato possível, mas proibido de atentar “contra a ordem pública, os bons costumes, a função social tanto da propriedade como dos contratos, a boa-fé e outros princípios do direito de família”.

Ainda que sejam impostos direitos e deveres aos cônjuges, não há qualquer impedimento de que, via pacto antenupcial, os noivos deliberem da forma que desejarem o modo que vão levar suas vidas. Impositivo respeitar o princípio da autonomia da vontade privada, bem como as restrições legais não são enumerativas ou expressas, não devendo o intérprete confiar apenas no direito escrito para extrair as limitações impostas aos pactuantes (DIAS, 2016).

São três correntes doutrinárias que se apresentam, a primeira interpreta as regras de maneira restrita e defende que a escritura pública do pacto antenupcial pode apenas conter disposições acerca do regime de bens eleito. A segunda, de interpretação relativa, que sustenta que o pacto pré-nupcial pode conter não só cláusulas que estipulam o regime de bens, como também outras mais, que versem acerca do patrimônio presente e futuro dos nubentes. E a última, que interpreta as normas de forma ampla e admite que o pacto contenha todas as disposições retro mencionadas e, ainda, cláusulas extrapatrimoniais, que versem sobre questões íntimas e pessoais da vida dos consortes.

3.2 CLÁUSULAS EXISTENCIAIS

O pacto antenupcial inicialmente foi previsto e idealizado para estipular patrimônio, para fugir do regime da comunhão parcial de bens, entretanto é preciso fazer um pacto para tratar dessa questão patrimonial, nessa linha, a doutrina vem prevendo além do patrimônio para tratar de questões cotidianas na vida do casal.

De acordo com Rolf Madaleno (*apud* Fabiana Domingues Cardoso, 2009), para uma corrente doutrinária não está vedada a inclusão de disposições extrapatrimoniais no pacto antenupcial, que também se presta para celebrar convenções de cunho interpessoal, ou vinculadas às responsabilidades paterno-filiais, e vê com muita simpatia a possibilidade de ampliação do conteúdo do pacto antenupcial como um instrumento eficiente para prevenção de conflitos entre os cônjuges. Pois bem, As cláusulas existenciais nada mais são do que estipular sobre questões extrapatrimoniais no pacto ou em contrato, ou seja, as cláusulas existenciais vão além do patrimônio, são cláusulas que podem estar previstas pelo casal para aspectos que extrapolem o patrimônio, por exemplo, é possível estipularem pactos de quem irá fazer as compras de supermercado, de que não se pode fumar no quarto do casal, de que se tiverem filho, não se poderá fumar na presença do infante, isto é, situações do dia-a-dia que não se refiram a patrimônio, é possível estipular que se um dos cônjuges parar de trabalhar para cuidar do filho e, advindo o

divórcio, é possível estipular alimentos por determinado tempo ou por valor determinado para o companheiro que parou de trabalhar.

O conteúdo imaterial dos contratos pactícios pode ser encontrado naquelas disposições destinadas a regular a convivência conjugal, pactuando os cônjuges dispensar a coabitação dentre um dos diversos deveres conjugais previstos no artigo 1.566 do Código Civil, não se afigurando esta cláusula pactícia nula e contrária à literal disposição legal, se, por exemplo, os consortes mantêm dois domicílios, ou simplesmente não tencionam dividir o mesmo teto, não se mostrando adequado que pessoa de direito público ou de direito privado interfira na autonomia privada dos consortes e lhes negue a direito de estipularem habitações distintas, devendo ser lembrado que, legalmente, não há exigência de coabitação na união estável, cita a título exemplificativo o autor Madaleno (*apud* Fabiana Domingues Cardoso, 2009).

Nesse sentido, pactuar sobre deveres conjugais é lidar com incertezas, no intuito de prevenir futuros litígios, para que posteriormente, um dos cônjuges não rompa o pactuado, alegando descumprimento de dever conjugal moral, prévia e reciprocamente dispensado, agindo este cônjuge em contradição com o comportamento assumido anteriormente em típico *venire contra factum proprium*, ou seja, incidindo na teoria dos atos próprios.

