



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

FACULDADE DE DIREITO

ALEX BRUNO ASSIS LOPES

**INSERÇÃO DE CLÁUSULA PENAL EM PACTO ANTENUPCIAL POR NÃO
CUMPRIMENTO DO DEVER CONJUGAL DE FIDELIDADE**

**Brasília
2025**

ALEX BRUNO ASSIS LOPES

**INSERÇÃO DE CLÁUSULA PENAL EM PACTO ANTENUPCIAL POR NÃO
CUMPRIMENTO DO DEVER CONJUGAL DE FIDELIDADE**

Dissertação apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Brasília, como
requisito parcial à obtenção do título de
Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. João Costa-Neto

**Brasília
2025**

FOLHA DE AVALIAÇÃO

INSERÇÃO DE CLÁUSULA PENAL EM PACTO ANTENUPCIAL POR NÃO CUMPRIMENTO DO DEVER CONJUGAL DE FIDELIDADE

Dissertação apresentada à banca examinadora abaixo qualificada em 26 de fevereiro de 2025, para fins de avaliação.

Prof. Dr. João Costa-Neto
Orientador

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes
Examinadora
Universidade de Brasília

Profa. Dra. Mariana Alves Lara
Examinadora
Universidade Federal de Minas Gerais

Aprovada em: 26 de fevereiro de 2025

Aos meus pais, que com paciência e compreensão,
me acompanharam em cada passo desta jornada
acadêmica.

AGRADECIMENTOS

A caminhada acadêmica é um percurso repleto de desafios e chegar até aqui não foi obra do acaso. Por isso, expresso minha mais profunda gratidão a todos que, de alguma forma, contribuíram para esta conquista.

A Deus, minha primeira e maior fonte de força, que, mesmo nos momentos de incerteza, sustentou-me com graça e sabedoria. Sem Sua presença, nenhum esforço teria sentido.

Aos meus pais, que sempre foram o alicerce da minha jornada. Com amor incondicional e sacrifícios silenciosos, me ensinaram que a educação é o caminho para a transformação. Cada conquista minha é, também, de vocês.

À minha irmã, cuja presença é um lembrete constante de que a família é o nosso porto seguro. Seu apoio, mesmo nas pequenas coisas, fez toda a diferença.

Ao prof. João Costa-Neto que, com paciência, desafiou-me a ir além, a questionar e a refinar minhas ideias. Sua orientação foi fundamental para que este trabalho alcançasse a profundidade necessária.

A Irene Lage, pela dedicação e rigor na revisão deste trabalho, cujas valiosas observações e sugestões contribuíram significativamente para o aprimoramento da qualidade da pesquisa.

E ao meu orientador da graduação, prof. Felipe Ventin que, lá no início, plantou a semente da pesquisa e do pensamento crítico. Seu incentivo foi essencial para que eu acreditasse e seguisse adiante.

A todos, meu sincero obrigado.

Na modernidade líquida, os laços afetivos se tornam tão fugazes que a fidelidade, entendida como um compromisso duradouro, se torna cada vez mais ilusória.

(Paráfrase baseada em Bauman, 2004)

RESUMO

O objetivo deste estudo é analisar a admissibilidade da cláusula de indenização por infidelidade conjugal em pactos antenupciais, destacando a relação entre as partes envolvidas e os efeitos legais dessa estipulação. Para tanto, o trabalho se concentra, primeiramente, no estudo do casamento, abordando sua evolução histórica e os aspectos conceituais que o definem, com especial atenção à instituição da família, que se configura a partir do matrimônio e é diretamente afetada pelo pacto antenupcial. Ao longo da pesquisa, foram discutidos os conceitos de autonomia da vontade e autonomia privada, com foco na liberdade dos cônjuges para estipular cláusulas que regulem sua relação patrimonial e extrapatrimonial. A pesquisa se dedicou a entender como essa liberdade pode se manifestar em relação aos direitos e deveres estabelecidos no pacto antenupcial, especialmente no que diz respeito à inserção de cláusulas que tratam de questões extrapatrimoniais, como o dever de fidelidade. Além disso, foram analisados dados de decisões de Tribunais de Justiça em todo o Brasil, trazendo à tona informações relevantes sobre a incidência dessa temática no âmbito judicial. A metodologia adotada para o desenvolvimento do estudo baseou-se em uma pesquisa bibliográfica e documental, que envolveu a consulta a obras de doutrinadores renomados e o levantamento de decisões judiciais pertinentes. Ao final, o estudo conclui pela viabilidade da inserção de cláusula de indenização por infidelidade conjugal nos pactos antenupciais, desde que respeitados os princípios constitucionais e a boa-fé objetiva nas relações contratuais entre os cônjuges.

Palavras-chaves: Família. Regime de bens. Pacto antenupcial. Indenização por infidelidade.

ABSTRACT

The objective of this study is to analyze the admissibility of the compensation clause for marital infidelity in prenuptial agreements, highlighting the relationship between the parties involved and the legal effects of this stipulation. To this end, the work first focuses on the study of marriage, addressing its historical evolution and the conceptual aspects that define it, with particular attention to the institution of the family, which is established through marriage and is directly affected by the prenuptial agreement. Throughout the research, the concepts of autonomy of will and private autonomy were discussed, with an emphasis on the freedom of spouses to stipulate clauses that regulate their patrimonial and extrapatrimonial relationship. The research aimed to understand how this freedom can manifest concerning the rights and duties established in the prenuptial agreement, especially regarding the inclusion of clauses dealing with extrapatrimonial issues, such as the duty of fidelity. Furthermore, data from court decisions across Brazil were analyzed, bringing to light relevant information on the incidence of this issue in the judicial field. The methodology adopted for the development of the study was based on bibliographic and documentary research, which involved consulting works by renowned scholars and gathering pertinent judicial decisions. In conclusion, the study affirms the feasibility of including a compensation clause for marital infidelity in prenuptial agreements, provided that constitutional principles and good faith in contractual relations between spouses are respected.

Keywords: Family. Property regime. Prenuptial agreement. Compensation for infidelity.

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1: Resultado de decisões dos Tribunais brasileiros sobre danos morais por infidelidade conjugal no período 2014 /2023	67
---	----

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 VISÃO CONSTITUCIONAL DA FAMÍLIA E REGIME DE BENS	
NO CASAMENTO: DA TRADIÇÃO AO CONTEXTO ATUAL.....	14
2.1 Família: Aspectos Propedêuticos.....	15
2.2 Dos Antecedentes Constitucionais da Família no Brasil.....	18
2.3 A Família e Direitos na Constituição de 1988.....	21
2.4 Casamento: Natureza Jurídica e Efeitos.....	24
2.5 Regime de Bens.....	27
2.5.1 Comunhão parcial de bens	29
2.5.2 Comunhão universal de bens	29
2.5.3 Separação total e separação obrigatória de bens.....	30
2.5.4 Participação final nos aquestos	31
3 PACTO ANTENUPCIAL: PRESSUPOSTOS CONCEITUAIS E	
REQUISITOS.....	33
3.1 Do Embasamento Histórico-Conceitual.....	33
3.2 Natureza Jurídica.....	36
3.3 Da Validade do Pacto Antenupcial.....	40
3.3.1 Formalidades legais.....	40
3.3.2 Óbice à livre escolha do regime de bens.....	41
3.3.3 Elemento volitivo.....	45
3.3.4 Do conteúdo: patrimonial e extrapatrimonial.....	48
3.3.5 Forma.....	53
3.3.6 Cláusulas proibitivas.....	55
3.4 Breve Síntese.....	56
4 ADMISSIBILIDADE DE CLÁUSULAS PENAS EM PACTOS	
ANTENUPCIAIS.....	58
4.1 Deveres Conjugais.....	58
4.1.1 Dever recíproco de fidelidade.....	62
4.2 Infidelidade Conjugual, Danos Morais e Soluções Jurisprudenciais.....	66
4.3 Da Inserção de Cláusula Indenizatória em Pacto Antenupcial pelo não	
Cumprimento do Dever Conjugual de Fidelidade dos Cônjuges.....	73

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	79
Referências.....	82

1 INTRODUÇÃO

As relações afetivas no contexto conjugal têm se tornado mais dinâmicas. Antes da concretização do casamento, por exemplo, os nubentes podem firmar um acordo, no qual estabelecem, consensualmente, condições várias, incluindo desde a opção pelo regime de bens até rotinas diárias do lar e dos filhos.

Esse dinamismo parece estranho ao âmbito familiar, haja vista as relações serem consideradas historicamente sob parâmetros outros, que não o da pactuação de deveres e obrigações além dos também historicamente disseminados, como: assistência mútua, respeito e vários.

Porém, ele se explica pela conjuntura sócio-histórica atual, com o estágio da civilização marcado por relações sociais centradas em interesses distintos, mais práticos, além do sentimento de instantaneidade. Um tempo calcado nas ideias de consumo e de incerteza nas relações afetivas¹ (tanto quanto no todo das relações em geral), possivelmente justificadas por esse sentido instantâneo das coisas.

O ambiente de diversidade e de flexibilização, de adaptação e de fluidez afeta as relações de modo geral, incluindo as afetivas, e acarreta modificação “das estruturas do corpo social”, obviamente impactando o mundo jurídico.² As condições sociais propiciaram o surgimento de outra visão do mundo e nele, a das relações, além da forma de tratá-la e de solucionar o que advém.

É nessa perspectiva que, nos últimos tempos, no âmbito do pacto antenupcial, dois pontos vêm chamando atenção em relação à inserção de cláusulas: indenização por deveres conjugais estabelecidos pelos cônjuges, mas não cumpridos, e em escala bem menor – aliás, quase nada –, indenização por infidelidade conjugal – a fidelidade é um dever conjugal estatuído legalmente.

Esses pontos trazem, em seu bojo, implicações sobre: o exercício da autonomia da vontade e questões da autonomia privada, limitações pelas normas cogentes, limites da intervenção estatal no âmbito conjugal, critérios do negócio jurídico e contratuais, entre outras. Ao mesmo tempo, suscitam questionamentos

¹ TIROLI Luiz Gustavo; CACHAPUZ, Rozane da Rosa. O Direito De Família À Luz Da Modernidade. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 21, n. 2, p. 433-350, 2021, p. 439.

² TIROLI Luiz Gustavo; CACHAPUZ, Rozane da Rosa. O Direito De Família À Luz Da Modernidade. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 21, n. 2, p. 433-350, 2021, p. 439.

vários, a exemplo de: o que contraria a ordem pública? Ou, como questiona Rodrigo da Cunha Pereira, “o que fere e afronta a ordem pública?”³

Esses aspectos são inerentes ao escopo deste estudo, que parte da noção de família, descrita na Constituição Federal de 1988, e de fidelidade conjugal como um compromisso tácito, insculpido no art. 1.566 do Código Civil de 2002, como um dos deveres conjugais, a que os cônjuges se submetem.

Assim, considerando as bases dos deveres conjugais e as transformações por que passa a sociedade, especificamente quanto à contratualização de cláusulas de indenização, questiona-se: é admissível cláusula de indenização por infidelidade conjugal em pactos antenupciais?

O objetivo do trabalho é demonstrar a admissibilidade de cláusula de indenização por infidelidade conjugal em pactos antenupciais. Especificamente, buscou-se: compreender e classificar a família do ponto de vista histórico, frente ao que se vive atualmente, e na perspectiva constitucional, de onde emergem os referenciais que regem as relações a partir dela, a família; caracterizar teoricamente o pacto antenupcial, seus requisitos de validade e de eficácia, contextualizando as dificuldades advindas das leis para a concretização do desejo dos nubentes; demonstrar o número de demandas nesse sentido, por meio de consulta aos Tribunais de Justiça dos estados, e a posição jurisprudencial sobre o tema, por meio da análise de julgados, bem como argumentar, com base em elementos teóricos e em evidências práticas, a possibilidade de inserção de cláusula de indenização em casos de infidelidade conjugal em pactos antenupciais.

A abordagem do tema é relevante por três razões: primeiro, ele se insere no contexto da nova dinâmica das relações, a qual deve ser acompanhada pelo Direito, principalmente pelo Direito de Família. Logo, é possível verificar que pontos a favor e contra o objetivo proposto se sobressaem. Segundo, pela própria problemática envolvida, como exercício da autonomia da vontade e a limitação da autonomia privada e da intervenção do Estado nas relações familiares. Terceiro, porque a perspectiva de indenização por quebra do estabelecido em pacto antenupcial é muito recente, mais ainda a indenização por infidelidade conjugal – essa, ainda quase de

³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Pacto Antenupcial e Cláusulas Existenciais**. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/> Acesso em: 12 jan 2025, p. 4

natureza conjectural, como se verá ao fim do estudo. Como afirmam Souza e Lopes, “pouco se discute sobre o assunto da possibilidade ou não de se prefixar uma possível indenização em documento escrito por um casal unido por matrimônio ou união estável em relação a possíveis situações lesivas ocorridas no âmbito de tais relações.”⁴

Metodologicamente, o trabalho foi desenvolvido por meio de uma pesquisa bibliográfica, com consulta a publicações/fontes primárias sobre a temática. Nesse sentido, o estudo partiu de bases como Caio Mário da Silva Pereira, Orlando Gomes, Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald e Freddie Didier Jr.. Autores como Fabiana Domingues Cardoso, Marina Pacheco Cardoso, José Sebastião de Oliveira, Carlos Eduardo Silva e Souza e Maísa de Souza Lopes foram fundamentais pela proximidade da abordagem temática com a proposta do estudo.

A pesquisa também foi jurisprudencial, porque foram feitas consultas aos Tribunais de Justiça dos estados da Federação, para se obter uma visão das demandas no período dos últimos dez anos, ou seja, uma visão mais atual.

O estudo encontra-se dividido em três capítulos. No primeiro, traçou-se um perfil da família do ponto de vista histórico, conceitual e jurídico, abordando-se a visão evolutiva desse ente nas Constituições do Brasil. Dissertou-se sobre o casamento e seus efeitos pessoais, sociais e jurídicos, bem como os regimes de bens. No segundo, enfocou-se o pacto antenupcial, suas prerrogativas, condições e implicações, bem como foram questionados pontos como autonomia da vontade, autonomia privada, ordem social e limitações da intervenção estatal. No terceiro, o foco foi o objeto da proposta do trabalho, a admissibilidade de indenização pelo não cumprimento do dever conjugal de fidelidade. Foram apresentados e discutidos julgados de demandas sobre a temática, com dados obtidos nos Tribunais, sendo utilizados argumentos pessoais, teóricos e jurisprudenciais em defesa do que se buscou demonstrar.

⁴ SOUZA, Carlos Eduardo Silva e; LOPES, Maísa de Souza. A (Im)Possibilidade de Prefixação da Indenização por Danos Ocorridos no Âmbito das Relações Familiares. **Revista Jurídica**, v. 5, n. 67, p. 1-23, 2021, p.3. Disponível em: www.revista.unicuritiba.edu, Acesso em: 12 jan 2025.

2 VISÃO CONSTITUCIONAL DA FAMÍLIA E REGIME DE BENS NO CASAMENTO: DA TRADIÇÃO AO CONTEXTO ATUAL

Considera-se importante conhecer um pouco sobre a família do ponto de vista constitucional de sua evolução, bem como sobre o regime de bens no casamento, para observar a forma como o ordenamento jurídico vem também evoluindo no sentido de acompanhar e de nortear as relações que surgem.

No que tange ao aspecto constitucional, a importância de se procurar conhecer a família por essa via tem por base a ideia de Ferdinand Lassalle de que uma constituição escrita só tem valor e durabilidade se corresponder fielmente aos valores da sociedade de seu tempo. A Constituição “é a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação”, e seu instrumento escrito deve expressar isso. Também, porque sendo uma lei essencial, as outras leis buscam nela seus fundamentos.⁵

Por meio do ordenamento jurídico, inclusive, verifica-se as formas e os meios da intervenção estatal nas autonomias individuais. No dizer de Konrad Hesse,

O significado da ordenação jurídica na realidade e em face dela somente pode ser apreciado se ambas – ordenação e realidade – forem consideradas em sua relação, em seu inseparável contexto, e no seu condicionamento recíproco. Uma análise isolada, unilateral, que leve em conta apenas um ou outro aspecto, não se afigura em condições de fornecer resposta(s) adequada (s)[...].⁶

Neste capítulo, vão ser apresentadas visões da família ao longo das Constituições brasileiras desde o Império, no sentido do que esclarece José Sebastião de Oliveira,⁷ qual seja, compreender a instituição familiar e a proteção que o direito positivo dispensa a ela exige que se veja o que a família representa, começando pela época colonial, pelo Império e chegando até a República.

Acredita-se que, mesmo em uma perspectiva breve, mais ilustrativa do que aprofundada, essas noções históricas talvez possam servir para dimensionar não só a nova dinâmica que rege as relações conjugais, como a velocidade com que ela vem se instalando, e identificar e compreender eventuais lacunas que o ordenamento

⁵ LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 5.ed. Tradução Walter Stonner . Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 39,47.

⁶ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes de Die Normative Kraft der Verfassung. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 4

⁷ OLIVEIRA, José Sebastião de. A família e as constituições brasileiras no contexto dos direitos fundamentais e da personalidade. **Revista Jurídica Cesumar - Mestrado**, [S. l.], v. 6, n. 1, p. 75–148, 2007, p. 78. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br>. Acesso em: 18 fev. 2025.

jurídico possa apresentar do ponto de vista conceitual e mesmo de funcionamento na prática.

Inclusive, segundo Mousnier, “nunca a família foi objeto de tanta produção [...] como agora, no afã de se dar aos indivíduos, o ordenamento jurídico que a modernidade reclama, posto ser o homem vocacionado para a normatividade.” É que desde as mais tenras estruturas organizacionais de que se sabe, o homem segue padrões comportamentais estabelecidos.⁸

A determinados espaços de tempo, o complexo de normas vigentes deixa de atender às necessidades humanas. A massa crítica dos indivíduos busca um novo código comportamental, capaz de atender aos desafios dos valores emergentes. Compreender o significado das leis é aprender sobre as etapas da evolução humana e o consequente aperfeiçoamento ético de suas diversas instituições.⁹

Também por isso, o Direito de Família, com suas profundas alterações, reflete momentos da realidade social complexa, incidindo sobre vários de seus campos.¹⁰ Nesse sentido, para que se possa ter uma “compreensão constitucionalizada do Direito de Família, é essencial que todo e qualquer entendimento relacionado à família tenha como base os fundamentos na Constituição.”¹¹ Nesse entendimento é que este capítulo foi desenvolvido.

2.1 Família: Aspectos Propedêuticos

Na acepção clássica, conforme ensinamento de Clóvis Beviláqua¹², a família é vista como conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo consanguíneo, sendo os fatores preponderantes para sua constituição: o amor entre o homem e a mulher, e a conservação e cuidados com a prole.

Assevera Caio Mário da Silva Pereira, em concordância com Clóvis Beviláqua, que família é “um conjunto de pessoas que descendem de tronco ancestral comum

⁸ MOUSNIER, Conceição A. A Nova Família à Luz da Constituição Federal, da Legislação e do Novo Código Civil. **Revista da EMERJ**, v. 5, n. 20, p. 244-266, 2002, p. 245.

⁹ MOUSNIER, Conceição A. A Nova Família à Luz da Constituição Federal, da Legislação e do Novo Código Civil. **Revista da EMERJ**, v. 5, n. 20, p. 244-266, 2002, p. 245.

¹⁰ MOUSNIER, Conceição A. A Nova Família à Luz da Constituição Federal, da Legislação e do Novo Código Civil. **Revista da EMERJ**, v. 5, n. 20, p. 244-266, 2002, p. 245.

¹¹ SANTIAGO, Rafael da Silva. O Direito de Família Contemporâneo: Entidade Familiar Constitucionalizada. **Interfaces Científica Direito**, v.1, n. 2, p. 57-66, 2013, p. 65. Disponível em: <https://periodicos.set.edu.br> Acesso em: 12 jan 2025

¹² BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 16-17

[...]. Na verdade, em senso estrito, a família se restringe ao grupo formado pelos pais e filhos”¹³, havendo necessidade de vínculo consanguíneo.

Em complemento, seguindo a linha do vínculo da consanguinidade e de parentesco, em sentido genérico, o conceito de família se estende aos enteados, cunhados, genros e noras.¹⁴

Na definição de Pablo Stolze e de Rodolfo Pamplona, considera-se família o núcleo existencial integrado por pessoas unidas por vínculo socioafetivo, teleologicamente vocacionada a permitir a realização plena dos seus integrantes.¹⁵ Nesse entendimento, para Rolf Madaleno, a família contemporânea encontra sua realização no seu grupo e, dentro dele, cada integrante encontra na convivência solidária e no afeto o valor social e jurídico que a família exerce no desenvolvimento da sociedade e do Estado.¹⁶

Um conceito mais abrangente de família é o de Maria Berenice Dias, que assevera ser esta a relação das pessoas ligadas por um vínculo de consanguinidade, afinidade ou afetividade. Nessa relação, há o atendimento aos interesses mais valiosos das pessoas humanas: afeto, solidariedade, lealdade, confiança, respeito e amor.¹⁷

Conforme visto, na atualidade, a abrangência do termo família tem alcançado proporções mais amplas, incluindo todas as formas constituição familiar, desde a instituída pelo casamento, a forma clássica, tradicional, até os modelos: informal (formada pela união estável), reconstituída (separação dos pais, com filhos, agregado com outros possíveis filhos e família), monoparental (constituído por apenas um dos pais e o filho), anaparental (sem conotação sexual, sem vínculo de ascendência entre si), poliafetiva (mais de duas pessoas em interação afetiva), paralela (vínculos afetivos

¹³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**, vol. 5. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p.20

¹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**, vol. 5. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p.20

¹⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Manual de Direito Civil: Volume Único**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1081.

¹⁶ MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p.44 .

¹⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 53-54.

concomitantes, vulgarmente conhecidos como concubinato) e eudemonista (pautado no envolvimento afetivo entre os indivíduos).¹⁸

Já historicamente, a origem do conceito jurídico de família encontra raízes no Direito Romano. Apesar da forte influência do Direito Canônico, do Direito Feudal e da Revolução Francesa,¹⁹ o Direito Romano deu-lhe robustez, visto que tornou “sólida a unidade jurídica, econômica e religiosa fundada na autoridade soberana de um chefe”.²⁰

Segundo Camila Mongani Gozzi,²¹ Ulpiano, em seu “Digesto”, conceituou família como um “grupo plural de pessoas que, pela natureza ou pelo direito, vive sob o poder de outro.” Também Engels, muito depois, analisando “as transformações na formação e desenvolvimento destes grupos de seres humanos”, evidenciou aspectos de grupos de pessoas “desde as primeiras reuniões do homem selvagem até a formação da família em sua versão mais tradicional”, essa, quase como é compreendida atualmente. Essa autora observou que

no decorrer de toda essa evolução da formação do grupo familiar, [...] é notável que a união, que antes se dava em grupos maiores, passou a, paulatinamente, dar-se também em pares. Homem e mulher passaram, então, a unir-se com o objetivo de dar continuidade à formação do grupo original e assim preservar, dentro da família formada, os dons, aprendizados e até mesmo as conquistas materiais do grupo.²²

Ela concluiu “que a monogamia desempenhou papel de extrema importância na evolução da família tal como entendida e conceituada atualmente.”²³. Destaca Fabiana Domingues Cardoso que “sua essência não é apenas de um regramento

¹⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Manual de Direito Civil: Volume Único**. São Paulo: Saraiva, 2017

¹⁹ DAIBERT, Jefferson. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p.9

²⁰ GOMES, Orlando. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 26

²¹ GOZZI, Camila Monzani. **Ressignificando o casamento: a evolução do matrimônio como base primordial da entidade familiar**. Dissertação (Mestrado em Direito Civil Comparado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2020. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br>. Acesso em: 10 jan 2025, p. 13, 14

²² GOZZI, Camila Monzani. **Ressignificando o casamento: a evolução do matrimônio como base primordial da entidade familiar**. Dissertação (Mestrado em Direito Civil Comparado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2020. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br>. Acesso em: 10 jan 2025, p. 14

²³ GOZZI, Camila Monzani. **Ressignificando o casamento: a evolução do matrimônio como base primordial da entidade familiar**. Dissertação (Mestrado em Direito Civil Comparado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2020. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br>. Acesso em: 10 jan 2025, p. 14

moral ou moralizante, mas de um interdito proibitório, sem o qual não é possível organização social e jurídica.”²⁴.

