

LUCAS FURLAN SABBAG

Pactos nupciais: princípios contratuais e reflexões notariais

São Paulo
2022

LUCAS FURLAN SABBAG

Pactos nupciais: princípios contratuais e reflexões notariais

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo para a obtenção do
título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rui Geraldo Camargo Viana

São Paulo
2022

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

FICHA CATALOGRÁFICA

Sabbag, Lucas Furlan

Pactos nupciais: princípios contratuais e reflexões notariais / Lucas Furlan Sabbag; orientador, Prof. Dr. Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo : Faculdade de Direito, 2022.

132 f.

Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022. 1. Pacto antenupcial. 2. Pacto pós-nupcial. 3. Notário. 4. Liberdade contratual matrimonial 5. Direito à informação jurídica dos cônjuges. 6. Regime de bens. I. Camargo Viana, Rui Geraldo, orient. II. Título.

CDD 22.ed. 342.16

CDU. 347.6

SABBAG, Lucas Furlan. **Pactos nupciais**: princípios contratuais e reflexões notariais. Orientação: Prof. Dr. Rui Geraldo Camargo Viana. 2022. 132 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof.^a Dr.^a _____

Julgamento: _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

DECLARAÇÃO DE ÉTICA E RESPEITO AOS DIREITOS AUTORAIS

Declaro para os devidos fins que a pesquisa foi por mim elaborada e que não há nesta dissertação cópias de publicações de trechos de títulos de outros autores sem a respectiva citação, nos moldes da NBR n.º 10.520/2002.

São Paulo, 14 de janeiro de 2022.

Lucas Furlan Sabbag

DEDICATÓRIA

Aos meus filhos que, mesmo muito pequenos, compreenderam a importância do estudo e da formação acadêmica do seu pai.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Rui Geraldo Camargo Viana, pelo carinho e pelo atendimento cordial que sempre me prestou.

RESUMO

SABBAG, Lucas Furlan. **Pactos nupciais**: princípios contratuais e reflexões notariais. Orientação: Prof. Dr. Rui Geraldo Camargo Viana. 2022. 132 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022.

O presente trabalho aborda o Pacto Antenupcial analisando os princípios contratuais e o papel do notário na sua elaboração, bem como os aspectos e possibilidades jurídicas do seu conteúdo. O controle de legalidade e a função preventiva de litígios exercida pelo notário que o instituto pode oferecer é confrontada com a liberdade contratual garantida aos cônjuges. Explora a complexidade de um negócio jurídico elaborado pelos nubentes antes do casamento, que institui regras envolvendo regime de bens e interesses econômicos dos cônjuges e examina o direito fundamental à informação pelos cônjuges. Para isso, conceitua e apresenta a história e a natureza jurídica do pacto antenupcial, com foco na importância do papel do notário na elaboração do pacto como ferramenta de prevenção de conflitos no âmbito do direito de família, apresentando a sua utilidade jurídica e social. Também debate formas para a otimização do papel do notário. Detalha algumas cláusulas que ensejam polêmica em sede de pacto pré-nupcial, bem como apresenta exemplos e o enfoque doutrinário e jurisprudencial (judicial e administrativo) sobre o conteúdo dos pactos. Demonstra uma breve evolução histórica dos regimes de bens visando a auxiliar o entendimento do tema principal. Detalha as diversas espécies de notariado, o seu tratamento no ordenamento jurídico nacional e a correlação com o pacto antenupcial. Trata de exemplos de conteúdo clausulares que os pactos podem conter, tanto no âmbito patrimonial, quanto no extrapatrimonial, com destaque para legalidade ou não. Aponta questões tormentosas relativas aos pactos, debatendo hipóteses de solução a cada uma delas. Ademais, apresenta de forma breve, no decorrer de cada capítulo, o tratamento dado em outros ordenamentos aos mesmos assuntos envolvendo o pacto antenupcial, bem como hipóteses de invalidade das convenções pré-nupciais.

Palavras-chave: Pacto antenupcial. Pacto pós-nupcial. Notário. Liberdade contratual matrimonial. Direito à informação jurídica dos cônjuges. Regime de bens.

ABSTRACT

SABBAG, Lucas Furlan. **Nuptial agreements**: principles of contract interpretation and notarial thoughts. Dissertation advisor: Prof. Dr Rui Geraldo Camargo Viana. 2022. 132 p. Dissertation (Master's Degree) - Faculty of Law, University of São Paulo, 2022.

This study focuses the nuptial agreements, analyzing principles of contract interpretation and the notary's role in its elaboration, as well as the legal aspects and possibilities of its content. The legality control and the prevention against litigation exercised by the latin notary that the institute can offer, is confronted with the Freedom of Contract guaranteed to the spouses. It explores the complexity of a legal business prepared by the bride and groom before marriage that establishes rules involving the spouses' economic property and interest's regime and the fundamental right to information by the spouses. Conceptualizes and presents the history and legal nature of the nuptial agreements, focusing on the importance of the notary's role in the elaboration of the agreement as a way to avoid litigation within the scope of family law, presenting its legal and social utility. It also discusses ways to optimize the role of the notary. It details some clauses that give rise to controversy in the context of a nuptial agreements, as well as presenting examples and the legal doctrinal and jurisprudential (judicial and administrative) focus on the content of such agreements. It shows a brief historical evolution of the matrimonial regimes in order to help the understanding of the main theme. It presents the different types of notaries, their treatment in the national legal system and the correlation with the nuptial pacts. It deals with examples of clause content that the pacts may contain, both in the patrimonial and in the extra-patrimonial spheres, with emphasis on its legality or not. It points out stormy issues related to the contract, debating hypotheses of solution to each one of them. In addition, it presents briefly in the course of each chapter the treatment given in other orders to the same issues involving the nuptial pacts, as well as hypotheses of invalidity of nuptial conventions.

Keywords: Prenuptial agreement. Post-nuptial agreement. Notary. Matrimonial freedom of contract. Spouses' right to legal information. Property regime.

LISTA DE SIGLAS

ABNT	Associação Brasileira de Normas Técnicas
Anep	Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos
CC	Código Civil
CPC	Código de Processo Civil
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
IBDFAM	Instituto Brasileiro de Direito de Família
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
LICC	Lei de Introdução ao Código Civil (hoje Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro)
LINDB	Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro
LRP	Lei de Registros Públicos
NCCB	Novo Código Civil Brasileiro
ONU	Organização das Nações Unidas
PT-SP	Partido dos Trabalhadores - São Paulo
RJLB	Revista Jurídica Luso-Brasileira
STF	Supremo Tribunal Federal
USP	Universidade de São Paulo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E DOS CONTRATOS.....	19
1.1 Princípios Elementares Contratuais	22
1.1.1 Princípio da autonomia da vontade ou da liberdade contratual.....	27
1.1.2 Princípio da supremacia da ordem pública.....	30
1.1.3 Princípio do consensualismo	32
1.1.4 Princípio da boa-fé objetiva e da confiança.....	34
1.1.5 Princípio da força vinculante dos contratos ou da sua obrigatoriedade ou ainda da <i>pacta sunt servanda</i>	36
1.1.6 Princípio da revisão dos contratos	40
1.1.7 Princípio da relatividade dos contratos.....	42
1.1.8 Princípio da paridade jurídica: igualdade formal e a igualdade real	43
1.2 Constitucionalização do Direito de Família.....	45
2 PACTO ANTENUPCIAL	50
3 PACTO PÓS-NUPCIAL	59
3.1 Pacto Pós-Nupcial à Luz do Direito Brasileiro	60
3.2 Correção de Erro Material no Registro Civil das Pessoas Naturais	67
4 APONTAMENTOS SOBRE A FUNÇÃO NOTARIAL.....	68
4.1 Do Enquadramento da Pesquisa no Âmbito dos Direitos Fundamentais	68
4.2 As Espécies de Notariado	69
4.2.1 Notariado anglo-saxão	70
4.2.2 Notariado administrativo.....	73
4.2.3 Notariado latino	75
4.2.4 O notariado brasileiro	77
4.3 Do Direito à Informação Notarial	82
4.4 Algumas Linhas Sobre o Pacto Antenupcial e Regime de Bens no Brasil: natureza jurídica e princípios.....	84
5 BREVE ESCORÇO HISTÓRICO SOBRE O REGIME DE BENS	86
5.1 O Direito Romano.....	86
5.2 O Direito Germânico.....	89
5.3 História do Pacto e dos Regimes de Bens no Brasil	89
5.4 A Escolha do Regime de Bens no Brasil e no Direito Estrangeiro.....	94
6 DAS CLÁUSULAS NA ESCRITURA DE PACTO ANTENUPCIAL.....	97

6.1 Cláusulas de Natureza Não Patrimonial.....	97
6.2 Cláusulas de Conteúdo Patrimonial	99
6.2.1 Cláusula ou convenção prevendo vigência futura do regime	100
6.2.2 Possibilidade de cláusula prevendo alteração automática do regime de bens por termo ou condição	101
6.2.3 Pacto sucessório	106
6.3 Outras Cláusulas (Im)Possíveis na Escritura de Pacto	109
6.3.1 Cláusula dispondo a possibilidade de descumprimento do dever de coabitação	110
6.3.2 Educação formal e religiosa dos filhos	110
6.3.3 Renúncia/dispensa prévia ao direito de requerer alimentos.....	110
6.3.4 Convenção relativa aos direitos sucessórios.....	111
6.3.5 Cláusula de arbitragem para solução de disputas que envolvam direitos disponíveis do casal	111
6.3.6 Contribuição para o sustento da família e dos filhos	112
6.3.7 Prestação pecuniária.....	112
6.3.8 Divisão de bens comuns	113
6.3.9 Doação de todos os bens que integrarem a comunhão para os filhos	113
6.3.10 Obrigação de abrir mão do uso do sobrenome	114
6.3.11 A convenção de regime de separação absoluta de bens no caso de pessoa sujeita ao regime da separação obrigatória de bens (ou do afastamento da súmula 377 do STF)	114
6.3.12 A renúncia prévia ao direito real de habitação.....	118
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS	120
REFERÊNCIAS.....	123
ANEXO A - Lei de 6 de outubro de 1784.....	128

INTRODUÇÃO

Muito se tem discutido hodiernamente acerca do tema central desta monografia: pacto antenupcial.

Também denominado pré-nupcial, o contrato antenupcial existe há séculos, como comprova uma tábua do século IV a.C. encontrada na Mesopotâmia, atual território do Iraque, por pesquisadores do Departamento de Arqueologia da Universidade Harvard, nos Estados Unidos. Essa tábua contém um detalhado acordo de casamento (ASSUMPÇÃO, 2016).

Disciplinado de forma tímida no Brasil pela Lei Federal n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, artigos 1653 a 1657, o assunto é palco para inúmeros debates no dia a dia notarial.

O objetivo específico desta pesquisa é compreender o papel do tabelião de notas em prevenir litígios, tendo em vista, sobretudo, a redação aberta do artigo 1655 do Código Civil brasileiro, mais especificamente as implicações da intervenção notarial relativamente aos direitos fundamentais à liberdade contratual e à plena informação.

Insta, primeiramente, mencionar que, embora polêmica, a definição do direito notarial como ramo do direito público ou privado (BRANDELLI, 2011, p. 150) o enquadramento desse estudo na área dos direitos humanos é tecnicamente justificável¹.

Pode-se adiantar, contudo, que, à vista de o estudo acadêmico no âmbito do direito ser organizado de acordo com o interesse tutelado, no presente caso o tema abrangido pela qualificação notarial e registral é afeto às relações civis matrimoniais e à liberdade contratual.

Como é notório, o pacto antenupcial está intrinsecamente atrelado a assuntos de direito de família e das sucessões, naturalmente ligados aos direitos da personalidade.

¹ “Numa frase, então, serviços notariais e de registro são típicas atividades estatais, mas não são serviços públicos, propriamente. Inscrevem-se, isto sim, entre as atividades tidas como função pública *lato sensu*, a exemplo das funções de legislação, diplomacia, defesa nacional, segurança pública, trânsito, controle externo e tantos outros cometimentos que, nem por ser de exclusivo domínio estatal, passam a se confundir com serviço público.” (ADI 3.643, voto do Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 8-11-2006, Plenário, DJ de 16-2-2007).

Diz-se naturalmente porque a chamada despatrimonialização do direito de família traz em seu bojo aspectos visceralmente ligados aos chamados direitos fundamentais.

Há algum tempo o pacto antenupcial é celebrado perante um notário. Trata-se de opção que prestigia o chamado direito constitucional à informação à medida em que propicia aos cônjuges igualdade de acesso à informação jurídica qualificada. No Brasil, a origem desse tipo de convenção já pode ser encontrada nas Ordenações Manuelinas². Se, de um lado, os notários estão presentes na lavratura do pacto antenupcial desde há muito tempo de outro é possível dizer que o papel desse profissional relativamente nesse ato jamais foi muito bem estudado.

O objetivo do trabalho é reunir pensamentos de civilistas que se dedicaram ao tema, trazendo essas discussões para o plano da qualificação notarial e os direitos fundamentais envolvidos nessa qualificação. Buscou-se identificar o papel do notário, a garantir a plena informação do indivíduo, como corolário da dignidade da pessoa humana e do Princípio da Legalidade, bem como a plena liberdade contratual, sem perder de vista, os preceitos constitucionais relacionados ao direito de família da forma ora consagrados. A realização plena do indivíduo que compõe a família (i.e., o próprio conceito de família eudemonista) faz com que o tema estudado tome proporções de enorme relevância.

Face à diminuta jurisprudência sobre o assunto, o que é natural, visto que a função preventiva de litígios exercida pelo instrumento público reduz bastante esse tipo de demanda, o assunto foi dissecado do ponto de vista teórico, levando em conta também aspectos práticos da rotina do notário e temas por ele enfrentados.

A obrigatoriedade do instrumento público para a celebração do pacto antenupcial garante não somente a identificação das partes de forma quase absoluta, mas também um assessoramento jurídico imparcial, que culmina na compreensão pelo contratante tanto do regime de bens adotado, quanto dos interesses econômicos tutelados pelo pacto, não excluindo, mas mitigando sobremaneira o risco de litígios e de vícios de

² “Todos os cafamentos que forem feitos em Noffos Reynos, e Senhorios, fe entendem feer feitos por carra de metade, faluo quando antre as partes outra coufa for acordado e contractado, porque entonce fe guardarà o que antre elles for concertado. E morto o marido a molher fica em poffe e cabeça de cafal, fe com elle ao tempo de fua morte [...]” Dispositivo inserido no Livro IV, Título VII. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/14p23.htm/>. Acesso em: 23 dez. 2021).

consentimento. A imparcialidade faz com que o notário não se posicione a favor de um ou outro cônjuge, atuando rigorosamente em prestígio ao princípio da igualdade e reduzindo as diferenças de conhecimento, cultura e financeiras que possam existir entre os cônjuges (igualdade formal).

O procedimento é, a rigor, levado a efeito com baixíssimo custo e em prazo extremamente curto, algumas horas nos casos mais simples, podendo levar alguns meses nos casos mais complexos. É sempre dirigido e orientado por profissional do direito, dotado de fé pública, cuja atividade é fiscalizada pelo Poder Judiciário e se encontra regida pela Lei Federal n.º 8.935, de 18 de novembro de 1994.

A decisão pela elaboração de um pacto antenupcial que estabelece regime híbrido ou cláusulas não usuais, por sua vez, pode ser uma tarefa árdua para o usuário. Em primeiro lugar, porque não basta aos nubentes, ainda que assistidos por advogado, concluírem pela certeza da licitude do objeto daquele negócio jurídico e pela liceidade de seus propósitos. Fora o fato de se convencerem, terão de persuadir o notário, já que este, além de responder civilmente pelas consequências do ato, pode sofrer reprimenda disciplinar, no caso de lavratura de instrumento relativo a negócio jurídico nulo, e também responder civilmente, se vier a causar danos às partes.

Sobre o assunto, afirma Brandelli (2011, p. 177) que:

[...] o tabelião, em seu mister jurídico, deve zelar pela realização de atos hígidos, perfeitos e que não tenham a tendência de gerar conflitos, mas, pelo contrário, que deem certeza jurídica e sejam um agente de pacificação social e de prevenção da lide. É o que Ricardo Dip denominou 'prudência notarial'³.

O notário precisa se convencer da viabilidade legal e constitucional do pacto, além gozar de relativa segurança de que o registrador civil responsável pelo casamento não fará nenhum tipo de objeção à realização do casamento cujos interesses econômicos foram definidos na forma descrita pelo pacto. Isso porque, caso o registrador civil entenda que aquela cláusula pode contaminar o procedimento por ele presidido, poderá, em tese, recusar a prática do ato no exercício de sua prudência jurídica.

³ DIP, Ricardo. **Prudência notarial**. São Paulo: Quinta Editorial, 2012.

Por último, tanto o notário quanto o registrador civil terão a preocupação de avaliar se a liceidade daquela cláusula é de clareza solar, uma vez que os seus trabalhos de qualificação notarial e registral serão submetidos ao crivo do registrador de imóveis, que poderá negar o registro e, por conseguinte, a publicidade do instrumento a terceiros, oferecendo a chamada *nota devolutiva* se entender, por exemplo, que o pacto fere determinada norma de ordem pública.

Na hipótese acima, a nota devolutiva causaria às partes enormes transtornos. Em primeiro lugar, porque a retificação da escritura de pacto após o casamento encontra limitações decorrentes de imperativo legal⁴. Em segundo lugar, porque, ainda que retificada a escritura - após obtenção de alvará judicial para tanto -, é necessária a averbação desse fato no assento de casamento, que somente então passará a fazer menção ao título retificador, ato que, em regra, pode, de acordo com as normas administrativas de cada Estado da Federação, demandar nova intervenção judicial ou pelo menos do Ministério Público estadual⁵.

Não são raros, contudo, os pactos lavrados durante o casamento mediante autorização judicial, daí a razão do título desse trabalho. Vale lembrar que é possível que em breve o legislador autorize a alteração de regime de bens na forma administrativa (extrajudicial), havendo projeto de lei nesse sentido que será abordado nesse trabalho.

De outro lado, a existência de projetos de lei que pretendem eliminar a necessidade do instrumento público, do registro perante o registrador de imóveis, ou mesmo simplificar a escolha do regime de bens transferindo a competência integral de assuntos do casamento ao registrador civil tornam esta pesquisa ainda mais importante.

O argumento quase sempre sedutor do ponto de vista financeiro de corte de custos de transação e desburocratização, tem levado o legislador pátrio a relativizar a importância do tabelião de notas. Isso tem ocorrido com a anuência de sábios profissionais do Direito, o que não é de se estranhar, visto que a carência do ensino do direito notarial e registral nos cursos de graduação em Direito conduz a uma cegueira

⁴ A alteração do regime de bens após o casamento somente é permitida mediante autorização judicial obtida após a satisfação de determinado requisitos legais, conforme art. 1639, § 2.º, do Código Civil.

⁵ Nesse sentido, o Art. 97 da Lei federal n.º 6.015/73. Anote-se que cada Estado, por meio do Poder Judiciário em atividade atípica, regula e normatiza administrativamente os serviços extrajudiciais.

monumental, quando o tema é a importância do direito notarial e registral. Esquecem-se esses operadores, talvez, que o pacto antenupcial irradia efeitos em toda a vida do indivíduo, e que a sua contaminação pode contaminar todos os negócios entabulados pela pessoa.

Entretanto, há respeitáveis vozes dissonantes, explicadas pela recente profissionalização e a oportunidade de uma verdadeira carreira profissional para notários e registradores, advindas diretamente da exigência constitucional de concurso público, e que têm acenado para novos e promissores horizontes. Nos últimos anos, em que pese a intenção de legisladores populistas (travestidos de liberais) em exterminar o notariado (*lege ferenda*), houve um aumento sensível do número de atribuições acometidas a esses profissionais (*lege lata*), como, por exemplo o apostilamento, a conciliação, o divórcio e o inventário extrajudiciais.

Isso tudo, somado à eficiência com que essas novas atribuições têm sido exercidas, de forma ágil e pouco onerosa, tem transformado significativamente a imagem do notário e do registrador perante a sociedade brasileira; mesmo assim, a função ainda é bastante estigmatizada.

Este trabalho teve por objetivo também aprofundar o conhecimento acerca da atuação desse profissional, sob o enfoque da sua atuação no âmbito matrimonial, é verdade, mas de forma a permitir aos profissionais atuantes nos mais variados ramos do Direito uma compreensão mais realista do papel do notário na sociedade contemporânea, que nem sempre coincide com aquela divulgada pela grande mídia.

A aplicação prática deste estudo é enorme, posto que é notório o fato de que boa parte dos jovens adultos, sobretudo aqueles dos grandes centros urbanos, tem visado a personalizar juridicamente as suas relações pessoais de acordo com as suas necessidades específicas⁶. A desvinculação do casamento de aspectos puramente materiais e o apego às questões sociais parece ser a nova tendência. É dizer, a globalização, as novas formas de atuação profissional dos casais e o altíssimo fluxo de

⁶ A intensa aplicação prática da pesquisa acadêmica é o objetivo essencial a ser perseguido por qualquer estudo desenvolvido no âmbito de uma universidade, motivo pelo qual se optou pelo tema em questão e pela forma de abordagem aqui proposta.

informações parecem ter provocado sensíveis mudanças nas formas de relacionamento afetivo entre os indivíduos nos últimos 10 ou 20 anos. Mas isso não é novo, já há algum tempo a psicologia vem tratando as transformações havidas no casamento moderno em relação ao período clássico, onde os interesses predominavam e o amor era relegado ao segundo plano⁷. Como o Poder Legislativo nem sempre está preparado para responder a essa demanda de forma rápida e eficiente, o pacto antenupcial tem se mostrado um veículo interessante para inovação, a qual certamente servirá para provocar nova jurisprudência sobre o assunto⁸, e futuramente fará o Poder Legislativo repensar essas questões.

Para bem levar a cabo essa missão, faz-se necessário um estudo prévio da evolução do notariado e dos registros públicos e também do pacto antenupcial desde o direito romano até a sua concepção no Brasil e no Direito comparado.

Não se pretendeu esgotar a matéria no presente trabalho; apenas criar um novo debate acerca da forma de intervenção do notário nos casos de cláusulas inusitadas em pactos antenupciais, bem como de novos formatos de regimes econômicos matrimoniais, que cada vez mais surgem no dia a dia de notários e registradores para, por fim, fornecer subsídio à atuação destes profissionais diante dos novos desafios.

Esta é uma pesquisa documental (FRANCO, 2012; GIL, 2007; FONSECA, 2002; WITTER, 1990), de modo que os seus dados se originam de documentos de destacados autores no assunto e artigos científicos sobre o tema, complementados pela análise jurisprudencial de Tribunais, além de decisões do Supremo Tribunal Federal (STF).

⁷ A psicóloga Elisabeth Badinter afirma que: “É a política do tudo ou nada que conduz o casal: antes multiplicar ensaios, na esperança de realizar a perfeita unidade, do que aceitar os compromissos lógicos à longevidade. Como desapareceram na maioria os imperativos (sociais, econômicos, religiosos) que outrora pesavam a favor da duração, é o coração unicamente, que comanda nossa vida a dois. Ao contrário da idade clássica, que tinha uma consciência aguda da contingência do amor e recusava construir uma união sobre uma base tão frágil, damos a prioridade absoluta ao que há de mais irracional e demais inconstante entre nós. Aí, como em outras coisas, nem são tanto nossas ‘paixões’ quanto nossas neuroses que presidem - em última instância - o nosso destino. Ama-se, evolui-se, não se ama mais. Depois tudo pode recomeçar.” (BADINTER, Elisabeth. **Um é outro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. p. 266).

⁸ Parada assevera que: “Chamado o Judiciário a responder os conflitos vividos pelo casal, suas decisões não devem conservar-se indiferentes ao novo direito de família que surge dos costumes revolucionados. Ao lado da norma, da moral, a consciência social depende da vida que temos em um dado momento histórico, isto é, dos costumes os quais não deixam indiferente o direito de família.” (PARADA, Deise Maria Galvão. **Regime de bens entre cônjuges**. 2002. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002. p. 3).

1 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E DOS CONTRATOS

Foge ao escopo deste estudo analisar a influência da lei de introdução às normas do direito brasileiro relacionadas ao direito internacional de família, matéria relacionada ao pacto antenupcial, mas que não foi aqui abordada por questões metodológicas.

Contudo, para discorrer sobre o papel de notários e registradores no pacto nupcial, há que se mencionar ainda que *en passant* a constitucionalização do direito civil e dos contratos, constitucionalização do Direito de Família e os princípios contratuais gerais nas suas relações com o pacto antenupcial.

Em primeiro lugar, cumpre observar que o pacto antenupcial se encontra regulado nos artigos 1.653 a 1.657 do Código Civil brasileiro. Porém, a norma que permite a sua celebração está prevista nas disposições gerais do regime de bens, nos termos do artigo 1.639 desse Código. Ou seja, o legislador não optou pela concentração normativa. Isso certamente tem motivações históricas, já que o Pacto Antenupcial recebeu influxos também da chamada *Common Law*.

No momento em que o homem passa a viver em sociedade, surge o direito. O direito é, então, atrelado à vida social. Com razão, o direito civil existe desde antes dos tempos do Império Romano. Como se verá em capítulo que segue, o pacto parece surgir juntamente com o chamado *Civil Law*, que remonta à época do direito romano.

Vale dizer que o Código Civil brasileiro de 1916 encontra as suas origens no Código Civil francês de 1804. A doutrina liberal clássica do código francês forjou a interpretação do código brasileiro de então, sendo este promulgado para regular as relações privadas de interesse jurídico.

Voando-se na direção do Código Civil brasileiro de 2002, conhecido como Código Miguel Reale, desde então esse diploma legal passou a ordenar as relações privadas vigentes. No passado, prevalecia, de forma quase absoluta, a liberdade de contratar e o direito à propriedade. Com a vigência do Novo Código Civil, “[...] novos valores foram consagrados pelo legislador: o *princípio da eticidade*, o *princípio da socialidade* e o *princípio da operabilidade*.”, conforme aponta Lisboa (2009, p. 70). Castro (2007) e Gomes (2010) também enfatizam essa mudança.

Segundo Lisboa (2009, p 70-71), o atual Código Civil deixou de lado o individualismo e elegeu a “[...] valorização ética das relações jurídicas”, além da “boa-fé objetiva como princípio norteador aplicável”, não só das relações civis, em geral, como também das relações contratuais. Com relação aos pactos contratuais, em particular, firmou ‘a função social dos contratos’ [...]”

Conforme Lôbo (2010, p. 17):

No plano constitucional, o Estado, antes ausente, passou a se interessar de forma clara pelas relações de família, em suas variáveis manifestações sociais. Daí a progressiva tutela constitucional, ampliando o âmbito dos interesses protegidos, definindo modelos, nem sempre acompanhados pela rápida evolução social, a qual engendra novos valores e tendências que se concretizam a despeito da lei.

Lisboa (2009) já ponderava: 1) A constituição de 1988 estabeleceu novos valores, encerrou a era dos estatutos ou das codificações, fixou diretrizes distintas para a elaboração de leis; 2) A lei pós-moderna firma metas concretas e não só garantias; 3) O legislador abandonou a postura geral e abstrata ao elaborar a norma jurídica, transformou-se em legislador-negociador com os setores sobre os quais a lei promulgada surtirá efeitos; 4) O pós-modernismo facultou uma abertura constitucional, que resultou no abandono das posturas liberais clássicas, reconheceu-se a superação de ideologias capitalista e socialista, buscou a proteção efetiva dos interesses socialmente mais relevantes, (da coletividade).

E as relações negociais se submetem aos princípios civis estabelecidos pela Constituição Federal, tendo a dignidade humana como objetivo maior. (Lisboa (2013a).

Tal objetivo é respaldado pelo artigo 170 da Constituição Federal: a ordem econômica tem por fim precípua assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social. Observa-se da leitura desse dispositivo que toda a finalidade da ordem econômica, ou seja, de toda a atividade econômica, é garantir uma existência digna aos membros da sociedade brasileira.

O direito moderno teve que se adaptar às enormes mudanças socioeconômicas; o que tornou necessária a reconstrução do direito privado. Ganha destaque a proteção da pessoa; a igualdade passa a ser um objetivo e não um princípio sem substância; no direito pós-moderno, a individualidade deve se nortear pela coexistência e pelo respeito;

as regras em vigor são firmadas pelo poder público através dos representantes da vontade geral e a pessoa passa a ser o centro das atenções e a prioridade da ciência jurídica - surge a *solidariedade social* como instrumento propulsor da satisfação das necessidades humanas: é o fenômeno de humanização nas relações contratuais (LISBOA, 2013a).

Savigny ([19--], p. 187), por sua vez, lecionou que a vontade geral se reflete pela regra jurídica criada pelos representantes do povo:

Destinada la ley a fijar una relación de derecho, expresa siempre un pensamiento simple o complejo que pone relación de derecho al abrigo del error o la arbitrariedad; mas para que tal resultado se consiga en la práctica, es necesario que su espíritu sea percibido enteramente y en toda su pureza por aquellos a quienes se refiere, los cuales deben colocarse en el punto de vista del legislador, reproducir artificialmente sus operaciones y recomponer la ley en su inteligencia. Tal es el procedimiento de la interpretación que puede, por lo tanto, definirse de esta manera: solo por este medio se llega al conocimiento cierto completo de ella y se está en situación de cumplir el objeto que la misma se propone.

Nesse panorama, pode-se dizer que o contrato de pacto antenupcial é atingido pelos efeitos da constitucionalização do direito civil, bem como dos contratos. A Constituição Republicana de 1988 impactou o Código Civil de 2002. E, indiretamente, não deixou de fora o referido pacto contratual. Vejam-se exemplos.

O pacto antenupcial deve primar em suas cláusulas pela dignidade da pessoa humana, prevista no artigo 1º, inciso III, da Constituição brasileira. Suas estipulações não podem contrariar a dignidade, ou seja, previsões que firam a dignidade serão consideradas inconstitucionais e, como consequência, nulas.

Outro exemplo. O pacto antenupcial não se restringe somente ao âmbito das relações privadas exclusivas entre as partes. Ao contrário, não pode contrariar os interesses sociais previstos na Constituição brasileira em vigor.

Nessa linha, caso alguma das disposições do pacto antenupcial afronte a ordem pública ou algum dos postulados garantidos e protegidos pela Lei Maior, como a função social dos contratos, também poderá ensejar a sua inconstitucionalidade e, como resultado, a sua nulidade.

Depois dessas reflexões acerca da constitucionalização do direito civil e dos contratos e seus impactos no contrato de pacto antenupcial, direcione-se rumo ao estudo dos princípios contratuais e suas relações com o pacto antenupcial.

1.1 Princípios Elementares Contratuais

Antes de se tratar, em específico, dos temas concernentes ao pacto antenupcial, é necessário trazer os princípios atrelados aos contratos em geral. Para isso, é necessária uma breve explanação sobre a noção básicas dos contratos e seus princípios, bem como diferenciá-los das regras contratuais.

Rocha (2002, p. 31) aponta que:

O conceito de contrato estrutura-se a partir da conjugação dos seguintes elementos: um acordo de vontade das partes; a referência a uma relação jurídica patrimonial entre elas e a finalidade de constituir, regular ou extinguir essa relação jurídica patrimonial.

Notam-se daí os componentes de um contrato: 1) um desejo mútuo entre os contratantes; 2) uma relação jurídica a rigor patrimonial entre as partes; e 3) o fim de criar, regular ou findar tal relação de patrimônio. Importa observar que, pelo fato de se tratar de uma relação patrimonial, tais conceitos se aplicam ao pacto antenupcial.

Relativamente aos contratos, Lisboa (2013a) esclarece que o contrato é a categoria mais importante dentre os negócios jurídicos possíveis; é um acordo de vontades que tem por fim a criação, a alteração ou extinção dos direitos e, portanto, não deve ser confundido com obrigação - vínculo jurídico que determina que um indivíduo satisfaça o interesse patrimonial ou extrapatrimonial de outro sujeito (relação jurídica entre devedor e credor).

Ainda para o mesmo autor: as “[...] fontes da obrigação podem ser reduzidas a duas grandes categorias: a lei e a vontade.” Com relação à vontade, ela pode ser “unilateral” ou “bilateral”. Para efeitos deste estudo, cabe tratar da segunda, qual seja: a declaração bilateral. A declaração bilateral gera efeitos jurídicos a partir da convergência ou do acordo de vontades sobre a esfera de cada declarante. E o autor (p. 30) afirma que em se tratando de obrigação gerada pela “vontade bilateral”, “[...] duas ou mais pessoas

assumem obrigações, recíprocas ou não, ou ainda perante terceiros, que devem ser cumpridas em virtude do *consensualismo*, isto é, da convergência de vontades.”

Mas não basta a vontade, esta deve estar de acordo com o direito: “O negócio jurídico repousa na ideia de um pressuposto de fato, querido ou posto em jogo pela vontade e reconhecido como base do efeito jurídico perseguido. Seu fundamento é a vontade humana, desde que atue na conformidade da ordem jurídica.” (ROMANO, 2018, p. 1).

Pode-se, pois, definir negócio jurídico como a celebração de acordo de vontades, em que as partes pactuam um negócio em busca de uma finalidade, sempre atentos ao que a lei veda ou proíbe.

Por sua vez, Rocha (2002, p. 33) leciona:

A noção de contrato amparou-se no princípio da autonomia da vontade, pedra angular da dogmática novecentista, que se particularizou no direito contratual na liberdade de contratar, cujo conceito abrange os poderes de auto-regência de interesses, da livre discussão das condições contratuais e da escolha do tipo de contrato conveniente à atuação da vontade, manifestando-se por conseguinte sob tríplice aspecto: a) liberdade de contratar propriamente dita; b) liberdade de estipular o contrato; c) liberdade de determinar o conteúdo do contrato.

Dessa leitura se extrai que o conceito de contrato está atrelado à ideia de liberdade de contratar. Além disso, tal relação jurídica se conecta a três noções, relativas às partes contratantes, a saber: 1) ser livre para contratar; 2) ser livre para determinar o contrato; e 3) ser livre para acordar o objeto do contrato.

A Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB), por sua vez, em seu artigo 4º afirma: “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os **princípios gerais do direito**.” (grifo nosso). Nota-se daí que os princípios são considerados fontes do direito. São utilizados, *a priori*, na interpretação do direito, e em específico, no que concerne ao presente estudo, dos contratos. Usualmente, os princípios gerais do direito são enunciados de caráter geral e amplo que abrangem um corpo de normas, de modo a produzir efeitos no ordenamento jurídico. Sob outro olhar, são diretrizes, nortes, guias para a aplicação do direito ao caso concreto.

Diante disso, Alexy (2015, p. 85) prescreve: “[...] a distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais.” Reflete, em particular, quanto aos princípios: “[...] é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.” (2015, p. 90). E conclui:

Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas (grifos do autor).

Os princípios contratuais fundamentam os alicerces elementares do funcionamento dos contratos. Assim, na esfera contratual, tais princípios podem se encontrar em uma norma ou mesmo ocultos. Como dito anteriormente, neste momento se traçam algumas notas sobre a interpretação dos contratos.

De início, Gonçalves (2012, v. 3, p. 63) esclarece que qualquer manifestação de vontade precisa ser interpretada para que se conheça o seu significado e alcance. Segundo o autor, o contrato surge de um ato de vontade, razão pela qual precisa sempre ser interpretado.

Com efeito, Gonçalves (2012, v. 3, p. 63) leciona: “[...] não só a lei deve ser interpretada, mas também os negócios jurídicos em geral.” O autor (2012, v. 3, p. 63) aponta:

Interpretar o negócio jurídico é, portanto, precisar o sentido e alcance do conteúdo da declaração de vontade. Busca-se apurar a vontade concreta das partes, não a vontade interna, psicológica, mas a vontade objetiva, o conteúdo, as normas que nascem da sua declaração (grifo do autor).

Da leitura desse trecho se extrai que o método interpretativo do negócio jurídico busca delimitar o sentido e o alcance do objeto da declaração volitiva. Procura-se, portanto, atingir a vontade concreta dos contratantes, a vontade objetiva, material.

Então, Gonçalves (2012, v. 3, p. 63) afirma: “[...] as regras de interpretação dos contratos previstas no Código Civil dirigem-se primeiramente às partes, que são as principais interessadas em seu cumprimento”. E conclui: (2012, v. 3, p. 63): “Não havendo entendimento entre elas a respeito do exato alcance da avença e do sentido do texto por

elas assinado, a interpretação deverá ser realizada pelo juiz, como representante do Poder Judiciário.”

O autor (2012, v. 3, p. 63), de tal modo, diz: “[...] a interpretação contratual é *declaratória* quando tem como único escopo a descoberta da intenção comum dos contratantes no momento da celebração do contrato.” De outro lado, conforme o autor (2012, v. 3, p. 63-64): “*construtiva ou integrativa*, quando objetiva o aproveitamento do contrato, mediante o suprimento das lacunas e pontos omissos deixados pelas partes.” (grifo do autor).

Nota-se, a partir daí, que a interpretação dos contratos, dentre outros modos, é realizada através dos princípios gerais de direito.

Desse modo, Gonçalves (2012, v. 3, p. 64) expõe:

A integração contratual preenche, pois, as lacunas encontradas nos contratos, complementando-os por meio de normas supletivas, especialmente as que dizem respeito à sua função social, ao princípio da boa-fé, aos usos e costumes do local, bem como buscando encontrar a verdadeira intenção das partes, muitas vezes revelada nas entrelinhas. Seria, portanto, um modo de aplicação jurídica feita pelo órgão judicante, mediante o recurso à lei, à analogia, aos costumes, aos princípios gerais de direito ou à equidade, criando norma supletiva, que completará, então, o contrato, que é uma norma jurídica individual.

Nesse sentido, o autor (2012, v. 3, p. 64-65) elenca que, essencialmente, dois princípios devem ser sempre pautados na interpretação dos contratos, a saber: 1) o da *boa-fé*; e 2) o da *conservação do contrato*. Quanto ao primeiro, o operador do direito deve ter em mente que as partes do pacto atuam com lealdade, de modo razoável, conforme a regra da boa-fé (artigo 422, do Código Civil). Nessa direção: “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração” (artigo 113, do Código Civil brasileiro):

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

§ 1º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que: (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

I - for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio; (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

II - corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio; (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

III - corresponder à boa-fé; (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

IV - for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável; e (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

V - corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

§ 2º As partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019).

Aliás, poder-se-ia cogitar a aplicação de todas essas regras legais acima transcritas na interpretação em um pacto antenupcial? Afinal, a natureza do pacto é de contrato, como qualquer outro. Embora assustador do ponto de vista prático, sem dúvida o legislador não pretendeu afastar do pacto antenupcial as regras de interpretação trazidas pela novel legislação. Entretanto, é evidente que o instrumento público, o assessoramento imparcial do notário e a fé pública mitigam bastante a possibilidade de revisão do contrato pelo Poder Judiciário.

De acordo com o segundo princípio (conservação do contrato), Gonçalves (2012, v. 3, p. 67) afirma: “[S]e uma cláusula contratual permitir duas interpretações diferentes, prevalecerá a que possa produzir algum efeito, pois não se deve supor que os contratantes tenham celebrado um contrato carecedor de qualquer utilidade.”

Um outro conceito de interpretação contratual é oferecido por Rocha (2002, v. 3, p. 95): “A interpretação de um contrato consiste na procura do significado que deve ser atribuído ao conteúdo, total ou parcial, do contrato, para, com isso, precisar os efeitos jurídicos que ele deve produzir.”

Rocha (2002, v. 3, p. 95), com isso, afirma: “A operação interpretativa pressupõe, necessariamente, controvérsia instaurada e não resolvida pelos contratantes a respeito do conteúdo do contrato no momento da execução.” E diz (2002, v. 3, p. 95): “A controvérsia pode recair sobre todo o conteúdo, isto é, o conjunto de cláusulas articuladas que o compõem ou sobre apenas parte dele, uma ou algumas cláusulas contratuais.”

Em síntese, conclui o autor (2002, v. 3, p. 96): “A atividade interpretativa visa, pois, eliminar a controvérsia instaurada em torno de cláusulas ambíguas, confusas ou

obscuras.” Até o momento, é possível notar que a interpretação dos contratos é fundamental para determinar o alcance e os limites dos significados de conteúdos embutidos nos pactos firmados, em suas cláusulas contratuais.

Para tanto, deve-se recorrer, dentre outros, aos princípios gerais do direito e aos princípios específicos dos contratos. Em casos de controvérsias ou imprecisões, deve-se, de fato, socorrer-se dos métodos interpretativos contratuais. No caso dos pactos antenupciais, não é diferente. Aliás, em situações de contradições nos referidos pactos deve-se, sim, recorrer à interpretação contratual, a ser realizada pelas partes ou, em última instância, pelo Poder Judiciário.

Antes de avançar, cabe dizer que a validade dos contratos requer: 1) acordo de desejos; 2) agentes capazes; 3) objetos lícitos; 4) objetos possíveis; 5) objetos determinados ou determináveis; e 6) formas prescritas ou não proibidas. Mas, não custa reforçar que o “[...] contrato rege-se por princípios informativos, que, diante das modificações socioeconômicas, [...] devem ser adaptados à realidade pós-moderna.” (LISBOA, 2013a, p. 85).

Esses “[...] princípios são parâmetros de inspiração da regulação legislativa, doutrinária e jurisprudencial dos negócios jurídicos da categoria conhecida por contrato, em que pese as transformações pelas quais o instituto sofreu no decorrer dos séculos.” (LISBOA, 2013a, p. 85).

A seguir, passa-se a analisar tais princípios, de forma específica e pormenorizada.

1.1.1 Princípio da autonomia da vontade ou da liberdade contratual

No âmbito dos contratos, segundo Sampaio (2004, p. 18), “[...] o princípio da autonomia da vontade corporifica-se na liberdade de contratar.” O autor prossegue: “As partes, de forma livre, podem convergir vontades com o objetivo de criar, modificar ou extinguir direitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica.”

Assevera Gonçalves (2012, v. 3, p. 41): “Essa liberdade abrange o direito de contratar se quiserem, com quem quiserem e sobre o que quiserem, ou seja, o direito de contratar e de não contratar, de escolher a pessoa com quem fazê-lo e de estabelecer o conteúdo do contrato.”

E diz (2012, v. 3, p. 41): “O princípio da autonomia da vontade se alicerça exatamente na ampla liberdade contratual, no poder dos contratantes de disciplinar os seus interesses mediante acordo de vontades, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica.”

Tem-se, pois, que em uma relação contratual e com base nesse princípio, a liberdade de contratar se corporifica na possibilidade de firmar ou não certo contrato, com certas cláusulas, tudo criado pela livre vontade das partes e tutelado pela legislação de regência.

Sampaio (2004, p. 19), então, reflete: “[...] as normas de Direito Contratual têm, como regra, caráter supletivo, posto que são aplicadas, obrigatoriamente, no sentido de suplementar a vontade das partes e possibilitar a consecução da finalidade por elas almejada.”

Disso se pode compreender que as normas que tratam de regras contratuais possuem sempre um aspecto complementar da vontade, uma vez que buscam atender o desejo dos contratantes, viabilizando o fim perseguido pelas partes.

Outro prisma relevante que merece destaque é o art. 421 do Código Civil:

Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. (Redação dada pela Lei nº 13.874, de 2019).

Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019).

Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019).

I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução; (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019).

II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019).

Percebe-se, assim, que os contratos devem ser limitados pela noção da função social. É dizer, não podem especular ou visar somente o lucro desmedido e desarrazoado. Há uma preocupação com o aspecto social que interfere na vontade livre das partes para

se realizar o bem comum. Em outras palavras, uma abrangência social, para o seu bem-estar e convivência harmônica.

No pacto antenupcial, as normas de regência, tanto no Brasil quanto no direito comparado, tutelam o bem comum de forma a garantir primordialmente a prevenção de litígios e a proteção do núcleo familiar.

Em rápidas palavras, pode-se dizer que a preservação do casamento - e da família como um todo -, de forma justa, honesta, transparente e patrimonialmente saudável, norteia o legislador que se debruça sobre a matéria. Pode-se afirmar, sem margem para dúvida, não ser o patrimônio, portanto, uma preocupação única e isolada do instrumento, embora seja reconhecidamente a principal nas sociedades capitalistas.

Além disso, deve-se reforçar ser possível vislumbrar a liberdade dos contratantes no acordo daquilo que lhes agrada. Deve, portanto, haver comum desejo e expectativa alinhados na relação entre as partes.

Nesse sentido, Gomes (2019, p. 23) pondera: “São livres, em conclusão, de determinar o *conteúdo* de contrato, nos limites legais imperativos.” (grifo do autor).

Há que se relembrar o que expõe Rocha (2002, p. 34) sobre o tema:

A liberdade contratual pressupõe a possibilidade de escolher a outra parte. Significa, então, liberdade de contratar e liberdade de escolher com quem contratar. [...] A liberdade contratual significa, também, a possibilidade de determinar o conteúdo da cláusula ou das cláusulas contratuais, isto é a liberdade de determinar o conteúdo do contrato. O princípio da liberdade contratual permite as partes incluir no contrato as cláusulas que elas desejarem, desde que válidas perante o ordenamento jurídico. A liberdade contratual significa, também, que nenhuma das partes pode impor à outra parte, contra a sua vontade, o conteúdo de alguma cláusula, ou de todo o contrato.

Nesse rumo, Lisboa (2013a, p. 88) sintetiza:

A delimitação da autonomia da vontade ou autonomia privada constitui prioridade para atingir o equilíbrio da relação contratual e igualdade real que se almeja para ambas as partes. Justifica-se tal delimitação, ainda, como meio idôneo para a proteção dos interesses de terceiros determinados ou indeterminados, que porventura vierem a sofrer os efeitos do contrato ajustado pelas partes, o que em muito se relaciona com a nova orientação que se dá ao princípio da eficácia relativa do contrato [...] (grifo do autor).

Diante do exposto, pode-se afirmar que numa relação amorosa o casal detém a liberdade de, por sua própria vontade, estipular ou não um contrato de pacto antenupcial, tratando-se do seu conteúdo para regular a sua convivência, de forma harmônica. Isso objetiva o equilíbrio da relação contratual entre as partes, bem como a busca pela sua igualdade real e não apenas formal.

As partes podem, assim, livremente estipular o contrato de pacto antenupcial, bem como o seu conteúdo, nos limites dos princípios gerais do direito e específicos dos contratos, além das balizas constitucionais, diante da constitucionalização do direito civil e dos contratos, já vista anteriormente. Enfim, é necessário que o referido contrato seja válido, conforme os limites do ordenamento jurídico pátrio.

Tal precaução, com efeito, poderia evitar dissabores futuros. Isso pela simples livre vontade das partes de pactuar em comum acordo, o que, de fato, evidencia, no caso do pacto antenupcial, o princípio da autonomia da vontade das relações contratuais.

Após desnudar reflexões acerca do princípio da autonomia da vontade ou da liberdade contratual e de algumas de suas limitações, passa-se a examinar o princípio da supremacia da ordem pública em seus pormenores.

1.1.2 Princípio da supremacia da ordem pública

Inicialmente, cabe mencionar que a “ordem pública” se trata de uma cláusula geral, prevista no ordenamento jurídico brasileiro, nos termos do artigo 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

O princípio da supremacia da ordem pública tem por escopo delimitar limites ao princípio anterior estudado, qual seja, ao princípio da autonomia da vontade (liberdade contratual).

Assim, “[a] liberdade contratual encontrou sempre limitação na ideia de ordem pública, entendendo-se que o interesse da sociedade deve prevalecer quando colide com o interesse individual”, afirma Gonçalves (2012, v. 3, p. 43).

Nesse sentido, Sampaio (2004, p. 19) reflete:

[...] as partes são livres para, por intermédio de convenções, buscar os fins que lhes aprouverem, desde que tais estipulações não contrariem a

moral, a ordem pública e os bons costumes. Limita-se, aqui, a autonomia dos contratos em nome de um interesse maior, de ordem pública (interesses essenciais ao Estado e à sociedade).

Da leitura dos trechos acima, extrai-se que, numa relação contratual, os contratantes possuem a liberdade para, através de acordos, perseguir as finalidades que desejam. Para tanto, o objeto do contrato não pode ser contrário, entre outros, à ordem pública. Desse modo, a liberdade de contratar é delimitada por um fim superior, qual seja, como dito, de ordem pública, sendo constituídas relações nevrálgicas tanto ao Estado quanto à sociedade.

Por sua vez, Gomes (2019, p. 25) recorre a Henri de Page e conceitua a *lei de ordem pública*: “[...] aquela que entende com os interesses essenciais do Estado ou da coletividade, ou que fixa, no Direito Privado, as bases jurídicas fundamentais sobre as quais repousa a ordem econômica ou moral de determinada sociedade.”

Observa-se, portanto, que é possível compreender *ordem pública* como a que abrange os objetivos fundamentais do Estado ou da sociedade, de modo a firmar nas relações contratuais os alicerces estruturais, nos quais se prendem, não só a ordem econômica, como também a moral de certo corpo social, conforme os ensinamentos acima. Porém, é possível avançar nessas reflexões e dizer que tais colunas dos contratos, além do já mencionado, também compreendem a ordem social, na qual se inserem os contratos de pactos antenupciais.

No caso em estudo, o contrato do pacto antenupcial, a sua liberdade de contratar depara com limites nas próprias leis de ordem pública (ordem social). Assim, devem-se ser observadas a liberdade e a igualdade entre as partes ao tratarem das relações amorosas e de convivência entre o casal. Tratam-se de normas que determinam limitações à liberdade de contratar.

Tendo isso em vista, a autonomia da vontade para firmar contratos somente recebe obstáculos devido à ordem pública. Tal ordem, na realidade, em outros termos, projeta o interesse social nessas relações, dentre as quais, a que se estuda no objeto deste estudo, a saber: o pacto antenupcial.

Dessa forma, o contrato de pacto antenupcial encontra limites na supremacia da ordem pública, ou seja, não pode contrariar, como exemplos, a moral e os bons costumes, de modo a regular uma relação de convivência harmônica em sociedade.

Em resumo, Gonçalves (2012, v. 3, p. 45) sintetiza: “[...] a noção de ordem pública e o respeito aos bons costumes constituem freios e limites à liberdade contratual”, o que, como visto, aplica-se aos contratos de pactos antenupciais.

Após investigar o princípio da supremacia da ordem pública aplicado ao contrato de pacto antenupcial, passa-se a estudar o princípio do consensualismo, referente ao contrato em espécie.

1.1.3 Princípio do consensualismo

Linhas gerais, o princípio do consensualismo se corporifica diante do mero pacto de dois ou mais desejos para firmar um contrato válido.

Em outras palavras, Sampaio (2004, p. 19) assim expõe acerca do referido princípio: “[...] é aquele segundo o qual os contratos se aperfeiçoam, como regra, com o simples acordo de vontades.”

Com razão, o pacto de desejos, em regra, é o bastante para formar o contrato de modo válido. A falta de acordo de vontades, no que se refere ao objeto contratual, resulta na não existência de contratação.

Em suma, Gonçalves (2012, v. 3, p. 46) leciona: “[...] basta, para o aperfeiçoamento do contrato, o acordo de vontades, contrapondo-se ao formalismo e ao simbolismo que vigoravam em tempos primitivos.” E continua (p. 46): diz: “Decorre ele da moderna concepção de que o contrato resulta do consenso, do acordo de vontades, independentemente da entrega da coisa.” Em regra, portanto, os contratos são consensuais. Porém, há exceções, como se verá a seguir.

Como dito, importa mencionar, todavia, que nem sempre prevalece o referido princípio. E isso porque há casos em que se devem observar solenidades especiais, certos ritos procedimentais.

De fato, o consentimento constitui os contratos, o que não quer dizer que todos sejam apenas *consensuais*. Com razão: “[...] alguns tendo sua validade condicionada à realização de solenidades estabelecidas na lei e outros só se perfazendo se determinada exigência for cumprida”, ensina Gomes (2019, p. 35).

No caso em pauta, o pacto antenupcial se trata de um contrato solene. A solenidade envolvida se refere à validade do contrato. Desse modo, o contrato em tela somente será válido caso atenda à uma solenidade específica, qual seja: o registro por meio de escritura pública.

Neste momento, cabe reforçar algumas ponderações acerca do consensualismo e da responsabilidade atrelada ao referido princípio. Para tanto, Lisboa (2013a, p. 89) pontua:

O consensualismo outrora irresponsável originou-se da autonomia plena de vontade para a celebração de um contrato, que desconsiderava qualquer apreciação dos seus efeitos sobre terceiros e a sociedade em geral. É a problemática da *coletivização dos direitos* e seu aparente conflito com os interesses particulares dos contratantes. Encontrando-se a autonomia da vontade delimitada por normas jurídicas de ordem pública e de interesse social, não há por que deixar de reconhecer que o acordo de vontades impõe às partes uma *responsabilidade* perante a sociedade que elas não tinham antes, à sombra do individualismo egoísta que contrariava a própria função contratual de circulação de riquezas. Com isso, cada contratante assume a responsabilidade civil de reparar o dano decorrente tanto da inexecução de uma obrigação contratual, o que configura prejuízo à outra parte, como também pelos danos patrimoniais e extrapatrimoniais que eventualmente sofrerem outras pessoas, estranhas ao liame negocial (grifos do autor).

Nessa toada, é possível inferir que, nos contratos de pacto antenupcial, como visto, em que pese o consensualismo, há certas solenidades a serem observadas. Porém, isso não exclui o seu caráter social, de interesse coletivo, delimitado pela ordem pública e a sua conseqüente responsabilidade. Essa responsabilidade, no referido contrato, implica o dever de reparar eventuais danos causados a uma das próprias partes, bem como a eventuais terceiros.

Depois de se analisar o princípio do consensualismo e as suas vicissitudes referentes ao pacto antenupcial, caminha-se na direção do estudo da boa-fé objetiva.

1.1.4 Princípio da boa-fé objetiva e da confiança

“Segundo esse princípio, deve-se entender que entre as partes contratantes, embora defendam interesses economicamente opostos, prevalece o espírito de confiança e lealdade”, pondera Sampaio (2004, p. 22).

O autor (2004, p. 22) explica que, na busca dos contratantes de perseguir as finalidades que procuram, a convergência dos seus desejos, deve prevalecer a “colaboração recíproca”. Tal cooperação deve permitir o “[...] cumprimento das obrigações assumidas, sendo-lhes defeso, portanto, praticar atos desleais [...].”

Quanto às considerações iniciais referentes a esse princípio, Gomes (2019, p. 42) resume:

Ao princípio da boa-fé empresta-se ainda outro significado. Para traduzir o interesse social de segurança das relações jurídicas, diz-se, como está expresso no Código Civil alemão, que as partes devem agir com lealdade e confiança recíprocas. Numa palavra, devem proceder com boa-fé. Indo mais adiante, aventa-se a ideia de que entre o credor e o devedor é necessária a colaboração, um ajudando o outro na execução do contrato. A tanto, evidentemente, não se pode chegar, dada a contraposição de interesses, mas é certo que a conduta, tanto de um como de outro, subordina-se a regras que visam a impedir dificulte uma parte a ação da outra (grifo do autor).

Nesse fluxo, o artigo 422 do Código Civil prescreve: “[...] os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

Observa-se que o referido diploma legal elegeu a cláusula geral de boa-fé (boa-fé objetiva) nas relações contratuais, onde se insere, em específico, o contrato do pacto antenupcial.

Com efeito, a cláusula geral em evidência se conecta à noção de uma técnica legislativa. Essa técnica, por seu turno, procura assegurar a relação entre a lei e a realidade social. E Isso permite a convivência de um ordenamento jurídico aberto, com frequentes flexibilidades das regras jurídicas aos requerimentos do universo dos valores que se transformam com o seguir das carruagens.

Aprofundando-se no estudo, Rocha (2002, p. 41-42) discorre que:

A expressão boa-fé comporta duas espécies: a boa-fé denominada subjetiva, que representa o estado psicológico relativo ao conhecimento ou desconhecimento de algum vício, e a denominada boa-fé objetiva, que consiste numa regra objetiva de conduta, ou modo de proceder. A boa-fé objetiva é um padrão genérico, objetivo, de comportamento, que exige do contratante uma atuação refletida, preocupada com a outra parte. Cuida-se de um princípio que impõe a cada uma das partes a observância de comportamento respeitoso com a outra parte, que seja leal, não abusivo, nem lesivo. À boa-fé objetiva é atribuída a dupla função de ser a fonte de novos deveres especiais de conduta durante o vínculo contratual, denominados obrigações acessórias, e atuar como a causa limitadora de exercício, antes lícito, hoje abusivo, dos direitos objetivos.

Nessa direção, Rocha (2002, p. 41-42) aponta alguns deveres inerentes ao princípio da boa-fé, a saber: 1) dever de informar - a importância da transparência da informação referente ao contrato; 2) dever de cooperar - a relevância da colaboração entre as partes; e 3) dever de cuidado ou segurança - a proteção do patrimônio dos contratantes.

Daí ressaltar que, nos pactos antenupciais, deve prevalecer a observância do princípio da boa-fé em sua tríplice dimensão mencionada logo acima.

Gonçalves (2012, v. 3, p. 57), então, compendia:

A boa-fé objetiva constitui um modelo jurídico, na medida em que se reveste de variadas formas. Não é possível catalogar ou elencar, *a priori*, as hipóteses em que ela pode configurar-se, porque se trata de uma norma cujo conteúdo não pode ser rigidamente fixado, dependendo sempre das concretas circunstâncias do caso. No entanto, essa imprecisão se mostra necessária, num sistema aberto, para que o intérprete tenha liberdade de estabelecer o seu sentido e alcance em cada caso.

Esmiuçando-se o estudo em pauta, cabe dizer ser inviável dissociar o princípio da boa-fé do princípio da confiança. Este deve ser compreendido como “*a legítima expectativa de conduta*” e, segundo Lisboa (2013a, p. 107), requer os papéis a seguir:

- a) estabelecer uma relação de complementariedade com a boa-fé objetiva;
- b) verificar se a legítima expectativa do confiante foi correspondida, não segundo o padrão individual do confiante, mas conforme o *critério de razoabilidade da expectativa* (qualquer pessoa, no lugar do confiante, teria aquela expectativa); e

- c) proporcionar a reparação dos danos patrimoniais e morais por quebra da confiança.

Conforme o autor (2013a, p. 108-110), o princípio da confiança contratual abrange as referidas expectativas legais:

- a) as *expectativas de esclarecimento*, assumindo o infrator os deveres, conselhos, advertência e informação. [...];
- b) as *expectativas de conduta*, assumindo o infrator a responsabilidade por: *venire contra factum proprium*, *supressio*, *surrectio* ou, ainda, *quoque*. [...] ⁹; e
- c) as *expectativas de tratamento digno*, responsabilizando-se o infrator, quando cabível, tanto por danos morais como por danos patrimoniais, ainda que ocorra o cumprimento da prestação (violação positiva do contrato) [...].

Fato é que o pacto antenupcial se trata de um contrato como outros, que deve também observar o princípio da boa-fé. Ou seja, no prévio acordo solene de vontades entre as partes, casais que decidem viver juntos, devem prevalecer o mútuo respeito, o espírito de confiança, sendo vedada a prática de atos desleais.

Tendo, com isso, examinado o princípio da boa-fé objetiva, contextualizada com o contrato do pacto antenupcial, percorre-se na direção do estudo do princípio da força vinculante dos contratos.

1.1.5 Princípio da força vinculante dos contratos ou da sua obrigatoriedade ou ainda da *pacta sunt servanda*

Após examinar o princípio da boa-fé objetiva, inicia-se o estudo referente ao princípio da obrigatoriedade dos contatos.

Quanto a esse princípio, Gomes (2019, p. 36) ensina:

⁹ “A *responsabilidade civil por ‘venire contra factum proprium’* decorre da proibição de conduta contraditória que importa na quebra da confiança que o contratante depositou na pessoa do infrator [...]. A *responsabilidade civil por ‘supressio’* advém da retomada do exercício de um direito que se achava inerte por tanto tempo, que gerou a legítima expectativa de que ele não seria mais exercido. [...]. Afinal, a *supressio* viabiliza a redução do conteúdo obrigacional pela inércia qualificada de uma das partes, gerando no confiante a expectativa legítima de renúncia da prerrogativa. A *responsabilidade civil por ‘surrectio’*, isto é, pela constituição de um novo direito e a previsibilidade de confiança de que há possibilidade do confiante de regularizar a sua situação jurídica, por força do decurso do tempo, também enseja a responsabilidade do infrator. A *responsabilidade civil por comportamento desleal ou desequiparação do tratamento (Tu quoque)* também configura quebra da confiança [...]” (LISBOA, 2013a, p. 108-109 - grifo do autor).

O *princípio da força obrigatória* consubstancia-se na regra de que o contrato é lei entre as partes. Celebrado que seja, com observância de todos pressupostos e requisitos necessários à sua validade, deve ser executado pelas partes como se suas cláusulas fossem preceitos legais imperativos. O contrato obriga os contratantes, sejam quais forem as circunstâncias em que tenha de ser cumprido (grifo do autor).

Diante dessa leitura, nas relações contratuais os pactos devem ser rigorosamente atendidos pelas partes. Tratam-se, de fato, de leis firmadas entre os contratantes. A partir do entendimento desse princípio, emerge a intangibilidade do objeto do pacto. Tal conteúdo, realmente, não pode ser modificado de forma unilateral por um dos contratantes.

Nessa direção, Gonçalves (2012, v. 3, p. 48-49) pondera:

Pelo princípio da autonomia da vontade, ninguém é obrigado a contratar. A ordem jurídica concede a cada um a liberdade de contratar e definir os termos e objeto da avença. Os que o fizerem, porém, sendo o contrato válido e eficaz, devem cumpri-lo não podendo se forrarem às suas consequências, a não ser com a anuência do outro contraente. Como foram as partes que escolheram os termos do ajuste e a ele se vincularam, não cabe ao juiz preocupar-se com a severidade das cláusulas aceitas, que não podem ser atacadas sob a invocação dos princípios de equidade. O princípio da força obrigatória do contrato significa, em essência, a irreversibilidade da palavra empenhada.

O referido princípio se sedimenta em dois pilares: 1) a segurança jurídica nas relações contratuais; e 2) a imutabilidade dos pactos contratuais.

Sob esse ângulo, Sampaio (2004, p. 20) reflete:

O princípio da força obrigatória ou da obrigatoriedade das convenções que leva à intangibilidade dos contratos é aquele segundo o qual o contrato faz lei entre as partes (*pacta sunt servanda*). Isto é, uma vez aperfeiçoado o contrato e preenchidos os requisitos de validade, as obrigações geradas devem ser fielmente cumpridas, respondendo o inadimplente com seu próprio patrimônio.

Nota-se daí que os contratos possuem impacto obrigatório nos acordos de vontade. Assim, realmente, firma lei entre os contratantes. Celebrado o contrato e acolhida a sua validade, as obrigações produzidas devem ser atendidas com confiança jurídica nessas relações.

Desse modo, numa relação amorosa, de afeto, o contrato de pacto antenupcial firmado entre os contratantes não deixa de fazer lei entre os envolvidos. Ao contrário,

cria, institui uma força obrigatória que sedimenta um forte elo entre o casal, devendo as obrigações de ambos ser cumpridas com fidelidade.

Rocha (2002, p. 36) resume a noção do referido princípio:

O contrato tem força vinculante. Ele obriga as partes. O contrato tem força de lei entre as partes e qualquer contratante que não cumpra com as obrigações assumidas está sujeito ou à execução específica forçada do contrato ou à resolução do contrato. Mas se a prestação de uma das partes tornar-se excessivamente onerosa, implicando em extrema vantagem para a outra, decorrente de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, o devedor poderá pedir a resolução ou o reajuste do contrato sem pagar perdas e danos [...].

Como visto, o contrato faz lei entre as partes. Tem, assim, força vinculante entre os contratantes. Todavia, em casos supervenientes, imprevisíveis ou extremamente onerosos, é possível requerer a resolução ou reajuste do pacto. Tais ideias, com razão, aplicam-se ao pacto antenupcial.

Aprofundando tais reflexões, Lisboa (2013a, p. 92-93) destaca:

O princípio da obrigatoriedade não é, como anteriormente mencionado, absoluto. Caso uma das partes venha a deixar de cumprir obrigação contratual, antecedente à da outra parte, esta poderá se escusar do adimplemento de sua obrigação posterior, invocando a *teoria da exceção de contrato não cumprido* (*exceptio non adimpleti contractus*). Trata-se de *cláusula resolutiva tácita*, decorrente do *descumprimento do contrato*, que pode ser: a) o *descumprimento integral* (*exceptio non adimpleti contractus*), o que se verifica quando uma das partes não cumpre qualquer obrigação, o que possibilita à outra se exonerar do cumprimento das suas obrigações respectivas; ou b) o *descumprimento parcial* (*relativo*) da obrigação temporalmente anterior, pela outra parte (*exceptio non rite adimpleti contractus*). (grifo do autor).

Lisboa (2013a, p. 93) explica: no primeiro caso, não ocorreu nenhuma obrigação cumprida pelo contratante, e isso conduz o outro contratante a requerer “a exceção de contrato não cumprido. [...] o descumprimento parcial da obrigação autoriza o interessado a deixar de adimplir a sua obrigação, a pretexto de que a obrigação anterior deverá ser totalmente adimplida.”

E prossegue o autor afirmando que:

(...) não seria razoável exigir do credor de uma obrigação anterior, não cumprida, o adimplemento de sua obrigação posterior pelo simples fato de ter ele assumido tal liame jurídico. Caso não pretenda exigir o

cumprimento da obrigação, possibilita-se àquele que invocou a exceção de contrato não cumprido, constatando-se a veracidade de sua defesa, a extinção da relação contratual por resolução, que é a inexecução da obrigação da outra parte, passível de cumulação com indenização por perdas e danos. Torna-se possível a recusa no cumprimento da obrigação quando há suspeita de que a outra parte não terá como proceder ao adimplemento da obrigação que assumiu, diante de redução patrimonial que comprometa ou torne duvidosa a realização da prestação. Defende-se, pois, o patrimônio do contratante, que passaria pelo dissabor da insatisfação dos seus interesses e pelo prejuízo resultante do cumprimento da obrigação em benefício da parte inadimplente. Somente nos contratos bilaterais pode ser alegada a exceção de contrato não cumprido: é da natureza do instituto a sua aplicabilidade aos contratos nos quais são fixadas obrigações para ambas as partes. Lisboa (2013a, p. 93)

Entende-se daí que não é plausível a exigência do credor de uma prévia obrigação não atendida, o cumprimento da obrigação subsequente por causa da mera ocorrência de o credor ter aceito o referido vínculo jurídico.

Se não quiser exigir o atendimento da obrigação, permite-se a ele que requereu a “exceção de contrato não cumprido”, vislumbrando-se o teor verdadeiro de sua defesa, o término da relação de contrato por “resolução” (não execução da obrigação pelo outro contratante, sem prejuízo de perdas e danos).

Igualmente, é plausível a abstenção do atendimento da obrigação, em se constatando que a outra parte não tem condições de cumprir com o que se comprometeu. Dessa forma, protege-se o patrimônio da outra parte envolvida em tais relações contratuais.

Por fim, mencione-se que a “exceção do contrato não cumprido” se aplica só aos contratos bilaterais, já que, nestes casos, as duas partes assumem obrigações mútuas.

Nesse panorama, evidente que as lições de Lisboa se aplicam às relações contratuais referentes ao pacto antenupcial. Assim, é possível invocar, por exemplo, a cláusula da “exceção de contrato não cumprido” no âmbito do contrato, pauta principal desta investigação em curso.

Tendo analisado o princípio da *pacta sunt servanda* e suas exceções, atrelados a noções do pacto antenupcial, passa-se a examinar o princípio da revisão dos contratos.

1.1.6 Princípio da revisão dos contratos

O princípio da revisão dos contratos contrapõe-se ao princípio da *pacta sunt servanda* (obrigatoriedade dos contratos). O seu surgimento no sistema jurídico permite que as partes possam acionar o Poder Judiciário para que seja possível modificar os acordos de vontades firmados, em casos de ocorrências prejudiciais.

Dessa forma, numa relação contratual é possível ocorrer a modificação do prescrito e acordado, quando a cláusula se tornar injusta.