Assim, é compreensível que quando da celebração do casamento não se pense que seus interesses pessoais serão afetados pela convivência que doravante haverá. Interesses que vão muito além do aspecto patrimonial. O relacionamento entre pessoas gera várias situações que podem levar a conflitos. De coisas banais como quem comandará o controle da TV, quem irá lavar a louça, saída com amigos, o que de todo modo gera atritos e desentendimentos, porém, há questões maiores como filhos, despesas financeiras, onde morar, relacionamentos com os familiares, entre outros questionamentos. Há também, situações em que os interesses devem essencialmente ser consensuais como, por exemplo, ter filhos. Podem, inicialmente, o casal querer filhos, com o passar do tempo e ao longo do relacionamento, vem as questões: qual é o melhor momento? Quais as condições do casal para criação do infante? O casal está com saúde para tal? Ou será adoção? O filho afetará o trabalho do casal, como proceder? Enfim, se abre um leque de situações para cada decisão que o casal deverá administrar.

No Direito da Família temos os regimes de comunhão que tratam dos aspectos patrimoniais, contudo, por si só não abrangem todas as nuances dos relacionamentos conjugais e principalmente quando esses acabam.

Quando hipoteticamente a situação de um casamento com regime parcial de bens, onde os cônjuges constroem suas vidas, têm filhos e lá depois de vários anos, resolvem pela separação e cada um quer seguir novos caminhos. Ambos tinham suas vidas profissionais de trabalho, todavia, durante o casamento, com a chegada dos filhos que tiveram, decidem, por entender que isso será melhor para a criação dos infantes, que a mulher deixe sua vida profissional para dedicar-se aos filhos por alguns anos, acompanhe do nascimento passando pela infância da criança até sua independência.

Então, volta-se no momento da separação, com comunhão parcial de bens o casal dividirá em igual o patrimônio que construíram, conforme estipulado em lei. Sem entrar no mérito, nesse caso o homem que não teve sua vida profissional interrompida segue com o seu trabalho, renda e futura aposentadoria. Já a mulher que no momento não tem remuneração, ante a interrupção do seu trabalho para cuidar dos filhos, segue, portanto, sem renda e com sua aposentadoria comprometida.

Conforme a situação exposta o regime de bens será cumprido e atenderá o Direito nos aspectos patrimoniais. O fim do relacionamento, também se deu no que entenderam ser o melhor para ambos. Os filhos, hipoteticamente falando, estão todos crescidos e independentes, portanto, não haverá nenhum encargo financeiro para nenhum dos cônjuges. Mas, notoriamente a mulher terá nesse caso muito mais a fazer para recuperar e manter-se financeiramente, logo, seria válida a existência do pacto antenupcial entre os nubentes com a previsão de cláusulas existenciais para a proteção do cônjuge que necessitaria de renda.

Entretanto, conforme menciona Madaleno (2018), o artigo 1.655 do Código Civil reescreve a disposição contida no artigo 257 do Código Civil de 1916 ao declarar nula convenção ou cláusula firmada no pacto antenupcial quando viola disposição absoluta da lei, prejudicando não apenas os direitos conjugais, mas qualquer direito ou dever dos cônjuges para com seus filhos, como seria a hipótese de uma cláusula privando a mãe do poder familiar ou o cônjuge que é herdeiro necessário da herança de seu falecido consorte.

Destarte, seria ineficaz qualquer cláusula ou contrato matrimonial admitindo a infidelidade conjugal, ou dispensando os principais deveres conjugais, como o disposto no art. 1.566 do CC, da mútua assistência, do sustento, guarda e educação dos filhos, do dever de respeito e o da mútua consideração, como seriam de nenhuma eficácia os ajustes pactícios proibindo a mulher de assumir a direção do casamento quando o marido estivesse em local afastado do domicílio nupcial, ou alterando a ordem de vocação hereditária, e, portanto, o direito sucessório concorrente do cônjuge sobrevivente, o que é previsto no art. 1.829, I, II e III do CC, e até mesmo podendo estabelecer

indenização entre os cônjuges no caso de divórcio, dado sua natureza penal ser estranha aos contratos antenupciais (MADALENO, 2018).