2.2 Dos Antecedentes Constitucionais da Família no Brasil

A família atual representa um núcleo que evoluiu com o desgaste do modelo patriarcal, de hierarquia, do matrimônio e da união heterossexual. Esse modelo, com uma quantidade numerosa de filhos, é que dava o status ao casal como família.²⁵

No Brasil, na Constituição outorgada de 25 de março de 1824, do Brasil império, no artigo 5º, está escrito que “A Religião Católica Apostólica Romana continuará a ser a Religião do Império” e, por isso, prevaleceria “entre nós, a doutrina que atribui à religião exclusiva competência para regular as condições e a forma do casamento e para julgar da validade do ato.”²⁶ Apesar de o Brasil já estar independente de Portugal de modo oficial, o direito das famílias ainda era regido pela Lei Imperial de 1823, com regras infraconstitucionais das Ordenações Filipinas, baseadas no padrão familiar patriarcal: “centralizado na figura do patriarca, formada a partir do casamento, voltada à procriação, à subsistência de seus membros, a preservação do patrimônio e consequentemente à manutenção de status social.”²⁷ Pelo Instituto dos Morgados e Bens Vinculados, que perdurou por um tempo, “com respaldo das Ordenações Filipinas, o chefe do clã rural tinha por hábito transferir o melhor de seu patrimônio para um só dos filhos, quase sempre o mais velho ou algum dos seus descendentes que desfrutava de melhor proteção”.²⁸ Essa Constituição cuidou dos direitos e das garantias dos cidadãos, mas não trouxe nenhuma coisa especial sobre o casamento e a família brasileira.²⁹

²⁴ CARDOSO, Fabiana Domingues. **Pacto Antenupcial no Brasil: formalidades e conteúdo**. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo (SP), 2009, p1 94.

²⁵ CASTANHO, M. A. B. A Família nas Constituições Brasileiras. **Argumenta Journal Law**, v. 17, n. 17, p. 181–204. Disponível em: <https://seer.uenp.edu.br/> Acesso em: 25 jan 2025.

²⁶ COSTA, Dilvanir José da. A família nas Constituições. **Brasília**, ano 43, n. 169, p. 13-19, 2006, p. 13, 14. Disponível em: www2.senado.leg.br. Acesso em 15 jan 2025.

²⁷ CASTANHO, M. A. B. A Família nas Constituições Brasileiras. **Argumenta Journal Law**, v. 17, n. 17, p. 181–204, p. 182. Disponível em: <https://seer.uenp.edu.br/> Acesso em: 25 jan 2025

²⁸ OLIVEIRA, José Sebastião de. A família e as constituições brasileiras no contexto dos direitos fundamentais e da personalidade. **Revista Jurídica Cesumar - Mestrado**, [S. l.], v. 6, n. 1, p. 75–148, 2007, p. 91.. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br>. Acesso em: 18 fev. 2025.

²⁹ COSTA, Dilvanir José da. A família nas Constituições. **Brasília**, ano 43, n. 169, p. 13-19, 2006, p. 13, 14. Disponível em: www2.senado.leg.br. Acesso em 15 jan 2025

Com a proclamação da República em 1889, o Estado se separou da Igreja, e surgiu a necessidade de se regulamentar o casamento, “fonte geradora da família”, de outra forma. Na Constituição de 1891, o espírito da família predominante era ainda o patriarcal.³⁰ Foram criadas regras infraconstitucionais específicas, como o Decreto nº 521, de 26 de junho de 1890, que estabeleceu o “casamento civil, único válido nos termos do artigo 108 do Decreto 181”.³¹ No início do século XX, a sociedade era mais rural e conhecida pelo patriarcalismo, formada somente a partir do matrimônio.

Mas, de acordo com Oliveira, a Constituição de 1824 e a de 1891 não se referiram nem cuidaram da família como estrutura, seja em termos amplos ou em termos restrito, de núcleo familiar. Foi tratada “como forma de transmissão hereditária”. Apesar de ambas se ocuparem dos direitos fundamentais de primeira geração, não se dedicaram aos direitos da personalidade.³²

A Constituição de 1934, a segunda Constituição da República, trouxe os direitos sociais e se estendeu à família. Nessa ocasião, as constituições de muitos países já se referiam à família de forma diferente, trazendo-lhe proteção.³³ Assim, aqui também, em um dos núcleos constitucionais, foi inserida a temática família, educação e cultura, e no capítulo Dos Direitos e Garantias Individuais, o art. 113 nº 34, assegurava a todos o direito de prover à própria subsistência e à da própria família; no Título V, Da Família, Da Educação e Da Cultura, no art. 144, estabeleceu: “A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado”. Essa Constituição não trouxe um conceito de família, porém, caracterizou sua constituição e deixou claro não admitir a separação. Apresentou os direitos fundamentais de segunda geração, com a proteção aos direitos sociais, voltados para a proteção individual e à segurança da formação da família.³⁴

³⁰ OLIVEIRA, José Sebastião de. A família e as constituições brasileiras no contexto dos direitos fundamentais e da personalidade. **Revista Jurídica Cesumar - Mestrado**, v. 6, n. 1, p. 75–148, 2007, p. 96, 102. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br>. Acesso em: 18 fev. 2025.

³¹ COSTA, Dilvanir José da. A família nas Constituições. **Brasília**, ano 43, n. 169, p. 13-19, 2006, p. 14. Disponível em: www2.senado.leg.br. Acesso em 15 jan 2025.

³² OLIVEIRA, José Sebastião de. A família e as constituições brasileiras no contexto dos direitos fundamentais e da personalidade. **Revista Jurídica Cesumar - Mestrado**, [S. l.], v. 6, n. 1, p. 75–148, 2007, p. 99, 103. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br>. Acesso em: 18 fev. 2025.

³³ OLIVEIRA, José Sebastião de. A família e as constituições brasileiras no contexto dos direitos fundamentais e da personalidade. **Revista Jurídica Cesumar - Mestrado**, [S. l.], v. 6, n. 1, p. 75–148, 2007, p. 105. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br>. Acesso em: 18 fev. 2025.

³⁴ OLIVEIRA, José Sebastião de. A família e as constituições brasileiras no contexto dos direitos fundamentais e da personalidade. **Revista Jurídica Cesumar - Mestrado**, [S. l.], v. 6, n. 1, p. 75–148, 2007, p. 107. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br>. Acesso em: 18 fev. 2025.

A Constituição de 1937, outorgada, trouxe somente que a família deveria ser constituída a partir do casamento indissolúvel, mas não disse a forma.³⁵ Também não houve qualquer conceituação de família, observando-se apenas retoque na caracterização dela na Constituição anterior. Mesmo assim, essa Constituição se autoconsiderou “precursora da defesa da instituição da família, consagrando-lhe um capítulo especial”, tal como ocorrera anteriormente. Essa consideração, na verdade, já havia sido expressa nas Constituições da Alemanha, de 1919, da Tchecoslováquia, de 1920, e da Espanha, de 1931. Aliás, “foi acatada por quase todas as constituições promulgadas ou outorgadas pelos países considerados civilizados”.³⁶

Na Constituição de 1946, foram consagrados os seguintes itens em relação ao casamento e à família, respectivamente: o casamento é indissolúvel, é civil, deve observar os normativos da lei; pode haver casamento religioso sem habilitação civil prévia, devendo depois ser inscrito no registro público;³⁷ a família deve ser constituída pelo casamento indissolúvel – baseando-se na Constituição de 1934.³⁸

A Constituição de 1967, a quinta da República, substituiu plenamente a de 1946, mesmo sem alterar a forma de constituir a família. O poder militar competente da época referendou o anteprojeto, cujo art. 167 rezava: “A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos.”³⁹ A Emenda Constitucional nº 9, de 1977, no art. 1º, modificou o § 1º do art. 175 da Emenda Constitucional nº 1 de 1969, estabelecendo que “O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos.” Continuando, seu artigo 2º dispôs que a separação poderia ser de fato por cinco anos e comprovada em juízo.⁴⁰

³⁵ COSTA, Dilvanir José da. A família nas Constituições. **Brasília**, ano 43, n. 169, p. 13-19, 2006, p. 18. Disponível em: www2.senado.leg.br. Acesso em 15 jan 2025.

³⁶ OLIVEIRA, José Sebastião de. A família e as constituições brasileiras no contexto dos direitos fundamentais e da personalidade. **Revista Jurídica Cesumar - Mestrado**, [S. l.], v. 6, n. 1, p. 75–148, 2007, p. 109. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br>. Acesso em: 18 fev. 2025.

³⁷ COSTA, Dilvanir José da. A família nas Constituições. **Brasília**, ano 43, n. 169, p. 13-19, 2006, p. 18. Disponível em: www2.senado.leg.br. Acesso em 15 jan 2025.

³⁸ CASTANHO, M. A. B. A Família nas Constituições Brasileiras. **Argumenta Journal Law**, v. 17, n. 17, p. 181–204, p.182 Disponível em: <https://seer.uenp.edu.br/> Acesso em: 25 jan 2025.

³⁹ OLIVEIRA, José Sebastião de. A família e as constituições brasileiras no contexto dos direitos fundamentais e da personalidade. **Revista Jurídica Cesumar - Mestrado**, v. 6, n. 1, p. 75–148, 2007, p. 109. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br>. Acesso em: 18 fev. 2025.

⁴⁰ COSTA, Dilvanir José da. A família nas Constituições. **Brasília**, ano 43, n. 169, p. 13-19, 2006, p. 15. Disponível em: www2.senado.leg.br. Acesso em 15 jan 2025.

Os dispositivos constitucionais só foram alterados com a regulamentação do divórcio pela Lei Ordinária federal nº 6.515, de 1977, a Lei do Divórcio.⁴¹ Até então, o Código Civil de 1916 trazia em seu bojo o termo “separação judicial”, sendo sua efetivação por meio da propositura da ação de desquite. Essa, segundo regras de seu art. 317, seriam para os casos de adultério, tentativa de morte, maus tratos ou injúria grave e abandono voluntário do lar conjugal, durante dois anos contínuos.⁴²

Até aqui, dentro da estrutura hierarquizada, somente se considerava a união pelo casamento e tudo era submetido ao regime patriarcal. Até 1988, a jurisprudência dos tribunais do país, principalmente o Supremo Tribunal Federal (STF), entendia que só a convivência simples não era base para o reconhecimento de direitos da concubina à meação do patrimônio, mesmo que a relação fosse notória e pública. Deveria ser demonstrado que existia uma sociedade de fato, com esforço dos dois para formar o patrimônio. Quando já havia várias decisões dessa Corte nesse sentido, elaborou-se a Súmula 380 do STF, segundo a qual, “Comprovada a existência da sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.”

Após isso, as “inovações de vulto” referentes ao casamento e à constituição da família vieram com a Constituição de 1988.

2.3 A Família e Direitos na Constituição de 1988

Oliveira resume as principais disposições da Constituição de 1988, comparativamente às determinações das anteriores, bem como os principais efeitos sobre as demais normas:

No contexto dos direitos individuais exsurgem os direitos da personalidade, que em princípio parecem ter identidade, mas na verdade são direitos distintos, pois “os direitos fundamentais pressupõem relações de poder, os direitos de personalidade relações de igualdade. Os direitos fundamentais têm uma incidência publicística imediata, quando ocorrem efeitos nas relações entre os particulares uma incidência privatística., ainda quando sobreposta ou subposta à dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais pertencem, ao domínio do Direito Constitucional, os direitos de personalidade ao do Direito Civil”.

⁴¹ OLIVEIRA, José Sebastião de. A família e as constituições brasileiras no contexto dos direitos fundamentais e da personalidade. **Revista Jurídica Cesumar - Mestrado**, v. 6, n. 1, p. 75–148, 2007, p. 109. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br>. Acesso em: 18 fev. 2025.

⁴² BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 286.

Os direitos e garantias individuais trazem no seu bojo normas direcionadas para proteção do homem, ou seja, das pessoas; e como o ser humano, de modo geral, nasce e se forma no seio de uma família, temos que essas normas também são predestinadas a proteger todos os elementos integrantes da família contra eventuais ações do Estado.

Os direitos da personalidade são direitos novos, incorporados à nossa recente Codificação Civil de 2002, cuja construção doutrinária e jurisprudencial se encontra em formação, pois a sua especificidade, advinda com a nova codificação, ainda está por receber muita contribuição por parte dos operadores do direito brasileiro.⁴³

Relativamente à família, as constituições familiares estão mais dinâmicas. Até o século XX, quando vigorava o Código Civil de 1916, a família era considerada um conjunto de pessoas unidas pelo vínculo consanguíneo, tendo como elementos preponderantes para sua formação o amor entre o homem e a mulher e os cuidados para com a prole.⁴⁴

A Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002 trouxeram uma visão civil-constitucionalista mais abrangente, quando comparadas com o Código Civil de 1916. Nesse Código, à luz do Direito, a família era formada a partir do casamento, nos moldes patriarcal, hierarquizada, firmada pelo vínculo biológico e com caráter institucional, de modo a propiciar uma unidade de produção e de reprodução⁴⁵ – esse modelo foi delineado ao longo das Constituições, desde a do Império, como visto.

Porém, a partir da Constituição de 1988, de acordo com o que resumiu Oliveira em sua pesquisa:

A família assume novas funções: instrumental, servindo como meio de realização pessoal dos seus membros, potencializando o desenvolvimento deles; de assistência moral e psicológica, como apoio aos seus integrantes nos embates normais da vida cotidiana, no que se refere à formação pessoal dos filhos, intransferível a outros setores sociais.

Pode-se conceituar a família contemporânea (reunindo, portanto, num só conceito o casamento, a união estável e as famílias monoparentais, positivadas pela Constituição de 1988) como a união de pessoas, sob o pálio dos requisitos estabelecidos no direito positivo, a qual tem como única razão do seu início, de sua duração ou do seu fim o sucesso ou o fracasso, no cotidiano, do encontro, por parte de seus

⁴³ OLIVEIRA, José Sebastião de. A família e as constituições brasileiras no contexto dos direitos fundamentais e da personalidade. **Revista Jurídica Cesumar - Mestrado**, v. 6, n. 1, p. 75–148, 2007, p. 139, 142. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br>. Acesso em: 18 fev. 2025.

⁴⁴ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 16-17.

⁴⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil**: Volume Único. Salvador: Juspodivim, 2017, p. 1.643-1.644.

integrantes, da melhor maneira de aprimorar a afetividade recíproca, só podendo ser analisada e compreendida a família contemporânea dentro de um contexto sistêmico aberto.

O conceito de família, antes restrito ao casamento, alarga-se para alcançar outras realidades fáticas, doravante juridicamente reconhecidas. Sobre estas três espécies está sedimentada a família contemporânea.

São características comuns à família contemporânea: nuclearidade, afetividade, despatrimonialização, repersonalização, a igualdade dos filhos, respeito às crianças, aos adolescentes e aos idosos, e igualdade.

As normas sobre a família da Constituição Federal de 1988 têm eficácia jurídica e social, porque, além dos efeitos técnicos que produzem, encontram respaldo junto à Nação, que lhes confere legitimidade, eliminando de vez toda a sorte de discriminações injustificáveis da sociedade conjugal e igualando em direitos e obrigações os cônjuges, ou seja, estabelecendo a igualdade jurídica material entre eles.

Os princípios constitucionais do Direito de Família desempenham função prospectiva, servindo às gerações futuras como diretrizes e conquistas que não podem retroceder, sob pena de aniquilamento da própria noção de entidade familiar, tão bem colocada pelo legislador constituinte.⁴⁶

Essas mudanças tornam necessário identificar os elementos que determinam o Direito de Família contemporâneo, com base na concepção de família como ente constitucionalizado. “É importante os principais ensinamentos doutrinários pertinentes às famílias do período contemporâneo, com o intuito de se melhor compreender os efeitos jurídicos por elas produzidos e as suas consequências no sistema normativo brasileiro.”⁴⁷

Como demonstrado, a Carta Magna permitiu uma nova interpretação do arranjo familiar, expandindo sua definição além da estrutura tradicional composta por um homem, uma mulher e filhos. Essa mudança foi acompanhada por interpretações doutrinárias e decisões judiciais.⁴⁸

⁴⁶OLIVEIRA, José Sebastião de. A família e as constituições brasileiras no contexto dos direitos fundamentais e da personalidade. **Revista Jurídica Cesumar - Mestrado**, v. 6, n. 1, p. 75–148, 2007, p. 107. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br>. Acesso em: 18 fev. 2025.

⁴⁷SANTIAGO, Rafael da Silva. O Direito de Família Contemporâneo: Entidade Familiar Constitucionalizada. **Interfaces Científica Direito**, v.1, n. 2, p. 57-66, 2013, p. 59. Disponível em: <https://periodicos.set.edu.br> Acesso em: 12 jan 2025.

⁴⁸OLIVEIRA, Carlos E. Elias de; COSTA-NETO, João. **Direito Civil** - Vol. Único - 3ª Edição 2024. 3. ed. Rio de Janeiro: Método, 2024. E-book. p.1265. ISBN 9788530994419. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530994419/>. Acesso em: 10 fev. 2025

Em 2011, o STF, ao julgar Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, pautando-se na à dignidade da pessoa humana e à busca da felicidade, reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, um marco importante que assegurou direitos e deveres aos casais homoafetivos, refletindo a evolução da sociedade brasileira.⁴⁹

O Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer a união homoafetiva, reforçou a ideia de que a família deve ser entendida de acordo com a convivência afetiva e a liberdade dos indivíduos, e não apenas pela biologia ou tradições. Assim, a Constituição de 1988 e as decisões do STF consolidaram um conceito dinâmico e inclusivo de família, adaptado às diversas formas de manifestação do amor e da convivência familiar na sociedade contemporânea.⁵⁰

2.4 Casamento: Natureza Jurídica e Efeitos

A natureza jurídica do casamento é controvertida. O Código Civil, “que regula maior parte das relações de Direito Privado do país” não definiu a natureza jurídica do casamento, atribuindo a ele somente o pressuposto genérico de “O casamento estabelece a comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges” (art.1.511). Diante disso, essa definição ficou a cargo da doutrina.⁵¹

A natureza jurídica de uma figura do Direito é definida pela posição por ela ocupada no mundo jurídico, por meio, basicamente, da análise de suas características e elementos essenciais. Assim, por exemplo, a natureza jurídica de um contrato é a de negócio jurídico uni ou bilateral, em que duas ou mais partes avençam acerca de determinada obrigação.⁵²

⁴⁹ OLIVEIRA, Carlos E. Elias de; COSTA-NETO, João. **Direito Civil** - Vol. Único - 3ª Edição 2024. 3. ed. Rio de Janeiro: Método, 2024. E-book. p.1265. ISBN 9788530994419. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530994419/>. Acesso em: 10 fev. 2025

⁵⁰ SILVEIRA, Eduarda Viscardi da. **O estatuto da família e sua compatibilidade com o modelo familiar previsto na Constituição Federal de 1988**: uma análise a partir do princípio da afetividade. Disponível em:

<https://ibdfam.org.br/artigos/1446/O+estatuto+da+fam%C3%ADlia+e+sua+compatibilidade+com+o+m+odelo+familiar+previsto+na+Constitui%C3%A7%C3%A3o+Federal+de+1988:+uma+an%C3%A1lise+a+partir+do+princ%C3%ADpio+da+afetividade>. Acesso em: 10 fev. 2025.

⁵¹ GOZZI, Camila Monzani. **Ressignificando o casamento: a evolução do matrimônio como base primordial da entidade familiar**. Dissertação (Mestrado em Direito Civil Comparado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2020. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br>. Acesso em: 10 jan 2025, p. 41.

⁵²GOZZI, Camila Monzani. **Ressignificando o casamento: a evolução do matrimônio como base primordial da entidade familiar**. Dissertação (Mestrado em Direito Civil Comparado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2020. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br>. Acesso em: 10 jan 2025, p. 41.

No Brasil, há debates de três teorias sobre a natureza jurídica do casamento: trata-se de um contrato, haja vista a indispensabilidade da convergência de vontades por meio de uma declaração livremente expressa. Esse é o entendimento majoritário da doutrina, do qual participam Álvaro Villaça Azevedo⁵³, Orlando Gomes⁵⁴ e Caio Mário da Silva Pereira⁵⁵, entre outros. Defende-se também ser uma instituição – como defende Maria Helena Diniz⁵⁶, Washington de Barros Monteiro⁵⁷ e outros –, uma vez que é regido por regras, cuja origem é, em grande parte, de caráter público, regras “não derogáveis pela vontade dos consortes”⁵⁸; instituição também por ser “um novo estado no qual os nubentes ingressam, o estado matrimonial.”⁵⁹ Ainda há a teoria mista, para a qual o casamento “é um negócio jurídico bilateral *sui generis*, especial: contrato, na formação; instituição, no conteúdo”, como entendem José Fernando Simão, Flávio Tartuce e Caetano Lagrasta Neto⁶⁰. Em outra versão, essa terceira teoria classifica a natureza do casamento como híbrida, por nele coexistirem “regras atinentes ao contrato e à instituição que comporta em si.”⁶¹

Sobre a primeira teoria, Caio Mário da Silva Pereira assim explica:

O que no matrimônio deve ser primordialmente considerado é o paralelismo com os contratos em geral, que nascem de um acordo de vontade e realizam os objetivos que cada um tem em vista, segundo a motivação inspiradora dos declarantes e os efeitos assegurados pela ordem jurídica. A natureza contratual do casamento não é contrariada pela exigência legal de forma especial e solene da manifestação volitiva, que obedece à padronização prefixada e ao ritual específico da celebração. Não é igualmente negada pela participação direta do Estado no ato constitutivo, pois que o princípio

⁵³ AZEVEDO, Álvaro V. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. São Paulo: Atlas, 2003.

⁵⁴ GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

⁵⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito De Família**. 16. ed., v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

⁵⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil**. v.5. São Paulo: Saraiva, 2007.

⁵⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 39. ed. v. 2, São Paulo: Saraiva, 2009.

⁵⁸ QUEIROZ, Odete Novais C.; LAUTENSCHLÄGER, Milton Flávio de A. A Natureza Jurídica Do Casamento No Direito Brasileiro. **RJLB**, ano 7, n. 6, p. 1807-1826, 2021, p. 1812-1814. Disponível em: <https://www.cidp.pt/> Acesso em: 15 jan 2025.

⁵⁹ GOZZI, Camila Monzani. **Ressignificando o casamento: a evolução do matrimônio como base primordial da entidade familiar**. Dissertação (Mestrado em Direito Civil Comparado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2020. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br>. Acesso em: 10 jan 2025, p. 41.

⁶⁰ LAGRASTA NETO, Caetano; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito de família**. 2. ed. São Paulo: Método, 2012.

⁶¹ GOZZI, Camila Monzani. **Ressignificando o casamento: a evolução do matrimônio como base primordial da entidade familiar**. Dissertação (Mestrado em Direito Civil Comparado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2020. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br>. Acesso em: 10 jan 2025, p. 41.

da ordem pública também costuma estar presente em numerosos outros contratos de direito comum. [...] O que se deve entender, ao assegurar a natureza do matrimônio, é que se trata de um “contrato especial”, dotado de consequências peculiares, mais profundas e extensas do que as convenções de efeitos puramente econômicos, ou “contrato de Direito de Família”, em razão das relações específicas por ele criadas.”⁶²

Relativamente à segunda teoria, Washington de Barros Monteiro justifica que reduzir o casamento a um mero contrato “seria equipará-lo a uma venda ou a uma sociedade, relegando-se para segundo plano suas nobres e elevadas finalidades. ” Destaca que a disciplina legal rigorosa que o rege, por um lado, não somente estabelece restrições como contém normas imperativas em relação àquilo que é considerado de interesse geral; mas por outro, concede uma relativa autonomia da vontade, permitindo que as partes definam seus interesses livremente – a exemplo da opção pelo regime de bens.⁶³

Já a terceira teoria é mais explicitada por Orlando Gomes, que complementa: o casamento é um contrato que tem aspectos específicos, na medida em que a ele “não se aplicam as disposições legais dos negócios de direito patrimonial que dizem respeito: (a) à capacidade dos contraentes; (b) aos vícios de consentimento; (c) aos efeitos”.⁶⁴

Álvaro Villaça Azevedo define: o casamento é “um contrato solene [...] regulado pelo Direito de Família”. Por meio dele, duas pessoas criam uma sociedade conjugal e, a partir daí, passam a se submeter “a um complexo de direitos e de deveres” pessoais e patrimoniais que se estabelece entre elas e entre ambos e os filhos que venham a ter. A natureza jurídica do casamento é controvertida, mas ele pode ser compreendido como de “natureza contratual específica”, por referir-se ao organismo familiar, no qual os direitos e os deveres vigem nas relações patrimoniais e nas extrapatrimoniais, respectivamente, o regime de bens do casamento e “o exercício do poder familiar.”⁶⁵ Neste estudo, considera-se o casamento conforme a terceira teoria.