Com efeito, uma cláusula não razoável é aquela que não firma direitos ou obrigações de modo recíproco. Assim, pode-se dizer, em outras palavras, que sempre será possível revisar o contrato, no momento em que o seu objeto pactuado se torne injusto ou desproporcional.

Nesse rumo, resume Gonçalves (2012, v. 3, p. 53: “[...] as modificações supervenientes que atingem o contrato podem ensejar pedido judicial de revisão do negócio jurídico [...].”

No caso do pacto antenupcial, sempre que os desejos estipulados pelas partes, por motivo superveniente, tornem-se desvantajosos ou mesmo não razoáveis, é possível que ocorra a revisão contratual. Como exemplo, se algo que o casal pré-determinou no futuro se torne prejudicial à sua relação, pode-se rever tal cláusula.

Neste ponto, cabe lembrar que há várias teorias que efetivam na realidade concreta o princípio da revisão dos contratos. Dentre elas, pode-se mencionar:

- 1) Teoria da Imprevisão: trata-se daquela que autoriza a revisão obrigatória do contrato: quando, por causa de acontecimentos não previstos, a conduta de um dos contratantes vire extremamente onerosa;
- 2) Teoria do Desfazimento da Base Objetiva do Negócio Jurídico: trata-se daquela que autoriza a alteração das situações nas quais o pacto contratual foi firmado; há dois aspectos: a) prejuízo quanto à abrangência da finalidade pretendida pelos contratantes; ou b) impacto no envolvimento de equivalência entre as condutas necessárias pelas partes.

Nesse norte, Sampaio (2004, p. 20) reflete acerca da Teoria da Imprevisão:

[...] consiste na possibilidade de revisão dos contratos já aperfeiçoados, chega a admitir, em seu grau máximo, a própria inexecução das obrigações sem responsabilidade do contratante, ou seja, verificada sua hipótese de incidência, pode, inclusive, gerar efeito liberatório, extinguindo, portanto, o vínculo contratual.

O autor (p. 20) prossegue, dizendo que a revisão judicial dos pactos contratuais já realizados se baseia em princípios maiores. Como exemplos, na ordem pública, na boa-fé das partes, no equilíbrio do contrato, de forma a restringir a aplicação da força obrigatória que norteia os contratos.

Sampaio (2004, p. 20) assim afirma:

Melhor explicando, essa revisão, como exceção à regra, tem lugar quando, verificadas circunstâncias imprevisíveis e anormais, o cumprimento do contrato por uma das partes se torna extremamente oneroso, de modo a beneficiar, indevidamente, a outra, situação esta não prevista quando da formação do contrato. Verificado tal desequilíbrio, dá-se ensejo, então, a que o Poder Judiciário venha readequar o vínculo contratual, restabelecendo o equilíbrio inicial, ou mesmo extinguí-lo.

E conclui (p. 20), lembrando que, historicamente, a teoria da imprevisão tem início na cláusula *rebus sic stantibus*. Através desta, “[...] nos contratos de trato sucessivo ou a termo, a manutenção do vínculo obrigatório condiciona-se à manutenção do estado de fato vigente ao tempo da estipulação.”

Em outras palavras, os contratos, em geral, são intangíveis e devem se manter conservados. Tais condições não excluem a sua revisão:

“[...] outra exceção à imutabilidade e à inalterabilidade, por meio da qual o juiz, buscando a manutenção da relação jurídica contratual, procede ao equilíbrio jurídico e da equação econômico-financeira [...]” (LISBOA, 2013a, p. 95).

Nota-se daí que os contratos em geral poderão ser revistos judicialmente. Tal revisão se constitui, portanto, uma exceção à não mutabilidade e à sua não modificação, por intermédio de ferramenta pela qual o magistrado, perseguindo o equilíbrio jurídico e equação econômica, procura estabilizar a relação jurídica de contrato.

Em linhas gerais, Lisboa (2013a, p. 95) destaca três teorias referentes a tal revisão:

- 1) a *cláusula rebus sic stantibus*, que possibilita a revisão do contrato para que a situação das partes retorne ao estado anterior ao acontecimento que gerou o desequilíbrio entre as prestações;
- 2) a *teoria da imprevisão*, incidente quando houver um acontecimento imprevisível e extraordinário que modifica a relação contratual; e
- 3) a *teoria da onerosidade excessiva*, que viabiliza a revisão do contrato pelo simples desequilíbrio superveniente das prestações.

Com efeito, as três teorias estudadas se aplicam à revisão judicial dos contratos. Isso, realmente, não exclui a sua incidência nos contratos de pactos antenupciais que, em certos casos, poderão ser levados ao Poder Judiciário para a sua reapreciação. E Lisboa (2013a, p. 95) enfatiza:

Com isso, garante-se ao vulnerável ou ao hipossuficiente a *continuidade da relação contratual*, que não se torna inválida ou ineficaz pela existência de alguma cláusula nula ou anulável, desde que se torne possível a subsistência do equilíbrio contratual, mesmo com a eventual declaração judicial de nulidade ou de anulabilidade do dispositivo questionado (grifo do autor).

Diante disso, nota-se que, em casos de contratos de pacto antenupcial, é possível a sua revisão também judicial, aplicando-se as referidas teorias. Parte-se agora para o exame do princípio da relatividade.

1.1.7 Princípio da relatividade dos contratos

“Fundam-se tal princípio na ideia de que os efeitos do contrato só se produzem em relação às partes, àqueles que manifestaram a sua vontade, vinculando-se ao seu conteúdo, não afetando terceiros nem seu patrimônio”, afirma Gonçalves (2012, v. 3, p. 47).

Nessa direção, prescreve Gomes (2019, p. 44), com relação ao princípio da relatividade dos contratos: “[...] seus efeitos se produzem exclusivamente entre as partes, não aproveitando nem prejudicando a terceiros.” Porém, afirma: “O *princípio da relatividade dos contratos* não é absoluto. Sofre importantes exceções.” Para o autor, existem contratos que fogem à regra geral; imputam efeitos a terceiros, criando direitos para estes, por meio de obrigações.

O princípio da relatividade dos contratos estipula, portanto, que o pacto contratual somente produz efeitos entre os contratantes. Desse modo, não favorece e nem causa

danos a terceiros. Todavia, recentemente, os estudiosos do direito observam a ocorrência de efeitos exteriores, o que permite a oposição de terceiros diante do contrato. Como resultado, a oposição também dos contratantes, em casos de ocorrência de danos ao contrato.

Sampaio (2004, p. 22), por seu turno, reflete sobre o referido princípio:

[...] diz respeito à eficiência dos contratos. Os contratos, como fonte geradora de obrigações e, portanto, regulada pelo Direito Obrigacional, tem seus efeitos restritos às partes contratantes, ou seja, não podem ser opostos a terceiros.

Em outras palavras, se, para adquirir, modificar ou extinguir direitos, se faz imprescindível a declaração de vontade, não podem terceiros, que não a manifestam, contrair obrigações nem se sujeitar àquelas contraídas por outros.

Esse princípio, como os demais, não é absoluto, suportando, portanto, algumas exceções, como, por exemplo, a estipulação em favor de terceiro [...].

Com razão, percebe-se que o princípio da relatividade dos contratos não é pleno nem absoluto. Como visto, comporta exceções. Há casos que permitem a estipulação, a produção de efeitos perante terceiros.

Em se tratando de pacto antenupcial, pode-se dizer que, caso o objeto de referido contrato impacte os interesses de terceiro, externo à relação contratual do casal, este terceiro poderá pleitear os seus direitos no Judiciário, conforme a prescrição do princípio da relatividade dos contratos.

1.1.8 Princípio da paridade jurídica: igualdade formal e a igualdade real

Outro importante princípio contratual se trata da igualdade formal entre os contratantes (paridade jurídica). Sobre esse princípio, Rocha (2002, p. 35) explicita:

O contrato por natureza seria um contrato paritário, isto é, os contratantes seriam iguais e entre eles não haveria uma situação de desequilíbrio que implique na sujeição de um ao outro. Em razão da paridade, os contratantes submetem-se à mesma disciplina e nenhum deles pode impor ao outro o conteúdo do contrato ou alterar unilateralmente aquilo que foi estipulado. A denominada paridade jurídica não impede, no entanto, que entre os contratantes haja a disparidade econômica, isto é, que entre eles predomine a desigualdade real baseada na divergência econômica existente entre eles.

De tal leitura, nota-se a relevância do equilíbrio contratual entre as partes. Deve prevalecer a igualdade formal entre os contratantes, apesar da possível disparidade econômica entre eles. Não se podem, portanto, firmar cláusulas e disposições contratuais que contrariem a referida igualdade e o mencionado equilíbrio.

Todavia, em que pese a referida igualdade formal entre os contratantes, deve prevalecer, em última instância, a igualdade real entre as partes, como se verá a seguir.

Nesse sentido, Lisboa (2013a, p. 89) esclarece:

Nas relações contratuais, sempre se pressupôs a existência da igualdade das partes. No entanto, a presunção legal de igualdade que o pensamento jusracionalista impôs para regular as relações jurídicas à luz de um sistema civil fechado, dotado de uma pseudocompletude para solucionar as questões diárias de litigiosidade, não serviu aos propósitos desejados de se buscar a justiça e o equilíbrio efetivo das relações contratuais.

Do trecho acima, extrai-se que, embora haja a igualdade pressuposta entre as partes contratantes (igualdade formal), ela não é o bastante para assegurar a justiça e o equilíbrio entre os contratantes. Deve-se, portanto, nessas relações buscar-se a igualdade real entre os envolvidos, ou seja, a igualdade material, de fato efetiva na realidade concreta.

Lisboa (2013a, p. 91) reflete:

Urge propugnar pela unidade interior do sistema e pela adequação dos valores ao mundo contemporâneo, a fim de que o julgador não seja um mero homologador da norma jurídica, como a escola exegética assim compreendia logo após o surgimento da primeira codificação moderna. O julgador possui papel relevante para a aplicação da norma, atento ao seu princípio inspirador, para a obtenção da *justiça distributiva* no caso concreto. A lei não se demonstrou, por si só, um instrumento eficaz em atingir a igualdade. Numa primeira etapa, nem sequer reconhecia direitos personalíssimos. Na fase subsequente, passou a preceituá-los, mas sem lhes conferir um instrumento compatível de defesa. Num terceiro período, forneceu tais instrumentos. Atualmente, deve-se procurar um aliado para a lei. E esse aliado, capaz de concretizar os objetivos políticos de uma sociedade, é o juiz.

Observa-se, portanto, a extrema importância de o magistrado realizar justiça no julgamento dos casos concretos, não sendo apenas um mero homologador de sentenças. Com efeito, eventualmente, isso se aplica aos julgados de contratos de pactos antenupciais, na busca efetiva pela igualdade real entre as partes, superando-se a

simples legalidade e os caracteres mecanicista e rigorosamente técnico presentes no ofício cotidiano dos juízes. Com isso, os julgadores assumem papel de destaque nessas relações, devendo contribuir, de fato, com efetiva justiça real, num panorama em que prevaleça o bem comum e o interesse social, em detrimento do egoísmo individualista e pífio formalismo sem efeitos.

Lisboa (2013a, p. 92), por fim, conclui:

O reequilíbrio da relação jurídica e da equação econômico-financeira disposta pelos termos contratuais é de suma importância, a fim de que um dos contratantes, mais especificamente aquele que se encontra presumivelmente em situação inferior ou vulnerável, possa obter retribuição proporcional à obrigação que contraiu pela formação do contrato (grifo do autor).

Infere-se daí que, numa relação contratual como a do pacto antenupcial, importa o seu reequilíbrio econômico, a fim de evitar prejuízos à parte mais fraca envolvida no referido contrato. Com isso, diante do exposto, em que pese a disparidade econômica entre os contratantes, deve haver a compensação jurídica, de modo a evitar danos eventuais em tais relações.

Portanto, não custa reforçar que tais reflexões se aplicam ao contrato de pacto antenupcial, em que, com efeito, deve prevalecer a paridade jurídica entre as partes, a igualdade formal, mas, principalmente, a verdadeira igualdade real, material e efetiva entre elas.

1.2 Constitucionalização do Direito de Família

A Declaração Universal da Organização das Nações Unidas, de 1948, prescreveu a igualdade de direitos entre a mulher e o homem, além da vedação de diferenciação entre a prole tida ou não do matrimônio.

As legislações europeias, no que se refere às relações entre a mulher e o homem, vêm determinando o princípio da igualdade nessas relações familiares. Em terras brasileiras, no Código Civil de 1916, a mulher era tida como “relativamente incapaz” para a prática de atos e negócios jurídicos.

Partindo da Constituição brasileira de 1934, a família passou a ser tida como um organismo social e jurídico de relevância. Apenas com a Lei n.º 4.121/1962 (Estatuto da Mulher Casada), a mulher deixou de ser tida como “relativamente incapaz”. Todavia, a igualdade de direitos promulgada pela Declaração Universal da ONU de 1948 não era reconhecida pelo ordenamento jurídico interno do Brasil.

Somente com a entrada em vigor da Lei n.º 6.515/1977 foi possível a introdução das regras concernentes ao divórcio e, assim, a celebração de um segundo casamento. Nota-se até aqui a evolução dos institutos jurídicos familiares, que vieram se sucedendo ao longo do tempo, na realidade, originários até mesmo desde o Império Romano até os tempos atuais.

Portanto, é possível visualizar que as alterações socioeconômicas na história, principalmente, contemporânea, geraram a necessidade de revisar vários institutos jurídicos. Com razão, o direito precisa acompanhar as mudanças sociais ao longo do tempo, o que não se difere no âmbito do direito familiar.

Nesse sentido, Lisboa (2013b) destaca: a) a instituição de um direito civil constitucional, baseado em uma noção principiológica e menos legalista, sinaliza as novas pegadas do direito privado; como exemplo, a dignidade da pessoa humana como pedra angular da relação jurídica, no caso, familiar; b) atribui-se, assim, maior relevância à “liberdade” e à “igualdade” entre as partes da família, em face do patriarcado, já que os impactos das alterações socioeconômicas mundiais repersonalizaram as presentes relações familiares; c) como exemplo, atualmente os jovens e as mulheres trabalham para se manter e colaboram com o orçamento da sua família; d) em que pese o diálogo menos usual entre as partes da família, as responsabilidades atuais da mulher e dos filhos lhes concederam maior autonomia e o interesse mais ávido pela informação, o que não ocorria nos tempos passados, em que prevalecia a baixa educação da mulher e os negócios no poder do patriarca.

Vale complementar o posicionamento de Lisboa (2013b): hoje se busca o asseguramento dos direitos da personalidade de cada integrante da família; com referência à visão jusracionalista, deve-se ressaltar a relevância da sistemática e de sua maior flexibilização no direito pós-moderno porque autênticos sistemas jurídicos fechados

frustraram as expectativas da exegética de poderem regular todas as situações jurídicas; e quanto à natureza jurídica do pacto antenupcial, há divergências de posições entre os doutrinadores.

Para uns, trata-se de um contrato (ex. Silvio Rodrigues); para outros, de negócio jurídico (ex. Roberto Senise Lisboa). Maria Berenice Dias (2017, p. 330) intermedia a divergência e diz que, apesar desta, o pacto antenupcial não passa de um “contrato matrimonial”.

Ou seja, como se verá, na prática, para a produção de efeitos na realidade concreta, são indiferentes tais classificações. Porém, pode-se dizer que, considerando-se um contrato, este deve ser interpretado pelas partes e pelos julgadores, de forma flexível, aberta, de modo a acompanhar as mudanças sociais, que impactam as relações jurídicas, inclusive, as próprias relações familiares e, por óbvio, dos próprios contratos de pactos antenupciais.

Nesse rumo, Lisboa (2013b, p. 33-34) aponta que um novo momento das relações de família começou desde algumas décadas; urge a alteração de mentalidade do operador da norma jurídica; isso porque pode ocorrer que a regra jurídica não tenha o efeito prático desejado de pacificar as relações sociais; e o atual Código Civil deveria ter eleito a base jusfilosófica ajustada com a Declaração da ONU, de 1948, com primazia pela igualdade entre mulher e homem, além da vedação de discriminação da prole havida ou não havida do matrimônio. Todavia, não foi esse o caminho originalmente adotado. Tanto é assim que a nova legislação teve de se amoldar aos princípios constitucionais estabelecidos em 1988, para ser promulgada em 2002.

Desse ponto, Fachin (1999, tít. I) expressa: novos paradigmas devem ser alcançados no estudo do direito de família, a partir do direito matrimonial, do direito parental e do direito assistencial.

E Lisboa (2013b, p. 34) sintetiza:

A família não se resume mais ao casamento e à prevalência dos poderes e direitos do chefe de família sobre os seus demais integrantes. A maior dinamicidade das atividades do homem, da mulher e dos filhos confere um novo papel social a cada um desses agentes. Reconhece-se a importância da filiação para a própria relação do casal, prestando-se muitas vezes ao fortalecimento dos laços que unem os cônjuges ou os

conviventes. Até mesmo o recém-nascido modifica, indiscutivelmente, as atividades familiares, bem como o nascituro, ante a consagrada proteção dos seus interesses extrapatrimoniais (vida, saúde, segurança). O direito matrimonial, o direito parental e o direito assistencial, assim, devem se fixar no *princípio da solidariedade das relações familiares* [...] (grifo do autor).

Extraí-se desse trecho que, de fato, as relações familiares vêm mudando com o passar do tempo. Realmente, não se baseiam, exclusivamente, no casamento e no caráter patriarcal, de chefe da família. O Poder Familiar, com razão, não é mais o pátrio poder. Há, portanto, uma nova dinâmica familiar, na qual a mulher e os filhos assumem papéis de relevância nessas relações, como exemplos já mencionados.

Lisboa (2013b, p. 35) esclarece que, no direito brasileiro positivo vigente, o termo “família”, em seu conceito jurídico, não se restringe à visão da religião católica. O autor dispõe que a família, segundo a lei, trata-se da entidade formada:

- a) pelo *casamento civil* entre o homem e a mulher;
- b) pela *união estável* entre o homem e a mulher; e
- c) pela *relação monoparental* entre o ascendente e qualquer de seus descendentes.

“Portanto, a família, que é a base da sociedade e deve ser protegida pelo Estado, pode ser formada a partir de diversas espécies de entidades ou unidades rubricadas como “familiares”, afirma Lisboa (2013b, p. 36). E detalha: o simples fato de o constituinte ter se limitado a prever três categorias de entidades familiares não pode se constituir numa proibição de reconhecimento de outras entidades familiares.

Daí inferir que, pela mera razão de o legislador optar por limitar as entidades familiares em três categorias, não se pode proibir o reconhecimento de diferentes entidades familiares, como outras relações monoparentais, ou ainda, homoafetivas.

Neste momento, após se investigar a evolução das relações familiares, bem como a necessária adequação do direito a essas mudanças sociais, através de um sistema jurídico aberto, flexível e principiológico, passa-se a examinar, propriamente, os princípios constitucionais da família.

Para Lisboa (2013b, p. 38), “[...] a sistemática e a tópica devem interagir, possibilitando-se ao julgador a realização da *justiça distributiva*, observando-se os princípios civis constitucionais.” (grifo do autor).

O autor (2013b, p. 38-40) também destaca os referidos princípios, para os fins de regulação da família:

- 1) o princípio da dignidade da pessoa humana;
- 2) o princípio da solidariedade;
- 3) o princípio da busca da erradicação da pobreza;
- 4) o princípio da igualdade entre a mulher e o homem durante o casamento;
- 5) o princípio do reconhecimento de outras entidades familiares além do casamento;
- 6) o princípio da isonomia de tratamento dos filhos, pouco importando a sua procedência.

Finalmente, Lisboa (2013b, p. 40) explica que o “[...] direito pós-moderno confere uma tutela jurídica diferenciada e mais protetiva à criança, ao adolescente e ao idoso, em comparação com os demais membros da entidade familiar.”

2 PACTO ANTENUPCIAL

Primeiramente, importa afirmar que o regime de bens se trata do “[...] estatuto que regula os interesses patrimoniais dos cônjuges durante o matrimônio”, conforme lições de Rodrigues (2007, p. 174). Porém, adverte-se, desde já, que o pacto antenupcial, como convenção prévia, não regula somente as relações patrimoniais do casal durante a vigência do casamento; como se verá, regula também questões existenciais e de foro íntimo.

Assim, pode-se dizer que o regime de bens nada mais é do que um guia que orienta e baliza as relações patrimoniais de um casal no desenrolar do casamento.

Para que serve o pacto antenupcial? Esse pacto, também chamado de convenção antenupcial, convenção antematrimonial ou ainda contrato antenupcial, destina-se indiscutivelmente à família formada pelo casamento - forma de constituição familiar mais comum no Brasil. É um contrato celebrado pelos nubentes para estabelecer, além do regime de bens escolhido, as suas relações patrimoniais. Deve ser feito pelos noivos, em Cartório de Notas, por meio escritura pública, antes da celebração do casamento civil; caso escolham um regime de bens diferente do regime legal de comunhão parcial ou, em determinados casos, o de separação obrigatória de bens:

“Ou seja, se o regime de bens escolhido pelo casal for o de separação total, comunhão universal, participação final nos aquestos ou um regime de bens misto, o pacto antenupcial é obrigatório; caso contrário, o documento é dispensado.” (CARTÓRIO..., 2021, p. 1).

A escritura pública de pacto antenupcial, após lavrada, deve ser apresentada no Cartório de Registro Civil onde será realizado o casamento. E, após a celebração do casamento, deve ser encaminhada ao Cartório de Registro de Imóveis do primeiro domicílio dos noivos para surtir efeitos perante terceiros e ser averbada na matrícula dos imóveis do casal, se houver.

Já o regime de bens escolhido por meio do pacto antenupcial, começa a vigorar a partir da data de celebração do casamento e só poderá ser alterado, se o casal assim desejar, com autorização judicial para fazer uma escritura pública de pacto pós-nupcial.

É fundamental, pois, que os noivos analisem a fundo os regimes de bens existentes e façam uma escolha segura.

Frise-se que o uso do pacto antenupcial no Brasil ainda é pouco expressivo, embora o número de casamentos venha aumentando (IBGE, 2021; INSTITUTO..., 2003). Para melhor abalzar o conceito de pacto antenupcial, investiga-se o posicionamento de alguns autores.

Rodrigues (2007, p. 174) pontua: “[...] é o contrato solene, realizado antes do casamento, por meio do qual as partes dispõem sobre o regime de bens que vigorará entre elas, durante o matrimônio.”

Por sua vez, Lisboa (2013b, p. 147) assevera: “é o negócio jurídico celebrado entre os nubentes cuja eficácia somente recairá sobre os cônjuges a partir da celebração do casamento civil.”

Dias (2017, p. 330) esclarece o imbróglio: “Diverge a doutrina sobre sua natureza jurídica. Uns o consideram um contrato, outros, um **negócio jurídico**. Nada mais é do que um **contrato matrimonial**.” (grifo da autora).

Tem-se, portanto, uma noção de pacto antenupcial. A partir das observações acima, infere-se que pode se tratar tanto de um contrato, quanto de um negócio jurídico, o que em termos práticos, para produção de efeitos, não faz diferença, sendo prévio à celebração do casamento entre os cônjuges, de forma a regular as relações patrimoniais do casal durante a sua convivência matrimonial.

Todavia, para efeitos deste estudo, será considerado o pacto antenupcial um contrato, visto que pode ser considerado um documento solene, um guia normativo, um norte, uma bússola a orientar, como dito, o regime de bens de um casamento a ser celebrado entre as partes.

Daí ser realmente possível aplicar ao pacto antenupcial os princípios da função social do contrato, nos termos do artigo 421, do Código Civil, bem como o da boa-fé objetiva, conforme o artigo 422, também do Código Civil.

Cabe dizer que a eleição do regime de bens é realizada no pacto antenupcial. Caso este não seja efetuado ou seja nulo ou ainda ineficaz, vigorará, no que se refere

aos bens entre o casal, o regime da comunhão parcial, nos termos do artigo 1.640, *caput*, do Código Civil. E por essa razão, denominado igualmente de regime “legal” ou “supletivo”, já que a lei absorve o silêncio dos envolvidos.

Há casos, no entanto, em que não há a necessidade da realização do pacto antenupcial. Trata-se da escolha pelo regime da comunhão parcial, com fulcro no artigo 1.640, do Código Civil. Nesta situação, é suficiente a manifestação de desejo dos nubentes a ser transcrita a termo, no momento da habilitação, conforme o artigo 1.640, parágrafo único, do mesmo diploma legal.

Cumprir firmar que o pacto antenupcial se encontra regulado nos artigos 1.653 a 1.657 do Código Civil. Porém, a norma que permite a sua celebração está prevista nas disposições gerais do regime de bens, nos termos do artigo 1.639 do Código Civil.

É, portanto, contrato previsto em lei e legítimo, já que os noivos possuem a sua autonomia limitada pela norma jurídica. Assim, o registro imobiliário que detém competência se trata do domicílio do casal. Como se verá melhor adiante, o casal deve requerer a lavratura de escritura pública e, posteriormente ao casamento, levar ao registro imobiliário, além da certidão do casamento. Adianta-se que, na falta da escritura pública, o pacto será considerado nulo e, além disso, caso não ocorra o casamento, será ineficaz.

Em outros termos, caso essa solenidade seja desrespeitada, o contrato será considerado nulo, por desrespeito à formalidade, nos termos do artigo 166, incisos IV e V, do Código Civil. No entanto, em conformidade com o princípio da conservação dos negócios jurídicos, o casamento não é atingido pela nulidade do pacto. O casamento será válido e balizado pelo regime de comunhão parcial de bens.

Nos termos dos artigos 1.525 a 1.532, do Código Civil, previamente ao casamento, no decorrer do processo de habilitação, conforme o artigo 1.640, parágrafo único, do Código Civil, podem os nubentes, de modo livre, ajustar o que desejam acerca do regime de bens. Tal liberdade apenas não é absoluta, pois, em certas ocasiões, determina a lei o regime obrigatório da separação de bens, com base no artigo 1.641, do Código Civil.

Em seguida, como visto, pode-se considerar que o pacto antenupcial seja tido como um contrato solene e condicional. Através desse pacto, os nubentes tratam do

regime de bens que regulará a sua relação após o casamento. Concerne a um contrato solene porque requer o seu registro em escritura pública, e caso contrário será nulo. Também se trata de um contrato condicional, já que somente terá eficácia se o casamento ocorrer. Em outras palavras, a sua eficácia está submetida à condição suspensiva, isto é, à celebração do casamento, nos termos dos artigos 1.639 § 1º, e 1.653, ambos do Código Civil.

Importa frisar que a lei não firma prazo de validade. Apesar de ocorrendo a referência de que a escolha pelo regime de bens acontece no processo de habilitação para o casamento, conforme o artigo 1.640, parágrafo único, do Código Civil, o pacto não se submete ao prazo de eficácia da habilitação (90 dias), a contar da emissão do certificado, nos termos do artigo 1.532, do Código Civil. Ou seja, mesmo que a habilitação caduque, prevalece válido o referido contrato.

Nesse rumo, lembra-se que é plausível o casamento por procuração, conforme o artigo 1.542, do Código Civil; daí ser possível também a celebração do pacto antenupcial por meio de procurador com poderes especiais.

Por outro prisma, apenas é possível firmarem o pacto antenupcial as partes que detenham a capacidade para celebrar o casamento, ou caso estejam assistidos por aqueles que consentiram para a realização do matrimônio.

Na mesma direção, lembra-se que a capacidade para celebrar o pacto antenupcial se trata da mesma para o casamento. Nesse sentido, os menores (16 a 18 anos) precisam da aceitação dos pais para casarem, bem como da assistência dos pais para celebrar o pacto antenupcial. A aceitação para o casamento não exclui a intervenção do representante legal para celebrar o pacto antenupcial. Com relação a eficácia, no momento em que realizado por menor, resta implicada à aprovação do representante legal, exceto os casos de regime obrigatório de separação de bens, com fulcro no artigo 1.654, do Código Civil.

Vale dizer que não é viável, em regra, a realização do pacto antenupcial para completa alteração de regime de bens, em caso de se tornar obrigatória a eleição de certo regime de bens. Como se verá, é possível, contudo, afastamento de aplicação de Súmula de Tribunal incidente sobre a separação obrigatória de bens.

Através do referido contrato, os envolvidos devem, em tese, escolher regime diferente do legal, qual seja a comunhão parcial - isso diante do conteúdo previsto no instrumento público devidamente registrado em órgão competente, como se verá. É possível também que os noivos mantenham o regime patrimonial da comunhão parcial de bens, alterando-o com certas cláusulas de seu interesse.

Outra importante reflexão se trata do disposto no artigo 1.655, do Código Civil. Com grande relevância, é nula a convenção ou cláusula disposta no contrato em tela que contrarie o elencado absoluto de lei, isto é, que confronte “normas de ordem pública”. Com efeito, a lei limita a autonomia privada do contrato de pacto antenupcial, do mesmo modo que a função social do contrato impacta nos contratos em geral, com fulcro no artigo 421, do Código Civil. É, portanto, nulo o contrato que afronte a lei de ordem pública e interesse social.

De outro lado, para ter eficácia em face de terceiros, o contrato em pauta deve ser registrado em livro específico, no caso no registro de imóveis do domicílio do casal, com base no artigo 1.657, do Código Civil. Importa atentar que, sem o registro, o regime eleito somente produz efeitos entre os nubentes, o que se denomina regime interno. Diante de terceiros, seria como se não houvesse o contrato, predominando assim o regime de comunhão parcial, o que seria o conhecido regime externo.

Dias (2017, p. 330) assim aborda o pacto antenupcial em se tratando de união estável:

Questionamentos surgem quando, depois de firmado o pacto antenupcial, não acontece o casamento, mas o casal passa a viver em união estável. O fato de haver uma manifestação de vontade formalizada por escritura pública, não é suficiente para reger o regime de bens da união estável. Afinal, se trata de manifestação de vontade que iria adquirir eficácia com o casamento. Se este não ocorre, o pacto caduca -expressão tão ao gosto do legislador em matéria sucessória -e não produz qualquer efeito. A união estável é regida pelo regime da comunhão parcial. Nem na hipótese de a união ser convertida em casamento, o pacto adquire higidez (grifo da autora).

Em resumo, nota-se que a união estável de um casal não pode ser regida pelo pacto antenupcial, uma vez que, como visto, esse pacto se vincula a uma condição suspensiva, qual seja a celebração do próprio casamento.

Dias (2017, p. 330) discorre sobre o pacto antenupcial diante do direito sucessório, bem como do planejamento sucessório:

Em face das terríveis distorções em sede de direito sucessório, alterando, por completo, o desejo dos cônjuges, vem se popularizando o uso do pacto antenupcial como forma de contornar as incongruências da lei. Chega-se ao ponto de indicar a corrente doutrinária a ser seguida. A elaboração de pacto antenupcial é uma das ferramentas utilizadas no planejamento sucessório para definir questões de ordem patrimonial, na hipótese de dissolução do casamento pela morte. Quando existem acervos patrimoniais significativos, para garantir a continuidade dos negócios, são utilizados sofisticados instrumentos, como a constituição de *holdings*, além de testamentos e doações, em face da imposição compulsória da herança conjugal (grifo da autora).

Dessa leitura, nota-se que o pacto antenupcial vem sendo utilizado como instrumento para o direito sucessório, em específico ao planejamento sucessório, uma vez que, em caso de morte de um dos cônjuges, as disposições referentes aos bens do *de cuius* se encontram reguladas pelo referido contrato. Há como exemplos emblemáticos o recurso a ferramentas, como *holdings*, bem como testamentos e doações, explica a autora. No que tange à utilização do pacto antenupcial como ferramenta de regulação sucessória, existe forte divergência doutrinária sobre o assunto, a qual será esmiuçada em capítulo próprio deste trabalho.

Dias (2017, p. 330-331) lembra que o contrato em evidência não se aplica somente à escolha do regime de bens. Explica ser viável que os nubentes façam doações recíprocas. Elegendo o regime da comunhão universal, segundo ela, o ato é inócuo, de vez que, recebido o bem doado, este pertenceria igualmente ao doador. Desse modo, para que a doação seja válida é preciso que se imponha a cláusula de incomunicabilidade. Nos termos do artigo 1.668, inciso IV, o doador deve, de modo expresso, consignar que o bem doado restará, de forma exclusiva, para o donatário; com isso, ocorre a instituição do bem reservado, uma vez que os bens doados não se comunicam.

Também, além dos nubentes ou de seus representantes, é possível que terceiros participem do ato de lavratura do pacto antenupcial e façam doação de bens aos cônjuges. Quanto à eficácia de tais condições, resta subordinada à celebração do casamento, conforme o artigo 546, do Código Civil (DIAS, 2017, p. 331).

Segundo Lisboa (2013b, p. 149-150), as “[...] principais regras da doação antenupcial *mortis causa* são: a doação aproveita aos filhos do donatário, caso este venha a falecer antes do doador; opera-se a decadência da doação, mantendo-se o bem integrado ao patrimônio do doador, se ele sobrevier ao donatário e a todos os seus filhos.”

Frise-se, nesse rumo, ser “[...] lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular o que desejarem quanto aos seus bens, presentes e futuros”, dispõe Dias (2017, p. 331 - grifo da autora). Sustenta Santos (2006, p. 197) que o limite é somente a afronta à lei (CC 1.655), sob pena de se atentar contra o princípio da autonomia da vontade privada.

Dias (2017, p. 331) acresce: “[...] as restrições legais não são enumerativas ou expressas, não devendo o intérprete confiar apenas no direito escrito para extrair as limitações impostas aos pactuantes.”

Igualmente, não há impedimento jurídico para que o referido contrato disponha sobre um objeto existencial, como regras de condutas, que regulem a boa convivência do casal¹⁰.

Nesse rumo, Dias (2017, p. 331) sedimenta que nada obsta “[...] que os noivos disciplinem também questões existenciais, de natureza não patrimonial.” E pondera (p. 331): “Em face da ausência da criminalização dos atos praticados via internet, possível ser estipulado no pacto a proibição de ser divulgado, em qualquer meio eletrônico, imagens, informações, dados pessoais ou vídeos do outro.” (grifo da autora).

Do mesmo modo, Dias (2017, p. 331) pontua não haver qualquer óbice a que se determinem outros deveres, como assuntos domésticos. É possível, como exemplo, determinar-se “[...] quem irá ao supermercado, bem como que é proibido fumar no quarto, deixar roupas pelo chão etc.”. Todavia, embora não seja viável buscar tais avenças no Judiciário, pelo menos “como acordo entre eles têm plena validade.”