Pode-se concluir que a validade das cláusulas existenciais não é absoluta. Tais cláusulas são aquelas que vão extrapolar o patrimônio, extrapolar cláusulas relacionadas ao aspecto patrimonial de um casamento ou de uma união estável e vão ingressar em existência, em dia-a-dia, em outras estipulações que fazem parte da vida do casal, mas não são, necessariamente, patrimônio, de modo que possuem limites, garantidores da não violação do princípio da solidariedade, princípio da dignidade da pessoa humana e princípio da igualdade entre os cônjuges.

De acordo com Rizzardo (2019), uma série de disposições relativas ao casamento que não podem ser modificadas por força da vontade dos cônjuges, primordialmente aquelas que tratam da organização da família, dos direitos e deveres conjugais e de mútua assistência. Não se admite que fique estipulada a isenção de um dos cônjuges da exigibilidade de participar no sustento da família, ou que atribua unicamente a um deles o exercício do poder familiar, ou, ainda, que disponha quanto a divisão dos bens a serem adquiridos. É insignificante qualquer regra ou cláusula que regulamente situações já delineadas em lei. Muito menos se autoriza a renúncia ao exercício de um direito, ou de um dever, como o de reclamar alimentos, em caso de separação, ou de participar na criação e educação dos filhos.

Ademais, a autonomia privada dos nubentes é limitada pelos princípios da ordem pública, da função social dos contratos e da propriedade, pelos bons costumes e pela boa-fé. Conforme o artigo 104, inciso II, da Lei Civil, seu objeto deve ser lícito, possível, determinado ou determinável, de modo que certas cláusulas são vedadas e, por esse motivo, não podem ser estabelecidas no pacto antenupcial.

A ideia exposta é de que o pacto antenupcial é conduzido por princípios, os quais podem entrar em conflito quando não preservados os direitos e garantias fundamentais dos nubentes, nesse momento se faz necessário sopesar as normas e princípios essenciais para proteção da dignidade da pessoa humana. Tanto que, os direitos indisponíveis não podem ser objetos do pacto antenupcial, sob pena de as cláusulas serem consideradas nulas, frustrando-se, assim, a expectativa dos noivos.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo procurou analisar a validade das cláusulas existenciais nos pactos antenupciais, ou seja, apresenta um estudo quanto aos limites de conteúdo do pacto antenupcial,

mediante o exercício da autonomia privada garantida pelo ordenamento jurídico, que os noivos podem dispor acerca de seu patrimônio, de acordo com seus melhores interesses.

Atualmente, o Código Civil prevê a existência de quatro modelos de regimes de bens sendo eles o regime de comunhão parcial, regime de comunhão universal, pela participação final nos aquestos e regime de separação de bens ou obrigatório, que também podem ser combinados entre si, criando um regime misto. O regime de bens fica estabelecido antes do casamento, que visa disciplinar as relações patrimoniais entre os cônjuges e entre estes e terceiros.

Em regra, os casamentos são estabelecidos pelo regime de comunhão parcial de bens, porém havendo divergência, poderão os nubentes optar por outro regime e, conseqüentemente, estabelecer pacto antenupcial, determinando, ainda, cláusulas existências que lhe bem entendem, assegurado pelo princípio da autonomia privada.

O conteúdo pactício tenciona a determinar questão patrimonial dentro dos termos da lei, já as cláusulas existenciais vão além do patrimônio, são cláusulas que podem estar previstas pelo casal para aspectos extrapatrimoniais.