Sobre os efeitos do casamento, Caio Mário Pereira explica que, em termos de sua projeção do ambiente, eles podem ser classificados em sociais, pessoais e

⁶² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. 16. ed., v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 58.

⁶³ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 39. ed. v. 2, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 24- 26.

⁶⁴ GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p.159.

⁶⁵ AZEVEDO, Álvaro V. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 278.

patrimoniais, sem hierarquia entre eles. Os primeiros se referem ao fato de o casamento trazer consequências para a sociedade, na medida em que gera um ente familiar que se insere nela, gera filhos, ensejando a perpetuação da espécie, e vai ter direito à proteção dos poderes públicos. “Assim é entre nós, como em todos os sistemas, independentemente das tendências dominantes, e assim sempre foi, desde que a história jurídica toma conhecimento dos agrupamentos sociais ordenados.” E só esse aspecto já é suficiente para demonstrar o conjunto complexo de princípios que envolvem o casamento na vida social.⁶⁶

Os segundos, efeitos pessoais, advêm da condição jurídica que o casamento leva os cônjuges a assumirem: “um status, o estado de casados, que é um modo de ser, uma classificação, e até um fator de identificação na sociedade”. Originam-se situações jurídicas para um cônjuge em relação ao outro, situações essas que não podem ser avaliadas em valores pecuniários, mas que são muito significativas: “fidelidade, assistência, participação nas dignidades, relações jurídicas com a prole, independentemente de cogitações financeiras”.⁶⁷

Já os terceiros, efeitos patrimoniais, o casamento traz implicações econômicas para as relações familiares, as quais se referem: à assistência pecuniária entre os consortes, patrimônio, “usufruto dos bens dos filhos enquanto sob pátrio-poder”, prestação de alimentos aos filhos e direito sucessório”,⁶⁸ os mais previstos.

2.5 Regime de Bens

O desdobramento histórico do regime de bens está pautado no Direito germânico, tendo repercussões por toda a Europa. Na Alemanha, no tempo dos *mundius*, ao contrair núpcias, o marido, mesmo não sendo proprietário exclusivo dos bens, era o senhor e administrador dos seus bens e dos bens da mulher. Passados os tempos, os cônjuges foram considerados iguais na administração patrimonial.⁶⁹

⁶⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: Direito de Família, vol. 5. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 105-107.

⁶⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: Direito de Família, vol. 5. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 105-107.

⁶⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: Direito de Família, vol. 5. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 105-107.

⁶⁹ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 190.

No Direito franco, a evolução foi gradativa quanto ao regime de bens, sendo o ponto de partida a comunhão dos aquestos, garantia à mulher parte dos bens, caso não houvesse deliberação contrária estipulada em contrato antenupcial. Firmou-se também nesse Direito a outorga do cônjuge para bens imóveis, o que foi perpetuado pelos costumes, constando, nos livros públicos, o nome de ambos os consortes.⁷⁰

Em Portugal, o regime de bens tomou contornos maiores. As Ordenações Afonsinas introduziram a ideia de comunhão universal, sendo esta vigente no momento da entrada do consorte na vida conjugal. Esse regime foi aperfeiçoado nas Ordenações Filipinas.⁷¹

O fator patrimonial no âmbito familiar é de suma importância, pois os indivíduos, mesmo antes do casamento, precisam manter-se economicamente. Apesar do romantismo de alguns nubentes, de pensarem nos aspectos apenas pessoais e afetivos da relação, em algum momento, eles devem se preocupar com a parte econômica e financeira da relação, frente às possibilidades patrimoniais de que cada um dispõe.

No casamento, constituição familiar mais prestigiada no Código Civil (CC) de 2002, além do fator afetivo e social, existe o fator patrimonial. O regime de bens irá nortear, no aspecto patrimonial, a relação dos nubentes. O CC de 2002 estabelece os regimes aos quais os nubentes podem aderir: comunhão parcial de bens, comunhão universal, participação final nos aquestos e separação total de bens. Independentemente do regime escolhido, os bens próprios ou particulares de cada cônjuge são incommunicáveis, não sendo objeto de partilha, ou seja, o outro consorte não tem direito à quota-parte.⁷²

Advindo a morte para um dos cônjuges, segundo o CC, é garantido ao cônjuge sobrevivente o direito real de habitação (art. 1.831), independente do regime de bens. Já os bens deixados pelo *de cujus*, transmissíveis aos herdeiros pela vocação hereditária, o cônjuge figura como concorrente com os descendentes, excetuando o casamento celebrado pelo regime da comunhão universal ou separação obrigatória

⁷⁰ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 191.

⁷¹ BIAZI, João Pedro de Oliveira de. Pacto Antenupcial: uma leitura à luz da teoria do negócio jurídico. **Revista Jurídica Luso-brasileira**, ano 2, n. 1, p. 229-264, 2016, p. 229, 230. Disponível em: <https://www.cidp.pt/>, Acesso 12 jan 2025.

⁷² DIDIER JR., Freddie; CUNHA, Leonardo Carneiro; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**: execução. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p.361

de bens (art. 1.829, I), não tendo filhos, concorre com os ascendentes (art. 1.829, II, CC/02), e na ausência destes, torna-se herdeiro único (art. 1.829, III).

2.5.1 Comunhão parcial de bens

Caso os nubentes se mantenham silentes em relação ao regime de bens, o regime esculpido no CC, art. 1.658 a 1.666, em caráter suplementar, é o de comunhão parcial. Esse regime defende a proteção do quanto adquirido por cada cônjuge antes do casamento, além daqueles concebidos em sua vigência.

No art. 1.660, o CC/02 enumera os bens comunicáveis entre si, quais sejam: os de título oneroso, os adquiridos por fato eventual, doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges, as benfeitorias e os frutos dos bens comuns ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão. Os bens incomunicáveis se encontram elencados no art. 1.659, I a VII. São eles: 1) os adquiridos antes do casamento e os que sobrevierem a algum dos cônjuges na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar; 2) os adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares; 3) as obrigações anteriores ao casamento; 4) obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal; 5) de uso pessoal, incluindo os livros e instrumentos de profissão; 6) proventos do trabalho pessoal; 7) pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes de cada cônjuge.⁷³

Como dito, há incomunicabilidade daqueles bens adquiridos antes do casamento, mas os bens adquiridos na constância do casamento, a título oneroso, via de regra, são comunicáveis.⁷⁴

2.5.2 Comunhão universal de bens

Pelo CC de 1916, se os cônjuges se mantivessem silentes sobre o regime de bens, o regime que vigorava, em caráter suplementar, era o de comunhão universal.

⁷³ DIDIER JR., Freddie; CUNHA, Leonardo Carneiro; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: execução**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p.361-362

⁷⁴ DIDIER JR., Freddie; CUNHA, Leonardo Carneiro; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: execução**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p.361--362

Nesse tipo de regime os bens adquiridos pelos consortes são comunicáveis, sendo excluídas as hipóteses previstas no art. 263 e, no CC de 2002, pelo art. 1.667.

De acordo com Freddie Didier et al.⁷⁵, nesse regime de comunhão universal, forma-se uma massa patrimonial única, incluindo créditos e débitos. São ignorados se os bens foram adquiridos antes do casamento ou em sua constância e, mesmo advindo divórcio, ambos têm direito à meação daquilo que foi adquirido antes do casamento e dos adquiridos em sua constância, mesmo sem participação do outro. Porém, há uma vedação expressa no art. 977: “Faculta-se aos cônjuges contratar sociedade, simples ou empresária, entre si ou com terceiros, desde que não tenham casado no regime da comunhão universal de bens, ou no da separação obrigatória. ”

Nesse regime, ainda prevalece o entendimento de que os bens próprios e particulares não são objeto de partilha, mas os bens presentes e futuros o são. Os bens particulares se encontram enumerados no art. 1.668 do CC, a exemplo de: bens doados com a cláusula de incomunicabilidade, dívidas anteriores ao casamento e os definidos em convenções antenupciais, entre outros.⁷⁶

2.5.3 Separação total e separação obrigatória de bens

Enquanto no regime de comunhão parcial utiliza-se o pronome “nosso”, na separação total, os bens adquiridos antes e durante o casamento pertencem a cada cônjuge de forma particular; permanecem em seu domínio os bens que ele adquiriu, ou seja, cada cônjuge tem seu patrimônio pessoal, inclusive, a responsabilidade de em relação a suas dívidas.

Apesar da responsabilidade das dívidas feitas por cada um, as despesas advindas para manutenção da família são assumidas e custeadas por cada cônjuge, sendo o dispêndio de cada consorte de forma proporcional.⁷⁷

O CC de 2002 impõe que, em alguns casos, haja separação legal (obrigatória) (art. 1.641). O regime de separação legal deve ocorrer nos casos em que: as pessoas

⁷⁵ DIDIER JR., Freddie; CUNHA, Leonardo Carneiro; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: execução**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p.361-362

⁷⁶ DIDIER JR., Freddie; CUNHA, Leonardo Carneiro; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: execução**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p.361-362

⁷⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil: Volume Único**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 1735

que o contraírem não observarem as causas suspensivas da celebração do casamento; pessoas maiores de 70 (setenta) anos e pessoas que dependerem de suprimimento judicial para casar.

A Lei nº 12.344/10 alterou a redação dada pelo CC ao inciso II, art. 1.641. Antes, a imposição de separação legal era obrigatória para pessoas maiores de 60 (sessenta) anos. Com a atualização legislativa, deu-se oportunidade a pessoas com idade inferior a 70 (setenta) anos contraírem matrimônio no regime de bens que quiserem, inclusive o de separação total.

Apesar da separação obrigatória imposta pelo CC, o STF, na Súmula 377, em adendo, esclarece que no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento. Isso porque, entendeu-se que os bens adquiridos em sua constância o foram por esforço comum. Permaneceu inalterada a regra sobre os bens presente e futuros serem incomunicáveis, tal como os frutos e rendimentos.⁷⁸

2.5.4 Participação final nos aquestos

De início, apenas para contextualizar em relação ao que foi explanado nos demais regimes, são considerados aquestos os bens adquiridos na vigência do casamento de forma onerosa. Esse regime prevê que, na vigência do casamento, os cônjuges se subordinam às regras da separação convencional de bens. Porém, no momento de ruptura, as regras adotadas são as de comunhão parcial de bens.⁷⁹

A participação final nos aquestos encontra-se esculpida nos arts. 1.672 a 1.686 do CC de 2002. Apesar de sua efetividade, o Projeto de Lei (PL) 2.285/2007, sobre o Estatuto das Família, não contemplou esse regime, ou seja, se tivesse sido aprovado, percorrido os trâmites legais, esse regime teria sido excluído das espécies pelas quais o casal poderá optar. O PL foi arquivado.

⁷⁸ DIDIER JR., Freddie; CUNHA, Leonardo Carneiro; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: execução**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p.361

⁷⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil: Volume Único**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 1736-1737

Nesse regime, durante a vigência do casamento, os bens não se comunicam. Os adquiridos antes e depois são considerados particulares, respondendo um cônjuge, no entanto, pelas dívidas contraídas após o casamento pelo outro cônjuge.⁸⁰

A opção por um desses regimes de bens é objeto do exercício da autonomia privada dos nubentes na declaração da vontade em pactos antenupciais.

⁸⁰ DIDIER JR., Freddie; CUNHA, Leonardo Carneiro; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**: execução. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p.361

3 PACTO ANTENUPCIAL: PRESSUPOSTOS CONCEITUAIS E REQUISITOS

A abordagem teórica do pacto antenupcial significa levantar e analisar vários aspectos a ele inerentes, os quais vão desde a compreensão dos direitos e das limitações nele envolvidos, passando pelo conceito de tais direitos, nesse caso, até o reconhecimento dos danos sofridos, quando a solução de problemas sofridos ultrapassa a esfera conjugal e chega aos Tribunais. Nesse caso, vê-se como a teoria é entendida e aplicada às referidas soluções.

Permeando esse caminho, atualmente percorrido por uma sociedade que se sabe consciente de seus direitos, está o Direito de Família, em cujas transformações paulatinas, frente a essa sociedade em constante evolução, já se encontram delineados aspectos importantes, como a mudança das relações familiares, outrora fundadas no patriarcalismo, para um padrão de igualdade entre os cônjuges.

Esse conjunto, constituído pelo direito e pela liberdade de pactuar e pelo entendimento do que pode ser pactuado é o objeto deste capítulo.

3.1 Do Embasamento Histórico-Conceitual

O pacto antenupcial ou convenção antenupcial ou convenção antematrimonial ou, apenas, contrato antenupcial é um documento que se destina unicamente à família constituída por meio do casamento. Isso, porque o casamento é a forma de constituição familiar mais tradicional e crescente, inclusive no Brasil, forma essa historicamente regida por dispositivos específicos. Esse instituto consta de “praticamente todos os ordenamentos jurídicos dos países ocidentais”, embora com diferenças mais ou menos importantes nos respectivos regramentos.⁸¹

Em termos principiológicos, o pacto antenupcial se fundamenta “no princípio da liberdade das convenções antemateriais”, segundo o qual os nubentes podem decidir sobre o regime de bens a adotar no casamento, combinar aspectos de regimes legais distintos e até mesmo adotar regramento criados por eles. Porém, tal liberdade, “como qualquer outro capilar do princípio geral do autorregramento da vontade”, sofre

⁸¹ BIAZI, João Pedro de Oliveira de. Pacto Antenupcial: uma leitura à luz da teoria do negócio jurídico. RJLB. **Revista Jurídica Luso-brasileira**, ano 2, n. 1, p. 229-264, 2016, p. 220, 230. Disponível em: <https://www.cidp.pt/>, Acesso 12 jan 2025.

as limitações das “normas cogentes impostas pela lei”, mormente em relação à validade e à eficácia, entre outros.⁸²

Ressalte-se, conforme argumenta João Costa-Neto, que “gozar de autonomia (*freedom*) significa poder fazer aquilo de que se tem vontade, enquanto a liberdade (*liberty*) é apenas a parte da autonomia que, se restringida, geraria uma violação da dignidade humana.”⁸³

A propósito dessa liberdade e da vontade, Mafra e Mendonça se reportam à noção social histórica implícita no casamento, qual seja, uma “comunhão de vida entre os cônjuges”. Como tal, ele deve ser regido por um regime particular, sem que se concebam “relações patrimoniais derivadas do casamento [...] sujeitas ao regime geral das relações jurídicas obrigacionais ou reais”; deve haver uma regulamentação específica, distinta “dos princípios gerais dos contratos”, haja vista a comunhão de vida implicar, de certa forma, “comunhão de interesses patrimoniais”.⁸⁴

Como regime jurídico distinto, ele não só envolve os interesses patrimoniais comuns aos cônjuges, como tem relação com negócios efetuados por eles com terceiros, ou seja, “disciplina as relações econômicas dos casados” e é chamado de “regime de bens”. Trata-se de um “conjunto numeroso de regras, às vezes complexas, que tem como objetivo regular as relações patrimoniais decorrentes do casamento”.⁸⁵

Nesse contexto, o pacto antenupcial é um contrato obrigatório quando os noivos decidem por regime de bens diferente do padrão, devendo ser firmado quando o casal optar pelo regime de separação convencional, comunhão universal ou participação final nos aquestos, ou ainda por um regime misto.⁸⁶ Porém, o contrato

⁸² BIAZI, João Pedro de Oliveira de. Pacto Antenupcial: uma leitura à luz da teoria do negócio jurídico. RJLB. **Revista Jurídica Luso-brasileira**, ano 2, n. 1, p. 229-264, 2016, p. 231, 232. Disponível em: <https://www.cidp.pt/>, Acesso 12 jan 2025.

⁸³ RIBEIRO NETO, João Costa. **Entre Cila e Caríbdis: a liberdade de expressão em meio ao conflito entre a discricionariedade do Legislador e a intensidade do controle exercido pelo Juiz Constitucional**. 2014. 365 f. Tese (Doutorado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2014, p. 156

⁸⁴ MAFRA, Tereza Cristina Monteiro; MENDONÇA, Rafael Baeta. Os limites de conteúdo do pacto antenupcial. **Civilistica.com**, ano 10, n. 3, p. 1-24, 2021, p. 2,3. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br> Acesso em: 22 jan 2025.

⁸⁵ MAFRA, Tereza Cristina Monteiro; MENDONÇA, Rafael Baeta. Os limites de conteúdo do pacto antenupcial. **Civilistica.com**, ano 10, n. 3, p. 1-24, 2021, p.3. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br> Acesso em: 22 jan 2025.

⁸⁶ BIAZI, João Pedro de Oliveira de. Pacto Antenupcial: uma leitura à luz da teoria do negócio jurídico. **Revista Jurídica Luso-brasileira**, ano 2, n. 1, p. 229-264, 2016, p. 229, 230. Disponível em: <https://www.cidp.pt/>, Acesso 12 jan 2025.

pode não se limitar à opção por um desses regimes e estabelecer, por exemplo, um regime principal, mas acrescido de características de outro, ensejando, assim, um regime híbrido ou misto.⁸⁷

No Brasil, o instituto do pacto antenupcial se encontra no Código Civil de 2002, no Livro de Direito de Família. Porém, não é algo do sistema jurídico atual; ele tem raízes no Direito luso-brasileiro, na época das Ordenações Manuelinas – as Afonsinas não dispunham de regramento próprio nesse sentido –, promulgadas em Portugal em 1521, as quais abordavam o regime jurídico dos pactos antematrimoniais nos seguintes termos: "Todos os casamentos que forem feitos em Nossos Reynos, e Senhorios, se entendem seer feitos por carta de metade, saluo quando antre as partes outra cousa for acordado e contractado, porque entonce fe guardará o que entre elles for concertado". Nas Ordenações Filipinas, o regramento foi semelhante a esse, porém, com mais detalhes: "formula-se uma regra jurídica dispositiva para o caso em que não há manifestação das partes sobre o regime de bens."⁸⁸

Seguindo os rumos traçados pelas ordenações, as fontes seguintes deixaram de ignorar o pacto antenupcial e continuaram a discipliná-lo. Entretanto, verificou-se certa variação em torno da categoria jurídica ocupada pelo pacto antenupcial.⁸⁹

Na época imperial, Teixeira de Freitas foi incumbido de apresentar um projeto para o Código Civil e, no respectivo esboço, sinalizou a importância de se blindar a liberdade dos noivos, expressa nos pactos ou convenções antenupciais. Na época, em uma sociedade de predomínio patriarcal, o casamento era visto como um contrato, e o pacto era um contrato preliminar. Os arts. 1.237, 1.238 e 1.241, do capítulo "Dos Contratos de Casamento" desse esboço, dispunham:

Art. 1.237. Antes da celebração do casamento é livre aos esposos contratar, como lhes aprouver, sobre as relações de seu futuro consórcio, conformando-se com as disposições que abaixo se seguem.

Art. 1.238. Têm capacidade civil para estes contratos preliminares todos aqueles que não tiverem impedimento para casar-se segundo o disposto no Capítulo II deste Título.

⁸⁷ BAZZI, Djeime Amélio de Souza, **Pacto antenupcial e a autonomia privada**. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br> Acesso em: 30 jan 2025, p. 1, 2.

⁸⁸ BIAZI, João Pedro de Oliveira de. **Pacto Antenupcial: uma leitura à luz da teoria do negócio jurídico**. *Revista Jurídica Luso-brasileira*, nº 1, 2016, p. 229-264, Disponível em: <https://www.cidp.pt/> Acesso 12 nov 2024

⁸⁹ BIAZI, João Pedro de Oliveira de. **Pacto Antenupcial: uma leitura à luz da teoria do negócio jurídico**. *Revista Jurídica Luso-brasileira*, ano 2, n. 1, p. 229-264, 2016, p. 229, 230. Disponível em: <https://www.cidp.pt/>, Acesso 12 jan 2025.

Art. 1.241. Estes contratos, ou podem ser simplesmente esponsalícios, ou podem ter por objeto: Constituir o regime dos bens presentes ou futuros, que cada um dos esposos aduzir para a sociedade conjugal, ou sejam seus próprios, ou sejam doados por seu pai ou mãe ou por ambos, ou sejam doados por terceiros.⁹⁰

O Código Civil de 1916 trouxe alguns dispositivos sobre o tema, preservando algumas das características desse esboço, a exemplo da necessária formalidade e de sua subordinação aos efeitos do matrimônio. Seu art. 256, estabelecia: “É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver [...]”.⁹¹ Foram aduzidos:

Art. 261 – As convenções antenupciais não terão efeito para com terceiros senão depois de transcriptas, em livro especial, pelo oficial do registro de imóveis do domicílio dos cônjuges;

Art. 273 – No regime da comunhão parcial presume-se adquiridos na constância do casamento os móveis, quando não se provar com documento autêntico, que o foram em data anterior;

Art. 283 - É lícito estipular na escritura antenupcial a reversão do dote ao dotador, dissolvida a sociedade conjugal;

Art. 287 - É permitido estipular no contrato dotal: I. Que a mulher receba, diretamente, para suas despesas particulares, uma determinada parte dos rendimentos dos bens dotais. II. Que, a par dos bens lotais, haja outros, submetidos a regimens diversos.

Art. 312 - Salvo o caso de separação obrigatória de bens (art. 258, parágrafo único) é livre aos contraentes estipular, na escritura antenupcial, doações recíprocas, ou de um outro, contanto que não excedam à metade dos bens do doador.

Porém, esse Código não definiu o pacto antenupcial, o que, aliás, também não foi feito no Código Civil de 2002. Mas o que se extrai, doutrinariamente, é que pacto antenupcial significa “um instrumento jurídico pelo qual os nubentes estabelecem regras que nortearão o patrimônio familiar, vigorando na constância do casamento ou em uma eventual separação dos consortes.”⁹²

No Código Civil vigente, o art. 1.639 estabelece: “É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver. § 1º O regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento.”

⁹⁰ TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Esboço do Código Civil**. 5 ed. Edição fac-similar. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos, 1945. Brasília, Ministério da Justiça

⁹¹ BIAZI, João Pedro de Oliveira de. Pacto Antenupcial: uma leitura à luz da teoria do negócio jurídico. **Revista Jurídica Luso-brasileira**, ano 2, n. 1, p. 229-264, 2016, p. 229, 230. Disponível em: <https://www.cidp.pt/>, Acesso 12 jan 2025.

⁹² CARDOSO, Fabiana Rodrigues. **Regime de Bens e Pacto Antenupcial**. São Paulo: Método, 2010, p.102.

Desse modo, pode ser adotado um entre os regimes de bens tipificados ou eles pode criar regras próprias. Essa, inclusive, é a orientação da legislação de países como Portugal, Espanha e França. Já na Alemanha, adota-se o “princípio da limitação dos tipos (*numerus clausus* dos tipos de regimes de bens modelados na lei)”.⁹³

“São muitas as convenções a que os noivos estão autorizados para reger os aspectos econômicos do casamento. O pacto é um eficaz instrumento de planejamento patrimonial”. E desse ponto de vista, ele pode ser definido como um contrato por meio do qual os cônjuges podem deliberar tanto sobre questões patrimoniais quanto extrapatrimoniais, com base na opção por um dos quatro regimes de bens constantes do ordenamento jurídico, pela mistura de um ou mais ou pela “criação de cláusulas que adaptem os interesses do casal afetivo”.⁹⁴

3.2 Natureza Jurídica

Marina Pacheco Cardoso afirma que a doutrina é divergente quanto à natureza jurídica do pacto antenupcial e exemplifica: para a maior parte dela, é um **“negócio jurídico de Direito de Família**, pois além de regular as normas patrimoniais dos nubentes a partir do casamento, nele existe um espaço legal inviolável que prevê regras de natureza imperativa”; “é um **negócio jurídico de natureza especial**, pois mistura regras do Direito de Família e do Direito das Obrigações” (Pontes de Miranda); é um **“pacto de natureza contratual** em virtude de visar interesses meramente patrimoniais” (Flávio Tartuce); é **contratual e institucional**, uma vez que os cônjuges podem não somente aderir a ele como dotá-lo de feições próprias, conforme seus interesses, respeitando-se, obviamente, os limites impostos pelo regramento do regime primário de bens. Seu caráter institucional advém da exigência de intervenção jurídica caso haja modificações posteriores ao casamento ou no caso de dissolução – que só pode se dar com a dissolução da sociedade conjugal (Rolf Madaleno).⁹⁵(g.n.)

⁹³MAFRA, Tereza Cristina Monteiro; MENDONÇA, Rafael Baeta. Os limites de conteúdo do pacto antenupcial. **Civílistica.com**, ano 10, n. 3, p. 1-24, 2021, p.3. Disponível em: <https://civílistica.emnuvens.com.br> Acesso em: 22 jan 2025.