¹⁰ Nesse sentido, confira: **Enunciado n. 635, da VIII Jornada de Direito Civil**, realizada em abril de 2018. Dispõe: “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.”

Por outro olhar, na realidade um tanto polêmico, a autora (2017, p. 331) afirma ser perfeitamente possível, dispor sobre deveres do casamento, como o dever de fidelidade. Nessa direção, entende ser viável que os noivos regulem “[...] a forma de convivência não monogâmica”, o que, segundo ela, “não afronta disposição absoluta de lei (CC 1.655).” Isso também fundamentado na questão da autonomia da vontade, diante da menor intervenção do Estado. Vale dizer que relativamente à possibilidade de se afastar ou atenuar a monogamia trata-se de posicionamento minoritário da doutrina, ao qual não nos filiamos. Esse assunto será melhor tratado adiante.

Além disso, apesar de divergências, também não haveria qualquer óbice a se acordar “o pagamento de indenização por um dos cônjuges a favor do outro, por exemplo, em caso de infidelidade.” (DIAS, 2017, p. 331-332).

Finalmente, arrazoa (2017, p. 332):

Do assento de casamento deve constar o regime de bens e todos os dados referentes ao contrato antenupcial (CC 1.536 VII). Para ter efeito perante terceiros, é necessário que o pacto seja registrado no Cartório Civil do domicílio conjugal (LRP 244) e no Cartório do Registro de Imóveis (LRP 167 I 12) do domicílio dos cônjuges (CC 1.657). Tais atos devem ser praticados após a celebração do casamento, até porque antes disso o pacto é ineficaz. Também deve ser averbado no registro de todos os bens imóveis particulares do casal e no registro dos imóveis que forem sendo adquiridos durante o casamento (LRP 167 II 1). Absolutamente descabida a atribuição, ao Ministério Público, de zelar pela fiscalização e observância dessas providências (LRP 245).

Diante de todo o exposto, Tartuce (2018, on-line) conclui:

Como palavras finais, o que deve prevalecer é a autonomia privada manifestada pelas partes no pacto, conforme antes destacado, prestigiando-se a vontade individual dos envolvidos e a sua autonomia para a prática dos atos civis. Deixa-se de lado, portanto, um exagerado apego a formalismos, com o que o Direito Civil Contemporâneo não pode mais conviver.

Em suma, o contrato de pacto antenupcial, de forma prévia, deve regular as relações patrimoniais do casal durante o desenrolar do casamento. Mas não só. Deve também dispor sobre assuntos existenciais e de foro íntimo do casal, desde que não afronte a ordem jurídica e o interesse social. É previsto em lei. Porém, deve prevalecer a autonomia da vontade do casal em dispor com liberdade de seu conteúdo, como dito, encontrando limites no ordenamento jurídico. Lembra-se que, para a sua eficácia, é

preciso que o casamento se concretize, tendo assim aspecto condicional. É também um contrato solene, uma vez que exige o registro em órgão público competente; caso contrário, será nulo. Igualmente, pode dispor sobre direito sucessório e doações entre o casal. Como visto, por fim, não se devem influenciar por meras formalidades, com o que, nas palavras de Tartuce (2018, on-line), “[...] o Direito Civil Contemporâneo não pode mais conviver.”

Vale destacar também Biazi (2016, p. 259):

O pacto antenupcial, assim como qualquer outro negócio jurídico, pode ser muito bem compreendido à luz da teoria dos fatos jurídicos. A análise das fontes nos revelou um movimento legislativo que reduziu o âmbito operativo do pacto antenupcial à determinação e regulação do regime matrimonial de bens. Isso nos trouxe a informação necessária para compreender que o pacto antenupcial não é um contrato, que visa dar vestimenta jurídica a uma relação puramente econômica, mas sim um negócio jurídico de direito de família, já que lida com aspectos patrimoniais ligados direta e intimamente à finalidade da sobrevivência familiar.

Antes de adentrar na função notarial dos pactos nupciais, abordar-se-á o outro pacto nupcial, qual seja, o pós-nupcial.

3 PACTO PÓS-NUPCIAL

Acordo celebrado entre os cônjuges após a efetivação do casamento, esse pacto se apresenta, basicamente, para duas situações (RODRIGUES, 2021, p. 1:

- Alteração do regime de bens anteriormente escolhido; e
- Definição de um regime de bens, caso não tenha sido escolhido ao tempo do casamento.

A sua regulação se encontra no art. 1639, § 2º, do CC/02, e no art. 734, do CPC. A alteração do regime de bens exige um pedido judicial. Os cônjuges devem elaborar uma motivação para o ato, que será valorada pelo juiz.

A principal preocupação acerca do acordo é o respeito ao direito de terceiros. A mudança no regime de bens pode afetar significativamente o patrimônio de um dos cônjuges e refletir na esfera jurídica e patrimonial alheia - por isso existe a necessidade de comprovar que o pacto não gerará prejuízo a credores.

O pacto pós-nupcial deve cumprir também com a publicidade, sendo registrado no cartório de imóveis após o casamento (oficial de registro de imóveis, Livro 3-Auxiliar) e indicado em seu livro e folhas do tabelião em que lavrado no assento de casamento (oficial de registro civil das pessoas naturais, Livro B e B-auxiliar).

O termo inicial dos efeitos do novo pacto para os cônjuges é o trânsito em julgado da decisão judicial que modificou o regime de bens. Com relação à terceiros, o termo inicial é a data da averbação (registro) no registro civil e imobiliário (RODRIGUES, 2021, p. 1).

Existe uma divergência jurisprudencial acerca da produção de efeitos pelo pacto pós-nupcial. O STJ entende que os efeitos, sobretudo aqueles ligados ao regime de bens, só podem ser ex nunc (para o futuro), enquanto alguns tribunais estaduais permitem a "modulação" dos efeitos, tornando-os ex tunc (retroativos). Apesar da divergência, há o consenso de que os interesses dos cônjuges e de terceiros devem ser preservados e isso é o que importa no âmbito deste trabalho.

3.1 Pacto Pós-Nupcial à Luz do Direito Brasileiro

O pacto ou contrato antenupcial é um negócio jurídico bilateral de direito de família, sob a condição suspensiva da celebração do casamento, destinado a estabelecer regime de bens.

Conforme destacado por Graciano e Assumpção (2017, p. 1):

O contrato antenupcial, também denominado pré-nupcial, existe há séculos. Pesquisadores do Departamento de Arqueologia da Universidade Harvard, nos Estados Unidos, encontraram na Mesopotâmia, atual território do Iraque, uma tábua do século 4 a.C. com um detalhado acordo de casamento.

[...] É indispensável o pacto quando os noivos querem adotar o regime da comunhão universal, da participação final nos bens materiais, da separação convencional ou de qualquer outro regime, posto que a doutrina e a jurisprudência admitem a criação de regimes diversos daqueles previstos no Código Civil.

[...] O pacto pós-nupcial é um acordo que rege o novo regime de bens vigente no casamento já celebrado, que no Brasil poderá ser feito após autorização judicial específica para alteração do regime. Na lei brasileira não se encontra menção a tal ato jurídico. No entanto, a jurisprudência vem determinando sua lavratura quando há alteração do regime de bens no curso do casamento.

O parágrafo único, do artigo 1.640, do Código Civil brasileiro, determina que o pacto antenupcial tem que ser feito por escritura pública, sendo, pois, a sua lavratura de atribuição exclusiva do notário (artigo 6.º, da Lei 8.935/94).

Tem chamado a atenção a tendência ao pacto pós-nupcial no Brasil, fato que motivou mudança no CPC: alteração do padrão da imutabilidade do regime de bens no casamento, paradigma que sempre vigorou no direito brasileiro (GRACIANO; ASSUMPÇÃO, 2017, p. 1).

Poder alterar o regime de bens após o casamento trouxe autonomia aos indivíduos no âmbito das relações pessoais e patrimoniais, e há que serem destacados os reflexos que isso produz no âmbito da relação jurídica do casal e de cada um dos cônjuges com terceiros.

Antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002, a alteração de regime de bens na constância do casamento era vedada no direito brasileiro. Entretanto, desde janeiro de 2003, quando a entrada em vigor do Código Civil de 2002, essa mudança pode

ocorrer, mediante autorização judicial. Nesse processo devem figurar como partes ambos os cônjuges, que apresentarão pedido motivado e demonstrarão que a alteração não causará prejuízo a terceiros (GRACIANO; ASSUMPÇÃO, 2017, p. 1).

Há vários motivos para se buscar um pacto pós-nupcial, devendo ser considerado que a longevidade da população faz com que as pessoas queiram adequar um casamento já celebrado há muitos anos ao momento em que estão vivendo, preservando o casamento e evitando conflitos, e assim protegendo essa instituição tão importante, que é a família (GRACIANO; ASSUMPÇÃO, 2017, p. 1).

Por que a lavratura de pacto pós-nupcial se a decisão judicial autorizando a mudança do regime é obrigatória? A própria decisão não deveria definir como seria o novo regime vigente a partir de então? De fato: “Há acórdãos que dispensam a necessidade de lavratura de pacto, posto que a própria decisão judicial pode fixar os parâmetros do novo regime de bens.” (GRACIANO; ASSUMPÇÃO, 2017, p. 1).

Enfatize-se que, apesar da inexistência de previsão legal do referido ato no direito brasileiro, o pacto pós-nupcial é uma realidade no Brasil e no mundo. Segundo Graciano e Assumpção (2017, p. 1): “O rumo do direito brasileiro tem sido no sentido de privilegiar a vontade e a segurança jurídica. Para isso, devem atuar em conjunto a população, o Poder Judiciário, os advogados, e os notários e registradores.

No Brasil, é comum casais que constituem união estável ou se casam e não escolhem um regime de bens, não fazem um pacto pré-nupcial, tendo como consequência a imposição legal da aplicação do regime de comunhão parcial de bens (BONILHA, 2021, p. 1).

Mas, com o crescimento no número de divórcios (75% nos últimos cinco anos, de acordo com o IBGE), as pessoas têm se conscientizado cada vez mais sobre a necessidade de proteger seu patrimônio e sobre a importância de um acompanhamento preventivo quando decidem constituir família. Como aponta Bonilha (2021, p. 1): “Nesse sentido, o Colégio Notarial do Brasil aponta um aumento de 94% na lavratura de pactos antenupciais no período entre 2010 e 2015.

E prossegue a mesma autora: “De acordo com a Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos (Anep), em 2016, 9% dos divórcios realizados tiveram

a partilha de bens feita pelo regime da comunhão parcial e 5% pela comunhão universal de bens.” (BONILHA, 2021, p. 1).

Nesse contexto, importante o artigo 1639, §2º, do Código Civil, que possibilita a alteração do regime de bens com autorização judicial, desde que o pedido seja motivado por ambos os cônjuges e seja ressalvado o direito de terceiros.

Deve-se entender que os motivos da mudança são particulares, e não exigem comprovações complexas acerca da motivação, até como uma forma de respeitar a privacidade do casal, em especial a privacidade econômica que muitas vezes é a principal razão, dado que esta pode sofrer mudanças gigantescas ao longo do relacionamento. Não faria sentido a produção de prova testemunhal e pericial para esse tipo de modificação, devendo-se presumir a boa-fé dos cônjuges.

Ao elaborar um pós-nupcial, também é possível englobar assuntos que vão além do regime de bens, e podem antecipar e resolver diversos conflitos que poderiam surgir entre o casal, com baixo custo porque podem ser feitos através de escritura pública, cujo valor é tabelado e bem abaixo se considerado o despendido em um processo judicial. Assim, durante a constância do relacionamento o casal terá mais:

- Liberdade: podendo abordar quaisquer questões que envolvam o relacionamento, desde que não pactuem cláusulas que contrariem a lei, tais como renúncia a questões envolvendo dever de assistência, guarda dos filhos e proibindo futuro pedido de divórcio ou dissolução de união estável.

- Segurança jurídica: pois é possível deixar o instrumento o mais detalhado possível e tratar de quaisquer questões que possam gerar conflitos, inclusive na convivência familiar e na educação dos filhos, facilitando a conciliação do casal.

Quer parecer, pois, que autorizada a modificação do regime de bens pelo Poder Judiciário, igualmente autorizada estarão as disposições e caráter não patrimonial.

Além disso, por ser um documento público, gera efeitos ainda que mitigados perante terceiros desde sua confecção, já que sustentada, em regra, também por um processo judicial prévio que autorizou a mudança do regime.

Mas se já houver uma união em que o casal queira alterar apenas decisões sobre administração do patrimônio, regras de convivência, criação dos filhos etc. isso é possível sem autorização judicial? O tema é polêmico, mas no nosso sentir não. Sendo da essência do pacto antenupcial o regime de bens, e tendo previsto o legislador a necessidade de intervenção judicial, não estaria o notário autorizado à lavratura sem a prévia autorização judicial.

Por meio de ação judicial, pois, assim como na alteração do regime de bens do casamento, será exigida motivação, ainda que mínima, e demonstração de que não há intenção de prejudicar terceiro com as novas regras.

Vale dizer, proferida a decisão autorizadora, o juízo poderá definir os parâmetros do regime nos próprios autos, determinando por meio de mandado os registros e averbações que entender necessários ou, ainda, autorizar a elaboração de um pacto pós-nupcial em cartório mediante alvará judicial.

No Brasil, a tendência ao pacto pós-nupcial tem chamado a atenção. No X Congresso Brasileiro de Direito de Família, houve palestra específica da advogada Viviane Girardi, presidente da Comissão de Jurisprudência do IBDFAM, palestra denominada: “Mudança de regime de bens -efeito *ex tunc* e *ex nunc*-Pacto pós nupcial?” (ASSUMPÇÃO; GRACIANO, 2016, p. 1-2). Para Girardi: “[...] alterar o regime de bens é uma necessidade de determinados casais, inclusive para manterem os aspectos pessoais da relação.”¹¹

Há acórdãos que dispensam a necessidade de lavratura de pacto, posto que a própria decisão judicial poderá fixar diretamente os parâmetros do novo regime de bens:

EMENTA: PEDIDO DE ALVARÁ JUDICIAL. PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO PARA LAVRAR ESCRITURA PÚBLICA DE PACTO ANTENUPCIAL. POSSIBILIDADE JURÍDICA DA ALTERAÇÃO DE REGIME. DESNECESSIDADE DE ESCRITURA PÚBLICA. 1. Não tendo havido pacto antenupcial, o regime de bens do casamento é o da comunhão parcial sendo nula a convenção acerca do regime de bens, quando não constante de escritura pública, e constitui mero erro material na certidão de casamento a referência ao regime da comunhão universal. Inteligência do art. 1.640 NCCB. 2. A pretensão deduzida pelos recorrentes que

¹¹ Conforme notícia disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/5791/Mudan%C3%A7a+de+regime+de+bens+e+pacto+p%C3%B3s-nupcial+s%C3%A3o+debatidos++em+palestra+no+X+Congresso+Brasileiro+de+Direito+de+Fam%C3%ADlia>. Acesso em: 10 dez. 2021.

pretendem adotar o regime da comunhão universal de bens é possível juridicamente, consoante estabelece o art. 1.639, §2º, do Novo Código Civil e as razões postas pelas partes são bastante ponderáveis, constituindo o pedido motivado de que trata a lei e que foi formulado pelo casal. Assim, cabe ao julgador a quo apreciar o mérito do pedido e, sendo deferida a alteração de regime, desnecessário será lavrar escritura pública, sendo bastante a expedição do competente mandado judicial. O pacto antenupcial é ato notarial; a alteração do regime matrimonial é ato judicial. 3. A alteração do regime de bens pode ser promovida a qualquer tempo, de regra com efeito ex tunc, ressalvados direitos de terceiros. Inteligência do artigo 2.039, do NCCB. 4. É possível alterar regime de bens de casamentos anteriores à vigência do Código Civil de 2002. Recurso provido. (SEGredo DE JUSTICA) (Apelação Cível Nº 70006423891, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 13/08/2003).

Entretanto, repisa-se, na maioria dos casos o que tem ocorrido é a mera autorização judicial para alteração, deixando para que as partes definam o novo regime que entendem melhor, por meio de escritura pública. Também aqui se vê a tendência à desjudicialização, que mais recentemente vem sendo denominada extrajudicialização, ou seja, a ampliação constante das atribuições dos titulares dos serviços notariais e de registro (ASSUMPÇÃO; GRACIANO, 2016, p. 3):

É fato que a lei vem determinando que cabe a notários e registradores dar soluções jurídicas a problemas dos cidadãos quando não há conflito, de modo que o Judiciário possa se dedicar à sua real vocação, a solução de lides, o que encontra respaldo na confiança depositada nesses profissionais pelos cidadãos.

Sobre o pacto pós-nupcial com objetivo de alteração do regime de bens, o Superior Tribunal de Justiça trouxe interessante definição no julgamento do RESP 1300205: “**o pacto pós-nupcial [...] em nossa legislação, depende de aprovação do Poder Judiciário para que seja válido.**” (ASSUMPÇÃO; GRACIANO, 2016, p. 3-8).

Processo REsp 1300205 Relator(a) Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA Data da Publicação 20/04/2015 Decisão. RECURSO ESPECIAL Nº 1.300.205 -SP (2011/0300280-9) RELATOR: MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA CIVIL E PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL. CASAMENTO CONTRAÍDO NA ESPANHA. REGIME DA SEPARAÇÃO DE BENS DE ACORDO COM A LEI DAQUELE PAÍS. VINDA PARA O BRASIL. DIVISÃO DE AQUESTOS. POSSIBILIDADE. PACTO **PÓS-NUPCIAL**. 1. Apesar de o casamento haver sido contraído no exterior e pelo regime da separação de bens, os bens adquiridos na constância da vida comum devem comunicar-se, exceto se houver expressa previsão de exclusão no pacto antenupcial ou **pós-nupcial**, este se validamente realizado. 2. A alteração do regime de bens após a

celebração do casamento é admissível mediante autorização judicial. 3. Recurso especial conhecido em parte e provido parcialmente.

DECISÃO. Tratam os autos de ação de separação judicial litigiosa na qual a autora sustenta que se casou com o requerido em cerimônia religiosa no Brasil, mas o casamento civil foi realizado na Espanha, onde o casal viveu por algum tempo. Logo que se mudaram para o Brasil, a relação tornou-se impossível, sendo o caminho da separação o mais indicado. Propôs, então, a divisão dos bens, sustentando que o regime a ser considerado seria o da divisão parcial de bens. A sentença homologou a separação e, em relação aos bens, decidiu que deveriam ser partilhados. Entendeu o julgador que, nada obstante o casamento civil sob regime de separação total de bens tivesse sido celebrado na Espanha, era viável a comunicação dos aquestos. Reconheceu, então, que os bens móveis e imóveis podiam ser objeto de partilha, mas a matéria deveria ser suscitada em fase de execução de sentença. Contudo, quanto à constituição e formação da sociedade filiada à Herbalife, afirmou-se no julgado que estava devidamente comprovado no processo a participação da autora na formação e constituição da sociedade, devendo também ela ser objeto de partilha. Toda a controvérsia que surgiu nos autos a partir da sentença restringiu-se à questão da partilha da referida empresa. No acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, de forma mais detalhada, encontram-se, no voto condutor, esclarecimentos de que o casamento, embora realizado na Espanha, fora devidamente transcrito no 1º Cartório de São Bernardo do Campo, além de registrado no Consulado-Geral do Brasil, fato que viabiliza o divórcio e a adoção do regime de bens ajustado pelo casal, o de separação total, o que não impede a comunicação dos aquestos, segundo legislação nacional. Afirmou-se que, relativamente ao regime do Código de 1916, para os bens adquiridos na constância do casamento não se comunicarem por força do estatuído no art. 259 do Código Civil/1916, os nubentes deveriam ter feito consignar no pacto a incomunicabilidade dos aquestos. Opostos embargos declaratórios, foram rejeitados. Daí o recurso especial dirigido a esta Corte, [...] II -Art. 7º, § 4º, da LICC. No que tange às disposições do artigo indicado, vê-se, além da falta de prequestionamento, que o divórcio que o recorrente afirma ter ocorrido na Espanha não foi homologado no Brasil, pois não há nenhum procedimento de homologação de sentença estrangeira. As partes optaram por divorciar-se perante o governo brasileiro, sendo óbvio que as normas a serem adotadas são as nacionais. III -Arts. 269, I e IV, e 263, XIII, do CC de 1916. A solução dada pelo acórdão a quo à questão encontra-se pacificada neste Tribunal, segundo o qual, mesmo que o casamento tenha sido realizado no exterior e pelo regime de separação de bens, os bens adquiridos na constância da vida comum devem comunicar-se. Confirmam-se estes precedentes: "CIVIL E PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO LIMITADO. DISSÍDIO NÃO APRESENTADO. INVENTÁRIO. CASAMENTO CONTRAÍDO NA ÁUSTRIA. REGIME DA SEPARAÇÃO DE BENS, CONSOANTE A LEI DAQUELE PAÍS, POR FALTA DE PACTO ANTENUPCIAL EM SENTIDO CONTRÁRIO. VINDA PARA O BRASIL. AQUISIÇÃO DE PATRIMÔNIO AO LONGO DA VIDA EM COMUM. FALECIMENTO DO CÔNJUGE VARÃO. DECLARAÇÃO DE BENS, CONSTANDO APENAS AQUELES EM NOME DO DE CUJUS. IMPUGNAÇÃO PELA FILHA DO PRIMEIRO

CASAMENTO. AQUËSTOS. COMUNICAÇÃO. RESSALVA QUANTO AOS HAVIDOS PELO ESFORÇO EXCLUSIVO/DOAÇÃO/HERANÇA DA CÔNJUGE MULHER. LICC, ART. 7º, §4º CC, ART. 259. SÚMULA N. 377-STF. I. Apesar de o casamento haver sido contraído pelo regime da separação de bens no exterior, os bens adquiridos na constância da vida comum, quase à totalidade transcorrida no Brasil, devem se comunicar, desde que resultantes do esforço comum. II. Exclusão, portanto, do patrimônio existente em nome da viúva, obtido pelo labor individual, doação ou herança, incorporando-se os demais ao espólio do cônjuge varão, para partilha e meação, a serem apurados em ação própria. III. Recurso especial conhecido em parte e parcialmente provido.” (REsp n. 123.633/SP, relator Ministro Aldir Passarinho Júnior, DJe de 30.3.2009). “AGRAVO REGIMENTAL. SEPARAÇÃO LITIGIOSA. PARTILHA DE BENS. AQUESTOS. ESFORÇO COMUM. COMUNHÃO. 1.- No regime da separação total de bens, à mingua de cláusula excludente expressa no pacto antenupcial, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento pelo esforço comum dos cônjuges. Precedentes. 2.- Agravo Regimental improvido.” (AgRg no REsp n. 1.211.658, relator Ministro Sidnei Beneti, DJe de 3.5.2013). A questão de o regime de casamento ser o de separação total de bens foi decidida à luz dos documentos trazidos pelas partes aos autos e não pode ser revista por esta Corte, conforme óbice da Súmula n. 7/STJ. Nesse mesmo sentido, apesar de insistir o recorrente em que houve alteração do pacto nupcial, para deixar claro que os bens adquiridos na constância do casamento também não se comunicaram, o Tribunal concluiu que se tratou de pacto pós-nupcial, que, em nossa legislação, depende de aprovação do Poder Judiciário para que seja válido. De fato, conforme se observa do § 2º do art. 1.639 do Código Civil, a alteração do regime de bens é admissível mediante autorização judicial: “Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver. [...] § 2º É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros. “A decisão do Tribunal a quo não chegou a mencionar quais bens compõem ou não a divisão na forma dos artigos tidos por violados. Daí faltar-lhes o devido prequestionamento, atraindo a incidência da Súmula n. 282/STF para conhecimento do recurso especial. IV -Art. 535, II, do CPC. Por fim, não houve infringência às disposições do art. 535, II, do Código Civil porquanto as questões suscitadas pelo recorrente como sendo omissas, na verdade, foram decididas, compondo o mérito da prestação jurisdicional. Apenas as conclusões a que chegou o julgador é que não são consentâneas com os interesses da parte. V -Conclusão. Ante o exposto, conheço em parte do recurso especial e dou-lhe parcial provimento. Brasília (DF), 08 de abril de 2015. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA Relator.”

3.2 Correção de Erro Material no Registro Civil das Pessoas Naturais

A Lei nº 13.484/2017 ampliou o rol de erros passíveis de correção pela via administrativa: qualquer erro que não exija qualquer indagação para a constatação imediata da necessidade de sua correção passou a ser objeto da retificação administrativa, pelo próprio Oficial. Antes dessa Lei, o art. 110 da Lei de Registros Públicos exigia a participação do Juiz ou do Ministério Público.

4 APONTAMENTOS SOBRE A FUNÇÃO NOTARIAL

4.1 Do Enquadramento da Pesquisa no Âmbito dos Direitos Fundamentais

Como já anteriormente afirmado, esta pesquisa está situada na área dos direitos fundamentais. Em primeiro lugar, porque é evidente que o notário exerce função pública e, ao assim fazer, está sujeito a agredir direitos fundamentais do administrado (o usuário). Sobre isso, aliás, assevera Martins (1974, p. 11):

O primeiro embaraço à compreensão dessa axiomática verdade reside no arbitrário critério da grande divisão do Direito em público e privado. Enquanto não se abandonar a verticalidade dessa colocação, que nada tem de científica, por esquematização horizontal que permita ordenar os ramos necessários da ciência jurídica por sua conveniência didática, ou pela autonomia legal e até mesmo estrutural dos princípios e normas que podem ser encarados como um todo, persistirão confusões como a que dificulta a classificação do Direito Notarial, por alguns considerado público pela simples razão de o Notário exercer função pública, posto que não administrativa, como evidenciado; por outros considerado privado, por isso que o exercício da função que lhe corresponde se exaure na área privada dos direitos negociais ou das relações consensuais.

Nos dizeres de Becker (2018), a questão da autonomia de qualquer ramo do direito é problema falso. De qualquer forma, aderiu-se à corrente de que o estudo do direito notarial deve se dar tanto no âmbito do direito público, quanto no direito privado, de vez que o notário atua tanto na confiança do particular quanto na confiança do Estado¹². A

¹² Não se pretende aqui analisar o papel de responsável tributário do notário, mas tão somente a sua missão de fiscalizar a legalidade estrita dos atos e negócios por ele praticados. A obrigação de notários e registradores fiscalizarem o recolhimento de tributos é casuística ao modelo brasileiro (art. 134 do Código Tributário Nacional) e merece de duras críticas. Ao confundir a essencialidade da função pública exercida pelo notário - profissional liberal que trabalha na confiança do particular - com a figura do Estado arrecadador de impostos, o legislador efetuou acúmulo indevido de funções, o que prejudica o assessoramento notarial, e em última instância a própria autonomia profissional do notário. Isso se dá em situações em que o notário, havendo dúvida na interpretação da lei tributária, naturalmente recusa a prática de determinado ato, ou ainda, decide impor ao usuário a interpretação cujo resultado é mais oneroso ao usuário. Essa conduta profissional provocada pela responsabilidade tributária prevista pela legislação vai de encontro à ideia do assessoramento imparcial e atrasa ou até bloqueia o tráfego negocial. A função do notário latino de instruir as partes acerca da forma menos onerosa do ponto de vista fiscal para a prática do ato perseguido no modelo brasileiro também fica totalmente prejudicada, em caso de dúvidas na aplicação da lei tributária, pois muitas vezes a responsabilidade do notário pelos tributos devidos no ato é considerada pelo fisco como solidária com o usuário do serviço. Melhor seria se, considerado o conhecimento jurídico de notários e registradores, no caso de fundada dúvida, o notário fosse autorizado a lavrar o ato e, apenas posteriormente, submetê-lo à autoridade fiscal para homologação sem, contudo, responsabilização do usuário ou do notário por eventuais juros e multas em caso de interpretações divergentes. Nesse sentido, afirma Larraud que a liberdade integra o próprio conceito de notário: 'Es un profesional **libre** cuya función es recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes'. E

eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ampliada pelos princípios da operabilidade, sociabilidade e eticidade que norteiam o diploma civil brasileiro, implica ainda mais o notário às questões ligadas aos direitos dito fundamentais. Não de olvide também o papel central da boa-fé objetiva nos contratos atuais, algo perseguido pelo notário em sua intervenção e assessoramento.

Ademais, como afirma Brandelli (2011), o notário e a sua conduta são, de fato, o objeto do direito notarial, ou seja, o notariado; o notário é o realizador da função notarial: direta ou indiretamente, todos os enunciados do conjunto de disposições do direito notarial recaem sobre eles (o notário e a sua conduta).

Argumento semelhante é esposado por Larraud (1987, p. 15), para quem: “El derecho notarial es el conjunto de disposiciones legislativas y reglamentarias, usos, decisiones y jurisprudenciales y doctrinas que rigen la función notarial y el instrumento público notarial.”

À medida que o presente trabalho visa a servir também como guia de apoio para conduta de notários no papel de orientação dos pactos antenupciais por ele lavrados, sempre de forma a garantir a efetividade dos direitos fundamentais, nada mais sensato, portanto, do que situar a presente pesquisa no âmbito dos direitos civis fundamentais.

4.2 As Espécies de Notariado

Primeiramente, é oportuno mencionar que, ao longo do tempo, desenvolveram-se no mundo várias espécies de notariado, de acordo com a tradição jurídica de cada país; nem poderia ser diferente. Como afirmou Carral y de Teresa (2007, e-book - tradução

prosegue o mesmo autor afirmando que: ‘La legitimación de los actos públicos y la autenticidad exigen que el notario sea un funcionario público encargado de intervenir en nombre del Estado y ello para atender, **más que el interés particular, el interés general o social de afirmar el imperio del derecho, asegurando la legalidad y la prueba fehaciente de los actos y hechos que dependen de las relaciones privadas**’. E mais: ‘El notario se encarga de ejercer una función de carácter público, debido a que es independiente, **y no se encuentra enrolado en la administración pública, además no devenga sueldo alguno del Estado, pero debido a la veracidad, legalidad y autenticidad que otorga a los actos que autoriza, cuenta con respaldo del Estado, por la fe pública que ostenta**. El notario es un profesional del derecho que se encarga de una función pública.’ [grifo nosso]. (LARRAUD, Rufino. **Curso de derecho notarial**. Buenos Aires: Depalma, 1987. p. 26, 30-31). Assim sendo, não há que se falar em enquadramento na área do direito administrativo do trabalho aqui desenvolvido, de vez que, como se vê, a função pública diz respeito somente a fé pública e sua essencialidade para o exercício da tutela de *interesses privados* pelo notário.

nossa., a “função notarial é um fato histórico e uma aspiração da consciência jurídica. Por isso, não existe nenhum país e nem civilização que a desconheça.”

Alguns juristas, ao comparar os modelos de notariado adotados países parecem se olvidar de que a maneira como cada sociedade concebe o direito é única e intransferível. Zinny (2007, p. 32), ao tratar da origem do documento escrito que hodiernamente implica a ata notarial¹³, deixa evidente a carga cultural e política que permeia essa técnica em cada sociedade:

Dentro del vasto campo del comportamiento lícito, es decir, del que ocupan aquellos comportamientos que por socialmente útiles despiertan el interés y merecen la aprobación del derecho, hay algunos que, además, le preocupan. Sea en razón de la transcendencia de la función social y económica a que están destinados, sea como consecuencia del valor patrimonial de los intereses que mediante ellos se regulan, lo cierto es que el derecho se ve obligado a adoptar una política legislativa destinada a tutelarlos de manera especial. Y como la preocupación del derecho se debe, en buena parte, a la fugacidad temporal del comportamiento (ocurren y pasan tan rápido nuestros actos que cuando se insertan en la historia no siempre dejan rastro), no cabe extrañarse ante el hecho de que, en estos casos, la tutela se logre por medio del documento, que en definitiva no es más que una cosa destinada a representar los hechos de este mundo.

São três as espécies de notariado mais conhecidas atualmente: anglo-saxão, administrativo e latino, cujas características são sucintamente descritas a seguir.

4.2.1 Notariado anglo-saxão

Esse notariado se desenvolveu nos países adeptos da *common law*. Trata-se de notariado de pouca expressão técnica, acometido normalmente a particulares, e cuja missão é simplesmente a dação de fé pública no aspecto da identidade dos signatários e autoria de assinaturas. É fruto direto da tradição jurídica anglo-saxã, que privilegia a oralidade e a prova testemunhal em detrimento da prova escrita¹⁴.

¹³ A ata notarial é o instrumento pelo qual o notário autentica a ocorrência de um fato, conforme artigo 6.º, III da Lei Federal n.º 8.935/94. Sobre o assunto: FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger; RODRIGUES, Felipe Leonardo. **Ata notarial**: doutrina, prática e meio de prova. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

¹⁴ “There are significant differences between common law and civil law in relation to witness evidence. One of the basic principles of common law is the cross-examination of witnesses, which allows a thorough examination of the case. Oral evidence is given considerable weight and will usually prevail over written evidence. At a common law trial witnesses are examined and cross-examined in the presence of the judge and jury. Motions and objections are often made orally by counsel, and the judge rules on orally on them.

O cinema norte-americano tem retratado o privilégio dado por aquele sistema jurídico à oralidade, visto nos chamados tribunais do júri¹⁵. Ousa-se afirmar que, em função de certo desapego à prova escrita isoladamente considerada, o desenvolvimento científico do notariado nesses países foi incipiente ou mesmo fraco. É interessante notar que a Província de Quebec, no Canadá, apresenta forte tradição notarial latina, enquanto as demais províncias do país não desenvolveram o mesmo sistema, sendo um caso em que os notariados latino e anglo-saxão convivem em um mesmo país.

Para mitigar a fragilidade da segurança jurídica gerada pela falta de assessoramento jurídico notarial, desenvolveu-se nesses países um modelo de segurança econômica. Nas transações imobiliárias, por exemplo, é comum o chamado *title insurance*¹⁶.

Não são raras as críticas ao poder de informação detido pelas companhias seguradoras norte-americanas, e o abuso do poder de mercado gerado muitas vezes pela falta de concorrência, decorrência direta das barreiras de mercado que naturalmente se criam nesse ambiente de monopólio da informação¹⁷. É dizer, ao contrário da regra da publicidade e do direito à informação a qualquer pessoa, ínsita aos registros públicos brasileiros, vê-se ali a privatização da informação.