Dentre os poucos doutrinadores que dissertam sobre as disposições do pacto antenupcial, percebe-se que não há um consenso acerca da validade das cláusulas não patrimoniais estabelecidas pelos consortes, e se são ou não possíveis essas disposições, quanto a sua validade no judiciário.

A autonomia privada dos nubentes encontra limites quanto à elaboração do pacto antenupcial, uma vez que as cláusulas pactuadas não poderão afrontar as normas de ordem pública, os costumes, a boa-fé objetiva e a função social.

Diante desse cenário, questiona-se quais são os limites contratuais que devem ser observados pelos nubentes ao estabelecerem as cláusulas formadoras do pacto antenupcial?

Conforme destacado pelos exemplos trazidos no presente estudo os pactos antenupciais, pré-nupciais e contratos de união estável podem prever cláusulas existenciais, desde que essas cláusulas não ofendam o princípio da solidariedade, princípio da dignidade da pessoa humana e princípio da igualdade entre os cônjuges.

Além disso, sendo o pacto antenupcial um negócio jurídico da seara do direito de família, é vedado que contrarie normas integrantes do estatuto imperativo de base do casamento pertinentes à comunhão plena de vida instituída pela família e o princípio da igualdade jurídica entre os cônjuges.

Destaca-se que a maioria das possibilidades de disposição extrapatrimonial versa sobre cenários futuros, sendo que grande parte se alteram ao longo do tempo, assim, sua pactuação não segue a função benéfica e de redução de conflitos, pelo qual o pacto antenupcial se propõe.

Por fim, recomenda-se uma proposta de legislação que defina os limites a serem respeitados pelos consortes, uma vez que insuficientes os regramentos do Código Civil, pois produzem diversas interpretações, o que faz com que o pacto antenupcial se mantenha um instrumento de difícil entendimento e aplicabilidade.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Marcos Alves. **Direito Civil – Família – Regime de Bens I. Quadro esquemático.** Disponível em <https://www.direitodefamilia.adv.br/2020/wp-content/uploads/2020/06/familia-regime-de-bens-esquema.pdf>.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil Brasileiro.** Brasília, DF: Senado Federal, 2002.
- BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil Brasileiro.** Brasília, DF: Senado Federal, 2015.
- CARDOSO, Fabiana Domingues. **Pacto antenupcial no Brasil: formalidades e conteúdo.** Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). São Paulo, 2009.
- CARVALHO, Dimas Messias. **Direito das famílias. 8. ed.** São Paulo: Saraiva, 2020. E-book.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias. 4. ed.** em e-book baseada na 11. ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro. 29. ed.** São Paulo: Saraiva, 2014. Vol. 5.
- FANZOLATO, Eduardo Ignacio. **Derecho de Familia.** Córdoba: Advocatus, 2007.
- FANZOLATO, Eduardo Ignacio. **Las Capitulaciones Matrimoniales.** Revista de Derecho de Familia, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2002.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil: família.** São Paulo: Atlas, 2008.
- GOMES, Orlando. **Direito de família. 3. ed.** Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- GONCALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro - Volume 6 - Direito de Família. 14. ed.** São Paulo: Saraiva, 2017. E-book.
- MADALENO, Rolf. **Direito de família. 8. ed. revista atualizada e ampliada.** Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- MULTEDO, Renata Vilela. **LIBERDADE E FAMÍLIA. Limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais.** Rio de Janeiro, Processo, 2017.

OLIVEIRA, Alexandre Miranda [et al.]; coordenado por Ana Carolina Brochado Teixeira, Renata de Lima Rodrigues. **Contratos, família e sucessões: diálogos interdisciplinares**. 2 ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família. 10ª edição**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 2019.

SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. **O pacto antenupcial e a autonomia privada**. In: BASTOS, Eliene Ferreira, 2006.

SOUZA, Asiel Henrique de (Coords.). **Família e jurisdição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ZANELLA, Alessandra Tayná Rizzotto. **Limites e possibilidades na contratação do pacto antenupcial**. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2019.