⁹⁴CARDOSO, Marina Pacheco. **A aplicação da pena de sonegação nas partilhas decorrentes do divórcio**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/6875/1/Marina%20Pacheco%20Cardoso.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2025, p 46

⁹⁵CARDOSO, Marina Pacheco. **A aplicação da pena de sonegação nas partilhas decorrentes do divórcio**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo,

Um negócio jurídico propriamente, como define Miguel Reale, “é aquela espécie de ato jurídico que, além de se originar de um ato de vontade, implica a declaração expressa da vontade, instauradora de uma relação entre dois ou mais sujeitos tendo em vista um objetivo protegido pelo ordenamento jurídico.” Como gênero, os negócios jurídicos envolvem **declaração de vontades e contratos** e têm seus critérios objetivos estabelecidos no art. 104, II do CC; embasa-se na licitude e deve ser determinado ou determinável.⁹⁶ (g.n.)

Nessa perspectiva de negócio, um ponto posto *sub examine* é se o pacto antenupcial seria um negócio jurídico principal ou acessório. Para Cristiano Chaves de Farias et al.,⁹⁷ o pacto teria caráter acessório ao casamento. Maria Berenice Dias⁹⁸ afirma que, como acessório, ele pressupõe um negócio jurídico principal. Esse negócio seria o casamento, e essa classificação de casamento diverge da doutrinária. Para essa autora, o casamento é um negócio jurídico de Direito de Família, pois

Os pressupostos dos contratos de direito privado não são suficientes para explicar a sua natureza. **O casamento é negócio jurídico bilateral que não está afeito à teoria dos atos jurídicos.** É regido pelo direito das famílias. Assim, talvez, **a ideia de negócio de direito de família seja a expressão que melhor sirva para diferenciar o casamento dos demais negócios de direito privado.** Mas ninguém duvida que é o envolvimento afetivo que gera o desejo de constituir uma família: lugar idealizado onde é possível integrar sentimentos, esperanças e valores, permitindo, a cada um, sentir-se a caminho da realização de seu projeto pessoal de felicidade.⁹⁹ (g.n.)

Marina Cardoso, considerando indiscutíveis a origem e a ligação do pacto antenupcial com o Direito de Família, entende que, no mínimo, é questionável afirmar que sua natureza é apenas contratual. Isso, porque “é no âmbito do pacto nupcial que o elemento volitivo e a autonomia privada resolvem questões patrimoniais e extrapatrimoniais”, as quais têm início com a constituição da entidade familiar.¹⁰⁰

São Paulo, 2015. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/6875/1/Marina%20Pacheco%20Cardoso.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2025, p 47

⁹⁶ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 25 ed. São Paulo. Saraiva: 2001, p. 209

⁹⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil**. Volume Único. Salvador: Juspodivim, 2017, p. 1728.

⁹⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 262 *e-book*

⁹⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 262 *e-book*

¹⁰⁰ CARDOSO, Marina Pacheco. **A aplicação da pena de sonegação nas partilhas decorrentes do divórcio**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo,

Para fins deste estudo, seguindo o entendimento de Fabiana Domingues Cardoso¹⁰¹, considera-se pacto antenupcial um negócio jurídico especial do Direito de Família, abarcando todas as concepções. Tem caráter institucional e contratual, porque, respectivamente: a expressão da vontade é limitada a determinações de normas cogentes e a materialização dessa vontade se faz por meio de um contrato que também deve observar os requisitos da lei. O contrato cria a relação jurídica.

Relativamente aos requisitos do contrato, os subjetivos são: a manifestação de duas ou mais vontades, aptidão para contratar e o consentimento.¹⁰² Os objetivos são relacionados à formalidade, à forma e aos respectivos cumprimentos com rigor.

Em um contrato, tendo em vista o princípio do consentimento, o acordo de vontades é suficiente. Esse princípio, remonta o tempo em que a palavra do indivíduo era respeitada e estava estritamente relacionada à honra.¹⁰³ O pacto antenupcial, por preencher os requisitos inerentes a um contrato, pode ser classificado como tal.¹⁰⁴ Mas Orlando Gomes cita suas peculiaridades e explica:

o pacto antenupcial não é um contrato da mesma natureza dos regulados no Livro das Obrigações, [...] tem caráter institucional porque, verificada a condição a que se subordina o início de sua eficácia, as partes, ainda de comum acordo, não podem modificá-lo nem dissolvê-lo. As cláusulas estipuladas são intangíveis, conservando-se a disposição originária até a dissolução da sociedade conjugal.¹⁰⁵

Embora tenha características contratuais, a pactuação do regime de bens não está disciplinada no Direito das Obrigações; por ter características próprias, encontra-se no Direito de Família.¹⁰⁶

Comparativamente, a legislação francesa, no Código de 1965 atualizado, já considerava o pacto antenupcial como contrato, como explicita o art. 1.387 do Livro

São Paulo, 2015. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/6875/1/Marina%20Pacheco%20Cardoso.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2025, p. 48

¹⁰¹ CARDOSO, Fabiana Rodrigues. **Regime de Bens e Pacto Antenupcial**. São Paulo: Método, 2010, p. 138

¹⁰² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: contratos e atos unilaterais**, vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 72-84.

¹⁰³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: contratos e atos unilaterais**, vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 42-44.

¹⁰⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: contratos e atos unilaterais**, vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 37.

¹⁰⁵ GOMES, Orlando. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 164

¹⁰⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**, vol. 5. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 127.

III, “ a lei não governa a associação conjugal; na ausência de acordos especiais, os cônjuges podem fazer como bem entenderem, desde que não sejam contrários às boas maneiras ou às disposições a seguir.”¹⁰⁷

O pacto antenupcial, por se tratar de um contrato solene, é “formalizado por escritura pública e só produz efeitos se o casamento vier a ocorrer (art. 1.653, CC)”¹⁰⁸, e para produzir efeitos em relação a terceiros deve ser registrado em um cartório de registro de imóveis do domicílio dos cônjuges¹⁰⁹.

3.3 Da Validade do Pacto Antenupcial

De acordo com Mariana Cardoso, no que diz respeito à validade do pacto antenupcial, devem ser observados os seguintes requisitos: formalidades legais, óbice à livre escolha do regime de bens, elemento volitivo, conteúdo patrimonial e conteúdo extrapatrimonial, cláusulas proibitivas.¹¹⁰

3.3.1 Formalidades legais

De início, como o nome diz, o pacto antenupcial é um acordo, logo, sua formação depende da participação de duas partes. É um negócio jurídico bilateral ou plurilateral e, como dispõe o art. 421 do CC, “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.¹¹¹

Os pressupostos legais do pacto antenupcial, conforme disciplina o art. 104 do CC de 2002, exigem que, para ser considerado válido, o agente seja capaz, o negócio seja lícito, possível, determinado ou determinável (como já referido) e que a forma seja prescrita ou não defesa em lei.¹¹²

¹⁰⁷ SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. O pacto antenupcial e a autonomia privada. In: BASTOS, Eliene F.; SOUSA, Asiel H. (Coord.). **Família e Jurisdição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 183209.

¹⁰⁸ OLIVEIRA, Carlos E. Elias de; COSTA-NETO, João. **Direito Civil** - Vol. Único - 3ª Edição 2024. 3. ed. Rio de Janeiro: Método, 2024. *E-book*. p.1330. ISBN 9788530994419. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530994419/>. Acesso em: 10 fev. 2025.

¹⁰⁹ BAZZI, Djeime Amélio de Souza, **Pacto antenupcial e a autonomia privada**. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br> Acesso em: 30 jan 2025, p.

¹¹⁰ CARDOSO, Fabiana Domingues. **Pacto Antenupcial no Brasil: formalidades e conteúdo**. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo (SP), 2009, p.127.

¹¹¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: contratos e atos unilaterais**, vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 72-84.

¹¹² CARDOSO, Marina Pacheco. **A aplicação da pena de sonegação nas partilhas decorrentes do divórcio**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em:

Por esse requisito legal, fica claro que pessoas absolutamente impedidas de casar não podem estabelecer pactos, enquanto que os pactos já celebrados pelos relativamente impedidos (CC, art. 1.523) são “submetidos ao regime obrigatório de bens”. Podem, após finda a incapacidade, alterar o regime. Destaca-se que é anulável de pleno direito o pacto celebrado por incapacidade relativa do agente, conforme entendimento do art. 171, CC.

3.3.2 Óbice à livre escolha do regime de bens

Há situações em que os noivos não podem optar pelo regime de bens no casamento, conforme o disposto no art. 1.641 do CC que reza:

Art. 1.641 - É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos; III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

A imposição legal obsta à liberdade de escolha, impondo o regime de separação obrigatória. Esse artigo tem como consequência o disposto no art.1.687 – “Estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real” – e no art. 1.688 – “Ambos os cônjuges são obrigados a contribuir para as despesas do casal na proporção dos rendimentos de seu trabalho e de seus bens, salvo estipulação em contrário no pacto antenupcial” – também do Código Civil.¹¹³

Em relação ao item II do art. 1.641, infere-se que ele contraria o estabelecido no citado art. 104 do CC, quanto à exigência de agente capaz para a celebração do pacto antenupcial, ou seja, mesmo sendo agente capaz, pessoa maior de 70 anos é obrigada ao regime de separação de bens no casamento; logo, não pode celebrar pacto antenupcial. É negada, a essas pessoas, o exercício da autonomia da vontade.

<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/6875/1/Marina%20Pacheco%20Cardoso.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2025, p. 104

¹¹³ CARDOSO, Marina Pacheco. **A aplicação da pena de sonegação nas partilhas decorrentes do divórcio**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/6875/1/Marina%20Pacheco%20Cardoso.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2025, p. 4

“Qual é a lógica ou necessidade de se impor limites à liberdade de escolha das regras patrimoniais às pessoas a partir da referida idade?”¹¹⁴, questiona Fabiana Domingues Cardoso. Segundo ela, a intenção do legislador de buscar proteger ou prevenir o patrimônio de pessoas consideradas idosas pela própria lei se generalizou como “necessidade e incapacidade de discernimento na escolha e nos atos relativos ao patrimônio” dessa pessoa. Fica clara, aí, uma relativa inadequação frente aos costumes da sociedade atual.¹¹⁵

Apesar de a intenção do legislador ter sido proteger o patrimônio do idoso, essa proteção “confronta impetuosamente a autonomia da vontade.” Inclusive, esse dispositivo é “um exemplo emblemático de injustiça por retirar a livre autonomia de vontade dessas pessoas, mormente dos acima de setenta anos.” Em outra perspectiva, ao se casar, qualquer pessoa, independentemente da idade, pode sofrer situações não agradáveis no casamento e o idoso, como qualquer pessoa, se lúcido e consciente, deve poder exercer seu direito à escolha do regime de bens que lhe convier ou interessar. Ademais, “aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade” (art. 4º, III, CC), não poderia escolher o regime de bens, tão pouco casar-se.

Mariana Alves Lara enfatiza, em razão da autonomia da pessoa humana, que cada indivíduo tem a liberdade de escolher e seguir os valores que considera essenciais para sua vida, uma vez que lhe é assegurado o direito ao livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade¹¹⁶, esse entendimento se estende, igualmente, aos idosos, garantindo-lhes o respeito às suas escolhas e à sua autodeterminação.

O princípio da autonomia da vontade se alicerça exatamente na ampla liberdade contratual, no poder dos contratantes de disciplinarem seus interesses por meio de um acordo de vontades, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica. Têm

¹¹⁴ CARDOSO, Fabiana Domingues. **Pacto Antenupcial no Brasil: formalidades e conteúdo.** Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo (SP), 2009, p.127.

¹¹⁵ CARDOSO, Fabiana Domingues. **Pacto Antenupcial no Brasil: formalidades e conteúdo.** Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo (SP), 2009, p.127.

¹¹⁶ LARA, Mariana Alves. **O direito à liberdade de uso e (auto)manipulação do corpo.** 2012. 161 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012, p. 69

as partes a faculdade de celebrar ou não contratos, sem qualquer interferência do Estado.¹¹⁷ Por si só, a idade não indica ausência de capacidade do agente, parte de um contrato.

De acordo com Francisco Amaral Neto¹¹⁸, a autonomia da vontade é um princípio do Direito Privado que permite, ao indivíduo, a possibilidade de praticar atos e de conferir a eles forma, um conteúdo e efeitos; revela-se como sua “liberdade individual e psicológica”. Ele pode conceber normas para si, seu comportamento.

[...] aqui [...] não está a se tratar da autonomia da vontade, em que a liberdade se dá de forma irrestrita, mas sim da autonomia privada, na qual – respeitados os limites legais – as pessoas possam realizar as escolhas que julgarem pertinentes nas relações jurídicas que possam firmar [...]. Assim, é imprescindível se ter em mente que os negócios jurídicos familiares, no âmbito do legítimo exercício autonomia privada, podem viabilizar que “cada um tenha sua família conforme sua aspiração de afeto e realização pessoal”.¹¹⁹

De modo geral, a autonomia privada deve ser considerada a norma primordial para lidar com as questões que surgem no âmbito conjugal. A intervenção estatal se faz necessária quando busca a proteção dos indivíduos, inclusive o de vulneráveis, sendo então justificada sua atuação, portando legítima; por exemplo: proteção a idosos vulneráveis, a crianças, a adolescentes e a portadores de outras vulnerabilidades. A atuação exacerbada do Estado violaria o princípio da autonomia privada, refletindo-se em outro direito fundamental, que é a liberdade, no caso, voltada para o ente familiar a ser constituído.¹²⁰

De acordo com Fabiana Cardoso, um “direito é disponível” quando pode ser exercido ou não exercido pelo titular, conforme sua vontade, sem uma norma cogente que imponha o “cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência.” São disponíveis, então, bens que podem ser alienados ou negociados livremente, por estarem embaraçados. Por sua vez, estão

¹¹⁷ SILVA, Eduardo Moraes Lameu. **Limitações à Autonomia Privada**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) - Fundação Mineira de Educação e Cultura, Belo Horizonte, 2018. Disponível em: <https://repositorio.fumec.br/>. Acesso em: 04 nov. 2024, p. 27

¹¹⁸ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. **Revista de Informação Legislativa**, v. 26, n. 102, p. 207-230, 1989, p. 212. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/> Acesso em: 25 jan 2025

¹¹⁹ SOUZA, Carlos Eduardo Silva e; LOPES, Maísa de Souza. A (Im)Possibilidade de Prefixação da Indenização por Danos Ocorridos no Âmbito das Relações Familiares. **Revista Jurídica**, v. 5, n. 67, p. 1-23, 2021, p.8 Disponível em: www.revista.unicuritiba.edu.br/, Acesso em: 12 jan 2025.

¹²⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil**: Volume Único. Salvador: Juspodivim, 2017, p.1.646

fora do âmbito do direito disponível questões de Direito de Família, como “as que têm por objetivo as coisas fora do comércio, as obrigações naturais, as relativas ao direito penal, entre tantas outras, [...] fora dos limites em que pode atuar a autonomia da vontade dos contendentes.”¹²¹

Ainda que seja admissível, justificável e necessária a incidência da proteção de interesses familiares (o que viabiliza a incidência de uma interferência estatal em limitados campos), é preciso que sejam – além desse campo – respeitadas as escolhas individuais, a aquisição e administração livre do patrimônio familiar, priorizando o princípio da liberdade [...] e, por consequência, da autonomia na configuração das escolhas realizadas no âmbito das relações familiares. Em palavras mais diretas, é preciso que a autonomia ceda espaço para interferência apenas quando a incidência da proteção se evidencie como imprescindível e insuperável.¹²²

O Direito de Família, no prestígio a autonomia privada, atualmente busca e reafirma a intervenção mínima do Estado nas relações familiares, como se prevê no chamado “Direito das famílias mínimo”.¹²³ É diferente da intervenção estatal nas relações de negócio o que, segundo Paulo Rogério Bonini, é decorrente da “evolução econômica dos negócios em massa” e da necessidade de assegurar um equilíbrio mínimo nas relações jurídicas de natureza patrimonial. Isso gerou restrição e disciplina para a autorregulamentação, dotando-a de menos autonomia.¹²⁴

Sabe-se que o princípio da autonomia da vontade não é absoluto; limita-se ao princípio da supremacia da ordem pública, o qual resultou da constatação, no início do século passado XX e frente à crescente industrialização, de que a ampla liberdade de contratar provocava desequilíbrios.¹²⁵ É uma noção bem diferente da que se extrai

¹²¹ CARDOSO, Fabiana Domingues. **Pacto Antenupcial no Brasil: formalidades e conteúdo**. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo (SP), 2009, p.172, 173.

¹²² SOUZA, Carlos Eduardo Silva e; LOPES, Maísa de Souza. A (Im)Possibilidade de Prefixação da Indenização por Danos Ocorridos no Âmbito das Relações Familiares. **Revista Jurídica**, v. 5, n. 67, p. 1-23, 2021, p. 7 Disponível em: www.revista.unicuritiba.edu, Acesso em: 12 jan 2025

¹²³ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil**: Volume Único. Salvador: Juspodivim, 2017, p.1.646

¹²⁴ BONINI, Paulo Rogério. Apontamentos sobre o tratamento legal da manifestação da vontade nos negócios jurídicos. **Estudos em homenagem a Clóvis Beviláqua por ocasião do centenário do Direito Civil codificado no Brasil**. 2018, p. 145-166, v. 1, p. 153. Disponível em: <https://epm.tjsp.jus.br/> Acesso em: 29 jan 2025.

¹²⁵ COLTRO, Antônio Carlos Mathias. Referências sobre o contrato de união estável. In: Mário Luiz Delgado e Jones Figueirêdo Alves (orgs.), **Questões Controvertidas no Novo Código Civil**, vol. 4, Rio de Janeiro: Método, 2005.

do referido art. 1.641, II do CC, pois nesse caso, não há interesse da sociedade a prevalecer sobre qualquer outro.

Sobre os itens I e III do art. 1.641 do CC, aos que se inserem nessa situação e se estão impedidos temporariamente de realizar seu pacto antenupcial, restam as alternativas: realizá-lo após cessado o impedimento ou ante uma imprevisão, ajuizar uma “ação de modificação de regime de bens”, por meio de um “pedido conjunto e justificado, como determina o artigo 1.639, parágrafo 2º da Lei Civil.”¹²⁶

3.3.3 Elemento volitivo

As mudanças ocorridas no Direito de Família, principalmente em relação à substituição da estrutura hierárquica para uma estrutura paritária, têm seus efeitos também na área patrimonial. Nesse âmbito, a autonomia privada dos cônjuges se refere às possibilidades de eles “autorregular as relações patrimoniais, adaptando seus interesses à situação específica”, por meio, por exemplo, de utilização de sua liberdade de planejamento,¹²⁷ que pressupõe o exercício da vontade e a autonomia de exercê-la.

A vontade é o motor que dirige e orienta as faculdades e escolhas de realização humana. [...] o direito a outorga relevância porque é ela que compõe um dos principais elementos do ato jurídico. Assim, a partir de preceitos legais, a vontade acarreta a criação, modificação ou extinção de relações jurídicas, caracterizando a vontade jurídica. A possibilidade de agir de acordo com a vontade configura a liberdade, e a liberdade jurídica é a oportunidade que o indivíduo possui de regular as relações. [...] a vontade, [...] sob o ponto de vista psicológico, é um fato interno, incompreensível e indomável, que existe no foro íntimo do consciente do ser. E assim, apenas quando externada por meio de anúncio/exposição ou condutas, é que se interpreta e se exerce o juízo de valor.¹²⁸

¹²⁶ CARDOSO, Marina Pacheco. **A aplicação da pena de sonegação nas partilhas decorrentes do divórcio**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/6875/1/Marina%20Pacheco%20Cardoso.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2025, p.72

¹²⁷MAFRA, Tereza Cristina Monteiro; MENDONÇA, Rafael Baeta. Os limites de conteúdo do pacto antenupcial. **Civillistica.com**, ano 10, n. 3, p. 1-24, 2021, p. 2,3. Disponível em: <https://civillistica.emnuvens.com.br> Acesso em: 22 jan 2025.

¹²⁸ PAIANO, Daniela Braga; GIROTTO, Guilherme Augusto; MENDONÇA, Ana Luiza. Pacto antenupcial como garantidor da autonomia privada dos nubentes. **Revista da Faculdade de Direito do Sul**, v. 39, n. 1, p. 348-368, 2023, p. 350. Disponível em: <https://revista.fdsu.edu.br> Acesso em: 22 jan 2025.

“Os elementos volitivos compreendem a vontade propriamente dita, a vontade de declarar e a vontade do conteúdo da declaração, constituindo, com o fato ou comportamento da declaração, requisito essencial dos atos jurídicos”.¹²⁹ Um negócio jurídico, para ser caracterizado como tal, exige a comprovação de uma vontade qualificada, isto é, “a manifestação de vontade” no intuito de negócio. É o que no contrato se considera “ponto de acordo ou manifestação de vontade de ambas as partes de consentimento ou mútuo consenso”.¹³⁰

O elemento volitivo é um dos requisitos essenciais à validade do pacto antenupcial, representando a vontade das partes, expressa de forma livre e consciente, sem vícios, e baseada na boa-fé. Segundo o art. 112 do CC, “Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciadas do que ao sentido literal da linguagem.” E Marina Cardoso complementa explicando que, “do ponto de vista legislativo, parece ser evidente admitirmos a investigação da vontade real”, mesmo frente à subjetividade na interpretação. Porém, não é possível investigar a vontade antes de se analisar a declaração, porque é nessa que se verifica a intenção.¹³¹

Nesse sentido, autores, como Sílvio de Salvo Venosa, fazem distinção entre declaração da vontade e manifestação da vontade, explicando que enquanto aquela se dirige a uma pessoa determinada, essa representa qualquer vontade exteriorizada, sem direção definida. Sendo assim, a declaração de vontade constitui um elemento externo, um “comportamento palpável do declarante”, no qual é declarado o sentido real de uma vontade, pressuposto do negócio jurídico; o elemento interno é o “impulso que se projetará no mundo exterior e pressupõe essa projeção”.¹³²

¹²⁹ CARDOSO, Fabiana Domingues. **Pacto Antenupcial no Brasil: formalidades e conteúdo**. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo (SP), 2009, p.134.

¹³⁰ BONINI, Paulo Rogério. Apontamentos sobre o tratamento legal da manifestação da vontade nos negócios jurídicos. **Estudos em homenagem a Clóvis Beviláqua por ocasião do centenário do Direito Civil codificado no Brasil**. 2018, p. 145-166, v. 1, p. 156. Disponível em: <https://epm.tjsp.jus.br/> Acesso em: 29 jan 2025.

¹³¹ CARDOSO, Marina Pacheco. **A aplicação da pena de sonegação nas partilhas decorrentes do divórcio**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/6875/1/Marina%20Pacheco%20Cardoso.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2025, p.48

¹³² BONINI, Paulo Rogério. Apontamentos sobre o tratamento legal da manifestação da vontade nos negócios jurídicos. **Estudos em homenagem a Clóvis Beviláqua por ocasião do centenário do**

Como se trata de duas vontades em negócio, a declaração da vontade é objeto de consentimento. Assim, “é preciso uma primeira manifestação de vontade em direção à outra parte” e “a manifestação dessa no sentido de aceitar.” Se assim for, forma-se o consentimento, desde que haja plena consciência e liberdade na formação da vontade ou elemento interno.” Para o negócio jurídico, exigem-se dois elementos, coincidentes e interligados obrigatoriamente: a vontade interna e a vontade exteriorizada ou declaração de vontade. Esses elementos, vontade interna e declaração, são dependentes entre si, pois “o que gera os efeitos do negócio jurídico é a vontade, sendo a sua exteriorização (a declaração) apenas uma forma, um instrumento para que tal vontade chegue ao mundo dos fatos”.¹³³

Nessa perspectiva e frente à prevalência da vontade no sistema brasileiro, a sugestão é de “primeiramente interpretar a declaração, objetivamente, com base no critério abstrato, e somente num segundo momento, investigar a intenção do declarante (critério concreto).” Para ser interpretada, a declaração deve ser analisada em um contexto que envolva as circunstâncias, a boa-fé, os costumes e os usos. “Este entendimento é bastante pertinente ao Direito de Família, pois muitas vezes a declaração da vontade exposta na escritura pública não corresponde ao desejo real dos noivos.” Por isso, é plausível a aplicação do referido art. 112 do CC, visando à “satisfação jurídica dos contratantes, tal qual ocorre nos testamentos ao assegurar ao máximo a vontade do testador.”¹³⁴

No Brasil, o silêncio, em virtude das previsões do art.111 e o caput do art.1.640 do Código Civil, representa para os nubentes, no momento da escolha do regime de bens, o consentimento com a imposição do regime legal e supletiva da comunhão parcial de bens. No caso de outra opção, os noivos devem pactuar 151 as regras patrimoniais de acordo com as regras gerais dos negócios jurídicos e específicas, as quais devem ser acompanhadas da vontade livre de vícios e imbuídas

Direito Civil codificado no Brasil. 2018, p. 145-166, v. 1, p. 156. Disponível em: <https://epm.tjsp.jus.br/> Acesso em: 29 jan 2025.