In the civil law, on the contrary, written evidence prevails over oral evidence. If a claim is supported by a document, the judge will usually not go further. If a document is contradicted by oral statement of a witness the document will normally prevail. In commercial cases, the use of witness evidence is very unusual. In some civil law countries, the court may even exclude the evidence given by a party witness in his or her own case. In criminal cases, most civil law countries recognize testimonial privilege for potential witnesses drawn from the family.” (PEJOVIC, Caslav. **Civil law and common law: two different paths leading to the same goal.** 2000. p. 834. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/265244573_Civil_Law_and_Common_Law_Two_Different_Paths_Leading_to_the_Same_Goal; <http://www.nzlii.org/nz/journals/VUWLawRw/2001/42.html>; <https://hrcak.srce.hr/115234>. Acesso em: 21 dez. 2021.

¹⁵ É interessante o sucesso de alguns filmes relacionados ao tema dos julgamentos populares (tribunais do júri), como *Doze homens e uma sentença*, *Erin Bronkovich*, *O Júri*, *Advogado do Diabo*, entre outros.

¹⁶ “A policy of title insurance means the opinion of the company which issues it, as to the validity of the title, backed by an agreement to make that opinion good, in case it should prove to be mistaken, and loss should result in consequence to the insured.” (Minnesota Title Ins. & Trust Company v. Drexel (1895), 36 U.S. App. 50, 17 C.C.A 56, 70 Fed. 194).

¹⁷ Em 1974, o Congresso Norte-Americano aprovou o *Real Estate Settlement Procedures Act*. Ele foi criado porque várias empresas associadas a compra e venda de imóveis, tais como bancos, agentes imobiliários, empresas de construção e companhias de seguros, envolviam-se no pagamento de propinas não reveladas uns aos outros, inflando os custos de transações imobiliárias e obscurecendo a concorrência de preços, o que conduzia fatalmente à chamada venda casada. Recomenda-se a leitura de manual emitido pelo *Federal Reserve* Norte-Americano, Disponível em: <http://www.federalreserve.gov/boarddocs/supmanual/cch/respa.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2021.

Ocorre que algumas vezes a segurança econômica é incapaz de fazer frente aos problemas gerados pela falta de informação e pelos riscos jurídicos assumidos. Tais riscos ficaram ainda mais evidentes com a eclosão da chamada crise do *sub-prime*, que eclodiu em 2006 e colocou a economia norte-americana em uma crise sentida até os dias de hoje.

Há nos Estados Unidos uma forte corrente defensora da instituição do modelo de notariado latino no país. Nesse sentido, Shiller (2008, p. 130) afirma que:

Another possible default option would be a requirement that every mortgage borrower have the assistance of a professional akin to a civil law notary. Such notaries practice in many countries, although not in the United States. In Germany, for example, the civil law notary is a trained legal professional who reads aloud and interprets the contract and provides legal advice to both parties before witnessing their signatures. This approach particularly benefits those who fail to obtain competent and objective legal advice. The participation of such a government-appointed figure in the mortgage lending process would make it more difficult for unscrupulous mortgage lenders to steer their clients toward sympathetic lawyers, who would not adequately warn the clients of the dangers they could be facing.

As diferenças do modelo de notariado anglo-saxão para o latino são, portanto, gigantescas. Qualquer comparação superficial entre eles não se sustenta. De qualquer forma, parece haver certo consenso no sentido de que a segurança jurídica oferecida pelo notariado latino é sensivelmente maior, o que reduz o número de litígio sem implicar maior custo na transação (SHILLER, 2008).

Não por outra razão, a República Popular da China, após a realização de diversos estudos de direito comparado e de eficiência econômica de cada modelo, iniciou uma sistemática migração do modelo de notariado administrativo (estatal) para o modelo de notariado latino -e não para o modelo de notariado anglo-saxão, em que pese o fato de este último ainda ser utilizado de forma predominante pela maior potência econômica global¹⁸.

¹⁸ Segundo o *China Internet Information Center*, veículo autorizado e acreditado pelo governo chinês: "Public notaries are persons accredited by the state to witness civil matters for legal purposes. In the past, public notaries were state offices representing the state in witnessing legal relations in civil matters. State notary offices, at the request of applicants, notarize legal acts and the truthfulness and legality of legal documents and facts in order to protect public property and safeguard the lawful rights and interests of citizens. Since October 1, 2000, the Ministry of Justice has implemented a plan to reform the notary system. Under the new scheme, public notary offices are no longer administrative bodies; rather, they are non-profit

4.2.2 Notariado administrativo

Por sua vez, o notariado administrativo é aquele vinculado de maneira orgânica ao Estado. Nesse modelo, comum aos países da antiga União Soviética, o notário é normalmente um servidor público, com os seus vencimentos e a sua responsabilidade civil pelos atos limitados. A responsabilidade civil por seus atos recai rotineiramente sobre os cofres públicos, ressalvada a possibilidade de contratação obrigatória de seguros de responsabilidade civil por esses profissionais ou pelo próprio Estado.

Essa última solução parece bastante atraente, aliás, e já conquistou alguns adeptos no Brasil. Movidos pelo imaginário popular de que notários e registradores ganham muito dinheiro, alguns políticos rapidamente se propuseram a criar propostas de emendas constitucionais nesse sentido, isto é, recomendando a estatização desses serviços para que assim o Estado pudesse auferir essas “enormes” receitas¹⁹.

Sobre o assunto, diz Allende (1969, p. 81 - tradução nossa):

[...] notariado administrativo significa intervencionismo do Estado nos atos da vida civil dos cidadãos, atos esses muitas vezes personalíssimos, a ponto de, tratando-se de segredo profissional, equiparar-se o Notário a um confessor. O notariado estatizado significa burocracia, com toda a sequela de suas implicações. Notariado estatizado, dentro do Direito latino, significa avanço contra as liberdades individuais. [...] Cabe ao Estado impor ao enfermo um médico ou ao réu seu defensor? Cabe, dentro de um ordenamento político, filosoficamente baseado no direito e na liberdade, estatizar as profissões e regulamentar a atividade privada além do grau organizacional imprescindível?

Vê-se quanto imbricada com o direito à intimidade, à privacidade ou aos direitos da personalidade está a figura do notário latino, que age como verdadeiro “confessor” das partes. Anote-se que não é porque a publicidade é princípio dos registros públicos que o notário não deve, obrigatoriamente, guardar sigilo dos assuntos que lhe são trazidos pelos usuários.

entities with a legal-person status that independently conduct notary business to meet market demand and assume full responsibility for their operations. In the future, the state will no longer approve the establishment of public notary offices as administrative bodies. Public notaries will be recruited openly through examinations administered by the Ministry of Justice.” (Disponível em: http://www.china.org.cn/features/judiciary/2002-04/19/content_1031141.htm. Acesso em: 10 fev. 2019).

¹⁹ Nesse sentido, Propostas de Emenda à Constituição nº 304/2004, de autoria da Deputada Dr.^a Clair - PT/PR e n.º 374/2005, de autoria do Deputado Dr. Rosinha - PT/PR.

Ainda, no que tange à responsabilidade civil, aqueles que defendem a estatização parecem não ter tanta segurança em suas propostas. Alguns propõem a responsabilidade do Estado pelos atos lavrados pelos notários, com possibilidade de ação regressiva (responsabilidade subjetiva do funcionário público, em caso de culpa ou dolo); esquecem, todavia, que um modelo como esse estaria a substituir a segurança jurídica pela segurança econômica e, o mais grave, às custas do contribuinte e com toda ineficiência e lentidão dos aparelhos estatais.

É dizer, cabe questionar se uma pessoa com vencimentos limitados, sem concorrência, e com funcionários que não foram por ela escolhidos é capaz de praticar milhares de atos por dia de maneira totalmente impecável e com a celeridade máxima exigida pela economia de mercado. A diminuição do número de atos por notário nesse modelo, por sua vez, apenas tornaria o serviço mais caro e menos eficiente.

No Brasil, o Estado da Bahia manteve por muitos anos, e à revelia do art. 236 da Constituição Federal, a adoção desse modelo de notariado administrativo, o que se tornou uma verdadeira tragédia para os usuários baianos (com longas filas, demora para obtenção de certidões etc.), até que em 2013, após muita pressão do Conselho Nacional de Justiça e até dos próprios empresários imobiliários locais, decidiu-se finalmente pela urgente privatização dos serviços, com a realização do primeiro concurso público naquele Estado²⁰. O próprio capitalista, que não se conforma em arcar com os emolumentos notariais e registrais para desenvolvimento dos seus projetos imobiliários, ressenete-se da segurança jurídica proporcionada pelo sistema, quando ele sucumbe ou fracassa.

Era uma tragédia anunciada. A limitação de vencimentos, a ausência de responsabilidade ilimitada e de concorrência entre os notários - aliadas ao engessamento trazido pela obrigação de licitações e concursos públicos para contratação de auxiliares - geram um esmorecimento natural; afinal, o bom assessoramento notarial é possível somente com liberdade de contratação de auxiliares, concorrência entre os notários e uma responsabilidade civil ilimitada no caso de falha na prestação do serviço - isso para

²⁰ Sobre o assunto, há compêndio de notícias. Disponível em: <http://cartorios.org/tag/estatizacao/>. Acesso em: 2 jul. 2019.

não repetir a necessária confiança do particular no profissional notário, que só pode existir em um regime de livre escolha.

4.2.3 Notariado latino

Terceiro modelo de notariado, o latino é aquele prestado por particular, na confiança do Estado, e por ele autorizado e fiscalizado. Está centrado nas funções de conselho e certificação, isto é, a dação de fé pública tradicional relativa à identidade e capacidade das partes, comum ao modelo anglo-saxão, é precedida de um assessoramento jurídico cuidadoso e imparcial.

O tratadista Larraud 1987, p. 26) assinala que:

El notario latino es el profesional del derecho encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a este fin y confiriéndoles autenticidad; conservando los originales de éstos y expediendo copias que den fe de su contenido. En su función está comprendida la autenticación de hechos.

Esse modelo, segundo Deckers (2005), é sustentado, a rigor, em dois pilares: tabela de emolumentos e o *numerus clausus*. É o que se explica a seguir.

Na expressiva maioria dos países, sobretudo naqueles em desenvolvimento, grande parte das pessoas não tem a consciência da importância da função notarial e do aconselhamento jurídico como forma de prevenção de litígio. Assim, a escolha de profissionais do direito normalmente se efetiva por fatores exclusivamente relacionados ao custo, em total prejuízo da qualidade do serviço.

Por esse motivo, a existência de uma tabela de fixação dos emolumentos obrigatória é fundamental para que a profissão não seja mercantilizada. Se o custo de uma escritura pudesse ser livremente estipulado pelas partes, não tardaria para que alguns notários lavrassem escrituras por preço ínfimo, com toda a queda de qualidade que isso representaria.

Anote-se, porém, que a tabela de emolumentos sozinha não é capaz de alterar a realidade. Ainda que se imponha de forma obrigatória um custo mínimo ao serviço, a existência de uma quantidade enorme de notários torna a tabela de emolumentos

praticamente letra morta. É óbvio que, em um ambiente de concorrência extrema, sempre haveria um notário que buscaria angariar a clientela em função do preço, mesmo que isso fosse (como é) considerado ilícito e combatido pela legislação²¹. A dificuldade em se provar a conduta do chamado desconto ilegal faria com que muitos o praticassem sem qualquer cerimônia.

O número reduzido de notários e a fixação coercitiva do preço do serviço são, como se vê, fundamentais não apenas para o bom desempenho da profissão, mas também para a sua existência; afinal, sem isso, o notariado está fadado a sucumbir. É dizer, para se ter um conselho ruim ou com vício, é melhor que não se tenha conselho algum. Pelo exposto, pode-se afirmar, à guisa de exemplo, que, na hipótese de uma procuração para venda de imóvel de valor superior a 30 salários mínimos, em que a legislação impõe a forma pública, não está o legislador obrigando seja ela simplesmente impressa no livro de notas do Tabelião público. A lei está, sim, a impor que seja seguido todo o ritual da forma pública previsto no modelo de notariado latino, a saber: leitura integral do texto pelo notário ou pela própria parte, mas sempre com explicação e certificação de compreensão das implicações jurídicas pelo usuário, para não mencionar a análise da capacidade e a vontade livre do indivíduo para a prática daquele ato, entre outros²².

Reduzir a importância do instrumento público tão somente ao objetivo de redução de fraudes perpetradas por estelionatários desvaloriza a instituição notarial e, mais do que isso, vai contra todos os ideais do legislador brasileiro²³.

Se restar provado em juízo que, apesar de lavrado no Livro de Notas, não houve, por exemplo, a leitura do texto para o usuário, nem qualquer explicação mínima de seu conteúdo, aquela procuração não terá seguido a forma pública. A nulidade, se a forma pública for essencial à validade do ato, ocorrerá ainda que tenham sido seguidas

²¹ No Estado de São Paulo, a Lei n.º 11.331/2002 fixou as Tabelas de Emolumentos e a forma de atualização dos seus valores, prevendo inclusive punição a notários que cobrarem a maior ou a menor em relação ao que estiver fixado na respectiva tabela (Artigo 30 c/c Artigo 32 § 3.º).

²² Larraud (1987, p. 26) afirma que “[...] el notariado es una profesión jurídica que tiene por cometido, en la sociedad, asistir a los particulares para facilitarles la realización espontánea, pacífica del derecho, y a cuyo alcance el ordenamiento jurídico pone un conjunto de medios e procedimientos técnicos que el agente utiliza como método propio, para cumplir su función.”

²³ Art. 6.º da Lei Federal n.º 8.935/1994.

materialmente no texto da procuração todas as formalidades legais extrínsecas ao ato, e o usuário o tenha subscrito. Ademais, assinar sem ler ou entender o texto em todos os seus detalhes pode até ser possível do ponto de vista fático, mas fere de morte o modelo de notariado latino, sujeitando o notário, inclusive, às punições administrativas cabíveis.

No exemplo trazido à baila, a escritura de venda lavrada com base nesse mandato também estaria sujeita à nulidade, de vez que foi preterida a solenidade exigida, qual seja, a forma pública do mandato.

Vale dizer que o mesmo poderá ocorrer no pacto antenupcial. Se restar comprovado que o cônjuge não compreendeu o regime por não ter havido qualquer explicação por parte do notário ou, mais grave, a escritura nem sequer foi lida para as partes, a escolha desse regime de bens estaria viciada, prevalecendo o regime da comunhão parcial de bens por expressa disposição legal²⁴.

4.2.4 O notariado brasileiro

Como mostrado, é imprescindível a formação jurídica do notário no modelo latino. Não se pode conceber o assessoramento jurídico tendente à prevenção de litígios feito por pessoa sem notável saber jurídico. Andou inadequadamente o legislador brasileiro, portanto, ao permitir que aquele que contar com 10 anos ou mais de serviço notarial ou de registro possa concorrer em concurso público de provas e títulos ao cargo de notário ou registrador: o conhecimento teórico é fundamental, e não pode jamais ser substituído pelo conhecimento exclusivamente prático.

Mais grave ainda é a disposição no sentido de que o concurso de remoção dar-se-ia apenas por contagem de títulos²⁵, desconsiderada a aplicação de provas para medir o conhecimento teórico do candidato. Felizmente, contudo, esta hipótese tem sido interpretada conforme a constituição brasileira para se entender que a aplicação de provas para tal concurso de remoção é mandatária²⁶.

²⁴ Art. 1.653 c/c o art. 1.640 do Código Civil.

²⁵ Art. 16 da Lei Federal nº 8.935/94.

²⁶ Nesse sentido, a Resolução n.º 81, de 9 de junho de 2009, do Conselho Nacional de Justiça previu que: “Art. 1º O ingresso, por provimento ou remoção, na titularidade dos serviços notariais e de registros declarados vagos, **se dará por meio de concurso de provas e títulos** realizado pelo Poder Judiciário, nos termos do § 3º do artigo 236 da Constituição Federal.” [grifo nosso].

Calcados nesse tipo de entendimento, e no fato de que muitos notários e registradores sem nenhuma formação jurídica foram legitimados como titulares de delegação pela Constituição Federal de 1988, alguns advogam que não se trata de uma profissão rigorosamente jurídica. Aliás, esse entendimento, infelizmente, encontra-se sufragado pelo Conselho Nacional de Justiça no Procedimento de Controle Administrativo 0005579-02.2013.2.00.0000²⁷.

Historicamente, esse sentimento de desconfiança da sociedade em relação à capacidade jurídica de notários e registradores, advindo da época em que o caráter venal dos cargos predominava, reforçou as bases da ideologia segundo as quais notários e registradores deveriam gravitar na órbita do Poder Judiciário, fiscalizados e praticamente submetidos hierarquicamente aos órgãos judiciários²⁸.

Essa situação é sintetizada por Lima Filho (2006, p. 22):

Como visto, embora o notariado brasileiro esteja enquadrado, como do tipo latino, a prática atenta para desvirtuá-lo. Conquanto a liberdade e autonomia que sempre lhe foram peculiares, historicamente ele tem sido comumente confundido e, por conseguinte, arrolado, entre os servidores judiciais, além do que não se lhe tem exigido preparação técnico-jurídica

²⁷ Decisão disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pjecnj/ConsultaPublica/DetalleProcesoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?idBin=1394482&idProcesoDoc=1396141>. Acesso em: 17 jul. 2019.

²⁸ Embora se afirme na teoria que não exista a sobredita hierarquia, há críticas contundentes ao modelo de fiscalização brasileiro que, por razões históricas, foi acometido ao Poder Judiciário quando melhor seria se a normatização e supervisão dos serviços notariais fosse exercida pelo Poder Executivo. Aristides Sobrinho (2002, p. xliii-xliv) anota sobre o tema que: “Difícilmente se encontrará uma qualificação funcional tão errada como esta, fruto de errados conceitos, também tradicionais do nosso direito e da nossa doutrina jurídica, tendo em vista que o notariado de modo algum está incluído na órbita da organização judiciária. Na organização judiciária compreendem-se, além de juízes e tribunais, os órgãos auxiliares destes que em consonância com o art. 139, do CPC são o escrivão, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador e o intérprete. Com relação a estes é que podem ou devem os tribunais legislar, nunca com relação aos serviços notariais e de registro. A função legislativa do Poder Judiciário é excepcional. Não cabe ao Poder Judiciário fazer leis. Isso é atribuição do Poder Legislativo, estando consagrado em nossa Constituição o princípio da separação de poderes, de maneira, sendo uma atribuição excepcional, tem de ser interpretada restritivamente. Deu-se esse poder aos tribunais de justiça para garantir a independência das justiças locais, como forma de auto-governo da magistratura. Esse auto-governo da magistratura, essa autonomia do Judiciário, hoje é considerada inerente à sua independência. Daí ter sido dada, nos Estados, essa atribuição normativa aos tribunais de justiça. Mas a organização do notariado não tem nada a ver com o auto-governo da magistratura; o auto-governo da magistratura diz respeito aos seus auxiliares, à organização também dos juízes e dos tribunais, não porém, do serviço público, como o notariado, se se entender como integrante desta categoria, estranho à organização judiciária.” Vale lembrar que na Espanha os notários são fiscalizados por seus próprios Colégios Notariais que, por sua vez, respondem apenas à *Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN)*, órgão submetido ao Ministerio de Justicia.

adequada, adquirida mediante o bacharelado em ciências jurídicas e sociais.

E prossegue o autor (2006, p. 31):

No Brasil, por força da tradição histórica, os notários têm sido confundidos injustificadamente como funcionários da Justiça, sendo em tais quadros incluídos. Nesta mesma linha de confusão, a Emenda Constitucional n. 1, de 17 de Outubro de 1969, que alterou a Magna Carta de 1967, estabeleceu em seu artigo 144, § 5º, que ‘cabe ao Tribunal de Justiça dispor, em resolução pela maioria absoluta de seus membros, sobre a divisão e a organização judiciária, cuja alteração somente poderá ser feita de cinco em cinco anos’ e, a lei Complementar n. 5.621, de 4 de Novembro de 1970, ao clarear o conceito de organização judiciária, inclui na competência das resoluções dos Tribunais de Justiça a organização, classificação, disciplina e atribuições dos serviços auxiliares da Justiça, inclusive tabelionatos e ofícios de registros públicos.

Essa visão equivocada de que notários e registradores são subalternos e meros “carimbadores” explica o atraso brasileiro na capacidade de prevenir litígios. A má compreensão acerca da imparcialidade do notário, como o seu grande diferencial em relação ao assessoramento prestado por advogados, é outra questão que suscita crítica por partes dos leigos.

De outro lado, a ausência de garantias constitucionais semelhantes àquelas da magistratura a notários e registradores, a falta de representantes no Conselho Nacional de Justiça, a inexistência de aposentadoria compulsória²⁹, entre outros, mostram a preferência do constituinte originário e derivado pelas carreiras jurídicas ditas clássicas, como a magistratura, o ministério público; de outro lado, o total descaso em relação aos notários e registradores. Essa falsa aparência de que o notário não possui a mesma importância transmite a sensação à comunidade leiga de que o notário seria prescindível e facilmente substituível pelo advogado.

Isso nada mais do que traduz materialmente a preferência impregnada no ordenamento jurídico brasileiro por uma tradição retrógrada e conservadora da sociedade, que parece priorizar as instituições dedicadas à solução dos litígios (mais caras ao

²⁹ Entende-se que o exercício vitalício do cargo por notários e registradores, conforme restou consagrado em acórdão do Supremo Tribunal Federal, além de antirrepublicano, diminui a sua importância como carreira jurídica e impossibilita o “arejamento” que se daria com o ingresso de novos profissionais, normalmente mais atualizados, como acontece na Magistratura e no Ministério Público graças à existência da aposentadoria compulsória.

contribuinte, e que dificilmente agradam os seus usuários), em detrimento daquelas que se dedicam à prevenção de forma imparcial (muito menos onerosas ao contribuinte, e que raramente desagradam os seus usuários). A função do advogado não substitui a do notário, nem a do notário substitui a do advogado, tanto é assim que o legislador previu a obrigatoriedade de intervenção de ambos os profissionais nas escrituras de divórcio e inventário consensuais.

Entretanto, parece existir uma força motriz no Brasil para que ocorra o litígio -e não a sua prevenção. Se assim não fosse, como se sustentar, por exemplo, a existência de cerca de um milhão e duzentos mil advogados, em um país que conta com mais de 1670 faculdades de Direito ativas, sem fabricação constante de litígios evitáveis?³⁰

Esse modelo educacional somente se sustenta com aumento no número de processos. De outra sorte, tal aumento é igualmente insustentável, do ponto de vista do respeito ao direito fundamental à rápida solução dos litígios, com processos cada vez mais morosos e ineficientes. Dados apresentados pelo ministro do Superior Tribunal de Justiça, Luiz Felipe Salomão, mostram que, nos últimos 25 anos, o número de processos no Brasil cresceu 80 vezes, enquanto o de juízes cresceu apenas quatro vezes³¹.

Diante dessa constatação de que o modelo está esgotado, muitos doutrinadores têm sugerido a urgência de investir em modelos alternativos de solução de conflitos. Ora, o notariado nada mais é do que umas dessas *válvulas de escape* da sociedade brasileira em matéria de prevenção e até de resolução de litígios. Ocorre que o desinteresse pelas funções exercidas por esses profissionais e a subsunção hierárquica destes ao órgão diretamente encarregado de solucionar litígios, além de contraproducentes têm se mostrado totalmente equivocados.

³⁰ A OAB registra em seu site o total de 1.156.067 advogados regularmente inscritos em todo o país, em informação também colhida hoje. Existem no Brasil 1670 faculdades de Direito, em informação do dia 26/07/2019. Existe uma estimativa de existirem entre 1.5 a 3 milhões de bacharéis em Direito no país. Disponível em: <https://blogexamedeordeordem.com.br/numeros-do-direito-do-judiciario-e-da-advocacia-no-brasil#:~:text=A%20OAB%20registra%20em%20seu,em%20informa%C3%A7%C3%A3o%20tamb%C3%A9m%20colhida%20hoje.&text=Existem%20no%20Brasil%201670%20faculdades,dia%2026%2F07%2F2019.&text=Existe%20uma%20estimativa%20de%20existirem,bachar%C3%A9is%20em%20Direito%20no%20pa%C3%ADs>. Publicado em 28 ago. 2019 às 10h35. Acesso em: 12 jan. 2022.

³¹ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-out-30/ministros-defendem-cultura-nao-litigio-seja-estimulada-brasil>. Acesso em: 27 dez. 2021.

É necessária a valorização e a capacitação do notariado, sobretudo daqueles das pequenas cidades. Urge, ainda, maior representatividade e independência desses profissionais nas instâncias políticas como sói acontecer em diversos países da Europa. Vale dizer que houve recentemente um primeiro ministro espanhol, Mariano Rajoy, que era registrador de imóveis de carreira, tamanha a valorização dessa profissão naquele país, que entende possível e necessária a participação política desses profissionais. Entretanto, o que se vê por aqui é justamente o contrário.

A participação de notários e registradores nos órgãos decisórios é pequena, se não inexistente. Tido em alguns estados da federação como operadores braçais do direito, eles sequer são consultados em decisões que lhe dizem total respeito. Basta mencionar que o Conselho Nacional de Justiça não possui em sua composição qualquer notário ou registrador, mesmo sabendo que boa parte das normas editadas se destinam a esses profissionais.

Não bastasse isso, os legisladores, a pretexto de agradar as camadas menos favorecidas da população, inundam o congresso de projetos de lei tendentes a abolir intervenções obrigatórias do notariado, simplificá-las ou tornar gratuitos certos atos.

Esquece-se o legislador, contudo, que o cidadão pobre é justamente quem mais necessita do notário para equilibrar a diferença de poder nas relações jurídicas por ele travadas. Ao rico, por sua vez, que normalmente conta com uma equipe de advogados preparados para o orientar e servir, interessa a existência de um notariado fraco e humilhado. Afinal, uma das missões do notário é a defesa do hipossuficiente (o consumidor, o trabalhador, os vulneráveis em geral), como hoje está consagrado nas normas administrativas do Estado de São Paulo³².

E no casamento isso não é diferente. Aqueles que podem se valer de boa orientação jurídica não podem ser autorizados, por via indireta, pelo ordenamento, a

³² O Item 2.2 do Cap. XIV das Normas de Serviço – Cartórios Extrajudiciais -Tomo II, emanadas pela Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo dispõe que: “2.2. A consultoria e o assessoramento jurídicos devem ser prestados por meio de informações e de esclarecimentos objetivos, particularmente sobre o melhor meio jurídico de alcançar os fins desejados pelas partes, os efeitos e consequências dos fatos, atos e negócios jurídicos a serem documentados, e visar à tutela da autonomia privada e ao equilíbrio substancial da relação jurídica, de modo a minimizar as desigualdades materiais e a proteger os hipossuficientes e os vulneráveis, tais como as crianças e os adolescentes, os idosos, os consumidores, os portadores de necessidades especiais e as futuras gerações.”

oprimir ou ludibriar o seu consorte, o que fatalmente ocorreria se fosse permitida a celebração do pacto antenupcial na forma particular. Disso resulta a essencialidade da atuação do notário nesse tipo de contrato, sem o que os interesses de um poderiam eventualmente prevalecer sobre os do outro, sem qualquer tipo de questionamento ou compreensão por parte deste, e, ainda, com resultados drásticos, em caso de divórcio ou falecimento do consorte.

A complexidade do sistema de regime de bens de casamentos no Brasil, bem como a possibilidade de adoção de regime híbrido e cláusulas inusitadas, fazem com que a atuação do notário, ainda que somada à atuação de bons advogados das duas partes - quando isso acontece -, seja fundamental para uma conciliação de interesses esclarecida, imparcial e transparente, como se verá a seguir.

4.3 Do Direito à Informação Notarial

O direito à informação é garantido pela Constituição Federal como fundamental (art. 5º, XXXIII). Esse conhecimento jurídico, na perspectiva da celebração de um pacto antenupcial, pode ser obtido praticamente de três formas: por conta própria; por meio de um advogado e por meio de um notário. Poder-se-ia dizer que o Estado não deveria, então, de forma proativa, garantir e obrigar o acesso esclarecido à informação, cabendo ao interessado optar por sua busca ou não.

Equivoca-se quem pensa dessa forma. Não basta ao Estado garantir os meios de acesso à informação para que se previnam litígios, uma vez que é sabido que grande número de pessoas, preocupadas com a sobrevivência, não dedicariam parte do seu tempo ao estudo jurídico do pacto antenupcial em bibliotecas públicas ou na internet. Mais do que isso. Muitos cônjuges, sem qualquer formação jurídica, não vislumbram a importância de um pacto antenupcial e os seus efeitos até muitos anos depois do casamento.

É raríssimo o ensino jurídico básico durante o ensino fundamental ou médio, o que faz com que pessoas bastante esclarecidas e com formação acadêmica em outras áreas não saibam sequer o que é um pacto antenupcial. Assim, devem os órgãos públicos se incumbir da tarefa de mostrar a importância de o cidadão entender e se esclarecer acerca

dos institutos jurídicos econômicos que guiarão a sua vida matrimonial. Ora, se o indivíduo buscou a formalização da sua relação, nada mais justo que a ele seja explicada a possibilidade de também formalizar as suas relações econômicas da forma que melhor lhe aprouver.

A razão de se defender a importância da informação notarial jurídica e imparcial como dever do Estado, é garantir a plena liberdade contratual dos cônjuges de bem estabelecer as suas relações econômicas. As vicissitudes no acesso à informação podem contaminar até mesmo o casamento das pessoas, caso uma das partes entenda que foi ludibriada quando da escolha do regime de bens ou das cláusulas econômicas que firmou. Deve haver exato equilíbrio na qualidade da informação de ambos os cônjuges para que não se alegue qualquer tipo de vício de consentimento, o que poderia macular a segurança jurídica do pacto e de todos os negócios celebrados posteriormente na vida negocial daquelas pessoas.

Em Portugal (1998, on-line) onde também se convive com notários latinos, o direito à informação jurídica tem assento constitucional e status de direito fundamental:

O direito à informação jurídica, constitucionalmente consagrado, desde 1982 - então sem quaisquer precedentes em direito comparado - no actual Art.º 20º n.º 2 da Constituição da República Portuguesa e a que o Dec. Lei 387-B/87, de 29/12, veio dar forma e efectiva viabilidade, constitui direito fundamental de todos os cidadãos. [...] Para tal, incumbe, de modo especial, ao 'Governo realizar, de modo permanente e planeado, acções tendentes a tornar conhecido o direito e o ordenamento legal', quer 'através de publicações', quer 'de outras formas de comunicação' - Art.º 4º. Conhecer o direito é, como facilmente se reconhecerá, conhecer não só a lei, mas ainda e também a sua aplicação aos casos concretos, é dizer, a jurisprudência, sob pena de o mesmo não passar de mero 'direito fundamental formal.

Defende-se, portanto, a existência de um direito fundamental implícito à informação notarial tendo em vista dos arts. 5º e 236 da Constituição Federal. É evidente que esse direito à informação é guiado pelo Princípio da Legalidade, ao qual o notário e as partes se sujeitam.

4.4 Algumas Linhas Sobre o Pacto Antenupcial e Regime de Bens no Brasil: natureza jurídica e princípios

O pacto antenupcial é um dos poucos institutos jurídicos que atingem praticamente a todos os indivíduos e com efeitos por longo período de suas vidas. Mesmo que o cidadão opte por não se casar, na hipótese de constituir uma união estável ele será afetado pelas regras de determinado regime de bens. O sujeito que durante toda a sua vida não manteve nenhum tipo de relacionamento duradouro, provavelmente também será afetado em seus direitos sucessórios, diretamente ou por via reflexa, pelo regime de bens escolhido por parentes seus.

Nas palavras de Cardoso (2014, p. 1):

O pacto antenupcial é o contrato pelo qual os cônjuges, antes da celebração do casamento, podem deliberar sobre questões extrapatrimoniais, como patrimoniais, a partir da escolha de um dos quatro regimes de bens na legislação atual (separação total de bens, comunhão parcial de bens, comunhão total de bens e participação final dos aquestos), pela mistura de um ou mais regimes, ou ainda, pela criação de cláusulas que adaptem os interesses do casal afetivo.

Muito se debate na doutrina sobre a natureza jurídica contratual ou institucional do pacto antenupcial. Madaleno (2010, p. 4-5) parece ter razão ao afirmar a natureza mista do pacto antenupcial, isto é, tanto contratual quanto institucional. Isso porque o casal pode aderir e, em especial, dar a sua feição ao pacto, desde que respeitados os limites legais. Por fim, ressalva o caráter de instituição, ao lembrar a necessidade de intervenção judicial para uma eventual modificação posterior ao casamento, e também de a dissolução somente poder ocorrer com a ruptura da sociedade conjugal.

Vale dizer, nenhum outro instituto do direito civil tem tamanha penetração na vida dos indivíduos, de tal sorte que Pontes de Miranda (2001, v. 2, p. 130) afirmou que “a história humana poderia ser lida, em linhas gerais, na história dos regimes matrimoniais.”

No Brasil, os regimes de bens têm sido regidos pelos princípios da liberdade, da imutabilidade (hoje relativa) e da indivisibilidade. Veloso (2020), ao tratar o tema, afirma que o princípio da liberdade não é absoluto; a autonomia da vontade dos nubentes não pode exceder a certos limites que a lei determina. O princípio da imutabilidade ou da

inalterabilidade, ainda seguido no Brasil, tem sido abandonado pela legislação da maioria dos povos cultos.

Monteiro (2016), tratando especificamente do Princípio da Indivisibilidade do regime de bens, afirmou que o regime tem que ser o mesmo para o casal.

É indiscutível a conexão do tema regime de bens com a figura do pacto antenupcial e deste com a figura do notário. Os sul-africanos a denominam na língua inglesa como *Notarial contract*³³ o documento que se destina a reger as relações patrimoniais e afetivas de determinado casal.

³³ “The notarial contract is a formal agreement entered into by a South African citizen/permanent resident and a foreign partner, notarised by a South African notary, setting out the details of their rights and privileges in terms of their relationship. There is no standard format for this notarial contract and each one will be unique according to the party’s particular requirements and circumstances.”- Louwrens Koen - See more at: <http://www.nwivisas.com/nwi-blog/south-africa/what-is-a-notarial-contract-and-why-do-i-need-one-for-a-life-partner-visa/#sthash.5lpFlamF.dpuf>.

5 BREVE ESCORÇO HISTÓRICO SOBRE O REGIME DE BENS

É notável a influência do direito romano no instituto do casamento. Nas palavras de Maia Júnior (2009, p. 49):

Assim como a norma previamente dispõe acerca dos deveres e direitos pessoais dos cônjuges, em função da celebração do matrimônio e da constituição da família, reconhece também a necessidade de disciplinar as relações patrimoniais estabelecidas entre os cônjuges e desses com terceiros. Com efeito, apesar de não ser o patrimônio o fim da família é de fundamental importância para sua sobrevivência e desenvolvimento: *patrimonium ad sustinendam onera matrimonii* [patrimônio para sustentar as incumbências do matrimônio].

Demonstrada a importância da matéria para os romanos no brocardo latino acima, optou-se por questões metodológicas para iniciar o recorte histórico do assunto a partir do direito romano. Não se desconhece, contudo, a existência de civilizações anteriores que lidaram com a questão dos regimes de bens, como, por exemplo, na famosa história do casamento da Princesa fenícia Jezabel com o Rei Acabe, de Israel.

5.1 O Direito Romano

Gozzo (1992, p. 21), ao tratar do direito romano relativamente ao regime matrimonial, aduz que:

O regime de bens que vigorou sob o império de suas leis consistia, basicamente, em dois tipos: *cum manu* e *sine manu*. Em outras palavras: no casamento *cum manu*, a mulher entrava definitivamente para a família do marido. Todos os bens que possuísse antes do casamento ou que viesse a adquirir - a qualquer título - durante a constância deste, passavam a ser de propriedade do marido ou do seu *pater familias*.

Essa entrada da mulher no seio da família do marido era chamada *deductio in domum*. Normalmente, a *deductio* era marcada por uma cerimônia chamada *confarretio*, ou seja, rituais sagrados, orações etc.

Com o casamento, a mulher perdia os direitos sucessórios de sua família sanguínea e, na morte do marido, sucedia aos bens deste como se fosse sua filha. Ainda que fosse emancipada, ou seja, *sui iuris*, a mulher perderia o direito de administrar os seus bens, passando o seu patrimônio a integrar o patrimônio do marido ou *pater familias*.

Nader (2016, v. 5, p. 433) explica tal regime:

[...] vigorava o princípio da absorção, segundo o qual o patrimônio que a mulher levava ao casar-se era incorporado ao patrimônio do *pater familias* já que tanto ela quanto seus bens estavam a ele subordinados. Nesta figura matrimonial, o matrimônio *cum manu*, a mulher ingressava com seu patrimônio na família do marido sendo equiparada à filha.

No casamento *sine manu*, por sua vez, conforme Gozzo (1992, p. 21):

[...] a mulher continuava pertencendo à sua família de origem, privando de todos os direitos que lhe advinham dessa situação. Os patrimônios dos cônjuges eram autônomos, embora coubesse ao marido a administração dos bens da mulher, desde que ela não fosse emancipada (*sui iuris*). Caso fosse, caberia a ela decidir se o seu marido administraria ou não os seus bens.

Havia no casamento *sine manu* uma presunção em favor do marido no sentido de que, havendo dúvida em relação a quem era o proprietário do bem, decidia-se em seu favor (*praesumptio Muciana*).

Cardoso (2010, p. 24) relata a existência de outra forma de matrimônio existente naquele sistema jurídico:

Outra forma de união era chamada de *coemptio*. Tratava-se de casamento privativo dos plebeus, que implicava a venda simbólica da mulher ao marido, assemelhando-se pela forma a *mancipatio*, e ainda havia o *usus*, que consistia no casamento pela convivência ininterrupta do homem e da mulher, por um ano, em estado possessório que, automaticamente, fazia nascer o poder marital, a não ser que, em cada período de um ano, a mulher passasse três noites fora do lar conjugal, o chamado *trinoctii usupatio*³⁴.

Gozzo (1992, p. 21) assevera que foi para amenizar essa rigidez do sistema matrimonial romano que surgiu o instituto do dote. No mesmo sentido, afiança Alves (2021, p. 304):

³⁴ Há julgado do Supremo Tribunal Federal que validou disposição contida em pacto antenupcial que previa a modificação automática do regime de bens de separação para comunhão, se ocorrido um determinado fato, no caso o nascimento de filhos (RF, 124:205). No mesmo sentido, ainda, Lafayette Rodrigues Pereira afirmava que: “Póde a comunhão ser modificada por via de estipulações antenupciaes. E’ licito aos contraentes fazel-a depender d’um evento incerto, restringil-a a bens certos e determinados, ou excluil-a de uma parte de sua fortuna. Entre os pactos modificativos da comunhão enumeram-se os seguintes: 1. O pacto de que serão incommunicaveis os bens si do matrimonio não houverem filhos. [...]” (PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de família**. São Paulo: Russell, 2003. p. 102-103).

No Direito Romano, quando o casamento não seguia a *conuentio in manum*, os patrimônios do marido e da mulher eram distintos, havendo total independência entre os cônjuges. 'No entanto, tal regime de separação absoluta de bens foi, desde cedo, amenizado pela instituição do dote'.

Importante notar que a criação do sistema dotal no sistema romano, longe de estar ligada diretamente a uma política de redução da desigualdade em função do gênero, pode ser contextualizada no ambiente de redução dos poderes do *pater familia* pretendido pelos Imperadores Romanos como forma de ampliar os poderes do Estado. De toda a sorte, o que se observou foi um aumento gradual nas funções femininas e no reconhecimento pelo Estado (no fim do Império) de uma capacidade, ainda que reduzida, de gestão de bens pela mulher.

É o que aponta Cardoso (2010, p. 25):

Com o Império, o pátrio poder enfrentou sérias limitações do Estado e com isso os direitos sucessórios entre filhos, a destinação da guarda da prole à mulher, a determinação da herança entre mãe e descendentes passaram a vigorar, o que antes era inadmissível e definitivamente a mulher ganhou espaço na sociedade, se fazendo presente até mesmo nos esportes.

Detalhar o funcionamento do regime dotal no direito romano foge ao escopo deste trabalho, motivo pelo qual novamente se insere a lição de Nader (2016, p. 434):

Fora os bens particulares da mulher levados ao casamento, seu pai ou familiares, ofereciam ao marido uma massa patrimonial destinada a cobrir os gastos ordinários da vida conjunta. Estes bens eram denominados dote. Inicialmente, o dote entregue tinha caráter definitivo, no entanto, com a evolução da sociedade romana e também da legislação, o marido estava obrigado a restituí-lo total ou parcialmente quando da dissolução do casamento. Já no casamento *sine manu*, os bens trazidos pela mulher continuavam sob sua administração e domínio, exercidos por intermédio do marido ou de terceiros.

Entretanto, é importante pontuar que, segundo Gozzo (1992, p. 21), relativamente ao pacto antenupcial, "o direito pátrio não sofreu influências do direito romano, que não chegou a conhecer o instituto do pacto antenupcial." É o que já afirmava também Bevilacqua (1976): a liberdade para a regulamentação contratual do direito dos bens no casamento - garantida por nosso direito e não advinda da legislação romana - integra a maioria dos sistemas jurídicos ocidentais.

5.2 O Direito Germânico

Se o direito nacional no tratamento do pacto antenupcial não foi influenciado sobremaneira pelo direito romano, certo é que a sua origem se assenta no direito germânico e, por conseguinte, na cultura visigótica.

O Código Visigótico - Fuero Juzgo (1815, p. 45), no Livro III já previa a possibilidade de uma espécie de pacto relativamente ao dote:

III. De las arras pues que son dadas, que las no pueden demandar. Cuando nos acordamos de los fechos que son passados, damos término et conseio a los que an de venir. Doncas, porque son algunos, que non se miembran del prometimiento, que an fecho, é non quieren allegrar el casamento que prometieron, conviene nos atoller esto, assí que nenguno non pueda porlongar el casamiento al outro quanto se quisiere. E por ende este dia adelante establecemos que despues que andar el pleyteamiento de las bodas ante testimonias entre aquellos que se quieren desposar, ó entre sus padres, ó entre sus propinquos, é la sortiiia fuere dada e recibida por nombre de arras, maguer que otro escripto non sea ende fecho, por nenguna manera el prometimiento no sea crebantado, ni nenguna de las partes non pueda mudra el pleyto, si el otra parte non quisiere; ma las bodas sean fechas, é las arras sean complidas segund cuemo es pleyteado.

Vale destacar que o direito germânico é conhecido pela interpretação literal dos contratos e absoluto respeito à forma prevista em lei. O aproveitamento do negócio jurídico viciado em sua forma, tal qual previsto no Código Civil brasileiro, não se vê no Direito Alemão.

5.3 História do Pacto e dos Regimes de Bens no Brasil

O primeiro regime legal no Brasil foi o da comunhão universal de bens, como explica Nader (2016, p. 435):

No Brasil, primeiramente o casamento era realizado pela comunhão universal, sendo mencionado pelas Ordenações Afonsina, Manuelina e Filipina. Desde esta época já se permitia aos nubentes a livre estipulação do regime de bens, sendo o da comunhão total usado subsidiariamente no silêncio deles.

De fato, em 1146, foram promulgadas as ordenações Afonsinas em Portugal, que no Livro IV, Título XII (*De como a mulher fica em posse, e Cabeça de Casal depois da*

morte de seu marido) aborda, ainda que de maneira incipiente, o regime de bens entre cônjuges (OLIVEIRA E CASTRO, 1927, p. 15-16):

Costume foi em estes Regnos de longamente usado, e julgado, que honde o casamento he feito antre o marido, e a Molher per Carta de meetade, ou em tal lugar, que per usança se partam os bees de per meo aa morte sem aver hy tal Carta, e de sua maaõ devem de receber os herdeiros, e leguatrios do marido partiçom dde todos os bees, que per morte deo ditto marido ficarom, e be massy os leguados [...].

Como citado por Parada (2002, p. 64):

O costume de casamento por carta de ametade não era geral, havia também o casamento por cartas d'arras, como continua o texto legal: 'E bem affy dizemos que o dito coftume nom deve aver lugar nos casamentos feitos per Carta D'arras: falvo em aquelle bens, que per bem, e virtude do dito contrauto devem feer meeiros antre o marido, e a molher; cá em taaes bees fe deve guardar o dito coftume, affy como fe o dito casamento foffe feito per Carta da metade, como dito he'.

Nota-se que já se fala na existência de convenções/contratos (*contrauto*). Nas Ordenações Manuelinas, passou a prever de forma ainda mais clara a possibilidade de convenção, conforme o Livro IV, Título VII³⁵:

Todos os cafamentos que forem feitos em Noffos Reynos, e Senhorios, fe entendem feer feitos por carra de metade, faluo quando antre as partes outra coufa for acordado e contractado, porque entonce fe guardará o que antre elles for concertado. E morto o marido a molher fica em poffe e cabeça de cafal, fe com elle ao tempo de fua morte.

Como se vê, foi consagrada de forma expressa a possibilidade de convenção entre as partes tendente a reger as suas relações patrimoniais, o que foi definitivo, visto que o pacto antenupcial jamais desaparecerá completamente do ordenamento depois disso. Entretanto, importante a observação de Oliveira e Castro (1927, p. 16), no sentido de ainda não existir na época um regime legal ou supletivo:

Por estas Ord. - a do L. 4, t. 12 - se ve que a comunhão de bens ainda não se tornara o regimen commum. A sua existencia provinha ou do casamento ou da convenção, conforme as nupcias se realisavam em logares onde ella sem ser desconhecida não tinha todavia penetrado fundamente nos usos e costumes populares.

³⁵ Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/>. Acesso em: 2 dez. 2021.

Gozzo (1992, p. 6) anota que, dentre as ordenações, a que mais claramente expressou a possibilidade de os nubentes escolherem outro regime de bens que não o da comunhão foram as Filipinas de 1603 que, sob o título “Como o marido e a mulher são meeiros em seus bens”, proclamava:

Todos os casamentos feitos em nossos Reinos e senhorios se entendem serem feitos por Carta de ametade: salvo quando entre as partes outra cousa for acordada e contractada, porque então se guardará o que entre eles for contractado.

Sobre o referido dispositivo legal, Pereira (2003, p. 98) assegura que:

A lei, pois que trata do direito de propriedade, deixa aos esposos grande liberdade para regularem os seus interesses pecuniários. É-lhes permitido, não só escolherem o regimen que lhes aprouver, como ainda acrescentarem as clausulas que lhes parecerem convenientes (2); comtanto que não sejam ellas contrarias a natureza e aos fins do casamento e á certos princípios que tem por fundamento razões de interesse publico.

Gozzo (1992, p. 6) alerta: “Tenha-se em conta, ainda, que nesta fase, os pactos antenupciais podiam ser feitos por instrumento particular, em virtude das próprias ordenações [...]” Realmente, no Livro II, Título LIX (Das provas, que se devem fazer por scripturas publicas, § 11), havia previsão nesse sentido, conforme acrescenta a autora:

E esta Lei, quanto à prova das scripturas públicas, se não entenda, nem haja lugar nos contractos, convenças e outras quaesquer firmidões, ou pagas e quitações, feitas entre pai e filho natural, e não adotivo, nem entre filho e mãe, ou feitas entre sogro e sogra, e genro e nora, depois do Matrimonio ser feito per palavras de presente, durando o dito matrimonio; posto que as demandas dos taes contratos, assi feitos depois do casamento feito per palavras de presente, se facam depois do matrimonio ser separado. (...) Porque entre pessoas queremos que se receba prova per testemunhas, posto que a demanda seja sobre bens de raiz de valia de mais de quatro mil reis, ou sobre mór quantia, de sessenta mil reis.

E continua (1992, p. 6): o § 21 do mesmo Título eliminava qualquer dúvida acerca da possibilidade de utilização do instrumento particular nos pactos antenupciais:

E bem assim não haverá lugar esta Lei nos contractos de casamentos, quanto pertença á conjunção do Matrimonio. E quanto aos dotes, e quaesquer outras convenças e promettimentos feitos nos casamentos, haverá lugar o que acima dizemos no paragrafo 11. E esta Lei.

Finalmente, com a Lei de 6 de outubro de 1784 ficou definida a obrigatoriedade da escritura pública para o pacto antenupcial. A exposição de motivos ali retratada tem importância histórica indiscutível, motivo pelo qual a imagem do seu texto está reproduzida integralmente neste trabalho (ANEXO A).

É notório o fato de que boa parte das pessoas se casa sem a menor noção dos efeitos jurídicos e econômicos do regime da comunhão parcial de bens. Há quem defenda que o mais justo seria permitir o pacto antenupcial por instrumento particular ou mesmo autorizar a escolha do regime de bens diretamente perante o Oficial de Registro Civil, com argumentos calcados preponderantemente nos altos custos da escritura pública. A simples leitura da exposição de motivos da lei reproduzida no Anexo 1 mostra ao estudioso do direito que uma medida legislativa que acabasse com a obrigação da escritura pública representaria, sem qualquer dúvida, um enorme retrocesso ao Direito Civil brasileiro.

Tem-se a considerar que a orientação notarial é a única e pequena dose de assessoramento jurídico imparcial que se impõe àqueles que pretendem penetrar num instituto que terá efeitos sobre boa parte de suas vidas. Uma medida que abolisse a necessidade de escritura pública, nos dias atuais, só faria crescer ainda mais o número e a complexidade dos litígios que envolvem os divórcios, que não são poucos.

Sobre o assunto, escreveu Pereira (2003, p. 92):

São nulos e portanto não produzem efeito algum, os pactos antenupciais que não são celebrados por escritura publica. A exigencia de escritura como forma substancial do acto é determinada pela necessidade de dar a maior firmeza e segurança á esses pactos, os quaes, pela importancia dos direitos que regulão, interessao profundamente a sociedade civil. Que seria da irrevogabilidade das convenções matrimoniais, se sua existencial legal dependesse, não d'um instrumento solemne cujo original permanece sob a guarda d'um official publico, mas d'um escripto particular que as partes poderão a vontade alterar ou suprimir?

Além do mais, o problema social gerado por esse tipo de litígio é tão grave, que diante do aumento do número de divórcios não seria de se estranhar a ideia de *lege ferenda* de se tornar a separação de bens o regime legal no Brasil.

Isso decorre diretamente da falta de hábito do brasileiro em convencionar acerca do regime de bens, de sua sucessão, o que faz parecer que existe no Brasil certa aversão

à solução antecipada de problemas ou, melhor dizendo, à prevenção destes. Daí porque tornar o instrumento público dispensável para lavratura de pacto antenupcial seria ignorar totalmente o conhecimento de história.

Regressando ao traçado histórico proposto, restou clara a possibilidade existente à época de se dispor acerca das regras que regeriam o matrimônio. Algum tempo depois, Teixeira de Freitas (1896) passou a se dedicar à elaboração de um código civil, com o auxílio de Tomás Nabuco de Araújo e até do próprio Imperador Pedro II.

O esboço do Código Civil foi publicado em 1861, e trazia enormes avanços no tratamento da questão do pacto antenupcial, com 17 artigos sobre o assunto. Entretanto, em 1890, foi publicado o Decreto n.º 181, que passou a disciplinar o casamento civil, e não teve o mesmo cuidado com o tratamento do pacto antenupcial, não sendo ousado afirmar que ele significou, inclusive, um retrocesso à matéria por não dedicar artigos específicos ao assunto, sendo o principal o seguinte:

Art. 57. Na falta do contrato ante-nupcial, os bens do conjugue são presumidos communs, desde o dia seguinte ao do casamento, salvo si provar-se que o matrimonio não foi consummado entre eles. Paragrafo único: Esta prova não sera admissível quando tiverem filhos anteriores ao casamento, ou forem concubidados antes d'elle, ou este houver sido precedido de raptó³⁶.

Gonçalves (2020, v. 3, p. 421) relata que apenas no Código Civil de 1916 é que o regime de bens passou a ter efeito a partir da celebração do casamento, acabando com o constrangimento da prova da consumação (entendida como o primeiro ato sexual do casal). E mais: nessa época, havendo a consumação, mas restando provado que a esposa já havia sido deflorada anteriormente, o casamento poderia ser anulado, o que também resultaria na negação de vigência do regime de bens:

Art. 178. Prescreve:
 § 1º Em dez dias, contados do casamento, a ação do marido para anular o matrimônio contraído com mulher já deflorada (arts. 218, 219, n. IV, e 220). (Vide Decreto do Poder Legislativo nº 13, de 1935). (Vide Decreto-Lei nº 5.059, de 1942). (Vide Decreto do Poder Legislativo nº 13, de 1935). (Vide Decreto-Lei nº 5.059, de 1942).

³⁶ Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=49585&norma=65368>. Acesso em: 20 jun. 2013.

Hoje o tema está positivado no art. 1.639 do Código Civil, de forma que o regime de bens passa, em tese, a vigorar da data da celebração do casamento.

Pode-se afirmar que não existe na doutrina um conceito único sobre o que é pacto antenupcial³⁷. Ensina Parada (2002, p. 64):

O pacto antenupcial é um contrato híbrido, que fica entre o direito das obrigações, como contrato de sociedade, e o direito de família, pois tem como efeito o casamento. Não é um contrato idêntico ao de sociedade, devido à sua natureza institucional, não podendo ser modificado pelas partes, a fim de proteger os interesses da família e os terceiros que com os cônjuges se relacionam. [...] É negócio jurídico condicional pois a sua eficácia só ocorre na existência de casamento válido.

Para Maluf e Maluf (2018, p. 233):

O pacto antenupcial é o contrato solene, realizado antes do casamento, pelo qual as partes acordam sobre o regime de bens a ser adotado por ocasião das núpcias, e que vigorará durante o casamento.

A leitura proposta neste trabalho, contudo, caminha no sentido de que o pacto antenupcial transborda as relações meramente patrimoniais para atingir também os interesses econômicos entre os cônjuges.

5.4 A Escolha do Regime de Bens no Brasil e no Direito Estrangeiro

Quanto ao conceito, adota-se aqui a visão de Gonçalves (2020, v. 6, p. 420), para quem “regime de bens é o conjunto de regras que disciplina as relações econômicas dos cônjuges, quer entre si, quer no tocante a terceiros, durante o casamento.”

O Princípio da Autonomia da Vontade - que no âmbito deste estudo será abordado em sua vertente denominada Autonomia privada -³⁸, foi consagrado no art. 5.º, II da Constituição Federal. A norma constitucional e a inteligência do art. 1.639, *caput*, c/c art. 1.655 do Código Civil garantem no sistema brasileiro a plena liberdade entre os nubentes

³⁷ Nesse sentido, Tedeschi (1963, p. 37) assevera que: “La definizione del concetto di convenzioni matrimoniali non è agevole; piuttosto di tentare di darne una, può essere opportuno di esaminare quali gruppi di convenzioni siano considerati tali dal legislatore” (TEDESCHI, Guido. **Il regime patrimoniale della famiglia**. 4. Ed. Torino: Ute, 1963).

³⁸ Sobre a distinção entre autonomia da vontade e autonomia privada: BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Campinas: Servanda, 2008. t. 1, p. 85-242.

na contratação do regime de bens, sendo vedada, segundo Rizzardo (2019, p. 628), apenas a cláusula que “[...] transgrida disposição de norma imperativa [...].”

Hoje a matéria se encontra de tal forma desenvolvida, que a doutrina majoritária entende possível, inclusive, a estipulação de regime híbrido, que misture regras de vários regimes, ou mesmo regime totalmente atípico, com regras criadas livremente pelos cônjuges, desde que nenhuma cláusula ou convenção transgrida disposição expressa de lei.

Ensina Brandão que na Argentina não há possibilidade de escolha de regime de bens diverso do legal; o regime da *sociedad conyugal* é o único possível (BRANDÃO, 2007, p. 145)³⁹. Na Alemanha, o regime legal (ou supletivo) é o da participação final dos aquestos, mas de forma mais simplificada do que a adotada no Brasil. Nos países de tradição da *common law*, aponta a autora que a regra é o regime da separação de bens, com exceção de alguns estados norte-americanos, como o Texas, por exemplo, que adotam o regime da *community property*, semelhante à comunhão parcial de bens brasileira.

Segundo a lição de Veloso (2020, p. 4):

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

³⁹ Referente ao tema, Cardoso (2010, p. 158-159) destaca que: “Sobre a Argentina é muito comum a afirmação de que a legislação daquele país não contempla a possibilidade de convenções antenupciais [...]. Todavia, não é totalmente vedado pactuar naquele país, em que pese o fato do pacto antenupcial ser raramente lá utilizado são permitidas convenções prévias ao casamento, porém com conteúdo restrito somente às matérias estipuladas pela lei, as quais são apenas duas, a saber: a designação dos bens levados ao matrimônio por cada um dos nubentes e sobre as doações do esposo à esposa.”

A acuidade do estudo das características do pacto antenupcial pode ser constatada pela ainda incipiente utilização desse instrumento no Direito Brasileiro⁴⁰. Veloso (2020, p. 26) aborda a questão sob a ótica da grande importância do regime supletivo ainda nos dias de hoje:

Em nosso País, esta questão do regime legal supletivo é de fundamental importância. Não faz parte de nossos costumes, de nossa cultura, a celebração de pactos antenupciais. Na falta de uma estatística sobre a matéria, cremos que não chega a 1% o número de matrimônios que são precedidos de convenções a respeito do estatuto patrimonial dos cônjuges. Em Portugal, depõem Fernando Andrade Pires de Lima e João de Matos Antunes Varela, é hipótese vulgaríssima, de longe, a mais frequente na prática, a de não haver convenção antenupcial, informando os autores que, à data dos trabalhos preparatórios do novo Código, andava à volta de 98% dos casamentos celebrados naquele país o número dos casos em que não havia qualquer convenção prévia entre os cônjuges. Na França, segundo estatística de 1962, do Conselho Superior de Notários, 76% dos casamentos não são precedidos de pacto antenupcial. Gérard Cornu noticia que de 80 a 85% dos casais franceses estão submetidos ao regime legal de comunhão dos adquiridos.

⁴⁰ “[...] De acordo com o levantamento da Censec, o número de pactos antenupciais foi de 179 para 616, sendo 2014 o ano com mais acordos, totalizando 723. Em 10 anos foram registrados 4.986 pactos. Além desses números, em 2017 foram registradas 60 ocorrências, número que deve aumentar conforme ao longo dos meses [...]” Disponível em: <https://www.cnbsp.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw=&in=MTQ5NjA=&filtro=1#:~:text=De%20acordo%20com%20o%20levantamento,conforme%20ao%20longo%20dos%20meses>. Acesso em 30 dez. 2021.

6 DAS CLÁUSULAS NA ESCRITURA DE PACTO ANTENUPCIAL

6.1 Cláusulas de Natureza Não Patrimonial

A maior parte da doutrina nacional tem entendido como válidas as disposições de caráter não patrimonial contidas no pacto antenupcial. A esse respeito, Dias (2020, 17) esclarece que:

[...] se a lei impõe deveres e assegura direitos ao par, não há qualquer impedimento a que se estipulem encargos outros, inclusive sobre questões domésticas. Ainda que haja possibilidade de a execução de algumas avenças ser buscada na via judicial, ao menos como acordo entre eles têm plena validade.

Para Pontes de Miranda (1947, p. 169), a moral, além da lei, também funciona como limite à vontade dos nubentes, e a inclui no rol das convenções que devem ser consideradas *não escritas* no pacto toda aquela:

[...] l) que contenha ilicitude ou imoralidade, isto é, que seja contra *bonos mores*, pois o ser contra direitos conjugais ou paternos não esgota a lista, às vezes instável, do ilícito e do imoral. [...].

Anote-se que para ele as cláusulas que atentam à lei não podem ter nem sequer a sua existência reconhecida pelo direito. É dizer, não seria caso de nulidade, mas sim de inexistência⁴¹. O Código Civil espanhol traz previsão nesse sentido⁴²; o Código Civil francês, além da proibição geral, busca afirmar as matérias das quais o pacto não pode

⁴¹ “Os actos pelos quaes os noivos assentam condições quanto ao regimen futuro de seus bens podem ser reputados: 1º, inexistentes; 2º nullos; 3º annullaveis. Inexistentes se prejudicam direitos conjugaes ou paternos, ou se contravierem expressa disposição de lei. Nullos se não se fizerem por escriptura publica peraten o official competente, ou se lhes não seguir o casamento. Annullaveis, não se fôr relativamente incapaz algum dos contraentes, mas se houver erro, dolo, coação ou fraude. Os pactos antenupciais reputados inexistentes apenas se consideram, se tanto, um acto material, de que nem sequer tem as partes a necessidade de pedir a declaração de nulidade, embora seja possível, a requerimento da parte ou ex-officio, despacho do juiz que reconheça a inexistência. Os nullos, como aqueles, não têm nenhum effeito jurídico, mas declaração de nulidade deve ser pedida pelos interessados, pois os actos nullos, embora não produzam efeitos, têm, comtudo, aparências de actos jurídicos. Ambas as especies anteriores são puras expressões materiaes, que não alcançam a esphera jurídica. Não podem, portanto, ser ratificados os pactos inexistentes e os nullos.” (PONTES DE MIRANDA, 1947, p. 169).

⁴² “Artículo 1328. Será nula cualquier estipulación contraria a las Leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge.”

tratar⁴³, e no direito alemão, a única restrição à liberdade de contrato diz respeito à referência a legislações estrangeiras ou revogadas⁴⁴.

As cláusulas pessoais mais conhecidas e comentadas no Tabelionato são: indenização pela dissolução do casamento, sobretudo nos casos de infidelidade; a religião com base na qual os filhos serão educados; quantidade de filhos que o casal terá ou o compromisso de não terem filhos em nenhuma hipótese; possibilidade de inseminação heteróloga durante o matrimônio, nos casos de infertilidade; a possibilidade de adoção durante o casamento para não gestar; definição de guarda e regulamentação de visitas dos filhos, nos casos de divórcios; métodos contraceptivos; rotina doméstica e custeio das despesas; nomeação prévia de tutor para os menores, dentre inúmeras outras mais adiante abordadas.

Não é pretensão deste estudo detalhar as cláusulas pessoais possíveis nos pactos antenupciais, porém as cláusulas mais intimamente ligadas ao aspecto econômico-patrimonial do casal; mesmo assim, somente algumas cuidadosamente selecionadas, cujo debate jurídico foi considerado mais importante por fornecer fundamentos teóricos que servirão também para auxiliar a discussão de outras espécies semelhantes de cláusulas.

De toda sorte, é importante lembrar que a nulidade eventual de uma cláusula não nulifica o pacto como um todo; apenas as estipulações a ela dependentes logicamente⁴⁵.

Não raro, no tabelionato é solicitada, por exemplo, a previsão de indenização, caso o casamento acabe por culpa de um dos cônjuges. Com a ampliação da divulgação pública dos relacionamentos causada por redes sociais como Facebook, Twitter, WhatsApp, entre outras, parece cada vez mais que o término do casamento é visto por alguns como uma verdadeira derrota social.

⁴³ "Article 1387. La loi ne régit l'association conjugale, quant aux biens, qu'à défaut de conventions spéciales que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes moeurs ni aux dispositions qui suivent. Article 1388. Les époux ne peuvent déroger ni aux devoirs ni aux droits qui résultent pour eux du mariage, ni aux règles de l'autorité parentale, de l'administration légale et de la tutelle."

⁴⁴ "Section 1409. Restriction of freedom of contract The matrimonial property regime may not be determined by reference to law that is no longer valid or to foreign law." (Tradução para o inglês disponível em: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/. Acesso em: 18 dez. 2021).

⁴⁵ Nesse sentido: Pereira (2003, p. 104-105).

Assim, alguns cônjuges se preocupam desde o início do relacionamento com a possibilidade de sofrerem abalos psíquicos e materiais graves. O anseio por uma indenização teria dupla função: em primeiro lugar, preventiva, de sorte a coibir o cônjuge a se manter casado, evitando-se a dissolução do casamento por motivos banais; em segundo lugar, e talvez a mais importante, função reparadora, a qual será explicada em detalhes a seguir.

Cahali (2002) avalia que a indenização poderá ter caráter meramente compensatório da frustração de expectativa criada quando da formação da entidade familiar ou reparatória por eventuais prejuízos quando a formação da entidade familiar (renuncia a atividade profissional exercida ou ascensão na carreira).

Veja-se que nesse sentido pode-se até prever uma espécie de “plano de carreira” no pacto antenupcial. Conceba-se, por exemplo, que determinada médica, de formação em universidade de renome e carreira promissora, ingressa em um relacionamento com um grande empresário. Por conveniência mútua, provavelmente essa médica ao ter filhos abandone a sua profissão, e passe a se dedicar integralmente aos infantes. Suponha-se que esse casamento se deu sob o regime da separação de bens.

A médica estaria desamparada, caso futuramente houvesse a dissolução matrimonial; afinal, a recolocação profissional em um mercado de trabalho cada vez mais competitivo pode demandar anos de dedicação e estudos. Poderia esse casal, prevendo a situação de abandono de carreira para cuidado dos filhos, estipular em sede de pacto antenupcial o pagamento mensal de valor igual ao salário desta, com reajustes periódicos semelhantes àqueles da carreira médica e, ainda, com fixação de um período de remuneração após o casamento para recolocação profissional. Convencionada a avença, seria discutível até mesmo o cabimento de pagamento de pensão alimentícia, uma vez que a situação foi prevista de comum acordo.

6.2 Cláusulas de Conteúdo Patrimonial

De fato, são mais comuns as cláusulas que envolvem o patrimônio do casal. Algumas serão aqui abordadas.

6.2.1 Cláusula ou convenção prevendo vigência futura do regime

Com a incerteza que ronda o matrimônio nos dias de hoje⁴⁶, muito se discute a possibilidade de se postergar os efeitos do regime de bens adotado. A medida teria por escopo a certificação pelos nubentes de certa viabilidade inicial do matrimônio, cuja constatação somente seria possível após o decorrer de certo tempo de vida conjugal.

Segundo Pontes de Miranda (1947, p. 155-156), contudo:

[...] não se pode dizer, sem nulidade (Código Civil brasileiro, art. 116), que o regime matrimonial dos bens entre os cônjuges será o da separação de bens se até o terceiro ano não nasceu algum filho, ou que será o da comunhão mas só a partir do dia x, após o casamento. Num e noutro caso, infringiu-se o art. 230 (atual § 1º do artigo 1.639 do Código Civil). Se, porém, foi dito que o regime é o da comunhão, devendo ser bem próprio da mulher o que ela herdar nos dois primeiros anos, tudo é perfeitamente válido. Outrossim, se foi estipulado que os bens a, b e c só serão comunicáveis se nascer algum filho dentro dos três primeiros anos, porque, aí, o regime começou à data do casamento e a cláusula apenas dispõe sobre a sorte de tais bens que se comunicarão se a condição se verificar.

Para ele, portanto, toda tentativa de desvirtuar o comando legal do início da vigência do regime de bens deve ser vista com cautela e fulminada de nulidade. Entretanto, disposições acerca de bens especificamente considerados não estariam abrangidas pela nulidade com base no mencionado dispositivo de lei.

É de se concordar com o raciocínio em tela. Não parece possível, com base na atual legislação, prever-se a inexistência inicial de qualquer regime de bens para só depois se inaugurar o regime. Quis o legislador que, obrigatoriamente, em qualquer casamento, vigore algum regime de bens desde o início.

A saída para a vedação de um vácuo de regime inicial seria, pois, o início do casamento em determinado regime, com a alteração posterior para outro regime após determinado tempo ou depois da ocorrência de certo evento, como mostrado em sequência.

⁴⁶ Basta lembrar que o número de divórcios no Brasil tem aumentado exponencialmente. Sobre o assunto, vide a notícia disponível em: <http://tvuol.uol.com.br/video/numero-de-divorcios-aumenta-no-brasil-diz-ibge-04028D1A3072E0993326/>. Acesso em: 5 dez. 2021.