¹³³ BONINI, Paulo Rogério. Apontamentos sobre o tratamento legal da manifestação da vontade nos negócios jurídicos. **Estudos em homenagem a Clóvis Beviláqua por ocasião do centenário do Direito Civil codificado no Brasil.** 2018, p. 145-166, v. 1, p. 156, 157. Disponível em: <https://epm.tjsp.jus.br/> Acesso em: 29 jan 2025.

¹³⁴ CARDOSO, Marina Pacheco. **A aplicação da pena de sonegação nas partilhas decorrentes do divórcio.** 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/6875/1/Marina%20Pacheco%20Cardoso.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2025, p.49-50.

de boa-fé objetiva de ambos os contratantes, consoante preconizado nos arts.422 e 1.655, ambos do Código Civil.¹³⁵

Quando se observa divergência entre vontade e declaração, em muitos casos, a jurisprudência considera a intenção das partes, aplicando-se o mencionado art. 112 do CC. Há decisões em que foram utilizados, ao mesmo tempo, a intenção e o critério da boa-fé, usos e costumes na interpretação do negócio.¹³⁶

O conflito é gerado pela simples aparência de vontade, uma vez que o exteriorizado não expressa, de fato, a vontade interna das partes, o que acarreta, inclusive, ineficácia. Logo, “havendo conflito entre a vontade e a declaração, deve prevalecer aquela, não importando o que apresenta a declaração de vontade externada”. É que a declaração é só instrumento de expressão da vontade interna.¹³⁷

3.3.4 Do conteúdo: patrimonial e extrapatrimonial

De acordo com Fabiana Cardoso, em termos gerais, se por um lado “a legislação atual não veda”, por outro, “limita o conteúdo do pacto às questões relacionadas aos bens dos futuros cônjuges, o que de certa forma impede algumas disposições puramente extrapatrimoniais em seu conteúdo.”¹³⁸ Em outras palavras, pode haver disposições extrapatrimoniais desde que haja as patrimoniais, lembrando que aquelas também podem se submeter a normas cogentes.

Em Portugal, segundo Rodrigo da Cunha Pereira,¹³⁹ o art. 405 do Código Civil explicita a liberdade contratual da seguinte forma:

1. Dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos presentes neste código ou incluir nestas cláusulas que lhes aprouver.

¹³⁵ CARDOSO, Marina Pacheco. **A aplicação da pena de sonegação nas partilhas decorrentes do divórcio**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/6875/1/Marina%20Pacheco%20Cardoso.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2025, p.50

¹³⁶ CARDOSO, Marina Pacheco. **Do Pacto Antenupcial: plano da existência, validade e eficácia**. 2024. Disponível em: <http://www.marinacardosodinamarco.com.br> Acesso em: 10 jan 2025, p.5

¹³⁷ BONINI, Paulo Rogério. Apontamentos sobre o tratamento legal da manifestação da vontade nos negócios jurídicos. **Estudos em homenagem a Clóvis Beviláqua por ocasião do centenário do Direito Civil codificado no Brasil**. 2018, p. 145-166, v. 1, p. 157, 158. Disponível em: <https://epm.tjsp.jus.br/> Acesso em: 29 jan 2025.

¹³⁸ CARDOSO, Fabiana Domingues. **Pacto Antenupcial no Brasil: formalidades e conteúdo**. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo (SP), 2009, p. 161.

¹³⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Pacto Antenupcial e Cláusulas Existenciais**. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/> Acesso em: 12 jan 2025, p. 5

2. As partes podem ainda reunir no mesmo contrato regras de dois ou mais negócios, total ou parcialmente regulados na Lei.

No art. 1.699, esse mesmo Código, dispõe que “não pode constar no pacto antenupcial: regulamentação da sucessão hereditária; alterações dos direitos e deveres conjugais e parentais; alterar as regras da administração dos bens; estipulação da comunicabilidade dos bens enumerado no art. 1.733.”¹⁴⁰

Entre as possibilidades e as não possibilidades, seja em Portugal, seja no Brasil, Pereira conclui que acordos antenupciais ensinam sobre a liberdade e sobre as determinações existenciais. Em relação a essas, infere-se tratar-se de questionar, por exemplo, “o que fere e afronta a ordem pública?”

Mas, voltando aos limites do conteúdo do pacto antenupcial, das respectivas discussões resultaram três correntes doutrinárias: restritiva, intermediária e ampla.¹⁴¹

– A restritiva defende que “os noivos devem se limitar à escolha de um regime de bens no pacto antenupcial”. A principal norma jurídica nesse sentido, que se encontra no título Do Regime de Bens entre os Cônjuges”, na parte especial do CC, dispõe sobre a “amplitude do conteúdo do pacto antenupcial, extraída do texto do art. 1.639, que assim dispõe [...]: ‘É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver’”. Em uma interpretação literal, parte da doutrina – como Maria Helena Diniz¹⁴² e Orlando Gomes¹⁴³, por exemplo – advoga que a liberdade de pactuar dos cônjuges se limita mesmo à escolha do regime de bens, sem incluir qualquer disposição que seja estranha ao estatuto patrimonial.¹⁴⁴

A possibilidade de inserção de cláusulas diversas no pacto antenupcial, de conteúdo patrimonial e extrapatrimonial, não significa que não será feito um controle da licitude de tais disposições, para a própria preservação da entidade familiar. Contudo, defende-se que tal análise seja feita no caso concreto, sendo certo que a limitação genérica de conteúdo do pacto antenupcial à estrita definição do

¹⁴⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Pacto Antenupcial e Cláusulas Existenciais**. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/> Acesso em: 12 jan 2025., p. 5

¹⁴¹ MAFRA, Tereza Cristina Monteiro; MENDONÇA, Rafael Baeta. Os limites de conteúdo do pacto antenupcial. **Civilistica.com**, ano 10, n. 3, p. 1-24, 2021, p. 11. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br> Acesso em: 22 jan 2025.

¹⁴² DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil**. v.5. São Paulo: Saraiva, 2007.

¹⁴³ GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

¹⁴⁴ MAFRA, Tereza Cristina Monteiro; MENDONÇA, Rafael Baeta. Os limites de conteúdo do pacto antenupcial. **Civilistica.com**, ano 10, n. 3, p. 1-24, 2021, p. 11. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br> Acesso em: 22 jan 2025.

regime de bens não observa o princípio da liberdade de planejamento familiar, indo de encontro ao Direito de Família contemporâneo.¹⁴⁵

Pode-se deduzir do entendimento dessa corrente que o único conteúdo a ser “criado” pelos nubentes seria a possibilidade de mesclar os regimes de bens ou de alterar os percentuais de direito entre eles ou outras questões nesse nível. Em outras palavras, os nubentes podem “se movimentar” dentro dos limites da lei.

A propósito, essa dedução corresponde ao que Paulo Bonini explica: “Não basta a vontade de autorregulamentar. Essa vontade deve ser autorizada pelo ordenamento jurídico.” Esse é o sentido do conceito de negócio jurídico alemão (*Rechtsgeschäft*), conforme o qual o negócio não se baseia em qualquer vontade, mas sim, naquela segundo a lei. Há convergência entre uma atuação da vontade e a determinação do ordenamento jurídico para o alcance de um resultado pretendido.¹⁴⁶

– A corrente intermediária centra-se no argumento de que os nubentes podem dispor de outros conteúdos, além da opção pelo regime de bens, desde que se trate de questões patrimoniais. Entre os defensores dessa ideia – Francisco Cláudio de Almeida Santos, Rolf Madaleno e Luiz Edson Fachin e outros –, Débora Vanessa Caús justifica seu posicionamento restritivo: “Se o legislador quisesse que o conteúdo do pacto antenupcial fosse também extrapatrimonial, não teria inserido um capítulo próprio no título ‘Do Direito Patrimonial’¹⁴⁷. Madaleno¹⁴⁸ e Santos¹⁴⁹ estendem a restrição e consideram a possibilidade de dispensa dos cônjuges do dever de coabitarem.

Na Argentina, as normas parecem ter um traço intermediário. O Código Civil, promulgado em 2014, no art. 515, sobre os limites, dispõe: “Os acordos de coabitação não podem ser contrários à ordem pública, nem ao princípio da igualdade dos coabitantes, nem podem afetar os direitos fundamentais de qualquer dos membros da

¹⁴⁵ MAFRA, Tereza Cristina Monteiro; MENDONÇA, Rafael Baeta. Os limites de conteúdo do pacto antenupcial. **Civilistica.com**, ano 10, n. 3, p. 1-24, 2021, p. 18. Disponível em: <https://civilistica.emnvens.com.br> Acesso em: 22 jan 2025.

¹⁴⁶ BONINI, Paulo Rogério. Apontamentos sobre o tratamento legal da manifestação da vontade nos negócios jurídicos. **Estudos em homenagem a Clóvis Beviláqua por ocasião do centenário do Direito Civil codificado no Brasil**. 2018, p. 145-166, v. 1, p. 152. Disponível em: <https://epm.tjsp.jus.br/> Acesso em: 29 jan 2025.

¹⁴⁷ MAFRA, Tereza Cristina Monteiro; MENDONÇA, Rafael Baeta. Os limites de conteúdo do pacto antenupcial. **Civilistica.com**, ano 10, n. 3, p. 1-24, 2021, p. 11. Disponível em: <https://civilistica.emnvens.com.br> Acesso em: 22 jan 2025

¹⁴⁸ MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018

¹⁴⁹ SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. O pacto antenupcial e a autonomia privada. In: BASTOS, Eliene F.; SOUSA, Asiel H. (Coord.). **Família e Jurisdição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006

união de coabitação. Em seu art. 513, estabelece o seguinte: “Os pactos de coabitação podem regular, entre outras coisas: a) a contribuição para as despesas domésticas durante a vida comum; b) a atribuição da casa comum, em caso de ruptura; c) A divisão dos bens obtidos pelo esforço comum, em caso de quebra da coabitação.”¹⁵⁰

Aqui no Brasil, Fabiana Domingues Cardoso, em sua pesquisa de campo sobre “matéria patrimonial sob aspecto inusitado”, encontrou o seguinte conteúdo disposto em cláusulas de pactos antenupciais:

- (i) [...] o marido se comprometia a manter e sustentar todas as necessidades familiares e da esposa, enquanto esta não passasse em concurso público, quando, a partir de então, ambos partilhariam as despesas familiares na proporção salarial;
- (ii) [...] natureza jurídica da previdência privada complementar de cada qual, visto que atualmente não há posição pacífica na doutrina, legislação e jurisprudência a respeito da partilha deste bem quando da separação conjugal ou sucessão quanto a ser ou não bem particular ou comum e, por consequência, definiram a incomunicabilidade de respectivo direito entre os pares;
- (iii) [...] exclusão da responsabilidade com dívidas e passivos gerados exclusivamente e em decorrência do alto risco do negócio exercido por um dos nubentes, de forma a não expor o crédito e o patrimônio do cônjuge;
- (iv) [...] instituição do regime de separação de bens, contendo a declaração da mulher de seu conhecimento sobre o histórico familiar da empresa e acervo patrimonial do esposo, e de sua irrisória participação para a constituição do montante, e por consequência sua renúncia em relação àquele patrimônio acumulado pelo homem e sua família, bem como de seus frutos e de eventual crescimento patrimonial da sociedade.¹⁵¹

Verifica-se aí que, independentemente do aspecto “inusitado”, também a autonomia dos cônjuges se manteve dentro das limitações legais, já que as disposições se enquadravam na escolha de percentuais de patrimônio e outros pontos também relacionados a ele. Cardoso conclui que “o conteúdo da convenção nupcial circunda somente a matéria referente ao patrimônio”. E mesmo que se façam outros

¹⁵⁰ CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN. Ley 26.994, de 7 de outubro de 2014.

¹⁵¹ CARDOSO, Fabiana Domingues. **Pacto Antenupcial no Brasil: formalidades e conteúdo.** Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo (SP), 2009, p. 166-167.

questionamentos, as respostas tendem a “encontrar uma acomodação nas próprias regras legais” claramente expressas ou relacionadas a essas por analogia.¹⁵²

– A corrente ampla entende que a “autonomia privada dos nubentes também lhes permite disciplinar sobre questões de natureza extrapatrimonial.” Para os seguidores dessa corrente – como Gustavo Tepedino, Maria Berenice Dias, Rodrigo da Cunha Pereira, Roberto Lins Marques e outros–, seria possível, por exemplo, estabelecer cláusulas sobre:

- [...] arbitragem para a solução de conflitos de cunho exclusivamente patrimonial ou [...] rompimento da relação conjugal, as partes se submeterão à mediação antes de ingressar nas vias judiciais;
- [...] quem continuaria morando no lar conjugal em eventual rompimento da comunhão de vida até a definição das questões afetas ao divórcio pelas vias judiciais ou extrajudiciais;
- [...] quem permaneceria com os animais de estimação em caso de divórcio;
- [...] a futura prole, como “a quantidade mínima de filhos que o casal terá, a concordância com formas de reprodução assistida (ex. homóloga, heteróloga, *in vitro*), adoção, caso pelas vias naturais os cônjuges não alcançassem êxito, ou, ainda, os métodos contraceptivos, entre outras questões vinculadas à relação filial” [...];
- [...] religião a ser transmitida aos filhos;
- [...] questões domésticas do casal: “quem irá ao supermercado, bem como que é proibido fumar no quarto, deixar roupas pelo chão etc.”;
- [...] proibição de ser divulgado, em qualquer meio eletrônico, imagens, informações, dados pessoais ou vídeos do outro cônjuge.¹⁵³

Se se considerar que o pacto antenupcial é, também, “um instrumento eficiente para a prevenção de conflitos entre os cônjuges”, a ampliação de seu conteúdo se justifica, por meio de modificação legislativa.¹⁵⁴

Farias e Rosenvald admitem, além da disciplina do regime bens, a inclusão de cláusulas de conteúdo extrapatrimonial, a exemplo de doação “entre os cônjuges ou deles para terceiros, compra e venda, promessa de contrato, permuta, cessão de

¹⁵²CARDOSO, Fabiana Domingues. **Pacto Antenupcial no Brasil: formalidades e conteúdo.** Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo (SP), 2009, p. 168

¹⁵³CARDOSO, Fabiana Domingues. **Pacto Antenupcial no Brasil: formalidades e conteúdo.** Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo (SP), 2009, p. 168

¹⁵⁴CARDOSO, Fabiana Domingues. **Pacto Antenupcial no Brasil: formalidades e conteúdo.** Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo (SP), 2009, p. 203

direitos...”. Com lastro na autonomia privada, os noivos podem “estabelecer cláusulas diversas [...], de diferentes origens e finalidades”, com o objetivo e disciplinar questões várias, incluindo as domésticas, porém, “sem afrontar os direitos e garantias fundamentais de cada pessoa humana”.¹⁵⁵

“O conteúdo extrapatrimonial, em verdade, se destina a demonstrar tanto as cláusulas de cunho pessoal, quanto aquelas que mesclam temas pessoais e patrimoniais”, tais como indenizações que decorram de adultério da outra parte ou mesmo o simples fim da relação. “A indenização em si tem caráter patrimonial”, embora, em relação ao pacto antenupcial, ela possa ser consequência da “quebra de deveres do casamento, o que é de índole pessoal e obrigacional”.¹⁵⁶

A definição quanto à validade [...] das cláusulas, formuladas por iniciativa das partes, seja no âmbito do casamento, seja em pactos atinentes a outras formações familiares, deve levar em consideração a função instrumental da família no desenvolvimento da pessoa humana. Serão merecedoras de tutela as cláusulas que promovam a dignidade de cada integrante da família à luz dos princípios constitucionais da solidariedade e da igualdade, os quais devem informar as comunidades intermediárias, de modo que o pluralismo de escolhas traduza a liberdade fundamental de cada um, como expressão de sua individualidade, a organizar a sua vida comunitária.¹⁵⁷

A propósito do conteúdo, Farias e Rosenvald ainda esclarecem que, “eventual mácula em alguma das cláusulas do pacto não contamina a convenção como um todo”, podendo ser aproveitadas as demais cláusulas.¹⁵⁸

3.3.5 Forma

Para Marina Pacheco Cardoso, a forma de materialização do negócio jurídico “instrumento de realização da autonomia privada, como ato de vontade subjetivista, pois está diretamente vinculada ao elemento volitivo interno do agente”.¹⁵⁹ No caso

¹⁵⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 12 ed. Salvador: Juspodium, 2020, p. 363, 365.

¹⁵⁶ CARDOSO, Fabiana Domingues. **Pacto Antenupcial no Brasil: formalidades e conteúdo**. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo (SP), 2009, p.187

¹⁵⁷ TEPEDINO, Gustavo. **Controvérsias sobre Regime de Bens no Novo Código Civil**. Disponível em: <https://ibdfam.org.br> Acesso em: 5 fev 2025, p. 11

¹⁵⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 12 ed. Salvador: Juspodium, 2020, p. 365

¹⁵⁹ CARDOSO, Marina Pacheco. **A aplicação da pena de sonegação nas partilhas decorrentes do divórcio**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em:

do pacto antenupcial, sua forma é estabelecida no art. 1.653, segundo o qual é nula a convenção antenupcial “não celebrada por escritura pública, e ineficaz se não lhe seguir o casamento”.¹⁶⁰ Respectivamente, por ser um instrumento jurídico, deve ser escrito e expreso para poder existir, ser válido e surtir seus efeitos (eficácia);¹⁶¹ o pacto está vinculado ao casamento. Logo, se por ventura esse não ocorrer, apesar da conexão, o pacto não é considerado nulo, mas ineficaz. O casamento é condição não só de início de validade do pacto, como também sua condição suspensiva.¹⁶²

Relativamente à forma pública, Faria e Rosenvald explicam que essa necessidade se deve às consequências do pacto, seja em relação aos nubentes, seja em relação a terceiros, assegurando efetivamente a função social “a que se dirige a norma jurídica”.¹⁶³ Historicamente, na vigência das Ordenações Filipinas,

o pacto era firmado por instrumento particular, sendo desnecessária a escrituração pública, como posteriormente e até a atualidade é exigida. Isso porque, as matérias vinculadas à família e seus bens, privilegiavam o testemunho verbal dos envolvidos e parentes, bem por isso, que eram desnecessárias a publicidade e a fé pública nos documentos que recebiam as tratativas pré-nupciais. Porém, a escritura pública passou a ser obrigatória e requisito de validade do pacto, com o advento da lei publicada aos 06 de outubro de 1.784 [...] A citada legislação fazia menção aos esponsais, todavia, [...] os pactos eram “ordinariamente celebrados conjuntamente com o esponsalício”, assim, a disposição desta nova lei obrigou a formalidade da escritura pública igualmente aos pactos.¹⁶⁴

E como em qualquer negócio jurídico, o instrumento deve ser livre de vícios, dependendo necessariamente do consentimento de ambos os acordantes, ou seja, a manifestação deve ser livre e espontânea. Havendo vício da manifestação da vontade por qualquer um dos consortes, este negócio pode ser considerado inválido.¹⁶⁵

<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/6875/1/Marina%20Pacheco%20Cardoso.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2025

¹⁶⁰ OLIVEIRA, Carlos E. Elias de; COSTA-NETO, João. **Direito Civil** - Vol. Único - 3ª Edição 2024. 3. ed. Rio de Janeiro: Método, 2024. *E-book*. p.1330. ISBN 9788530994419. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530994419/>. Acesso em: 10 fev 2025

¹⁶¹ CARDOSO, Fabiana Rodrigues. **Regime de Bens e Pacto Antenupcial**. São Paulo: Método, 2010, p. 139

¹⁶² GOMES, Orlando. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 164

¹⁶³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 12 ed. Salvador: Juspodium, 2020, p. 366

¹⁶⁴ CARDOSO, Fabiana Domingues. **Pacto Antenupcial no Brasil: formalidades e conteúdo**. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo (SP), 2009, p. 102

¹⁶⁵ CARDOSO, Fabiana Rodrigues. **Regime de Bens e Pacto Antenupcial**. São Paulo: Método, 2010, p. 109

Mas, independentemente disso, parte da doutrina admite o pacto antenupcial formalizado por instrumento particular, sob a justificativa de desburocratizar a forma e permitir maior acesso ao instituto. No atual sistema, o oficial do registro deve esclarecer os nubentes quanto aos reflexos dos distintos regimes de bens (art. 1.528 do CC), o que, mesmo sem garantia de seus efeitos, se apresenta apenas como oportunidade para esclarecimentos de dúvidas ou de enganos, o que não se sabe ocorrer na esfera privada.¹⁶⁶

3.3.6 Cláusulas proibitivas

Esse item, de certa forma, é um resumo do que já foi esclarecido neste capítulo, representando mais uma confirmação disso. Logo em sentido amplo, de acordo com Maфра e Mendonça, a convenção nupcial “não pode ofender as normas de ordem pública, os bons costumes, a boa-fé objetiva ou a função social”¹⁶⁷, em conformidade com a lei civil do país (art. 122 do CC), cujo parâmetro é modificado com passar do tempo. Cada época tem os seus valores morais e éticos distintos, com os quais deverão ser confrontadas as disposições das partes. Esse artigo é reforçado pelo art. 1.655 segundo o qual é nula a convenção ou cláusula dela que contravenha disposição absoluta de lei.¹⁶⁸

Essa disposição também é demonstrativa da limitação de itens anteriormente discutidos aqui: liberdade, declaração da vontade e conteúdo extrapatrimonial. Respectivamente, a liberdade não é ilimitada, pois se subordina à convenção da ordem pública vigente e às disposições absolutas da lei. Dessa forma, se houver necessidade de ajustes em algum ponto relativamente a esses aspectos, tais pontos serão nulos de forma individual, pois no pacto antenupcial não há “o princípio da

¹⁶⁶ CARDOSO, Marina Pacheco. **A aplicação da pena de sonegação nas partilhas decorrentes do divórcio**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/6875/1/Marina%20Pacheco%20Cardoso.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2025. p. 46

¹⁶⁷ MAFRA, Tereza Cristina Monteiro; MENDONÇA, Rafael Baeta. Os limites de conteúdo do pacto antenupcial. *Civilística*, a. 10, n. 3, 2021. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/download/564/573>. Acesso em: 22 jan. 2025. p.19

¹⁶⁸ CARDOSO, Marina Pacheco. **A aplicação da pena de sonegação nas partilhas decorrentes do divórcio**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/6875/1/Marina%20Pacheco%20Cardoso.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2025.p. 50

contaminação, de maneira que a nulidade ou ineficácia de uma cláusula não prejudica as demais.”¹⁶⁹

Além disso, também serão nulos vícios decorrentes de coação, de dolo de fraude ou de lesão, bem como pactos realizados com incapazes, como já referido.

3.4 Breve Síntese

A compreensão final é a de que a autonomia privada que subsidia os fundamentos do pacto antenupcial é algo que depende da respectiva configuração no ordenamento jurídico no qual se insere, ou seja, é delineada conforme a vivência histórica do momento.¹⁷⁰

Independentemente disso, porém, no Brasil, o Direito de Família se encontra cada vez mais contratualizado, em grande parte devido à compreensão, à valorização e ao desenvolvimento da noção de autonomia privada, “palavra de ordem do Direito Civil contemporâneo, e especialmente no Direito de Família”.¹⁷¹

E nesse contexto de crescente contratualização das relações, a VIII Jornada de Direito Civil, realizada em 27 e 28 de abril de 2018, aprovou o Enunciado 635, que reza: “O pacto antenupcial e o contrato de convivência podem conter cláusulas existenciais, desde que estas não violem os princípios **da dignidade da pessoa humana**, da igualdade entre os cônjuges e **da solidariedade familiar**”. A justificativa foi de que “não há, no ordenamento jurídico, óbice para que o pacto antenupcial trate de questões extrapatrimoniais. [...]. Os pactos antenupciais também podem dispor acerca de questões existenciais, contudo, [...] tendo como limite a principiologia constitucional.”¹⁷² (g.n.)

Nesse sentido é que têm surgido discussões sobre a inclusão de cláusulas penais frente ao descumprimento de deveres matrimoniais por parte dos cônjuges.

¹⁶⁹ SUGIMOTO, Erick. Quais são os vícios que contaminam a validade do negócio jurídico? JusBrasil, 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/quais-sao-os-vicios-que-contaminam-a-validade-do-negocio-juridico/1717110880>. Acesso em: 10 fev. 2025.