6.2.2 Possibilidade de cláusula prevendo alteração automática do regime de bens por termo ou condição

Para o estudo dessa espécie de cláusula, observe-se a doutrina existente sobre a possibilidade de modificação do regime de bens. O princípio da imutabilidade do regime, antes consagrado no direito pátrio, não mais subsiste. Nas palavras de Gonçalves (2020, v. 6), com o Código Civil de 2002, passou-se da “imutabilidade absoluta à mutabilidade motivada.” Ressalte-se que a mutabilidade não é absoluta à medida em que o art. 1.639, § 2.º, ao prever expressamente a possibilidade de alteração, enumerou as condições para que seja autorizada pelo juiz:

Art. 1.639. [...]

§ 2º É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.

Disso é possível inferir que a referida alteração não pode ser obtida unilateralmente, ou por iniciativa de um dos cônjuges em processo litigioso, uma vez que o novel dispositivo supracitado exige pedido conjunto e motivado.

No que tange às razões, a doutrina tem se posicionado no sentido de que pouco importam as razões dos cônjuges. Não sendo elas ilícitas, deve o juiz autorizar a alteração. Aliás, conforme leciona Simão (2005, on-line):

Um dos argumentos mais utilizados para o pedido de mudança diz respeito à nova norma contida no artigo 977 do Código Civil que proíbe a sociedade de cônjuges casados pelo regime da comunhão universal de bens ou da separação obrigatória. Não é pequeno o debate em torno da retroatividade ou não da norma e se esta se aplicaria também às sociedades já constituídas antes da vigência do Código de 2002.

Sampaio Souza (2009, on-line) aponta que o último requisito apresentado pelo legislador diz respeito à proteção dos terceiros, pois pode ocorrer que a intenção do casal seja a de prejudicar terceiros com a modificação do regime patrimonial de seus bens. Além disso, ela afirma que:

Assim, preventivamente, permite-se ao juiz perquirir acerca dos possíveis efeitos daquela modificação, indeferindo a mudança caso se constate a possibilidade de prejuízo alheio. Por isso, o provimento 024/03, da Corregedoria-Geral de Justiça do Rio Grande do Sul determina que o Juízo competente para a modificação deve publicar edital com prazo de

trinta dias para o fim de imprimir publicidade à mudança, bem como resguardar o interesse de terceiros.

Nesse sentido, a Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Santa Catarina também prevê, no art. 1.º do provimento 13/2013. Barros de Oliveira (2006, on-line) sobre as mesmas normas assevera:

Em síntese, os provimentos estabelecem que:

- a) o procedimento será de jurisdição voluntária;
- b) deverá ser publicado edital com prazo de 30 dias, a fim de imprimir a devida publicidade e resguardar direito de terceiros;
- c) a intervenção do Ministério Público será obrigatória;
- d) após o trânsito em julgado da sentença, deverão ser expedidos mandados de averbação aos cartórios de Registro Civil e de Imóveis e, caso qualquer dos cônjuges seja empresário, ao Registro Público de Empresas Mercantis;
- e) a competência para a modificação do regime de bens é do juízo de família.

Importante mencionar que é de bom alvitre a expedição de mandado judicial dirigido também ao Registro de Imóveis competente, bem como ao Tabelião de Notas responsável pela lavratura da escritura, caso o regime de bens modificado tenha sido estabelecido por meio de pacto antenupcial. Isso sem prejuízo da comunicação obrigatória ao registrador civil das pessoas naturais responsável pelo matrimônio.

Finalmente, cabe analisar a questão dos efeitos da alteração do regime de bens automática, se esta for admitida, isto é, se *ex tunc* ou *ex nunc*. Como bem sintetiza Sampaio Souza (2009, on-line):

Outra discussão sobre a mutabilidade do regime diz respeito à produção de efeitos, indagando-se se estes seriam *ex tunc* ou *ex nunc*. Caso se entenda que a mudança do regime terá efeitos *ex nunc*, o patrimônio adquirido antes da mudança continuará sendo regido pelas regras anteriores, não sendo afetado pela mudança. De outra parte, se se entender que os efeitos são *ex tunc*, todos os bens passam a ser regidos pelas normas do novo regime adotado, seja este típico ou fruto da criação e vontade do casal. A lei nada menciona acerca dos efeitos, mas parece ser mais aceitável defender que os efeitos se produzem de maneira *ex tunc*, sobretudo pela intenção de defender os terceiros de uma possível fraude a ser perpetrada pelo casal. Se a modificação fosse recair tão somente sobre o patrimônio a ser constituído, os terceiros não poderiam ser, em tese, afetados, sendo desnecessário o excesso de cautela da lei.

Da mesma forma, é de se refletir a possibilidade de retroatividade dos efeitos da mudança do regime, salvo interesse manifestado pelas próprias partes, no sentido de que a produção de efeitos seja somente *ex nunc*. O tema desperta esse debate em homenagem ao princípio da liberdade contratual.

Entretanto, o Projeto de Lei n.º 647/2007, de autoria do Deputado Cândido Vaccarezza (PT-SP), que integra o denominado Estatuto das Famílias, pretende colocar um ponto final na questão, afirmando que os efeitos da alteração seriam sempre *ex nunc*:

Art. 38. É admissível a alteração do regime de bens, mediante escritura pública, promovida por ambos os cônjuges, assistidos por advogado ou defensor público, ressalvados os direitos de terceiros.

§ 1º A alteração não dispõe de efeito retroativo.

§ 2º A alteração produz efeito a partir da averbação no assento de casamento⁴⁷.

Como visto, prevê o projeto a possibilidade de alteração do regime mediante escritura pública, o que merece elogios. Entretanto, não há razões para impedir a parte de prever efeitos retroativos à modificação do regime, seja ela automática, como se sugere aqui, seja ela realizada a posterior por vontade conjunta dos consortes. Frise-se: é tendência que os procedimentos de jurisdição voluntária, que não exigem o poder decisório do Estado, sejam conferidos pela esfera extrajudicial de forma plena, e não amputada como quer parecer.

Em tese, não há nada que o Judiciário possa verificar no procedimento que o Tabelião também não possa conferir. Afinal, os documentos que serão exigidos para comprovar a boa-fé e o eventual prejuízo de terceiros serão os mesmos na esfera extrajudicial ou judicial (certidão negativa de protestos, feitos ajuizados, publicação de editais etc.). Não havendo litígio, não haveria motivo pelo qual essa jurisdição voluntária não pudesse ocorrer diretamente perante o notário; isso porque, ainda que a alteração seja fraudulenta e vise a apenas prejudicar credores, caberá ao interessado, posteriormente, insurgir-se contra o ato em prazo contado a partir da plena publicidade registral do instrumento, seja essa alteração feita perante o notário ou ante o Juiz.

⁴⁷ Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/projeto-cria-estatuto-familias.pdf>. Acesso em: 9 dez. 2021.

Tanto na Espanha quanto na Alemanha a modificação do regime de bens durante o matrimônio é feita pelas próprias partes por meio de escritura pública⁴⁸. Na França, país onde até 2007 era necessária a homologação da alteração de regime realizada pelas partes por meio de escritura pública, a legislação foi alterada para que seja necessária somente em casos excepcionais, isto é, quando houver oposição de credores ou filhos menores⁴⁹.

Feitas essas explanações, parece perfeitamente possível a cláusula inserida em pacto antenupcial prevendo transmudação do regime de bens após certo período de tempo (a termo) ou após o implemento de uma condição, como o nascimento de filhos, seja com efeito *ex tunc* ou *ex nunc*, desde que não vinculada a qualquer tipo de condição.

Isso porque um eventual credor e/ou terceiros interessados terão plenas condições de conhecer essa previsão de forma antecipada e se precaverem nos negócios e

⁴⁸ Código Civil Alemão (tradução para o inglês) “Section 1408 Marriage contract, freedom of contract (1) The spouses may provide for their matrimonial property arrangements by contract (marriage contract), and in particular even after entering into marriage terminate or alter the matrimonial property regime”. Código Civil Espanhol: “Artículo 1325. En capitulaciones matrimoniales podrán los otorgantes estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo. Artículo 1326. Las capitulaciones matrimoniales podrán otorgarse antes o después de celebrado el matrimonio”. Código Civil Italiano: “Art. 163. Modifica delle convenzioniLe modifiche delle convenzioni matrimoniali, anteriori o successive al matrimonio, non hanno effetto se l'atto pubblico non è stipulato col consenso di tutte le persone che sono state parti nelle convenzioni medesime, o dei loro eredi.

⁴⁹ “Article 1397. [Modifié par Loi n°2007-308 du 5 mars 2007 - art. 11 JORF 7 mars 2007]. Après deux années d'application du régime matrimonial, les époux peuvent convenir, dans l'intérêt de la famille, de le modifier, ou même d'en changer entièrement, par un acte notarié. A peine de nullité, l'acte notarié contient la liquidation du régime matrimonial modifié si elle est nécessaire. / Les personnes qui avaient été parties dans le contrat modifié et les enfants majeurs de chaque époux sont informés personnellement de la modification envisagée. Chacun d'eux peut s'opposer à la modification dans le délai de trois mois. / Les créanciers sont informés de la modification envisagée par la publication d'un avis dans un journal habilité à recevoir les annonces légales dans l'arrondissement ou le département du domicile des époux. Chacun d'eux peut s'opposer à la modification dans les trois mois suivant la publication. / En cas d'opposition, l'acte notarié est soumis à l'homologation du tribunal du domicile des époux. La demande et la décision d'homologation sont publiées dans les conditions et sous les sanctions prévues au code de procédure civile. / Lorsque l'un ou l'autre des époux a des enfants mineurs, l'acte notarié est obligatoirement soumis à l'homologation du tribunal du domicile des époux. / Le changement a effet entre les parties à la date de l'acte ou du jugement qui le prévoit et, à l'égard des tiers, trois mois après que mention en a été portée en marge de l'acte de mariage. Toutefois, en l'absence même de cette mention, le changement n'en est pas moins opposable aux tiers si, dans les actes passés avec eux, les époux ont déclaré avoir modifié leur régime matrimonial. / Lorsque l'un ou l'autre des époux fait l'objet d'une mesure de protection juridique dans les conditions prévues au titre XI du livre Ier, le changement ou la modification du régime matrimonial est soumis à l'autorisation préalable du juge des tutelles ou du conseil de famille s'il a été constitué. / Il est fait mention de la modification sur la minute du contrat de mariage modifié. / Les créanciers non opposants, s'il a été fait fraude à leurs droits, peuvent attaquer le changement de régime matrimonial dans les conditions de l'article 1167. / Les modalités d'application du présent article sont déterminées par décret en Conseil d'Etat.”

transações civis que firmarem com os indivíduos cujo pacto preveja esse tipo de situação. Tome-se como exemplo o casal que inicia o seu relacionamento com pacto de separação de bens (já que há uma certa desconfiança e imaturidade por parte de um dos consortes -ou mesmo de ambos). Esses mesmos cônjuges preveem no pacto antenupcial, contudo, que após dez, vinte ou trinta anos de casamento desejam que o matrimônio passe a ser regido pelo regime da comunhão universal de bens, com efeito retroativo, mas sem prejudicar direitos de terceiros.

Trata-se de situação relativamente comum, e por isso bastante útil porque o regime da comunhão universal de bens foi o regime legal brasileiro durante grande período de nossa história⁵⁰, residindo na mente das pessoas como um regime tradicional e que denotaria maior confiança e solidez no casamento, além de maior proteção dos cônjuges. Por esse motivo, nota-se certa tendência de que alguns casais mais esclarecidos e cujo relacionamento está amadurecido acabam por buscar nos finais de suas vidas a alteração do regime de bens para comunhão universal de bens.

Não parece existir qualquer ilegalidade na cláusula de alteração automática do regime à medida que não se configura comportamento contraditório - já que previsto com enorme antecedência -e nem traz qualquer prejuízo a terceiros, que tinham condição de conhecer a situação de forma antecipada. Ao contrário, parece atender bem às expectativas, medos e ansiedades dos cônjuges, e vai ao encontro dos interesses do Estado de preservação e incentivo à constituição da família.

Ainda que se tenha como impossível essa cláusula, não parece haver autorização legal para que notários e registradores intervenham nesse tipo de convenção, cabendo somente ao Poder Judiciário *a posteriori* julgar a legalidade harmônica ou não do dispositivo, visto que a legalidade estrita é cumprida nessa hipótese. Não se pode pretender subsumir o caso à hipótese de “alteração do regime de bens” prevista na atual legislação para se negar a lavratura do pacto ou o seu registro sob o argumento da necessidade de intervenção judicial para alteração do regime de bens. Nem se pretenda

⁵⁰ Assinala Veloso (2020) que atualmente o desprestígio da comunhão universal, como regime legal, é generalizado. Talvez a Holanda seja o único país que resiste, mantendo tal regime como supletivo (Código Civil, art. 175). Desde 1977, no Brasil, o regime da comunhão universal só vigorará entre os cônjuges se for estabelecido em pacto antenupcial.

ainda inserir no contrato eventual alerta sobre a necessidade futura de autorização judicial para se consolidar a modificação do regime.

A alteração do regime de bens só ocorre quando nasce o desejo por regras novas, que não foram previstas originalmente no pacto antenupcial. Ora, se a transformação do regime foi prevista desde os primórdios do casamento no pacto, não há que se falar em modificação do regime, sendo certo que a transmudação automática compõe o próprio regime de bens eleito pelos cônjuges, que já nasceu dessa forma, e por isso prescinde de qualquer intervenção judicial⁵¹.

6.2.3 Pacto sucessório

Muito se debate na doutrina a possibilidade de inserção de cláusulas de conteúdo sucessório em sede de pacto antenupcial. Pereira (2003) assegura que são proibidas e reputadas como não escritas as cláusulas que consagram quaisquer pactos sucessórios ou alteram de qualquer modo a ordem legal do direito de sucessão necessária, quer em relação aos cônjuges, quer em relação aos filhos que deles nascerem. Teixeira de Freitas (1896) tinha outro entendimento (cf. Consolidação das Leis Civis, arts. 353 e 354).

A posição de Pereira (2003), contudo, não era pacífica; havia quem sustentasse a possibilidade de inserção de cláusula sucessória no âmbito do pacto antenupcial, especialmente em função da ausência de proibição normativa expressa.

No direito atual, não se pode olvidar de certas prescrições legais sobre o tema, especialmente a proibição do *pacto corvina*, as formalidades exigidas para o testamento e a vedação do testamento conjuntivo.

Carvalho Santos (1981. v. 5, p. 48) é taxativo:

⁵¹ Em sentido contrário, Simão (2005, on-line), calcado na redação do art. 1.639, § 2.º do Código Civil afirma que “[...] sem mudar-se o texto de lei, o pacto com regimes sucessivos que mudam automaticamente com o passar dos anos é nulo e para aquele casal prevalecerá o regime legal ou supletivo da comunhão parcial de bens”. Com a devida vênia, não assiste razão ao autor. Como se demonstrou, a convenção não fere disposição absoluta de lei já que não se configura como alteração de regime, mas sim um regime composto de duas fases e que já nasce desta forma desde o início. Alteração significa mudança das regras iniciais, o que não acontece no caso em tela. Diferente seria a situação de alteração ou retificação da escritura de pacto antenupcial após o casamento, o que por óbvio está proibido por expressa disposição de lei.”

Em face do art. 1.089 do Código Civil, que proíbe qualquer contrato que tenha por objeto a herança de pessoa viva, a questão, a nosso ver, está resolvida, satisfatoriamente, não deixando margem a dúvidas. No Direito anterior, admitia-se, como exceção, os pactos sucessórios nos contratos antenupciais, justamente porque se tratava de um ato que não era abrangido pela proibição legal. Mas, agora, outro é o dispositivo legal. Fala em contrato. Não o permite como válido se tem por objeto herança futura, de sorte que, se é nula a cláusula do pacto antenupcial que contravenha disposição absoluta de lei, a conclusão lógica e natural a que se chega é que, no sistema atual do nosso Direito, não mais se permitem os pactos sucessórios nos contratos antenupciais.

Cardoso (2010, 183) aponta que “alguns países permitem estipulações inerentes à sucessão do casal no pacto antenupcial, bem como não vedam o testamento conjunto, proporcionando contratações entre os esposos a respeito da futura herança”. E prossegue exemplificando países em que é possível o negócio jurídico bilateral envolvendo a herança entre o casal: “Dentre os países que permitem clausular sobre a herança, os denominados pactos sucessórios, estão Alemanha, Áustria, França, Paraguai, Porto Rico [...]”

Anote-se que no Direito português as disposições *mortis causa* que podem constar na convenção antenupcial se encontram previstas em rol taxativo na legislação. O mesmo não ocorre no Brasil, motivo pelo qual se deve concluir pela impossibilidade de disposições testamentárias em sede de pacto antenupcial.

Cumprido concordar nesse tema com Veloso (2020, on-line), para quem:

[...] a liberdade conferida pela lei aos contratantes não vai ao extremo de dispor *mortis causa* de seu patrimônio. O pacto antenupcial não pode conter pacto sucessório, tomando o lugar do testamento. Disposição mortuária, no direito brasileiro, é matéria reservada ao negócio jurídico do testamento, que tem forma especial e solene, sendo, ademais, essencialmente revogável, e proibindo-se, rigorosamente, o testamento conjuntivo.

É dever do notário recusar a lavratura de pacto antenupcial que contenha disposição de caráter testamentário, encaminhando a parte interessada para lavratura de testamento de forma individualizada, o qual poderá inclusive ser lavrado de forma concomitante ao pacto, mas em cédulas (escrituras) autônomas. Esse cenário é bastante comum no dia a dia dos notários, sobretudo se consideradas as divergências jurisprudenciais relativas à sucessão que cercam o regime da separação absoluta de

bens no Direito brasileiro, o que torna bastante recomendável cada cônjuge fazer a sua lavratura de testamento.

Frise-se que a vedação de testamento conjuntivo, ao contrário do que se imagina, não obriga a lavratura pelos cônjuges em tabelionatos diferentes ou, ainda, em datas diferentes. A lei visa a resguardar tão somente a revogabilidade do testamento, o que é garantido perfeitamente pela lavratura desse ato em cédulas autônomas.

Nessa linha, Maximiliano (1984, v. 1, p. 396) assinala, *verbis*:

O testamento conjuntivo, ou de mão comum (dois atos, de marido e mulher, reunidos em um só), está explicitamente vedado pelo Código Civil, art. 1.630. Tal proibição não impede que duas pessoas combinem o modo de dispor dos seus bens, desde que o façam em atos separados; é lícito estabelecerem tanto a reciprocidade do benefício como a simultaneidade, isto é, uma deixar a fortuna para a outra, ou as duas para um terceiro. Em tal hipótese, entretanto, há de conservar cada testador a sua plena liberdade de ação [...].

Na mesma toada, o Pretório Excelso:

O fato de marido e mulher fazerem, cada qual, o seu testamento, na mesma data, local e perante as mesmas testemunhas e tabelião, legando um ao outro a respectiva parte disponível, não importa em se tolherem, mutuamente, a liberdade, desde que o façam em testamentos distintos. Cada um conserva a liberdade de revogar ou modificar o seu testamento⁵².

Importante enfatizar que caberá ao notário nessa situação, vislumbrando a lavratura de testamentos de ambos os cônjuges com cláusulas de contemplações sucessórias recíprocas, apenas orientar cada testador de forma expressa acerca da possibilidade de revogação individualmente de seu testamento.

É dizer, faz-se mister que as partes compreendam que o testamento não integra o pacto, e que cada cônjuge poderá excluir o outro de seu testamento sem prévio conhecimento do seu consorte. Aliás, o posicionamento atual da Egrégia Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo faz com que seja impossível ao outro cônjuge sequer tomar conhecimento da alteração perpetrada pelo consorte em vida, uma vez que

⁵² RE nº 93.603-GO, rel. Ministro Néri da Silveira, in RTJ 156/940-941.

o testamento público é protegido pela confidencialidade das disposições patrimoniais até a morte do testador⁵³.

6.3 Outras Cláusulas (Im)Possíveis na Escritura de Pacto

Não raras vezes, o usuário solicita a imposição de multa, no caso de infidelidade comprovada do outro cônjuge. Esse tipo de demanda, muito comum nos Estados Unidos da América, também encontra guarida em ordenamento jurídico brasileiro, visto que a própria lei prevê a fidelidade, no caso do casamento, e a lealdade, no caso da união estável, como dever de conduta. Assim, uma cláusula que vise a reforçar um dever legal é possível em nosso ordenamento; todavia, a comprovação dos fatos que dariam ensejo ao pagamento da aqui denominada multa nem sempre é simples. Vale dizer que o cônjuge que pretender o recebimento da multa deverá, ainda, afirmar que agiu de maneira fiel durante todo o matrimônio, uma vez que seria cabível aqui a *exceptio non adimpleti contractus*.

Na perspectiva notarial, como forma de garantir a igualdade de tratamento entre cônjuges, é de suma importância que o valor da multa seja equivalente. Poder-se-ia discutir se essa equivalência poderia ser proporcional ao patrimônio particular de cada cônjuge ou se o valor deve ser idêntico. De qualquer forma, deve-se rechaçar a cláusula que pune apenas um dos cônjuges em caso de infidelidade. Há ainda quem pretenda cláusulas que restrinjam direitos e liberdade de um dos cônjuges -ou ambos -em defesa da chamada fidelidade. Esse tipo de cláusula deve ser evitado, uma vez que ofende direitos da personalidade. É corriqueira também a demanda de casais que pretendem proibir um ao outro a utilização de redes sociais, saídas de casa após determinado horário, entre outras, o que parece atentar contra o ordenamento pátrio.

Sem pretensão de esgotar o debate ou as possibilidades de convenções, há determinadas cláusulas cuja frequência em que são solicitadas no tabelionato as faz merecer menção nesse trabalho, como se verá a seguir.

⁵³ Item 153. As certidões de escrituras públicas de testamento, enquanto não comprovado o falecimento do testador, serão expedidas apenas a seu pedido ou de seu representante legal, ou mediante ordem judicial. (SÃO PAULO (Estado). Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo. **Normas de serviço**. 2020. t. 2, Cap. XVI. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Corregedoria/Comunicados/NormasExtrajudiciais?f=2>. Acesso em: 12 dez. 2021).

6.3.1 Cláusula dispondo a possibilidade de descumprimento do dever de coabitação

A convenção em sede de pacto antenupcial de que a falta de coabitação não configurará ato ilícito no casamento aparenta ser impossível na perspectiva notarial do ponto de vista da legislação em sentido estrito, posto que é contrária a expresso texto de lei (art. 1576 do Código Civil). Dessa forma, em que pese a modernidade das relações atuais, tendo em vista o aparente conteúdo protetivo à prole da referida cláusula, bem como a reforçar o dever de fidelidade, permite-se entender que somente com alvará judicial é que se poderia fazer constar uma cláusula nesse sentido em sede de pacto antenupcial. Entendimento diverso dependeria de alteração legislativa, já que o notário não pode, salvo jurisprudência maciça de Tribunal Superior, militar em afronta a texto expresso de lei.

6.3.2 Educação formal e religiosa dos filhos

A cláusula que prevê a maneira como se dará a educação formal e religiosa dos filhos é de solicitação corriqueira nos tabelionatos. Pretender-se engessar decisões mutáveis ao longo do tempo não é algo recomendável em sede de pacto antenupcial, até porque a forma como se pratica a religiosidade dos próprios cônjuges pode se alterar durante a vida. Afirmar-se a obrigação de um cônjuge se manter apegado a determinado credo - ou ver os seus filhos submetidos àquele credo ainda que ele não mais acredite naquilo - parece atentar ao próprio conceito de liberdade religiosa, motivo pelo qual é de se rechaçar qualquer convenção nesse sentido.

6.3.3 Renúncia/dispensa prévia ao direito de requerer alimentos

Essa espécie de cláusula já foi rechaçada de forma maciça pela doutrina majoritária e também pelos Tribunais Superiores, motivo pelo qual o notário não pode coadunar com esse tipo de pedido, sob pena de incorrer em grave ilícito administrativo disciplinar. Por mais patrimônio ou melhor posicionada do ponto de vista da carreira profissional que o cônjuge se encontre naquele momento da vida, nada pode garantir que

ele não precisará de alimentos do outro cônjuge, com base no Princípio da Solidariedade que deve nortear o casamento⁵⁴.

6.3.4 Convenção relativa aos direitos sucessórios

Muito requisitada especialmente no caso de separação absoluta de bens ou separação obrigatória de bens, a cláusula que visa afastar qualquer direito de herança de um cônjuge em relação a outro deve ser rechaçada pelo notário. Nenhuma cláusula de conteúdo sucessório deve ser permitida em sede de pacto antenupcial, já que o palco para disposições testamentárias é apenas o testamento, por expressa disposição legal.

E isso não se dá apenas por apego do legislador às formalidades. Além das testemunhas, que visam a garantir maior credibilidade ao ato, ao menos em tese, a revogabilidade, ínsita ao testamento, deve ser preservada. Sendo o pacto antenupcial o produto intelectual convencionado por duas pessoas, não há como se permitir a revogabilidade por apenas uma delas, qualidade esta intrínseca ao testamento e visceralmente ligada ao direito fundamental de herança, insculpido na Constituição Federal. Há que se lembrar, ainda, a proibição expressa ao chamado testamento conjuntivo, nos termos do art. 1.862 do Código Civil Brasileiro.

6.3.5 Cláusula de arbitragem para solução de disputas que envolvam direitos disponíveis do casal

O tema é bastante controverso na doutrina. A redação do art. 852 do Código Civil não é clara para afastar a aplicação a questões estritamente patrimoniais familiares. Não é intenção deste estudo entrar no debate civilista da matéria, mas apenas examinar o comportamento do notário a preservar direitos fundamentais dos cônjuges. Nessa toada, não existe cristalina proibição expressa em lei para que os cônjuges convencionem a arbitragem nesse tipo de situação, sobretudo se considerado o fato de que a lei poderá mudar em decorrência da influência doutrinária e jurisprudencial sobre o tema.

⁵⁴ Em que pese nossa posição com base no ordenamento pátrio, o site CONJUR, aos 17.10.2012, noticiou que a Suprema Corte do Reino Unido, em uma guinada da jurisprudência secular daquele tribunal, declarou válido um pacto antenupcial em que as partes convencionaram que não seriam formuladas pretensões patrimoniais entre eles, em caso de rompimento. (Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-out-17/direito-comparado-suprema-corte-britanica-valida-pacto-pre-nupcial>. Acesso em: 17 out. 2020).

Assim, tomando o notário o cuidado de deixar claro que a cláusula somente terá eficácia e validade se à época do rompimento isso for possível de acordo com a jurisprudência pátria, parece possível esse tipo de convenção. Carmona, após asseverar que as questões litigiosas relativas ao direito de família, em uma perspectiva geral, não se traduzem em direitos disponíveis, anota que não é possível excluir, de forma absoluta, as questões de direito de família do procedimento arbitral: “[...], se é verdade que uma demanda que verse sobre o direito de prestar e receber alimentos trata de direito indisponível, não é menos verdadeiro que o quantum da pensão pode ser livremente pactuado pelas partes (e isto torna arbitrável esta questão); [...]” (CARMONA, [2009], p. 39).

6.3.6 Contribuição para o sustento da família e dos filhos

No que tange à cláusula que define em que medida ou proporção cada cônjuge deverá contribuir para o sustento familiar, a nosso ver parece temerário que se engesse esse tipo de questão nos tempos modernos, salvo na situação de casais em que ambos ocupam cargos públicos vitalícios, como juiz, promotores etc. Entretanto, não parece existir proibição para que um cônjuge contribua financeiramente de forma maior para o sustento familiar em detrimento do outro que, por exemplo, dedica mais tempo à família e cuidado dos filhos.

6.3.7 Prestação pecuniária

A cláusula que define o pagamento de prestação pecuniária de trato sucessivo de um cônjuge para o outro, no caso de um deles abandonar a carreira profissional para cuidar dos filhos ou de interesses comuns do casal é bastante requisitada nos tempos atuais. A fixação de pagamentos periódicos durante o matrimônio para o cônjuge que abandona a sua carreira para encontrar guarida no ordenamento jurídico. É bem verdade que, em caso de rompimento, passariam a incidir as regras relacionadas aos alimentos na questão, mas esse tipo de cláusula poderia servir de norte até mesmo para o Magistrado definir valor e tempo de duração da referida pensão, sobretudo no caso de pessoas jovens, que podem retornar ao mercado de trabalho com maior facilidade. Assim, não parece haver proibição para esse tipo de convenção.

6.3.8 Divisão de bens comuns

A cláusula que prevê a forma de divisão de bens comuns no caso de divórcio aparenta ser possível e atende bem a função preventiva de litígios do pacto antenupcial. Na situação hipotética de cônjuge que possui coleção de veículos, a convenção no sentido de que os veículos adquiridos durante o casamento, em que pese integrem a comunhão de bens do casal, serão usados com preferência para pagamento da meação do “cônjuge colecionador” parece ser até recomendável. Nada há na legislação que proíba esse tipo de acordo, e a cláusula pode efetivamente prevenir ou pelo menos pode solucionar com maior rapidez eventual litígio. Isso porque é comum a utilização da partilha de bens como forma de prolongar a animosidade afetiva e as discussões entre o casal divorciando, mesmo em situação na qual o cônjuge não faz questão material de receber aquele determinado bem. Por vezes isso acaba por contaminar até mesmo o relacionamento com os filhos.

6.3.9 Doação de todos os bens que integrarem a comunhão para os filhos

A cláusula hipotética que prevê, no caso de divórcio, doação de todos os bens que integrarem a comunhão para os filhos parece bastante sedutora. Embora não haja previsão no ordenamento de promessa de doação, e esta não vincule segundo a lei civilista, afigura-se possível a previsão em sede de pacto de que os bens serão doados aos filhos, com ou sem reserva de usufruto para o casal, em caso de separação. Em que pese a doação dependa sempre de *animus donandi* no ato em que consumada, e para isso seja recomendável a lavratura de escritura pública, no caso concreto, e obedecidas as formalidades da lei para a doação, poderá o Magistrado entender que a solução prevista no pacto antenupcial se afigura como ideal, podendo a partir daí suprir a vontade do cônjuge recalcitrante, transferindo os bens por termo nos autos.

É bem verdade que poderá o Magistrado, todavia, entender ter havido apenas uma obrigação moral, isto é, algo não passível de coerção. De qualquer forma, se o notário orientar bem o usuário acerca dos efeitos da cláusula, parece possível esse tipo de convenção.

6.3.10 Obrigação de abrir mão do uso do sobrenome

A cláusula que prevê a obrigação de o cônjuge abrir mão do uso do sobrenome adotado pelo casamento em caso de divórcio ou mesmo antes dele - em uma espécie de direito potestativo do cônjuge titular daquele sobrenome em razão de filiação - se afigura totalmente ilegal. Essa cláusula fere direitos da personalidade, visto que consagrado pela doutrina ser o nome um direito da personalidade.

6.3.11 A convenção de regime de separação absoluta de bens no caso de pessoa sujeita ao regime da separação obrigatória de bens (ou do afastamento da súmula 377 do STF)

Não se discutirá aqui a constitucionalidade ou não da previsão de regime de separação obrigatória para os septuagenários, de vez que o assunto demanda palco próprio para debate. Fato é que o notário, no exercício de sua competência administrativa, a princípio deveria, em tese, apenas aplicar a lei ou jurisprudência totalmente consolidada, no sentido da inconstitucionalidade de determinado dispositivo legal, o que não parece ser o caso até o presente momento.

Esse era o pensamento predominante até pouco tempo. Na última década, a Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo inovou substancialmente a forma de se pensar o direito notarial e registral. Para esse órgão, justamente por exercer função administrativa, notários e registradores devem estar atentos às tendências jurisprudenciais emanadas pelos tribunais superiores, aplicando-as aos atos que praticam se as partes assim requererem. O raciocínio é deveras interessante e bastante sedutor. Segundo esse pensamento, não faz sentido a esfera administrativa contrariar a tendência jurisprudencial, pois ao assim se comportar estaria criando litígios, e não os prevenindo.

São exemplos desse raciocínio as seguintes situações: a conversão de união homoafetiva em casamento; a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil que dispõe sobre a sucessão do companheiro na união estável; a Súmula 370 do Superior Tribunal de Justiça que, por decisão da Egrégia Corregedoria, impede o protesto notarial de cheques apresentados a pagamento antes da data convencionada na cártula; a

possibilidade de notários e registradores dispensarem a apresentação das certidões fiscais, inclusive previdenciárias, para transações imobiliárias que envolvem empresas; e, finalmente, a presunção da aplicação da Súmula 377⁵⁵ do Supremo Tribunal Federal nos atos notariais e registrais, cabendo ao interessado o ônus de provar judicialmente não ter havido o esforço comum na aquisição do bem para se afastar a aplicação da súmula.

E foi justamente por causa dessa extensão administrativa dos efeitos da Súmula 377, bem como a dificuldade de prova da inexistência de esforço comum nas ações de divórcio, que se passou a discutir a possibilidade de lavratura de pacto antenupcial para se afastar previamente a aplicação da súmula.

Não é demais afirmar que essa súmula praticamente transformou o regime da separação obrigatória em um regime similar à comunhão parcial de bens, praticamente aniquilando o desejo do legislador de que todos os bens permanecessem ao fim do matrimônio exclusivamente ao cônjuge que figurasse no título aquisitivo. Afinal, é bastante complicada a prova negativa, isto é, de que não houve o presumido esforço comum da outra parte, salvo na hipótese de sub-rogação de bens particulares.

Afirmando a equivalência atual entre a separação obrigatória e a comunhão parcial de bens, Simão (2005, on-line):

Embora tenha prevalecido no âmbito do STJ o entendimento de que o regime aplicável na união estável entre sexagenários é o da separação obrigatória de bens, segue esse regime temperado pela Súmula 377 do STF, com a comunicação dos bens adquiridos onerosamente na constância da união, sendo presumido o esforço comum, o que equivale à aplicação do regime da comunhão parcial. (REsp 1171820/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/12/2010, DJe 27/04/2011).

A história dessa súmula não é objeto do presente estudo. O tema proposto para debater neste tópico é a possibilidade de pessoa sujeita ao regime obrigatório da separação de bens convencionar aplicação de determinadas normas que reforçam ainda mais a separação, isto é, contratar o regime da separação absoluta.

⁵⁵ Dispõe o referido verbete que: “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.” (STF Súmula 377, 03/04/1964, **DJ** de 08/05/1964, p. 1.237; **DJ** de 11/05/1964, p. 1.253; **DJ** de 12/05/1964, p. 1277).