¹⁷⁰ PAIANO, Daniela Braga; GIROTTO, Guilherme Augusto; MENDONÇA, Ana Luiza. Pacto antenupcial como garantidor da autonomia privada dos nubentes. **Revista da Faculdade de Direito do Sul**, v. 39, n. 1, p. 348-368, 2023, p. 355. Disponível em: <https://revista.fdsu.edu.br> Acesso em: 22 jan 2025.

¹⁷¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Pacto Antenupcial e Cláusulas Existenciais**. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br> Acesso em: 12 jan 2025, p. 3

¹⁷² CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. **VIII Jornada de Direito Civil**, 26 e 27 de abril de 2018. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br> Acesso em: 21 jan 2025, p. 1

Souza e Lopes defendem ser “imprescindível também anotar que os direitos familiares se apresentam em duas ordens: (i) extrapatrimoniais, que possuem a natureza de direito personalíssimo; e (ii) patrimoniais, que podem também serem alcançados por algumas reservas.” ¹⁷³

Argumentam ainda “que não se justifica mais uma interferência do Estado em patamares como outrora justificado.” É necessário entender que a autonomia deve ser não só conjugada, como em muitas situações, deve ser priorizada. Isso, para que se compreenda a liberdade de atuação dos indivíduos em suas escolhas no campo das relações familiares. ¹⁷⁴

¹⁷³ SOUZA, Carlos Eduardo Silva e; LOPES, Maísa de Souza. A (Im)Possibilidade de Prefixação da Indenização por Danos Ocorridos no Âmbito das Relações Familiares. **Revista Jurídica**, v. 5, n. 67, p. 1-23, 2021, p. 19. Disponível em: www.revista.unicuritiba.edu, Acesso em: 12 jan 202

¹⁷⁴ SOUZA, Carlos Eduardo Silva e; LOPES, Maísa de Souza. A (Im)Possibilidade de Prefixação da Indenização por Danos Ocorridos no Âmbito das Relações Familiares. **Revista Jurídica**, v. 5, n. 67, p. 1-23, 2021, p. 19. Disponível em: www.revista.unicuritiba.edu, Acesso em: 12 jan 202

4 ADMISSIBILIDADE DE CLÁUSULAS PENAIIS EM PACTOS ANTENUPCIAIS

Como explicam Carlos Eduardo Souza e Maísa Souza Lopes, não é novidade nem são poucas as ocorrências de situações lesivas “no âmbito das relações jurídico-familiares”, variando, no contexto atual, as possibilidades, desde o descumprimento de deveres conjugais até a infidelidade conjugal, esses entre os mais frequentes. Poucas, nesses casos, são as discussões sobre as possibilidades de se “prefixar uma possível indenização em documento escrito por um casal unido por matrimônio a possíveis situações lesivas ocorridas no âmbito de tais relações.”¹⁷⁵

Esse é o contexto deste capítulo que vai se centrar na infidelidade conjugal, ressaltando-se, de início, as linhas norteadoras que o embasam: atualmente, o casamento é “construído com base na afetividade e no pleno consentimento de ambos cônjuges, tendo como fundamento a comunhão plena de vida e a igualdade entre os cônjuges;” a solidariedade familiar não significa, somente, solidariedade econômica, mas sim, “legítima e mais justa proporcionalidade no cumprimento dos deveres conjugais [...]”,¹⁷⁶ a fim de manter o equilíbrio da relação entre os cônjuges; o exercício da autonomia privada, como princípio para pactuar, tem relação com o princípio da dignidade humana, que pode ser ferido em casos de descumprimento do dever conjugal de fidelidade; a interferência do Estado pode, em nome da limitação daquela, violar esse (principiologia constitucional). O entendimento que se vem buscando é que os contratos antenupciais podem até “ser utilizados para construir as regras de convivência da família a ser constituída, já que outras regras podem ser previstas”.¹⁷⁷

4.1 Deveres Conjugais

Os deveres conjugais no Código Civil de 1916 eram bem definidos para ambos os cônjuges, conforme estabelecido em seus arts. 233 a 255. Por se tratar de uma sociedade predominantemente patriarcalizada, como já mencionado, os papéis dos

¹⁷⁵ SOUZA, Carlos Eduardo Silva e; LOPES, Maísa de Souza. A (Im)Possibilidade de Prefixação da Indenização por Danos Ocorridos no Âmbito das Relações Familiares. **Revista Jurídica**, v. 5, n. 67, p. 1-23, 2021, p. 1-2. Disponível em: www.revista.unicuritiba.edu, Acesso em: 12 jan 2025.

¹⁷⁶ MAIA, Beatriz Spina. Os Limites do Pacto Antenupcial. **Brazilian Journal of Development**, v. 8, n. 3, p. 15896-15817, 2022, p. 15904. Disponível em: <https://oj.brazilianjournals.com.br> Acesso em 20 jan 2025.

¹⁷⁷ MAIA, Beatriz Spina. Os Limites do Pacto Antenupcial. **Brazilian Journal of Development**, v. 8, n. 3, p. 15896-15817, 2022, p. 15904. Disponível em: <https://oj.brazilianjournals.com.br> Acesso em 20 jan 2025.

consortes eram totalmente desiguais. O marido era considerado chefe da sociedade conjugal, sendo-lhe atribuída a representação legal da família, a administração dos bens comuns, o papel de provedor da manutenção familiar e outros. A mulher assumia, com o casamento, os apelidos do marido e, sem sua autorização, não alienar seus direitos reais sobre imóveis, aceitar ou repudiar herança ou legado, litigar em juízo civil ou comercial – salvo em casos previstos em lei –, exercer profissão e outras.¹⁷⁸

As novas constituições familiares, no entanto, em muitos casos, trazem o protagonismo da mulher em variadas configurações familiares, além das conquistas, prestígio social e inserção crescente da mulher no mercado de trabalho.

O CC em vigor garante a igualdade de direitos e de deveres entre os cônjuges (art. 1.511), não trazendo, como no código anterior, os deveres e os direitos de cada um. Isso é indicativo de que a direção da sociedade conjugal deve ser exercida em colaboração em prol do casal e dos filhos (art. 1.567), além do sustento e educação desses (art. 1.568) e escolha do domicílio do casal (art. 1.569).

Em seu art. 1.566, o CC elenca os deveres impostos aos cônjuges, quais sejam: (I) fidelidade recíproca; (II) vida em comum no domicílio conjugal; (III) assistência mútua; (IV) guarda, sustento e educação dos filhos; (V) consideração e respeito mútuos.

Os deveres inerentes aos cônjuges no casamento, estipulados nos incisos I e II do artigo 1.566 do Código Civil são o principal alvo da polêmica [...] porque é praticamente unânime na doutrina que os demais deveres contidos nos incisos III e IV do mesmo dispositivo não podem ser modificados no âmbito do pacto antenupcial [...]. Revelam mais debates a questão da fidelidade, da convivência e coabitação no lar conjugal.¹⁷⁹

A este trabalho interessa abordar – sem prejuízo de outros breves focos –, de modo mais destacado, a vida em comum no domicílio conjugal e a fidelidade recíproca, por guardarem, historicamente, a conotação de intimidade. É que, como bem esclarece Maria Berenice Dias, a infidelidade torna “insuportável a vida em

¹⁷⁸ GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.117.

¹⁷⁹ CARDOSO, Fabiana Domingues. **Pacto Antenupcial no Brasil: formalidades e conteúdo**. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo (SP), 2009, p.190.

comum (CC 1.572), de modo a comprovar a impossibilidade de comunhão de vida (CC 1.573 I).”¹⁸⁰

Acerca do dever de vida comum no domicílio conjugal, os consortes se casam para ter uma vivência juntos. A redação do código anterior nominou de “dever de coabitação”, mas a coabitação, nesse entendimento anterior, representava mais que a simples convivência; o real sentido ia além de residir no mesmo domicílio, significando a prática efetiva de relações sexuais,¹⁸¹ noção que ainda vige em certa medida.

Já a nomenclatura utilizada no CC de 2002, “vida em comum no domicílio conjugal”, não abrange a obrigação jurídica de os cônjuges manterem relações sexuais, o que está diretamente associado à dignidade dos consortes, mas se preocupou em estabelecer que ambos tivessem uma vivência comum.¹⁸²

O *debitum conjugale* – débito conjugal – tem natureza religiosa, sendo um dos propósitos a procriação, a falta de contato sexual é uma das causas de anulação no casamento religioso.¹⁸³ Nesse aspecto, “é tão íntimo que se torna impossível assegurar seu cumprimento sob forma específica” sem ferir a liberdade individual. Quando imposta pelo Estado ou religião, ele invade a esfera da privacidade dos indivíduos; imposto por um dos cônjuges, sem o real consentimento do outro, além de violência doméstica, caracteriza estupro, mesmo na constância do casamento, crime previsto no art. 213 do Código Penal brasileiro.¹⁸⁴

O casamento contemporâneo é construído com base na afetividade e no pleno consentimento de ambos cônjuges. Tem como fundamento a comunhão plena de vida e a igualdade entre os cônjuges (art. 1511 do Código Civil). Dessa maneira, a disciplina das relações patrimoniais entre os cônjuges tem assim que conciliar duas exigências: a de tornar efetiva a independência dos cônjuges e a de organizar a solidariedade material que o casamento requer, mesmo quando os cônjuges pretendem viver sob um regime separatista.¹⁸⁵

¹⁸⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.70 e-book

¹⁸¹ GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 14 ed. Rio de Janeiro, Forense, 2002, p. 117.

¹⁸² FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil**: Volume Único. Salvador: Juspodivim, 2017. p. 1.704-1.705

¹⁸³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 301

¹⁸⁴ GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 14 ed. Rio de Janeiro, Forense, 2002, p. 118

¹⁸⁵ XAVIER, Maria Rita Aranha da Gama Lobo. **Limites à Autonomia Privada na Disciplina das Relações Patrimoniais entre os Cônjuges**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 22

Tendo em vista as novas constituições familiares, as inovações sociais e as necessidades de cada indivíduo, alguns casais enfrentam dificuldade de se manterem em um domicílio só ou de ajustarem tarefas doméstica após a celebração do casamento, ou seja, o ajuste na constância do casamento. O *living apart together*, vivendo juntos, mas em lares separados, comum nos Estados Unidos e em outros países, é plenamente possível, pois se adequa à conveniência dos cônjuges, seja por trabalho, por praticidade para manter uma rotina, qualquer outra conveniência ou mesmo por vontade. Para Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona,

a própria noção de “convivência sob o mesmo teto” é relativa, pois diversas razões — inclusive a autonomia da vontade do casal, na perspectiva do princípio da intervenção mínima do Direito de Família — poderão determinar residência em casas separadas. Não é incomum, aliás, que, por motivo de trabalho, os cônjuges residam em casas, cidades ou até Estados diferentes — e quem sabe países —, sem que isso traduza violação a um dever jurídico que os obrigue a viver na mesma casa.¹⁸⁶

Ex positis, verifica-se ser possível aos cônjuges estabelecerem questões relacionadas ao domicílio conjugal e a questões domésticas, apesar de essa última estar relacionada a uma força moral.¹⁸⁷ Nas questões domésticas, não há impedimento legal sobre os encargos domésticos atribuídos a cada cônjuge no pacto antenupcial, podendo ser avençado, por exemplo, “quem irá ao supermercado, bem como que é proibido fumar no quarto, deixar roupas pelo chão, etc.”¹⁸⁸

A possibilidade dessa cláusula está prevista, por exemplo, no Código Civil argentino, não sendo estranha em países considerados econômico e culturalmente desenvolvidos, como Alemanha e Japão.¹⁸⁹ Ocorrendo o descumprimento, é possível a aplicação de multas, como em qualquer outro negócio jurídico. Não obstante, nada impede que as cláusulas possam ser revistas no transcurso da vigência do casamento.¹⁹⁰

¹⁸⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Manual de Direito Civil**: Volume Único. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1177.

¹⁸⁷ CARDOSO, Fabiana Rodrigues. **Regime de bens e pacto antenupcial**. São Paulo: Método, 2010, p. 205-206

¹⁸⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 531 e-book

¹⁸⁹ CARDOSO, Fabiana Rodrigues. **Regime de bens e pacto antenupcial**. São Paulo: Método, 2010, p. 205

¹⁹⁰ CARDOSO, Fabiana Rodrigues. **Regime de bens e pacto antenupcial**. São Paulo: Método, 2010, p. 205-206

4.1.1 Dever recíproco de fidelidade

A ideia de fidelidade, como dever conjugal, foi estendida por Rodrigo da Cunha Pereira, quando se referiu às obrigações na união estável e trouxe o art. 1.724 do CC, que estabelece: “as relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda e educação dos filhos”. Segundo Pereira, “fidelidade é uma espécie do gênero lealdade”. “A lealdade está intrinsecamente atrelada ao respeito, consideração ao companheiro e, principalmente, ao *animus* da preservação da relação conjugal.” Para ele, o termo “lealdade” é uma espécie de ampliação, significando que o respeito não diz respeito apenas à questão sexual, mas sim, a uma “exigência de honestidade” recíproca entre os cônjuges.¹⁹¹

A fidelidade é um dever imposto pelo CC, como mencionado. “Logo em seu inciso primeiro é feita menção à fidelidade recíproca. Todos os deveres conjugais, por óbvio, incluindo a fidelidade recíproca, se traduzem em padrões comportamentais. Têm ligação com a boa-fé objetiva”.¹⁹²

A fidelidade recíproca é vista como um dever que os cônjuges devem ter entre si. Antigamente, no Código Filipino, a punição dos indivíduos que cometiam adultério era severa e desigualitária: para a mulher adúltera e seu cúmplice, a pena era a morte, e o marido adúltero era passível de degredo, além de pagamento de multa.¹⁹³

Sobre o adultério, o atual CC, em seu art. 1.573, assim define: “Podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de algum dos seguintes motivos: I – adultério [...] **Parágrafo único.** O juiz poderá considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum.”

O adultério, anteriormente visto como crime, foi revogado como tal pela Lei nº 11.106/2005. Essa “revogação representou, à época, uma importante mudança para o Direito das Famílias. Contudo, as traições não foram abolidas das relações contemporâneas, tampouco os casos deixaram de chegar à Justiça.”¹⁹⁴

¹⁹¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das famílias**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.p. 322.

¹⁹² IBDFAM. Instituto Brasileiro de Direito da Família. **Traição no Casamento Pode Acarretar Indenização por Danos Morais?** Especialista responde.2021. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/> Acesso em: 5 fev 2025, p. 2

¹⁹³ GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 14 ed. Rio de Janeiro, Forense, 2002, p. 203

¹⁹⁴ IBDFAM. Instituto Brasileiro de Direito da Família. **Traição no Casamento Pode Acarretar Indenização por Danos Morais?** Especialista responde.2021. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/> Acesso em: 5 fev 2025, p. 2

A quebra da fidelidade entre cônjuges pode ensejar dever indenizatório de cunho moral na hipótese de restar devidamente comprovada, durante a instrução processual, a ocorrência de situação vexatória, de exposição da infidelidade conjugal em nível que transcenda a figura dos próprios cônjuges, ou seja, de dano que vá além da dor decorrente exclusivamente do fim do afeto.¹⁹⁵

Não há óbice para o cônjuge requerer judicialmente e auferir indenização por danos morais e materiais. Apesar de se tratar de uma questão extrapatrimonial, esse aspecto também tem repercussões patrimoniais, mesmo sem que tenha havido pacto antenupcial. Se, por um lado nada obsta disposições que tratem deste assunto, tornando possível a reparação pelo dano e do transtorno causados,¹⁹⁶ por outro, compete ao Direito buscar o reequilíbrio da condição pessoal e patrimonial do cônjuge afetado. E entre os instrumentos para se alcançar esse fim está a “aplicação do princípio da responsabilidade civil ou reparação civil de danos nas relações de casamento”. Não há impedimento de se indenizar a parte afetada “por danos morais e materiais ocasionados por violação a dever do casamento.”¹⁹⁷

Antonio Carlos Mathias Colto considera descabido o não reconhecimento da validade de uma cláusula que estabeleça indenização de um companheiro a outro, por exemplo, ao fim do relacionamento comum. E isso tanto pode ter como fundamento o simples fato da separação, desejado por um, quanto a culpa de outro, pela dissolução (essa culpa, inclusive, pode ser a infidelidade). “Em qualquer caso, não sendo a cláusula contrária aos bons costumes, à ordem pública ou aos princípios gerais de Direito, estando as partes capacitadas a contratar, nenhuma razão existe a obstar que assim disponham.”¹⁹⁸

Pela análise da jurisprudência e da doutrina, podem os nubentes acordar sobre indenização no pacto antenupcial, sendo essa de viés compensatório e plenamente possível pela legislação pátria.

¹⁹⁵ IBDFAM. Instituto Brasileiro de Direito da Família. **Traição no Casamento Pode Acarretar Indenização por Danos Morais?** Especialista responde. 2021. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/> Acesso em: 5 fev 2025, p.5

¹⁹⁶ CARDOSO, Fabiana Rodrigues. **Regime de bens e pacto antenupcial**. São Paulo: Método, 2010, p. 204

¹⁹⁷ CARDOSO, Fabiana Domingues. **Pacto Antenupcial no Brasil: formalidades e conteúdo**. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo (SP), 2009, p.200.

¹⁹⁸ COLTRO, Antônio Carlos Mathias. Referências sobre o contrato de união estável. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (orgs.), **Questões Controvertidas no Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Método, 2005, p. 429-430, v. 4.

A admissibilidade da celebração do pacto antenupcial com relação à infidelidade e consequente reparação por eventuais danos pode seguir a lógica da partilha de bens: se os nubentes podem pactuar sobre a divisão de bens, podem estabelecer compensações a um cônjuge de alguma forma prejudicado, por exemplo, com uma partilha com mais privilégios. Para tanto, podem indicar os parâmetros de configuração da infidelidade (beijo, conjunção carnal ou outras). Tal proposição não agride a ordem jurídica de forma alguma.

Inclusive, vale repetir: “o Direito de Família está cada vez mais contratualizado. Isso se deve ao desenvolvimento, compreensão e valorização da autonomia privada, palavra de ordem do Direito Civil contemporâneo, e especialmente no Direito de Família.”¹⁹⁹

Com o realce e valorização da autonomia privada, começam a fazer parte de nossa realidade jurídica as cláusulas existenciais nos pactos antenupciais, como já acontece em outros países. Se tais cláusulas não ferem a ordem pública, elas terão validade e eficácia. [...] Deve-se respeitar essa particularidade e intimidade? Cada casal pode fazer o seu código particular? Essas questões nos remetem a uma compreensão mais ampla e profunda sobre o sexo e sexualidade e qual o limite entre público e privado. O Direito de Família contemporâneo exige [...] reflexão e compreensão.²⁰⁰

É que conceitos, como o de fidelidade, vão muito além da visão restrita em que normalmente são empregados – como já explicou Pereira sobre a extensão do termo. Eles estão inseridos em um “sistema de relações, afetos, instituições, expectativas e fracassos.” No caso do sexo, por exemplo, “o casamento tornou-se o legitimador das relações sexuais, mas a sexualidade, que tradicionalmente estava no campo da moral social, foi privatizada e hoje pertence à vida íntima de cada um.”²⁰¹ Já no caso da fidelidade conjugal, segundo posição majoritária da literatura jurídica, “[...] seriam ineficazes quaisquer cláusulas ou contratos matrimoniais que admitissem a infidelidade conjugal, que dispensasse os principais deveres conjugais, como [...] o respeito e a mútua consideração [...]”.²⁰² Em complemento, conforme Tepedino, “no

¹⁹⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Pacto Antenupcial e Cláusulas Existenciais**. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/> Acesso em: 12 jan 2025, p. 3

²⁰⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Pacto Antenupcial e Cláusulas Existenciais**. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/> Acesso em: 12 jan 2025, p.4

²⁰¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Pacto Antenupcial e Cláusulas Existenciais**. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/> Acesso em: 12 jan 2025, p.4

²⁰² CARDOSO, Fabiana Domingues. **Pacto Antenupcial no Brasil: formalidades e conteúdo**. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo (SP), 2009, p.196

campo das relações patrimoniais, uma controvérsia delineia-se quanto às cláusulas que prevejam indenizações para o caso de infidelidade de um dos cônjuges [...]. Também aqui não parece persistir impedimento legal apriorístico para tal avença, como observado em doutrina”.²⁰³

Nesse contexto, com base em requisitos distintos relativos ao dano moral, mas observando semelhança entre as causas, cabe questionar se o pacto antenupcial pode inserir disposição sobre indenização de um cônjuge em situações de descumprimento de dever conjugal por parte do outro, com a estipulação de critérios monetários para tal. Trata-se de um misto de questões pessoais e materiais dos cônjuges, embora haja defesa quanto à matéria ser somente patrimonial. A toda evidência, se a infidelidade pode ensejar indenização ou compensação por danos ou prejuízos causados ao outro, a esfera abrangida é a pessoal, logo, essa parte integra a abordagem do tema.²⁰⁴

Na Alemanha, o Código Civil não menciona a infidelidade como infração punível ou como causa específica para anulação do casamento, ao contrário de leis do passado que consideravam o adultério como motivo automático para o divórcio ou punição. O casamento prioriza a coabitação e o apoio mútuo, além da referida divisão de responsabilidades, enquanto a fidelidade é considerada um aspecto privado e pessoal da relação. Cláusulas de infidelidade que resultem em um prejuízo econômico desproporcional a uma das partes podem ser consideradas inválidas. Além disso, como a infidelidade não é um motivo legal específico para a dissolução do casamento, tais cláusulas são abordadas com cautela. A redação dessas cláusulas pode ser feita, mas sua aplicação está sujeita à avaliação de cada caso e à interpretação do tribunal em relação ao equilíbrio e à justiça do contrato.²⁰⁵

No Brasil, para Paulo Lôbo, “nos direitos pessoais emergem as situações jurídicas que afirmam a autodeterminação originária da pessoa em si, projetando na esfera jurídica das outras pessoas, mas sem dependerem destas para serem merecedoras de tutela”. E nesse sentido, ele propõe a expressão “autodeterminação

²⁰³ TEPEDINO, Gustavo. **Controvérsias sobre Regime de Bens no Novo Código Civil**. Disponível em: <https://ibdfam.org.br> Acesso em: 5 fev 2025, p. 10

²⁰⁴ CARDOSO, Fabiana Domingues. **Pacto Antenupcial no Brasil: formalidades e conteúdo**. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo (SP), 2009, p. 200.

²⁰⁵ BÜRGERLICHES GESETZBUCH (BGB) – Código Civil alemão. Lei n.º 1896, de 18 de agosto de 1896.

existencial, atribuída a qualquer pessoa humana e oponível a todos”, para substituir autonomia privada, tendo em vista que essa terminou por se dirigir unicamente às relações patrimoniais, mormente as contratuais. E nessa perspectiva, a autonomia privada se tornou inadequada à compreensão de “situações extrapatrimoniais (unissubjetivas) que assumiram vulto crescente e reclamam tratamento jurídico próprio”.²⁰⁶

A reparação civil da infidelidade conjugal é objeto de relevantes discussões, tanto que foi razão do Projeto de Lei de autoria o deputado Rômulo Gouveia (PSD/PB), visando à implementação do art. 927-A do CC, que diz “O cônjuge que pratica conduta em evidente descumprimento do dever de fidelidade recíproca no casamento responde pelo dano moral provocado ao outro cônjuge.”

4.2 Infidelidade Conjugal, Danos Morais e Soluções Jurisprudenciais

A fidelidade estabelecida no CC é imposta somente aos cônjuges. Mas apesar de a legislação se ater ao casamento, a infidelidade entre os companheiros tem encontrado uma certa guarida jurisdicional. Isso, possivelmente, pelo reconhecimento de danos morais e materiais frente aos reflexos da “vergonha” e do constrangimento perante a sociedade. Embora este trabalho se volte para a possibilidade de inserção de cláusula penal por infidelidade em pactos antenupciais, ou seja, para situações no casamento, cita-se, a título de exemplo, para uma possível comparação:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS. UNIÃO ESTÁVEL. INFIDELIDADE. IMPUTAÇÃO DE ATO ILÍCITO. PRETENSÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS PELA COMPANHEIRA SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. MANUTENÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATO ILÍCITO, CONSOANTE ART. 186 E ART. 927 DO CC/02. INFIDELIDADE CONJUGAL QUE, POR SI SÓ, NÃO É SUFICIENTE PARA CONFIGURAR DANOS MORAIS. DECEPÇÕES E FRUSTRAÇÕES DIANTE DO FINAL DO RELACIONAMENTO EM RAZÃO DE TRAIÇÃO QUE, POR SI SÓ, NÃO DÁ ENSEJO À REPARAÇÃO MORAL. AUSÊNCIA DE PROVA DE EXPOSIÇÃO DA AUTORA À SITUAÇÃO VEXATÓRIA. DESCUMPRIMENTO DO ÔNUS DO ART.373, I, DO CPC. MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, NA FORMA DO ART.85, §11, DO CPC.

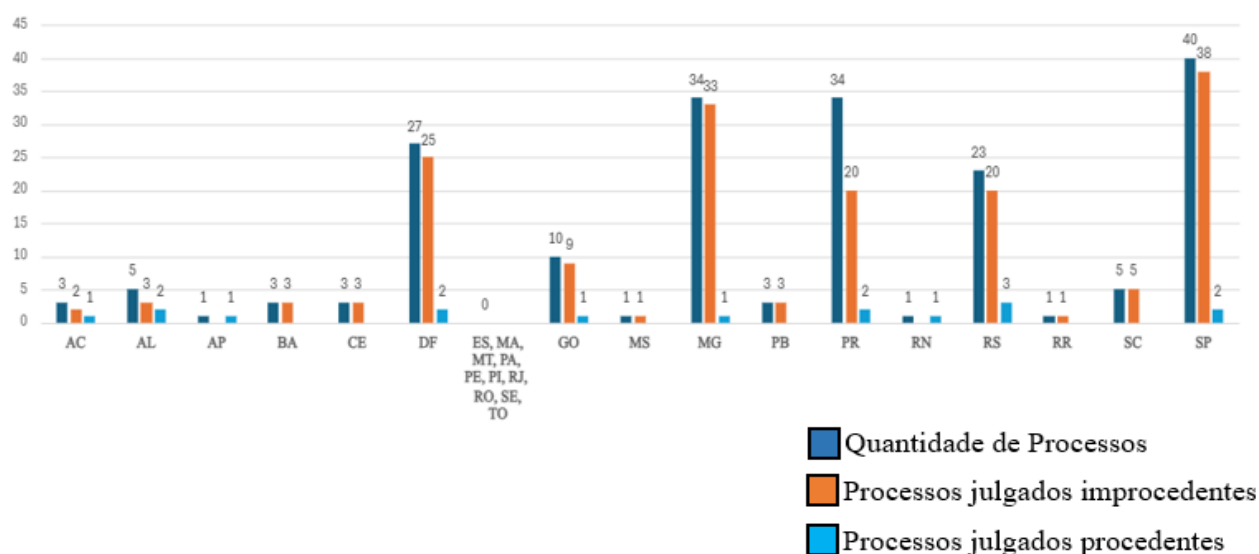
²⁰⁶INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. IBDFAM. **Artigo da 53ª Revista IBDFAM aborda o significado de autonomia privada e autodeterminação existencial.** 2023. Disponível em:<https://ibdfam.org.br> Acesso em: 22 jan 2025, p. 2

SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE, A TEOR DO ART.98, §3º, DO CPC. DESPROVIMENTO DO RECURSO.²⁰⁷ (g.n.)

A indenização por quebra do dever conjugal de fidelidade é causa de discussão nos Tribunais. Apenas em casos específicos vem-se admitindo essa reparação. Mas um entendimento lógico surge nesse sentido: se, mesmo sem um pacto antenupcial, os Tribunais vêm recebendo demandas que tratam desse assunto, negociar antecipadamente uma compensação por danos sofridos, via pactuação, poderia minimizar parte dos problemas.

Para verificar como a jurisprudência brasileira vem se posicionando frente ao crescente número de demandas por dano moral extrapatrimonial nas relações conjugais, especialmente em situações de infidelidade, foram feitas consultas aos sítios dos Tribunais brasileiros. Optou-se por investigar os últimos 10 anos por se entender que a noção de acesso à justiça, ante a ofensa a direitos pessoais, vem se disseminando e se fortalecendo (embora nem sempre de forma cabível). Assim, a pesquisa abrangeu de 2014 (inclusive) a 2023, e as palavras-chaves utilizadas foram “infidelidade” e “danos morais”. Porém, com a leitura das ementas, percebeu-se que as decisões não estavam relacionadas ao Direito de Família. Então, fez-se um refinamento na consulta, com uso das palavras “infidelidade”, “conjugal” e “danos morais”, obtendo-se um resultado de 194 decisões, como demonstrado no gráfico 1.

Gráfico 1: Resultado de decisões dos Tribunais brasileiros sobre danos morais por infidelidade conjugal no período 2014 /2023



Fonte: Elaborado pelo pesquisador

²⁰⁷ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO AP 0049141-92.2019.8.19.0203

Por esses dados, verifica-se, por um lado, que nos Tribunais do Espírito Santo, do Maranhão, do Mato Grosso, do Pará, de Pernambuco, do Piauí, do Rio de Janeiro, de Rondônia, de Sergipe e do Tocantins não foram encontrados processos/decisões com o filtro “infidelidade”, “conjugal” e “danos morais” aplicado. Por outro, o Tribunal com mais demandas relativas ao tema foi o de São Paulo, com 40 processos, seguido de Minas Gerais e do Paraná, com 37 processos cada um.

Relativamente a São Paulo, desse total, apenas dois casos foram julgados procedentes. Exemplo:

EMENTA – TJSP. Apelação Cível 0013866-58.2012.8.26.0001. Nona ; Câmara de Direito Privado. Relator José Aparício Coelho Prado Neto. Órgão Julgador: 9ª Foro Central Cível - 27ª Vara Cível. Julgamento 14/05/2019. Ação de Indenização por Danos Morais. Pretensão de reparação por danos morais em decorrência de situação traumática resultante de revelação de que o autor não é o pai biológico de crianças que acreditava ser suas filhas, geradas em relacionamento extraconjugal mantido entre a ex-mulher e o médico obstetra que realizou o parto das infantes. Sentença de procedência, para condenar os réus solidariamente a arcar com o pagamento do montante de R\$ 100.000,00, a título de danos morais – Inconformismo das partes – Dos réus: Alegação de que não há se falar em ato ilícito para justificar a condenação por danos morais, uma vez que somente tomaram conhecimento da verdadeira paternidade das filhas após o divórcio do autor e da ré [...]. Descabimento. Caso em que o sofrimento experimentado pelo autor não resultou do simples rompimento da vida conjugal ou de episódios isolados infidelidade perpetrados pela ré [...] mas da sórdida postura dos réus em manter relacionamento extraconjugal continuado, sem mensurar os resultados que poderiam advir de tal conduta, sendo indiferente se os réus somente descobriram a paternidade das filhas após o divórcio. Acervo probatório coligido aos autos que demonstra cabalmente que a descoberta do autor de que ele não era o pai biológico das crianças com quem durante vários anos conviveu acreditando que fossem suas filhas, provocou-lhe profundo sofrimento, resultando em quadro depressivo grave, com consequências no seguimento de sua vida pessoal e profissional. Danos morais caracterizados. Réu [...] optou por manter relacionamento concubinário que acabou por resultar na geração de 2 filhas, não havendo se falar em ausência de responsabilidade pelos danos suportados pelo autor. Do autor, postulando a majoração do quanto indenizatório, descabimento. Montante fixado com razoabilidade. Recursos desprovidos.²⁰⁸

Nesse caso, foram caracterizados danos morais em razão do sofrimento da parte ofendida, marcado por doença mental e prejuízos à vida pessoal e à profissional. À infidelidade, foi acrescentado outro grave fato. Pelo descrito, verifica-se que o

²⁰⁸. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. **Apelação Cível 0013866-58.2012.8.26.0001**. Data de Registro: 15/05/2019.

reconhecimento do dano moral se ateve ao sofrimento no âmbito pessoal, esse devidamente comprovado. Não obstante, negou-se a pretensão do ofendido à majoração do valor compensatório.

No Paraná, no período abrangido pela pesquisa, 12 processos encontravam-se com restrição de acesso à consulta, por estarem pendentes de análise. Por isso, não se pode informar se foram julgados procedentes ou não.

Mas, considerando o total dos julgados obtidos, na leitura de todas as Ementas, percebeu-se um traço comum: o uso da frase “ a infidelidade por si só, não configura...”.

É que os tribunais têm entendido que a infidelidade, sem graves repercussões sociais ou que não tragam graves importunações a saúde mental ou imagem, não configura danos morais indenizáveis. Foi como julgou o Tribunal de Justiça do Espírito Santo:

EMENTA – TJES Apelação 035110063357. Segunda Câmara. Relator Namyr Carlos de Souza Filho. Julgamento 26/06/2018. CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INFIDELIDADE. DANOS MORAIS. NÃO CONFIGURAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO. I. A infidelidade, por si só, não autoriza a imposição do dever de indenizar em favor do cônjuge traído. É de todo imprescindível que se demonstre que a quebra da fidelidade veio a ocasionar graves repercussões sociais ou até mesmo prejudiciais reflexos à saúde mental e à imagem de quem se diz ofendido, o que não ocorreu na hipótese dos autos. II. *In casu*, sequer restou demonstrada a infidelidade, uma vez que na data comprovada do relacionamento, as partes já estavam manejando Ação de Separação de Corps. III. Recurso conhecido e desprovido. ACORDA a Egrégia Segunda Câmara Cível, em conformidade da Ata e Notas Taquigráficas da Sessão, que integram este julgado, por unanimidade dos votos, conhecer e negar provimento ao recurso.²⁰⁹

O entendimento jurisprudencial generalizado é o de que a infidelidade, por si só, não basta para caracterizar danos morais indenizáveis, ou seja, há dano moral, mas não a ponto de merecer indenização. Sendo o dano subjetivo comprovado, pode o cônjuge inocente ingressar judicialmente, demandando pelo dano sofrido. Deve demonstrar que houve ofensa a sua honra, a sua imagem e a sua integridade física ou psíquica, como explica o julgado no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT):

²⁰⁹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESPÍRITO SANTO. **Apelação 035110063357**. DJ 05/07/2018.

EMENTA – APC 20160310152255. Sétima Turma Cível. Relator Des. Fábio Eduardo Marques. Julgado em 21/3/2018. INFIDELIDADE CONJUGAL. PROVA. OFENSA A ATRIBUTO DA PERSONALIDADE. DANO MORAL CONFIGURADO NO CASO. 1. **O simples descumprimento do dever jurídico da fidelidade conjugal não implica, por si só, em causa para indenizar**, apesar de consistir em pressuposto, devendo haver a submissão do cônjuge traído a situação humilhante que ofenda a sua honra, a sua imagem, a sua integridade física ou psíquica. Precedentes. 2. No caso, entretanto, **a divulgação em rede social de imagens do cônjuge, acompanhado da amante em público, e o fato de aquele assumir que não se preveniu sexualmente na relação extraconjugal, configuram o dano moral indenizável**. 3. Apelação conhecida e não provida.²¹⁰(g.n.)

Verifica-se, aqui, que o não cumprimento do dever conjugal de fidelidade, estatuído no art. 1.566 do CC, não foi razão suficiente para reconhecimento de dano moral. Esse somente se deu em razão da exposição pública do caso e dos respectivos efeitos públicos também. Ou seja: casos que não ganhem destaque público não têm dano moral reconhecido. Ao mesmo tempo, se se lembrar, como explicou Pereira²¹¹, que fidelidade é um tipo do gênero lealdade e que, como tal, vai além do cumprimento da monogamia – passando pelo respeito e pela consideração ao parceiro e, por último, pelo *animus* de preservar a relação conjugal –, pode-se dizer que a falta de respeito, a falta de consideração para com o parceiro e a falta de *animus* também não configuraram razões suficientes para ocasionar o dano moral.

É um entendimento diferente do expressado na solução do AC 3309815/PR 0330981-5, do TJPR, relativo a noivos, que reconheceu as ofensas à honra e os possíveis agravos à personalidade decorrentes disso no foro pessoal da parte ofendida.

Em muitos casos, confirmou-se que os fundamentos utilizados pelos Tribunais para não concederem indenização por danos morais ao cônjuge inocente baseiam-se, como dito, na interpretação de que a infidelidade conjugal, por si só, não configura automaticamente uma violação à honra objetiva da vítima. Para que tal direito seja reconhecido, seria necessário demonstrar que o comportamento infiel ultrapassou a

²¹⁰ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. APC,20160310152255, DJE: 26/3/2018.

²¹¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Pacto Antenupcial e Cláusulas Existenciais**. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/> Acesso em: 12 jan 2025, p. 3

esfera íntima do casal e afetou a reputação social do cônjuge traído, como observado também na decisão do TJDFT:

EMENTA – TJDFT. APC 20140110842537. Relator Romulo de Araujo Mendes. Relator Designado Teófilo Caetano, Primeira Turma Cível. Julgado em 20/04/2016. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. **INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. VIOLAÇÃO AOS DEVERES MATRIMONIAIS. DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE FIDELIDADE, RESPEITO E LEALDADE. CÔNJUGE VIRAGO. RELAÇÃO EXTRACONJUGAL. DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA. FATO INCONTROVERSO. FILHO GERADO NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO. PATERNIDADE PRESUMIDA DO MARIDO. ELISÃO. EXAME DE DNA. OFENSA À HONRA E À REPUTAÇÃO DO CÔNJUGE. ABALO PSÍQUICO INTENSO. SOFRIMENTO, DOR E DESGOSTO. DANO MORAL. QUALIFICAÇÃO. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. COMPENSAÇÃO PECUNIÁRIA DEVIDA. QUANTUM. CONFORMAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. SENTENÇA REFORMADA.** 1. Conquanto o rompimento duma relação afetiva resulte em transtornos de ordem psíquica, mormente para quem viu desfeitos sonhos inerentes ao projeto de felicidade projetado em companhia do consorte, a mera decepção amorosa gerada pelo desenlace não é passível de ser içada como fato gerador de dano moral afetando qualquer dos consortes, notadamente porque o desamor, a despeito de não desejado, é uma das vertentes previsíveis da vida conjugal, não consubstanciando por si só ato ilícito, e, ademais, eventual compensação pecuniária não pode ser transmutada em instrumento de cicatrização emocional. 2. **O descumprimento dos deveres matrimoniais inerentes à lealdade e fidelidade, por si só, não é apto a ensejar violação aos direitos de personalidade do cônjuge alcançado pela ofensa, podendo, contudo, irradiar obrigação indenizatória quando os fatos violadores se descortinem em cenário transgressor** que, transbordando qualquer parâmetro de razoabilidade e previsibilidade, expõe demasiadamente o consorte ofendido, impondo-lhe, pela infidelidade e deslealdade, situação de dor íntima, vexame social e humilhação que extrapolam os limites toleráveis e minimamente compreensíveis e previsíveis no ambiente duma relação conjugal. 3. Apreendido, de forma incontroversa, que criança germinada no pleno curso da vida conjugal não é filha biológica do marido, tendo germinado de relação extraconjugal mantida pela esposa, a par de encerrar gravíssima ofensa aos deveres inerentes ao casamento, implica **violação gravíssima ao dever de lealdade que estava afetado à ex-consorte, que, ciosa do havido, mantivera-se silente face a razoável perspectiva de que a infante poderia ser fruto do relacionamento adulterino que mantivera ante a irregularidade da vida conjugal e das dificuldades que o casal enfrentava para a geração de herdeiros.** 4. A descoberta de que criança gerada no pleno curso da relação conjugal e assumida como filha biológica não derivara da descendência biológica do marido, tendo germinado de relação extraconjugal mantida pela ex-esposa, que, de sua parte, suprimira o fato até que viesse a ser descortinado anos depois do nascimento da infante e após a dissipação do

vínculo, diante da enfermidade congênita que afeta o ex-consorte – oligospermia –, a par de descerrar as frustrações provenientes da falta de lealdade da primitiva cônjuge, implica gravíssima dor íntima ao vitimado pelo fato, ensejando-lhe, ademais, frustração, insegurança e constrangimento.²¹² (g.n.)

Aqui, a infidelidade e a deslealdade foram conjugadas com outra grave ofensa à parte e foram reconhecidas nos efeitos morais provocados na parte ofendida. Mas mesmo assim, considerou-se que isso, “por si só”, não tem aptidão de ensejar violação aos direitos de personalidade. A indenização viria se o caso alcançasse a esfera pública e expusesse bastante o ofendido. Também, como nos anteriores, desconsideram-se questões como sofrimento e dor, entre outros, aspectos íntimos da dignidade humana ferida que não ganham publicidade.

Na Argentina, o fato de não mais coabitarem é razão de indenização, conforme estabelece o art. 524 de seu Código Civil:

Uma vez cessada a coabitação, o coabitante que sofra um desequilíbrio manifesto que implique um agravamento da sua situação económica com causa adequada na coabitação e na sua desagregação, tem direito a indenização. Isso pode consistir em um único benefício ou uma anuidade por um determinado período de tempo que não pode exceder a duração da união de coabitação. Pode ser pago em dinheiro, com usufruto de determinados bens ou de qualquer outra forma acordada pelas partes ou na sua ausência decidida pelo juiz.²¹³

No Brasil, com base nos dados obtidos, verificam-se dois pontos, conforme ressaltam Mafra e Mendonça: “como qualquer forma social, a família está sob controle do Estado, razão pela qual as relações familiares não podem ficar isentas de um juízo de valor, de um confronto com os valores do sistema vigente, com a sua ordem pública”.²¹⁴ Frente a isso, na maioria dos casos vistos neste estudo, pode-se talvez dizer que o “juízo de valor” está implícito na expressão bastante utilizada de que “a infidelidade, por si só, não comporta, não está apta a produzir danos morais.” Ou seja, desconsidera-se o dispositivo do CC quanto à imposição de fidelidade conjugal a ambos os cônjuges.

²¹² TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. **APC 20140110842537**. DJe 03/05/2016

²¹³ CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN. Ley 26.994, de 7 de outubro de 2014.

²¹⁴ MAFRA, Teresa Cristina Monteiro; MENDONÇA, Rafael Baeta. Pacto Antenupcial: Disposição sobre Alimentos e Estipulação d cláusulas Patrimoniais em Caso de Divórcio. **Revista Internacional Cosinter de Direito – O Impacto da Revolução da Tecnologia em Direito**, ano VIII, n.XV, segundo semestre de 2022, p. 509-512. Disponível em: <https://cosinter.org>. Acesso em 14 fav 2025.

E sobre o fato de que controle estatal “sobre as vicissitudes pessoais e familiares justifica-se se na medida em que for feito no sentido da garantia dos direitos fundamentais”,²¹⁵ isso também não ficou demonstrado em vários julgados, uma vez que a esfera pessoal do sofrimento da parte ofendida foi desconsiderada; reconheceu-se o dano moral em situações tornadas públicas.

Maфра e Mendonça concluem que, não obstante as relevantes mudanças observadas no Direito da Família, a exemplo da transformação “de uma relação hierárquica e conjugal para uma relação igualitária e (re)centrada nos direitos da pessoa”, esse Direito permanece “marcado pela preponderância de princípios cogentes, imperativos, não-normas derogáveis pela vontade das partes.”²¹⁶

A propósito, o mencionado PL, de autoria o deputado Rômulo Gouveia (PSD/PB), não foi aprovado em nenhuma das casas legislativas e foi arquivado automaticamente em 31 de janeiro de 2019, com base no art. 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

4.3 Da Inserção de Cláusula Indenizatória em Pacto Antenupcial pelo não Cumprimento do Dever Conjugal de Fidelidade dos Cônjuges

Na verdade, particularmente, iniciou-se a pesquisa numa perspectiva de natureza conjectural, haja vista o que a literatura consultada demonstrou quanto à inserção de cláusulas extrapatrimoniais nesse pacto. Porém, no decorrer da pesquisa, essa natureza tornou-se factual, pois uma decisão “incomum”, no contexto das decisões jurisprudenciais apresentadas, sobressaiu-se:

Em janeiro de 2023, foi noticiado, no portal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que um casal de Belo Horizonte havia firmado pacto antenupcial com cláusula que estabelecia uma multa de R\$ 180.000,00 (cento e oitenta mil) para qualquer um dos parceiros em caso de infidelidade. A intenção era ressarcir o cônjuge inocente por um possível constrangimento e vergonha diante da sociedade. Vale destacar que a

²¹⁵ MAFRA, Teresa Cristina Monteiro; MENDONÇA, Rafael Baeta. Pacto Antenupcial: Disposição sobre Alimentos e Estipulação d cláusulas Patrimoniais em Caso de Divórcio. **Revista Internacional Cosinter de Direito – O Impacto da Revolução da Tecnologia em Direito**, ano VIII, n.XV, segundo semestre de 2022, p. 509-512. Disponível em: <https://cosinter.org>. Acesso em 14 fav 2025.

²¹⁶ MAFRA, Teresa Cristina Monteiro; MENDONÇA, Rafael Baeta. Pacto Antenupcial: Disposição sobre Alimentos e Estipulação d cláusulas Patrimoniais em Caso de Divórcio. **Revista Internacional Cosinter de Direito – O Impacto da Revolução da Tecnologia em Direito**, ano VIII, n.XV, segundo semestre de 2022, p. 509-512. Disponível em: <https://cosinter.org>. Acesso em 14 fav 2025.

juíza Maria Luiza de Andrade Rangel Pires, da Vara de Registros Públicos de Belo Horizonte, ratificou o documento, enfatizando que, mesmo que a cláusula pudesse parecer incomum, os casais tinham o direito de estabelecer as condições para seu relacionamento, contanto que não violassem princípios como a dignidade humana, a igualdade entre os parceiros e a solidariedade familiar.²¹⁷

Assim, de algum modo já materializado o que até então era conjectura – como se o caminho estivesse delineado –, restava em aberto verificar a outra parte: o entendimento de danos morais que até então, na maioria dos casos descritos, eram reconhecidos apenas se o constrangimento psicológico e as dores sofridas alçassem o conhecimento público.

Nesse sentido, pode-se dizer que o APC 07036876120228070014, do TJDFT, trouxe a visão de dano moral e de suas particularidades de modo aprofundado para os Tribunais (pelo menos no âmbito do material consultado neste estudo), como se pode comprovar:

EMENTA – TJDFT. APC 07036876120228070014. *Sexta Turma Cível. Relator Leonardo Rosco e Bessa. Julgado 5/6/2024. FAMÍLIA. PARTILHA DE BENS. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO ACOLHIMENTO. [...] COMUNHÃO PARCIAL DE BENS.[...]. DEVERES DO CASAMENTO. INFIDELIDADE CONJUGAL. OFENSA A DIREITO DE PERSONALIDADE. DANO MORAL CONFIGURADO. RECURSOS DA AUTORA CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. RECURSO DO RÉU CONHECIDO E NÃO PROVIDO. [...] 4. A indenização (rectius: compensação) por dano moral está expressamente prevista no ordenamento jurídico. Todavia, ainda existem controvérsias conceituais no Poder Judiciário, inclusive no próprio Superior Tribunal de Justiça. **Em sede doutrinária, há três posições acerca do conceito e configuração do dano moral: 1) dor psíquica; 2) violação a direitos da personalidade; e 3) ofensa à cláusula geral da dignidade da pessoa humana.** 5. A posição mais adequada combina as duas primeiras correntes. **Dano moral decorre de ofensa a direitos da personalidade.** Todavia, entre as espécies já reconhecidas dos **direitos da personalidade**, está o **direito à integridade psíquica (dor)** cuja violação pode ocorrer de modo isolado ou cumulado com outros direitos existenciais e/ou materiais. 6. O dano moral se constitui a partir de ofensa a direitos da personalidade, entre os quais está o direito à integridade psíquica. A dor - afetação negativa do estado anímico - não é apenas um dado que serve para aumento do quantum indenizatório. 7. A ofensa a direitos da personalidade pode ocorrer entre pessoas desconhecidas e sem qualquer relação jurídica prévia.*

²¹⁷ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS (TJMG). **Justiça Autoriza Pacto Antenupcial com Multa de R\$ 180 Mil em Caso de Infidelidade**. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/> Acesso em: 20 dez. 2024.

Também pode ocorrer no âmbito de relação contratual e familiar. [...]8. [...] **A jurisprudência parece caminhar no sentido de que a infidelidade conjugal, por si só, não gera dano moral. O dever de compensação ocorre em razão de condutas violadoras do princípio da cláusula geral de proteção à dignidade da pessoa humana, como em hipótese de grave exposição (direito à honra) ou humilhação do consorte traído (direito à integridade psíquica).** 9. Significa dizer [...] que nem todo descumprimento dos deveres do casamento - com destaque para o dever de fidelidade - representa ofensa a algum direito da personalidade [...] O contexto importa, o que impõe analisar as circunstâncias do fato, a reprovabilidade do ato [...] 10. **A dor ou afetação do estado anímico é, juridicamente, a própria ofensa ao direito à integridade psíquica - espécie de direito da personalidade. É variável de pessoa para pessoa.** [...] Esta maior sensibilidade ou menor resiliência com as pequenas e inúmeras adversidades da vida não está protegida pelo direito. 11. Embora seja uma abstração, a antiga ideia do "homem médio" é útil para análise se há dor (ofensa ao direito à integridade psíquica) nas mais variadas situações fáticas. [...] 12. [...]o acervo probatório indica que houve reiteração da infidelidade conjugal por parte do apelado/réu, [...] no período concomitante à sua insistência em retomar o relacionamento com a apelante/autora. Restou evidenciado situação vexatória da apelante perante terceiros não participantes do ciclo íntimo dos cônjuges - ofensa a direito à honra. Houve também ofensa ao direito à integridade psíquica [...].13. **Para a fixação do valor compensatório, na ausência de critérios objetivos, deve o magistrado verificar se houve ofensa a mais de um direito da personalidade e, paralelamente, se pautar nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, com a compensação do mal injusto experimentado pela vítima. Ponderam-se o direito violado, a gravidade da lesão (extensão do dano), as circunstâncias e consequências do fato.** 14. **O valor não pode configurar enriquecimento exagerado da vítima. Ademais, é pacífico na jurisprudência o caráter punitivo e pedagógico da condenação por dano moral, o que enseja análise da situação financeira do autor da lesão. Valor fixado em R\$15.000,00.** 15. Recurso da autora conhecido e parcialmente provido. Recurso do réu conhecido e não provido. 16. Sentença reformada. Sucumbência recíproca.²¹⁸ (g.n.)

Comparando essa decisão com as demais descritas, verifica-se que seus fundamentos se ativeram às questões implícitas no dano moral para reconhecê-lo, bem como para concordar com a respectiva indenização, sem deixar de se referir ao posicionamento geral da jurisprudência sobre o assunto (como nos exemplos citados).

Nesse julgado, aspectos como as hipóteses previstas para a configuração do dano moral foram identificados, além da noção de que o dano moral é causado por ofensa a direitos da personalidade – como integridade psíquica, violável de forma

²¹⁸ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. APC 070368761202280 70014. DJE : 19/06/2024 .

isolada ou cumulativa com outros direitos, inclusive materiais, e agressão ao estado anímico –, destoaram significativa e positivamente dos argumentos dos julgados antes mencionados. Ainda mais, seguindo a lógica, ao reconhecer o dano moral sofrido, reconheceu-se, também, o não cumprimento do dever conjugal de fidelidade.

Por fim, no reconhecimento do direito à indenização, considerou a ausência de critérios objetivos para tal e ponderou sobre os critérios a serem observados para seu cumprimento. Nesse ponto, foi observada a orientação de se ponderar os valores a indenizar nos casos em que o direito à indenização foi reconhecido.

Em termos de pacto antenupcial, seja na decisão da juíza da Vara de Registros Públicos de Belo Horizonte, seja na decisão do APC 07036876120228070014, do TJDF,

a maior dificuldade resulta da análise de cláusulas que afastam deveres tradicionalmente considerados essenciais à vida conjugal. [...] no que tange às formas de vida a dois, especialmente quanto à fidelidade [...] há de se examinar, caso a caso, a seriedade do pacto, de modo que, caso não violem a dignidade da pessoa dos cônjuges e o princípio da isonomia, não parece haver, a priori, óbice na ordem pública para a sua admissão.²¹⁹

Entende-se que, tal como as penas patrimoniais, que podem ser determinadas no pacto antenupcial por diferentes razões e com distintas finalidades,²²⁰ as cláusulas extrapatrimoniais podem fixar a indenização por infidelidade com natureza somente compensatória, “para compensar a frustração da expectativa criada quando da constituição da entidade familiar”, ou com natureza reparatória, essa no sentido de recuperação por quaisquer danos sofridos com a infidelidade.

A cláusula penal, também passível de ser denominada como multa [...], pode incidir nos contratos familiares nas suas duas modalidades, bastando obviamente que haja a previsão no respectivo pacto. Para ilustrar, por exemplo, pode-se citar a circunstância da infidelidade como causa de incidência para a cláusula penal compensatória, enquanto a moratória pode ser ilustrada na hipótese de adimplemento de obrigações em relação aos filhos.²²¹

²¹⁹ TEPEDINO, Gustavo. **Controvérsias sobre Regime de Bens no Novo Código Civil**. Disponível em: <https://ibdfam.org.br> Acesso em: 5 fev 2025, p.11

²²⁰ MAFRA, Teresa Cristina Monteiro; MENDONÇA, Rafael Baeta. Pacto Antenupcial: Disposição sobre Alimentos e Estipulação d cláusulas Patrimoniais em Caso de Divórcio. **Revista Internacional Cosinter de Direito – O Impacto da Revolução da Tecnologia em Direito**, ano VIII, n.XV, segundo semestre de 2022, p. 509-512. Disponível em: <https://cosinter.org>. Acesso em 14 fav 2025

²²¹ SOUZA, Carlos Eduardo Silva e; LOPES, Maísa de Souza. A (Im)Possibilidade de Prefixação da Indenização por Danos Ocorridos no Âmbito das Relações Familiares. **Revista Jurídica**, v. 5, n. 67, p. 1023, 2021, p. 18. Disponível em: www.revista.unicuritiba.edu, Acesso em: 12 jan 2025.

Os cônjuges têm poderes e deveres recíprocos de exigir fidelidade, da mesma forma que os têm em relação à exigência de cumprimento dos demais deveres conjugais. Assim, ante a posição majoritária da doutrina, não pode o pacto “conter regras que afastem ou modifiquem os deveres entendidos como conjugais, sejam os concernentes à fidelidade, à monogamia, ao ato sexual, ou eventualmente outros provenientes do sistema jurídico como um todo.”²²²

No que se refere à monogamia, Carlos Elias de Oliveira e João Costa-Neto afirmam que “a família poliafetiva não é admitida como entidade familiar nem no direito brasileiro nem no de grande parte dos demais países” ²²³. Contudo, apesar dessa limitação legislativa, os autores ressaltam que “os tribunais podem vir futuramente a admitir uniões poliafetivas, e os cartórios podem lavrar escrituras públicas meramente declaratórias, por meio das quais as partes declaram que: (1) vivem juntas como se fossem casadas [...]”²²⁴, evidenciando que, até o momento, o casamento poligâmico ainda não é permitido no Brasil, mas nada obsta que o casal negocie sobre o tipo de relacionamento (monogâmico ou aberto).

Para Souza e Lopes, considerando-se a validade, a licitude e a adequação da negociação familiar e, conseqüentemente, a responsabilidade civil contratual, resta esclarecer que “a prefixação de danos pode legitimar indenizações que nem sempre são reconhecidas pelas Cortes brasileiras, como é o caso da própria infidelidade”.

Segundo esses autores, “além de garantir a segurança jurídica almejada pelas partes e estabilização das relações jurídicas mantidas nessa seara”, essa solução é negociada consensualmente pelas partes, por meio de uma previsão contratual, o que se impõe sobre a necessidade futura de um juízo de terceiros.²²⁵

²²² Fabiana Domingues. **Pacto Antenupcial no Brasil: formalidades e conteúdo**. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo (SP), 2009, p.192

²²³ OLIVEIRA, Carlos E. Elias de; COSTA-NETO, João. **Direito Civil** - Vol. Único - 3ª Edição 2024. 3. ed. Rio de Janeiro: Método, 2024. E-book. p.1265. ISBN 9788530994419. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530994419/>. Acesso em: 10 fev. 2025. p. 1268

²²⁴ OLIVEIRA, Carlos E. Elias de; COSTA-NETO, João. **Direito Civil** - Vol. Único - 3ª Edição 2024. 3. ed. Rio de Janeiro: Método, 2024. E-book. p.1265. ISBN 9788530994419. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530994419/>. Acesso em: 10 fev. 2025. p. 1268

²²⁵ SOUZA, Carlos Eduardo Silva e; LOPES, Maísa de Souza. A (Im)Possibilidade de Prefixação da Indenização por Danos Ocorridos no Âmbito das Relações Familiares. **Revista Jurídica**, v. 5, n. 67, p. 1023, 2021, p. 19. Disponível em: www.revista.unicuritiba.edu, Acesso em: 12 jan 2025.

Outro ponto de relevo é que uma indenização prefixada, advinda de danos causados por um cônjuge a outro na esfera das relações conjugais, possibilita a “justa reparação,” desde que negociada por consenso pelas partes. Vale dizer que nem sempre o valor da indenização, quanto definido por terceiros, é satisfatório.²²⁶

²²⁶ SOUZA, Carlos Eduardo Silva e; LOPES, Máisa de Souza. A (Im)Possibilidade de Prefixação da Indenização por Danos Ocorridos no Âmbito das Relações Familiares. **Revista Jurídica**, v. 5, n. 67, p. 1023, 2021, p. 19. Disponível em: www.revista.unicuritiba.edu, Acesso em: 12 jan 2025.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pensar em indenização por dever conjugal não cumprido não deixa de causar certo espanto, haja vista as relações conjugais serem consideradas quase sempre, pelo menos no senso comum, como nascidas do amor e do afeto. Paralelamente, a história mostra que essa assertiva não é totalmente certa, porque, de modo geral, sempre houve casamentos baseados em outros interesses e, mais remotamente, casamentos eram até “arranjados” entre famílias.

No entanto, em todos os tempos, juridicamente, o casamento foi visto como uma situação jurídica, porque é regido por leis; um ato jurídico e complexo, devido a características institucionais e negociais específicas; um contrato, porque, em qualquer hipótese, decorre de vontades.

Realmente, essa visão do casamento destoa daquela de casamento baseado no amor e talvez seja essa a razão que enseja o espanto ante o estabelecimento de cláusulas indenizatórias por infidelidade (entre outras). Por essa perspectiva, dizer que o Direito de Família está cada vez mais contratualizado pode significar que apenas as relações familiares passaram a ser vistas pelo outro lado, o diferente do amor, como um contrato que é.

Ao mesmo tempo, pode-se dizer que há um “estímulo” a essa visão nestes tempos de maior acesso à justiça, que é o entendimento das perdas (decorrentes do não cumprimento do dever conjugal, por exemplo) como algo reparável, não só pelo que se deixou de ter, como pelo sofrimento causado, o que resulta no dano moral.

Nessa conjuntura, a inserção de cláusulas de indenização por infidelidade conjugal não deixa de ter também uma natureza lógica, devido às seguintes razões: comparação do caráter dessa possibilidade com a de outros temas objeto de indenização dentro do mesmo escopo; avanços do Direito de Família, ainda que não se tenha chegado a tal alcance; observação dos avanços da mentalidade social em relação aos danos morais e a seus direitos pessoais e fundamentais.

De início, tem-se por base o referido disposto no art. 1.566 do CC sobre o dever de fidelidade recíproca dos cônjuges, tal como vida em comum no domicílio assistência mútua, guarda, sustento e educação dos filhos e consideração e respeito mútuos. Não se observa, nesse dispositivo, mesmo implicitamente, qualquer

hierarquia entre os deveres ou qualquer minimização da importância de um frente a outro. Afinal, do cumprimento de todos, presume-se, em parte, a manutenção da família como um todo.

Isso porque, pelo que se percebe, a família ainda é uma entidade constitucionalizada; ainda é “o instituto fundamental na formação da vida comunitária, uma vez que representa verdadeiro centro de referência e de construção de valores, que se faz presente em todas as sociedades.”²²⁷

Em decorrência disso, os avanços do Direito de Família, em acompanhamento a uma sociedade que evolui em vários aspectos e em atendimento a preceitos constitucionais fundamentais da família, devem ser calcados em reflexões, a exemplo do redimensionamento de conceitos, como o da fidelidade e concomitante lealdade (dever conjugal) extensivo ao respeito pessoal (direito fundamental). Esses não são pontos isolados, mas sim, contrapartes: a cada dever corresponde um direito, logo, a cada dever não cumprido corresponde um direito à indenização. O dano moral se insere aí na forma como aquele dever é descumprido e afeta o direito do outro.

Sobre os avanços da mentalidade social em relação a seus direitos, pode-se dizer que essa talvez seja a razão pela qual se diz que o Direito de Família está “cada vez mais contratualizado”, como já mencionado.²²⁸ Ele vem atendendo aos anseios sociais, certamente embasados na definição jurídica de casamento como um “negócio”, realizado por meio de contrato, e de pacto antenupcial como negócio anterior àquele, também materializado em contrato. Dentro dessa noção, que para se concretizar exige a participação de, pelo menos, duas pessoas, não há como se manter a relação resultante dele (o casamento) em equilíbrio se os deveres não forem cumpridos pelas partes em condição de igualdade.

Em resumo, a natureza lógica da possibilidade de inserção de cláusula penal em pacto antenupcial, ante descumprimento da fidelidade conjugal, converge para o Direito de Família. Especificamente, se as normas cogentes são protetoras dos

²²⁷SANTIAGO, Rafael da Silva. O Direito de Família Contemporâneo: Entidade Familiar Constitucionalizada. **Interfaces Científica Direito**, v.1, n. 2, p. 57-66, 2013, p. 58. Disponível em: <https://periodicos.set.edu.br> Acesso em: 12 jan 2025

²²⁸PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Pacto Antenupcial e Cláusulas Existenciais**. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/> Acesso em: 12 jan 2025, p. 5

grandes interesses sociais e não admitem disposição em contrário,²²⁹ por um lado, por outro, o conteúdo de muitas normas vem sendo alterado, haja vista, principalmente, a mudança do padrão patriarcal das relações familiares para o de igualdade entre os cônjuges em todos os sentidos.

Nesse bojo, também “a autonomia privada precisa ser prestigiada no âmbito das relações familiares, o que evidencia espaço inquestionável para que a contratualização também legitime e viabilize as escolhas realizadas pelos sujeitos que se unem por tais vínculos (jurídicos).” Para Souza e Lopes, no campo das relações conjugais e familiares, há “um espaço ajurídico” que envolve a intimidade e a privacidade dos membros e que deve não só ser compreendido como respeitado.²³⁰

Por último, numa perspectiva constitucional, a funcionalização social da família significa o respeito ao seu caráter eudemonista, enquanto ambiência para a realização do projeto de vida e de felicidade de seus membros, respeitando-se, com isso, a dimensão existencial de cada um. Embora se reconheça o caráter muitas vezes publicístico das normas de Direito de Família, não se deve concluir, no entanto, que o Estado deva interferir na ambiência familiar.

²²⁹ MAFRA, Teresa Cristina Monteiro; MENDONÇA, Rafael Baeta. Pacto Antenupcial: Disposição sobre Alimentos e Estipulação d cláusulas Patrimoniais em Caso de Divórcio. **Revista Internacional Cosinter de Direito – O Impacto da Revolução da Tecnologia em Direito**, ano VIII, n.XV, segundo semestre de 2022, p. 509-512. Disponível em: <https://cosinter.org>. Acesso em 14 fav 2025.

²³⁰ SOUZA, Carlos Eduardo Silva e; LOPES, Maísa de Souza. A (Im)Possibilidade de Prefixação da Indenização por Danos Ocorridos no Âmbito das Relações Familiares. **Revista Jurídica**, v. 5, n. 67, p. 1023, 2021, p. 8. Disponível em: www.revista.unicuritiba.edu, Acesso em: 12 jan 2025.

REFERÊNCIAS

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. **Revista de Informação Legislativa**, v. 26, n. 102, p. 207-230, 1989, p. 212. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/> Acesso em: 25 jan 2025

AZEVEDO, Álvaro V. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. São Paulo: Atlas, 2003

BAZZI, Djeime Amélio de Souza, **Pacto antenupcial e a autonomia privada**. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br> Acesso em: 30 jan 2025

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959

BIAZI, João Pedro de Oliveira de. Pacto Antenupcial: uma leitura à luz da teoria do negócio jurídico. **Revista Jurídica Luso-brasileira**, ano 2, n. 1, p. 229-264, 2016, p. 229, 230. Disponível em: <https://www.cidp.pt/>, Acesso 12 jan 2025.

BONINI, Paulo Rogério. Apontamentos sobre o tratamento legal da manifestação da vontade nos negócios jurídicos. **Estudos em homenagem a Clóvis Beviláqua por ocasião do centenário do Direito Civil codificado no Brasil**. 2018, p. 145-166, v. 1, p. 152. Disponível em: <https://epm.tjsp.jus.br/> Acesso em: 29 jan 2025.

CARDOSO, Fabiana Domingues. **Pacto Antenupcial no Brasil: formalidades e conteúdo**. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo (SP), 2009

CARDOSO, Fabiana Domingues. **Regime de Bens e Pacto Antenupcial**. São Paulo: Método, 2010

CARDOSO, Marina Pacheco. **A aplicação da pena de sonegação nas partilhas decorrentes do divórcio**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/6875/1/Marina%20Pacheco%20Cardoso.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2025

CASTANHO, M. A. B. A Família nas Constituições Brasileiras. **Argumenta Journal Law**, v. 17, n. 17, p. 181–204, p. 182. Disponível em: <https://seer.uenp.edu.br/> Acesso em: 25 jan 2025

COLTRO, Antônio Carlos Mathias. Referências sobre o contrato de união estável. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (orgs.), **Questões Controvertidas no Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Método, 2005, p. 429-430, v. 4.

CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. **VIII Jornada de Direito Civil**, 26 e 27 de abril de 2018. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br> Acesso em: 21 jan 2025

COSTA, Dilvanir José da. A família nas Constituições. **Brasília**, ano 43, n. 169, p. 13-19, 2006, p. 15. Disponível em: www2.senado.leg.br. Acesso em 15 jan 2025.

DAIBERT, Jefferson. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 1973

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, e-book

DIDIER JR., Freddie; CUNHA, Leonardo Carneiro; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: execução**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2019 FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil: Volume Único**. Salvador: Juspodivim, 2017

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil**. v.5. São Paulo: Saraiva, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 12 ed. Salvador: Juspodium, 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil: Volume Único**. Salvador: Juspodivim, 2017

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Manual de Direito Civil: Volume Único**. São Paulo: Saraiva, 2017

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 1968

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: contratos e atos unilaterais**, vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2017

GOZZI, Camila Monzani. **Ressignificando o casamento: a evolução do matrimônio como base primordial da entidade familiar**. Dissertação (Mestrado em Direito Civil Comparado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2020. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br>. Acesso em: 10 jan 2025

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes de Die Normative Kraft der Verfassun. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991

IBDFAM. Instituto Brasileiro de Direito da Família. **Traição no Casamento Pode Acarretar Indenização por Danos Morais?** Especialista responde.2021. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/> Acesso em: 5 fev 2025

IBDFAM Instituto Brasileiro De Direito De Família. **Artigo da 53ª Revista IBDFAM aborda o significado de autonomia privada e autodeterminação existencial**. 2023. Disponível em: <https://ibdfam.org.br> Acesso em: 22 jan 2025

LAGRASTA NETO, Caetano; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito de família**. 2. ed. São Paulo: Método, 2012.

LARA, Mariana Alves. **O direito à liberdade de uso e (auto)manipulação do corpo**. 2012. 161 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012.

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 5.ed. Tradução Walter Stonner Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MAFRA, Teresa Cristina Monteiro; MENDONÇA, Rafael Baeta. Pacto Antenupcial: Disposição sobre Alimentos e Estipulação de cláusulas Patrimoniais em Caso de Divórcio. **Revista Internacional Cosinter de Direito – O Impacto da Revolução da Tecnologia em Direito**, ano VIII, n.XV, segundo semestre de 2022, p. 509-512. Disponível em: <https://cosinter.org>. Acesso em 14 fav 2025.

MAFRA, Tereza Cristina Monteiro; MENDONÇA, Rafael Baeta. **Os limites de conteúdo do pacto antenupcial**. *Civilística*, a. 10, n. 3, 2021. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/download/564/573>. Acesso em: 22 jan 2025.

MAIA, Beatriz Spina. Os Limites do Pacto Antenupcial. **Brazilian Journal of Development**, v. 8, n. 3, p. 15896-15817, 2022, p. 15904. Disponível em: <https://oj.brazilianjournals.com.br> Acesso em 20 jan 2025.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 39. ed. v. 2, São Paulo: Saraiva, 2009

MOUSNIER, Conceição A. A Nova Família à Luz da Constituição Federal, da Legislação e do Novo Código Civil. **Revista da EMERJ**, v. 5, n. 20, p. 244-266, 2002.

OLIVEIRA, Carlos E. Elias de; COSTA-NETO, João. **Direito Civil - Vol. Único - 3ª Edição 2024**. 3. ed. Rio de Janeiro: Método, 2024. E-book. p.1265. ISBN 9788530994419. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530994419/>. Acesso em: 10 fev. 2025.

OLIVEIRA, José Sebastião de. A família e as constituições brasileiras no contexto dos direitos fundamentais e da personalidade. **Revista Jurídica Cesumar - Mestrado**, v. 6, n. 1, p. 75–148, 2007, p. 107. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br>. Acesso em: 18 fev. 2025.

PAIANO, Daniela Braga; GIROTTO, Guilherme Augusto; MENDONÇA, Ana Luiza. Pacto antenupcial como garantidor da autonomia privada dos nubentes. **Revista da Faculdade de Direito do Sul**, v. 39, n. 1, p. 348-368, 2023, p. 355. Disponível em: <https://revista.fdsu.edu.br> Acesso em: 22 jan 2025.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito De Família**. 16. ed., v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2006

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**, v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 1972

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das famílias**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Pacto Antenupcial e Cláusulas Existenciais**. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/> Acesso em: 12 jan 2025

QUEIROZ, Odete Novais C.; LAUTENSCHLÄGER, Milton Flávio de A. A Natureza Jurídica Do Casamento No Direito Brasileiro. **RJLB**, ano 7, n. 6, p. 1807-1826, 2021, p. 1812-1814. Disponível em: <https://www.cidp.pt/> Acesso em: 15 jan 2025.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 25 ed. São Paulo. Saraiva: 2001

RIBEIRO NETO, João Costa. **Entre Cila e Caríbdis: a liberdade de expressão em meio ao conflito entre a discricionariedade do Legislador e a intensidade do controle exercido pelo Juiz Constitucional**. 2014. 365 f. Tese (Doutorado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2014

SANTIAGO, Rafael da Silva. O Direito de Família Contemporâneo: Entidade Familiar Constitucionalizada. **Interfaces Científica Direito**, v.1, n. 2, p. 57-66, 2013, p. 58. Disponível em: <https://periodicos.set.edu.br> Acesso em: 12 jan 2025

SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. O pacto antenupcial e a autonomia privada. In: BASTOS, Eliene F.; SOUSA, Asiel H. (Coord.). **Família e Jurisdição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006

SILVA, Eduardo Moraes Lameu. **Limitações à Autonomia Privada**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) - Fundação Mineira de Educação e Cultura, Belo Horizonte, 2018. Disponível em: <https://repositorio.fumec.br/>. Acesso em: 04 nov. 2024

SILVEIRA, Eduarda Viscardi da. **O estatuto da família e sua compatibilidade com o modelo familiar previsto na Constituição Federal de 1988**: uma análise a partir do princípio da afetividade. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1446/O+estatuto+da+fam%C3%ADlia+e+sua+compatibilidade+com+o+modelo+familiar+previsto+na+Constitui%C3%A7%C3%A3o+Federal+de+1988:+uma+an%C3%A1lise+a+partir+do+princ%C3%ADpio+da+afetividade>. Acesso em: 10 fev. 2025.

SOUZA, Carlos Eduardo Silva e; LOPES, Maísa de Souza. A (Im)Possibilidade de Prefixação da Indenização por Danos Ocorridos no Âmbito das Relações Familiares. **Revista Jurídica**, v. 5, n. 67, p. 1-23, 2021. Disponível em: www.revista.unicuritiba.edu, Acesso em: 12 jan 2025.

SUGIMOTO, Erick. Quais são os vícios que contaminam a validade do negócio jurídico? JusBrasil, 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/quais-sao-os-vicios-que-contaminam-a-validade-do-negocio-juridico/1717110880>. Acesso em: 12 jan 2025.

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Esboço do Código Civil**. 5 ed. Edição fac-similar. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos, 1945. Brasília, Ministério da Justiça

TEPEDINO, Gustavo. **Controvérsias sobre Regime de Bens no Novo Código Civil**. Disponível em: <https://ibdfam.org.br> Acesso em: 5 fev 2025, p. 11

TIROLI Luiz Gustavo; CACHAPUZ, Rozane da Rosa. O Direito De Família À Luz Da Modernidade. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 21, n. 2, p. 433-350, 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS (TJMG). **Justiça Autoriza Pacto Antenupcial com Multa de R\$ 180 Mil em Caso de Infidelidade**. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/> Acesso em: 20 dez. 2024.

XAVIER, Maria Rita Aranha da Gama Lobo. **Limites à Autonomia Privada na Disciplina das Relações Patrimoniais entre os Cônjuges**. Coimbra: Almedina, 2000