Parece claro que toda estipulação contratual que vise a reforçar um comando legal deve ser prestigiada. No caso em apreço, sendo o desejo de ambas as partes a separação absoluta de bens de forma a afastar a incidência da Súmula 377, bem como a necessidade de vênua conjugal nas hipóteses previstas no art. 1.647, I do Código Civil, é plenamente possível esse tipo de convenção; isso para não mencionar as consequências sucessórias de um pacto como esse⁵⁶.

Da mesma forma, no caso em tela, ainda que o notário não concorde com o pacto do ponto de vista jurídico, nem ele nem os registradores envolvidos estão autorizados a negar a lavratura ou registro do instrumento, posto que a lei não parece ter criado distinção entre a separação de bens convencional ou legal de forma expressa. A redação do dispositivo legal deixa claro apenas e tão somente o fato de que os septuagenários - e outros sujeitos ao mesmo regime por imperativo legal - não podem ter em seu matrimônio regime diferente da separação de bens, silenciando quanto às espécies de separação de bens possíveis.

No mesmo sentido, Simão (2005, on-line) afirma que:

Outra questão relevante diz respeito à perda do direito de escolha do regime decorrente da imposição da separação de bens (art. 1.641 do CC). Em sendo o regime de separação obrigatória, a adoção de qualquer regime que gere comunhão de bens (comunhão parcial, comunhão universal ou participação final nos aquestos) é nula. Também o será se os nubentes optarem por um regime híbrido ou misto que gerar a comunhão de alguma espécie.

Note-se, contudo, que se os cônjuges optarem pelo regime de separação convencional de bens, que acaba por gerar efetiva separação absoluta, o pacto é válido. O objetivo da lei ao prever o regime de separação é evitar a comunhão. Ora, o regime de separação convencional garante tal

⁵⁶ Sobre o assunto, Cardoso (2010, p. 134), a princípio, afirma que: "O artigo 1.829 do Código Civil traz a ordem de vocação hereditária, e apesar da imensa polêmica a respeito da redação do referido dispositivo, tem sido interpretado no que se refere ao regime de separação de bens, que cônjuge sobrevivente submetido ao regime da separação obrigatória não herda, porém, aquele que optou livremente pelas regras da separação de bens herdar, concorrendo com os demais herdeiros previstos na lei. [...] Todavia, buscando uma interpretação sistemática e lógica do ordenamento jurídico evidencia-se a inocuidade desse pacto para o efeito sucessório, o qual parece intentar contra a lei, quando esta impõe certo regime. Também porque, se há lei que determina que no direito das sucessões o viúvo de casamento contraído com regime obrigatório de separação de bens não herdar, concorrendo com os herdeiros (CC, art. 1.829, I), a cláusula pactícia que determinasse regra diferente nesse ponto, feriria disposição expressa de lei." Obviamente não se pretende resolver o assunto da sucessão do cônjuge casado na separação obrigatória ou convencional nesse trabalho. De toda forma, ousamos discordar do raciocínio exposto já que se admitida a lavratura do pacto, me parece que a consequência lógica é que ele gere todos os efeitos, inclusive os sucessórios, salvo se as partes convencionarem de forma diversa. A questão será novamente abordada adiante.

desiderato, enquanto o da separação obrigatória não garante, em razão da aplicação da Súmula 377 do STF pelos Tribunais.

Regimes de comunhão ou mesmo participação final dos aquestos estarão vedados, mas não se pode falar sem razão que a convenção de separação absoluta de bens contrarie a disposição absoluta de lei.

E aqui merece destaque a possibilidade de se aplicar o mesmo raciocínio em situações análogas, especialmente na tarefa da interpretação do texto legal na parte que afirma “convenção ou cláusula dela que contravenha disposição absoluta de lei.”

Adotado o raciocínio de que notários e registradores não devem, portanto, contrariar a tendência dos tribunais superiores, e ao mesmo tempo devem prevenir litígios, parece que estaria o notário autorizado, nesse caso específico da sucessão do cônjuge casado sob o regime da separação absoluta de bens quando sujeito à separação obrigatória - ou ainda que não sujeito -, a sugerir à parte que se manifeste no sentido de que se aplique um ou outro entendimento jurisprudencial, caso não haja no momento nenhuma jurisprudência totalmente predominante.

Em que pese o conteúdo aparentemente sucessório da convenção, a qual em tese prescindiria das formalidades do testamento público, no caso em tela o elemento volitivo está relacionado à consequência automática do regime de bens escolhido - e apenas por via indireta à sucessão propriamente dita⁵⁷.

Desse modo, se preservadas, por óbvio, a essência e a natureza do regime da separação de bens, não resta claro existir proibição a convenções inseridas dentro desse contexto que visem a manusear conclusões jurisprudenciais e doutrinárias de forma prévia. Além disso, a jurisprudência e a doutrina em regra e, especialmente no caso em apreço, parecem somente ter lugar em caso de omissão convencional, isto é, na ausência de cláusulas que regem a situação. Impedir a convenção a pretexto da existência de

⁵⁷ Aliás, diferente é o sistema português, em que se entende plenamente possível a existência de conteúdo sucessório no pacto antenupcial: Código Civil Português: ARTIGO 1701º (Irrevogabilidade dos pactos sucessórios) - 1. A instituição contratual de herdeiro e a nomeação de legatário, feitas na convenção antenupcial em favor de qualquer dos esposados, quer pelo outro esposado, quer por terceiro, não podem ser unilateralmente revogadas depois da aceitação, nem é lícito ao doador prejudicar o donatário por actos gratuitos de disposição; mas podem essas liberalidades, quando feitas por terceiro, ser revogadas a todo o tempo por mútuo acordo dos contraentes. Disponível em: <https://www.igac.gov.pt/documents/20178/358682/C%C3%B3digo+Civil.pdf/2e6b36d8-876b-433c-88c1-5b066aa93991>. Acesso em: 12 nov. 2020.

jurisprudência existente sobre o assunto, ainda que eventualmente majoritária, parece que apenas deve ocorrer em situações totalmente excepcionais.

6.3.12 A renúncia prévia ao direito real de habitação

Outro caso relativamente comum na prática notarial é o desejo manifestado pelos contraentes, sobretudo aqueles de idade mais avançada, de se convencionar no âmbito da celebração de regime de separação absoluta de bens a renúncia prévia ao direito real de habitação.

É dizer, os cônjuges concordam no sentido de que, no caso de morte, não haverá direito do cônjuge em habitar o imóvel residencial, direito esse previsto em lei para qualquer regime adotado.

Muito se aventa, ainda, a possibilidade de esse direito ser reconhecido também ao companheiro na união estável, mote que não faz parte do objeto deste trabalho à medida que o recorte está circunscrito ao instituto do casamento.

Antes de responder pela possibilidade ou não desse tipo de convenção, deve-se analisar a natureza da norma inculpada no art. 1.831 do Código Civil, isto é, qual direito ela visa a tutelar, para assim concluir se é ou não uma norma de ordem pública, a qual seria inderrogável por vontade das partes.

Tem-se por claro que o dispositivo visa a resguardar e garantir o direito à moradia, direito este, aliás, constitucionalmente garantido como direito social. Além do mais, não há na legislação qualquer menção à possibilidade de pacto em sentido contrário. A localização topográfica da norma, dentro de capítulo dedicado ao direito das sucessões, também leva a crer se tratar de verdadeira norma cogente.

Entretanto, o Código Civil, salvo melhor juízo, não aparenta ser palco destinado diretamente à criação de políticas públicas habitacionais específicas, nem o casamento ambiente para garantia de direitos sociais de moradia. Portanto, a norma em questão merece ser aplicada somente nos casos de vácuo contratual e testamentário, ou seja, quer parecer que o legislador buscou tutelar aquele cônjuge cujo parceiro não se preocupou em deixar um testamento ou qualquer outro tipo de expressão de sua vontade.

A norma supriria, portanto, a vontade presumida do cônjuge falecido que, na maioria dos casos, obviamente não gostaria de ver o seu parceiro desamparado - sem moradia.

Mas a maioria não são todos. Há pessoas que querem afastar qualquer consequência patrimonial de seu relacionamento, que consideram o casamento uma comunhão apenas de emoções e sentimentos, desvinculado de qualquer aspecto garantidor de bem-estar material - daí por que não se pode tolher o desejo desses cônjuges em excluir direito disponível (patrimonial) totalmente desvinculado dos aspectos institucionais do matrimônio.

Quanto ao argumento, bastante convincente a princípio, de se tratar de direito constitucionalmente garantido, repisa-se, direitos sociais devem ser garantidos pelo Estado e não pelo particular. Não tem lugar no caso a chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais à medida que o cônjuge expressou a sua vontade de forma clara e indubitável, no sentido de que não deseja ver a sua propriedade garantindo o bem-estar daquele com quem foi casado, com preferência por óbvio de outros interessados, normalmente filhos ou herdeiros outros.

E ainda que não haja herdeiros, ou supondo hipoteticamente que os outros herdeiros tenham patrimônio suficiente garantido, e ao cônjuge prejudicado pela cláusula não tenha sido nada legado, parece que não cabe ao magistrado substituir a vontade em assunto diretamente afeto às relações privadas. Não se pretende aprofundar em eventual análise judicial da questão; apenas à análise administrativa feita pelo notário e pelo registrador.

É bem verdade que, nesse caso, normalmente o notário terá enorme receio em lavrar esse tipo de convenção. Afinal, o pacto parece ir de encontro à expressa disposição legal.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não há mais espaço para interpretar o negócio jurídico sob a égide da liberdade absoluta e ilimitada. Há que serem observadas normas de natureza imperativa, várias oriundas do texto constitucional, que deve servir como cercania aos princípios da autonomia da vontade e da *pacta sunt servanda*.

A ideia, o rumo do Direito brasileiro têm sido no sentido de privilegiar a vontade, garantindo a segurança jurídica; para isso, devem atuar em conjunto: a população, o Poder Judiciário, os advogados e os notários e registradores.

Nos pactos nupciais, o casal pode estipular cláusulas diversas para qualquer finalidade, desde que elas não afrontem dispositivo de lei, garantias e direitos fundamentais da pessoa humana.

Em razão da dinâmica da vida, alguns casais optam por um regime de bens no momento que antecede o casamento, mas durante o casamento percebem que aquele regime de bens não se adequa à realidade do casal.

Dessa forma, o direito à informação dos cônjuges deve ser exercido em sua plenitude, o que gera um dever de informação para o notário, que deve ser capaz e preparado para esse tipo de orientação. Consciente dos riscos envolvidos no estabelecimento de determinadas cláusulas, não havendo expressa proibição legal ou constitucional e com base nos princípios que regem a relação, o notário deve prestigiar a vontade dos cônjuges ainda que lhe soe absurda.

A influência religiosa nas questões que envolvem o pacto antenupcial faz emergirem também aspectos ligados à liberdade religiosa, outro direito fundamental ao qual o notário deve estar atento em seu mister.

A solenidade do instrumento público se justifica hodiernamente, em que pese o acesso à informação garantido pela internet, uma vez que a informação notarial e jurídica qualificada oferecida pelo tabelião de notas está umbilicalmente ligada ao seu preparo específico, à sua experiência prática e, mais do que tudo, à sua imparcialidade, que não podem, pelo menos até o momento, serem substituídas por máquinas. A existência de

interesses conflitantes dos cônjuges demanda uma intervenção jurídica imparcial, humana e qualificada.

Restou demonstrada nesta pesquisa a importância do pacto antenupcial e, sobretudo, do assessoramento notarial, conforme reconhecido pelo legislador pátrio. São muitos os desafios ligados a direitos fundamentais envolvidos na intervenção notarial. A função de prevenção de litígios deve ser a primeira preocupação do notário, por evidente, mas cabe a ele garantir também a plena liberdade contratual, sobretudo se considerar que a jurisprudência é bastante dinâmica nos temas aqui tratados. O que é tido por proibido hoje, pode não o ser amanhã.

A possibilidade de o pacto antenupcial tratar de assuntos de interesse econômico diversos do regime de bens dos cônjuges também resta evidente, salvo aquelas de conteúdo sucessório, que dependem de palco próprio para tanto (testamento).

O pacto antenupcial nada mais é do que um contrato solene firmado entre os nubentes antes do casamento com o objetivo de convencionar como serão tratadas as questões atinentes ao patrimônio, bem como aspectos extrapatrimoniais de cunho interpessoal, ou até mesmo responsabilidades paternas e maternas decorrentes da formação definitiva daquela família.

Por sua vez, o pacto pós-nupcial é uma realidade no Brasil e no mundo, apesar de não existir previsão legal expressa do referido ato no Direito brasileiro. No Brasil, a doutrina e a jurisprudência já reconhecem a relevância do pacto pós-nupcial para definição do novo regime de bens após autorização judicial, considerando a tendência da desjudicialização ou extrajudicialização.

Há vários motivos para se buscar um pacto pós-nupcial, devendo ser considerado que a longevidade da população faz com que as pessoas queiram adequar um casamento já celebrado há muitos anos ao momento em que estão vivendo, preservando o casamento e evitando conflitos, e assim protegendo essa instituição tão importante, que é a família.

O pacto pós-nupcial, com a alteração do regime de bens, estabelece parâmetros que permitem que o casal promova, depois do casamento, um novo arranjo patrimonial. As modificações que vêm ocorrendo no âmbito da família não permitem mais que as

decisões sejam rígidas, porque as pessoas e as circunstâncias vão se modificando ao longo do tempo e, muitas das vezes, alterar o regime de bens é uma necessidade de determinados casais, inclusive para manterem os aspectos pessoais da relação.

Somam-se a esse cenário novos modelos familiares que ganharam força. Várias são as formas de constituição familiar, em detrimento ao antigo conceito de família “tradicional”, oriunda do matrimônio. A família passa a ser compreendida como entidade socioafetiva que tem o dever de afeto e cooperação entre seus membros.

Hodiernamente, além da “família tradicional”, novos modelos sociais de família são reconhecidos, inclusive pela doutrina. Esses novos arranjos familiares são de grande importância de estudo, visto que nasceram a partir das mudanças sociais e pessoais que modificaram naturalmente o conceito.

Assim, os noivos devem discutir sobre as regras econômicas do casamento, transpor barreiras em diálogo franco, posto que o pacto antenupcial é o instrumento que pode disciplinar as questões patrimoniais e extrapatrimoniais dos nubentes, qualquer que seja o modelo de família que pretendam.

Sem pretensão de esgotamento do tema aqui tratado, tem-se consciência de que poderá abrir caminhos a pesquisas e aplicações do instrumento objeto desta pesquisa.

REFERÊNCIAS

- ARISTIDES SOBRINHO, Manoel. **A inaplicabilidade da aposentadoria compulsória aos notários**. 2002. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2002.
- ASSUMPÇÃO, Letícia Franco Maculan; GRACIANO, Bernardo Freitas. **O pacto pós-nupcial**: na alteração de regime de bens após autorização judicial e na retificação de registro civil. 27/10/2016. p. 1-2. Disponível em: <https://www.moisesfreire.com.br/publicacao/o-pacto-pos-nupcial-na-alteracao-de-regime-de-bens-apos-autorizacao-judicial-e-na-retificacao-de-registro-civil/>. p. 1-2. Acesso em 4 dez. 2021.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- ALLENDE, Ignacio M. La Institución notarial y el derecho. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1969.
- ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- ASSUMPÇÃO, Letícia Franco Maculan. **O pacto pós-nupcial**: na alteração de regime de bens após autorização judicial e na retificação de registro civil. 2016. Disponível em: <http://www.notariado.org.br/blog/notarial/o-pacto-pos-nupcial-na-alteracao-de-regime-de-bens-apos-autorizacao-judicial-e-na-retificacao-de-registro-civil>. Acesso em: 17 out. 2021.
- BADINTER, Elisabeth. **Um é outro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.
- BARROS DE OLIVEIRA, Rebeca Vieira. Implicações da modificação do regime de bens para casados. **Consultor Jurídico**, 28 out. 2006. 07:00h. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2006-out-28/implicacoes_modificacao_regime_bens_casados. Acesso em 5 dez. 2021.
- BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**. 7. ed. São Paulo: Noeses, 2018.
- BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Campinas: Servanda Editora, 2008. t. 1.
- BEVILACQUA, Clovis. **Direito de família**. 7 ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.
- BIAZI, João Pedro de Oliveira de. Pacto antenupcial: uma leitura à luz da teoria do negócio jurídico. **RJLB - Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, Ano 2, nº 1, p. 229-264, 2016.
- BONILHA, Natália. **Benefícios dos pactos pré e pós-nupcial**. Publicado em: 29 out. 2021. 1 p. Disponível em: https://www.cnbsp.org.br/?url_amigavel=1&url_source=noticias&id_noticia=21901&lj=1600. Acesso em: 4 dez. 2021.
- BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. **Regime de bens no novo código civil**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e separação**. 10. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2002. 2 v.

CARDOSO, Fabiana Domingues. **Regime de bens e pacto antenupcial**. São Paulo: Método, 2010.

CARDOSO, Marina Pacheco. **Do pacto antenupcial**: plano da existência, validade e eficácia. 2014. Disponível em: http://www.marinacardosodinamarca.com.br/gerenciador/doc/881e9d944d1afc228b33e23fe671f924artigo_do_pacto_antenupcial.pdf. Acesso em: 12 dez. 2021.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei n. 9.307/96. 3. Ed. São Paulo: Atlas, [2009].

CARRAL Y DE TERESA, Luis. **Derecho notarial y derecho registral**. 18a. edición. México: Porrúa, 2007. E-book.

CARTÓRIO EMANUELLE PERROTTA. Segundo Ofício de Notas. **Notícias**. 29 set. 2021. p. 1. Disponível em: <https://2cartoriodejuazeiro.com.br/2021/09/29/pacto-antenupcial-e-suas-principais-caracteristicas/>. Acesso em: 30 set. 2021.

CARVALHO SANTOS, João Manuel de. **Código civil brasileiro interpretado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1981. v. 5.

CASTRO, José de Ribamar. **Código civil**: eticidade, sociabilidade, operabilidade, conceitos legais indeterminados e cláusulas gerais. 14 de outubro de 2007. Disponível em: <http://familiarizando.blogspot.com/2007/10/cdigo-civil-eticidade-sociabilidade.html>. Acesso em: 5 jun. 2021.

DECKERS, Erick. **Função notarial e deontologia**. Lisboa: Almedina, 2005.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 12. ed. São Paulo: Editora RT, 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Juspodivm, 2020.

DIP, Ricardo. **Prudência notarial**. São Paulo: Quinta Editorial, 2012.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger; RODRIGUES, Felipe Leonardo. **Ata notarial**: doutrina, prática e meio de prova. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

FONSECA, J. J. S. **Metodologia da pesquisa científica**. Fortaleza: UEC, 2002. Apostila.

FRANCO, Maura Laura Puglisi Barbosa. **Análise de conteúdo**. 4. ed. Campinas: Editora Autores Associados, 2012.

FUERO JUZGO en Latin y Castellano cotejado com los mas antiguos y preciosos códigos. Madrid: Ibarra, Impresor de Câmara de S.M., 1815. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/fuero-juzgo-en-latin-y-castellano--0/html/>. Acesso em: 16 dez. 2021.

GARRIDO DE PALMA, Victor Manuel. **El matrimonio y su régimen económico: el nuevo derecho de familia español**. Madrid: Reus, 1982.

GIL, A. C. Como elaborar projetos de pesquisa. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. **Normas e princípios de direito civil na constituição brasileira de 1988**. 31 maio 2010. Disponível em: http://www.uff.br/direito/index.php?option=com_content&view=article&id=38%3Anormas-e-principios-de-direito-civil-na-constituicao-brasileira-de-1988&catid=6&Itemid=14. Acesso em: 20 jun. 2021.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Atualização e notas de Humberto Theodoro Júnior. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. v. 3, 6.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3: Contratos e atos unilaterais.

GOZZO, Debora. **Pacto antenupcial**. São Paulo: Saraiva, 1992.

GRACIANO, Bernardo Freitas; ASSUMPÇÃO, Letícia Franco Maculan. **O pacto pós-nupcial no direito brasileiro**. 2017. 1 p. Disponível em: <https://www.anoreg.org.br/site/2017/02/03/artigo-o-pacto-pos-nupcial-no-direito-brasileiro-bernardo-freitas-graciano/>. Acesso em: 4 dez. 2021.

IBGE divulga resultado da pesquisa Estatísticas do Registro Civil 2020. 2021. 3 p. Disponível em: <https://www.gov.br/secom/pt-br/assuntos/noticias/2021/11/ibge-divulga-resultado-da-pesquisa-estatisticas-do-registro-civil-2020>. Acesso em: 23 out. 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Diretoria de Pesquisas, Coordenação de População e Indicadores Sociais. **Estatísticas do registro civil 2003**. 2003. [on-line] Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/registrocivil/2003/defaulttab.shtm>. Acesso em: 16 dez. 2021.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 3ª tiragem. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LARRAUD, Rufino. **Curso de derecho notarial**. Buenos Aires: Depalma, 1987.

LIMA FILHO, José Marcelo Castro de. **As escrituras públicas de compra e venda nos sistemas notariais brasileiro e português**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. 2006.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil: contratos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013a.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil: direito de família e sucessões**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013b.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil: teoria geral do direito civil**. 5. ed., reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 17.

MADALENO, Rolf Hanssen. **Novos horizontes no direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MAIA JUNIOR, Mairan Gonçalves. **Pacto antenupcial no Brasil**: formalidades e conteúdo. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2009.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas Dabus. **Curso de direito de família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARTINS, Cláudio. **Direito notarial**: teoria e técnica. Fortaleza: Imprensa Universitária da Universidade Federal do Ceará, 1974.

MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1984. 3 v.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. São Paulo. Saraiva, 2016.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 5.

OLIVEIRA E CASTRO, Américo Mendes de. **Regimens matrimoniaes**. Rio de Janeiro: O Social, 1927.

PARADA, Deise Maria Galvão. **Regime de bens entre cônjuges**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.

PEJOVIC, Caslav. **Civil law and common law**: two different paths leading to the same goal. 2000. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/265244573_Civil_Law_and_Common_Law_Two_Different_Paths_Leading_to_the_Same_Goal; <http://www.nzlii.org/nz/journals/VUWLawRw/2001/42.html>; <https://hrcak.srce.hr/115234>. Acesso em: 21 dez. 2021.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de família**. São Paulo: Russell, 2003.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Direito de família**: exposição técnica e systemática do código civil brasileiro. Rio de Janeiro. Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1947.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito de família**. Campinas: Bookseller, 2001. v. 2.

PORTUGAL. Comissão Nacional de Protecção de Dados. **Deliberação 84/98 - CNPD**. 1998. Disponível em: <https://www.cnpd.pt/home/decisooes/1998/htm/del/del084-98.htm>. Acesso em: 12 dez. 2021.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 10. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Curso avançado de direito civil**: contratos. São Paulo: Ed. RT, 2002. v. 3.

RODRIGUES, Edwiges Elaine. **Contratos no direito das famílias**. 2021. p. 1. Disponível em: <https://trilhante.com.br/curso/contratos-no-direito-das-familias/aula/-pacto-pos-nupcial-1>. Acesso em: 30 nov. 2021.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 6: Direito de família.

ROMANO, Rogério Tadeu. **Conceito de negócio jurídico**. 19/02/2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/64234/conceito-de-negocio-juridico>. Acesso em: 18 out. 2021.

SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. **Direito civil: contratos**. São Paulo: Atlas, 2004. (Série fundamentos jurídicos).

SAMPAIO SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa. **Relações patrimoniais da família: alguns questionamentos**. 6 abr. 2009. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/artigos/499/Rela%C3%A7%C3%B5es+patrimoniais+de+Fam%C3%ADlia%3A+alguns+questionamentos+>. Acesso em: 21 dez. 2021.

SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. O pacto antenupcial e a autonomia privada. 6 *In*: BASTOS, Eliene Ferreira; SOUSA, Asiel Henrique de (coord.). **Família e jurisdição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 183-209.

SÃO PAULO (Estado). Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo. **Normas de serviço**. 2021. t. 2. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Corregedoria/Comunicados/NormasExtrajudiciais?f=2>. Acesso em: 24 dez 2021.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Derecho romano Actual**. Trad. Jacinto Mesía e Manuel Poley. 2. ed. Madrid: Góngora, 19-- [1878-1879].

SHILLER, Robert J. **The promise of financial democracy**. Princeton: Princeton University Press, 2008.

SIMÃO, José Fernando. **Questões controvertidas: a mudança do regime de bens**. 2005. Disponível em: http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_regime_bens.htm. Acesso em: 6 dez. 2021.

TARTUCE, Flávio. **Conversão de pacto antenupcial em contrato de convivência**. IBDFAM. fev. 2018. [on-line]. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1257/Convers%C3%A3o+de+pacto+antenupcial+em+contrato+de+conviv%C3%A2ncia>. Acesso em: 25 nov. 2021.

TARTUCE, Flávio. **O que é um negócio jurídico?** [2020]. Disponível em: <https://dicasconcursos.jusbrasil.com.br/artigos/929841539/o-que-e-um-negocio-juridico>. Acesso em: 19 set. 2021.

TEDESCHI, Guido. **Il regime patrimoniale della famiglia**. 4. Ed. Torino: Ute, 1963.

TEIXEIRA DE FREITAS. **Consolidação das leis civis: esboço - Código Civil 1896**. 3. ed. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 1983.

VELOSO, Zeno. **Regimes matrimoniais de bens**. 2020. Disponível em: <https://www.direitodefamilia.adv.br/2020/wp-content/uploads/2020/07/zeno-veloso-regime-matrimon.pdf>. Acesso em: 29 dez. 2021.

WITTER, Geraldina Porto. Pesquisa documental, pesquisa bibliográfica e busca da informação. **Estudos de Psicologia**, Campinas, v. 7, n. 1, p. 5-30, jan./jul. 1990.

ZINNY, Mario Antonio. **El acto notarial (dación de fe)**. 3a. Ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2007.

ANEXO A - LEI DE 6 DE OUTUBRO DE 1784⁵⁸

ADDITAMENTOS

1029

los reis o Piloto, e seiscentos reis o Ajudante da Corda. O Escrivão vencerá somente os salarios, que lhe forem contados, segundo o Regimento geral do seu Officio. O Piloto perceberá mais seis mil e quatro centos reis pelo trabalho de tirar a planta; os quaes pertencerão á quem a fiser, no caso de a haver o Juiz encarregado a outrem pela inhabilidade, ou qualquer outro impedimento do Piloto.

2. E convido, que o Juiz das Sesmarias, e mais Officiaes não faltem aos deveres do seu cargo, nas devassas de correição se perguntará por elles, averiguando-se se cumprem as suas obrigações, e se lavão salarios de máis, dando-se-lhe em culpa o que contra elles se provar.

E os Ouvidores das Comarcas os consrangerão a que com toda a promptidão vão fazer as medições, que lhes forem requeridas, se lhes constar por notoriedade, ou por queixa das partes, que recusão ir fazel-as.

E este se cumprirá como nelle se contem. Pelo que mando, etc.

Dado no Palacio do Rio de Janeiro aos 23 de Janeiro de 1809. — *Patricz, com guarda—Marquez de Angeja, Presidente.*

LEI DE 6 DE OUTUBRO DE 1784.

Regula a solemnidade das Esponsaes, e providencia acerca das querellas de estupro (1).

D. Maria, por graça de Deos, etc.

Faço saber aos que esta carta de Lei virem: Que sendo-me presentes os muitos, e gravissimos abusos, que se praticão na celebração do contracto esponsalicio, por não haver Leis, que regulem a forma delle, e servir tio somente de norma a livre vontade dos contrahentes, os quaes muitas vezes se obrigão a casar por promessa, pactos, e convenções clandestinas, feitas, sem conselho e consentimento dos pais, e na falta destes dos respectivos Tutores, ou Curadores por mero impulso de suas proprias, e desordenadas paixões, ou por solicitações de pessoas interessadas em semelhantes acções; vendo-se por isso nascer a obrigação esponsalicia no seio do vicio, da precipitação, e do engano, e ser o fecundo principio de innumeraveis desordens, dissensões, e escandalos, que perturbão a paz interior das familias, arruinão as casas, pervertem os costumes, e impedem o feliz exito dos matrimonios, com grave, e consideravel prejuizo do bem publico, e particular dos meus Reinos, e senhorios:

E por que para occorrer a estes, e a outros tristes abusos, que resultavão da clandestinidade dos matrimonios, ordenou a Igreja no Concilio de Trento, que el-

les se contrahissem publicamente com certa fôrma e solemnidade, ficando aliás sem vigor, irritos, nullos, e de nenhum effeito; e estas saudaveis, e providentes disposições, posto que auxiliadas neste Reino com as penas da competencia secular, pelo Alvará de treze de Novembro de mil seiscentos cincoenta e hum, a instancias das Cortes, celebradas na cidade de Lisboa no anno de mil seiscentos quarenta e hum, se tem frustrado, illudido em grande parte, por se não haverem nellas expressamente comprehendido os esponsaes clandestinos, os quaes reputando-se validos, e capazes de produzir acção em Juizo, fizerão continuar os referidos pessimos abusos, vindo os matrimonios celebrados por effeito de taes esponsaes a ser clandestinos na sua propria origem, com manifesta fraude das pias intenções, e santos fins da Igreja na sobreditas disposições (1).

Querendo eu prover de remedio efficaz, e presentaneo a tantos, e tão publicos males: e que os meus Vassallos se disponhão para os matrimonios com o acerto, religião, e decencia que pede esta santa e importante alliança; depois de mandar examinar a presente e delicada materia por huma junta de Prelados, e de Ministros do meu Conselho, muito zelosos do serviço de Deos, e meu, com o parecer de todos elles, Sou servida a este respeito ordenar o seguinte:

1.º—Ordeno, que da publicação desta em diante nenhuma pessoa de qualquer qualidade, ou condição que seja, possa contrahir esponsaes sem ser por escriptura publica, lavrada por Tabellião, e assignada pelos contrahentes, e pelos pais de cada hum delles; e na falta dos pais pelos seus respectivos Tutores, ou Curadores, e por duas testemunhas ao menos; e que não produzão effeito algum quaesquer promessas, pactos, ou convenções esponsalicias, que não forem contrahidas por esta fôrma, sem que em razão dellas possam admittir-se em Juizo acções algumas, nem ainda querendo deixar-se a certeza das mesmas promessas, pactos ou convenções no juramento daquelles, que as negarem; derogando a esse fim as Ordenações do livro terceiro, titulo vinte e cinco no principio, paragraphos setimo, e nono, titulo cincoenta e nove, paragraphos quinto, undecimo, decimo quinto, e vigesimo primo do livro quarto titulo dezenove (2).

2.º—Não havendo Tabellião nas terras, e estando distante mais de duas leguas do lugar da habitação dos contrahentes, poderão estes ajustar-se a casar por escripto particular na presença dos pais, Tutores, ou Curadores,

(1) Vide Almeida e Souza—*Acc. Sum.* to. 1. pag. 7, 35, 333, 381, e 609, *Diss.* pag. 369, *Notas a Mello* to. 1 pag. 109 e 212, to. 2, pag. 74, 293, 428, 453, e 529, *Seg. Lit.* to. 3 pag. 378, e *Obrij.* pag. 85, 203 e 296.

(2) Vide Almeida e Souza—*Acc. Sum.* to. 1 pag. 569, *Notas a Mello* to. 2 pag. 468 e 560.

(1) Vide Ord. deste liv. L. 10 rub. e nota (1) á pag. 332.

e quatro testemunhas, os quaes todos deverão assignal-o : Este escripto particular se não fôr cumprido no espaço de hum mez, para ter effeito depois d'elle passado, será reduzido a escriptura publica: e não o tendo sido não poderá produzir-se em Juizo nem ter validade alguma(1).

3.º—Far-se-ha na escriptura menção expressa dos pais dos contraentes, do lugar onde nascêrão, e forão baptizados, da idade que tem, da Freguezia onde morão, e de que por sua espontanea, e livre vontade, e sem a menor coacção, fizerão e aceitarão suas mutuas, e reciprocas promessas. Se forem parentes, se dirá o genero, e qualidade de parentesco que ha entre elles, e o grão em que se achão declarando que se obrigão de baixo da condição de lhes ser concedida a dispensa legitima (2).

4.º—Os filhos familias, e os menores não poderão contrahir Esponsaes ate a idade de vinte e cinco annos, sem consentimento dos pais, Tutores, ou Curadores; prestando estes o seu consentimento, d'elle se fará expressa menção na escriptura. Se porem não quizerem consentir, sendo para isso requeridos, e instados pelos filhos, ou menores poderão estes recorrer à Meza do Desembargo do Paço, e aos Corregedores ou Provedores das Comarcas, para supprirem por sua publica authority o consentimento dos pais, Tutores, ou Curadores, na fórma que dispoz El-Rey meu e senhor, pai, de saudosa memoria, a respeito dos Matrimonios, na saudavel, e providente Lei de vinte e nove de Novembro de mil setecentos sessenta e cinco; e com esta authority, e licença no caso de lhes ser assim concedida, se poderá proceder à escriptura dos Esponsaes, incorporando-se nella a Provisão, ou sentença, que alcançarem os filhos, ou menores, e não podendo os pais, Tutores, ou Curadores embaraçar por modo algum a execução das ditas Provisões ou sentenças(3).

5.º—Para que as discussões que occorrerem, e das decisões, que se proferirem sobre a concessão, ou denegação das licenças que se pedirem para estes contractos se não revele ao publico, cousa alguma, que por qualquer modo possa prejudicar ao decoro, e reputação das familias, ou de cada hum dos individuos dellas, sou servida ordenar (4):

Primeiro: que assim as informações, que se pedirem a este respeito à quaesquer Juizes pelos Tribunaes respectivos, como os processos, que a este fim, se formarem, não

possão sahir das mãos dos respectivos Juizes ou dos seus Escrivães, a que forão distribuidos os ditos processos, ou informações, em que se houverem de inquirir testemunhas, e que os escriptorios dos mesmos Escrivães vão as proprias partes, ou seus bastantes proctradores, a dizerem, ou responderem por escripto o que lhes convier, havendo a esse fim copias, que poderão tirar, do que contra elles tiverem dito os seus contendores.

Segundo: que assim nas sentenças que se proferirem sobre as referidas contestações, como nas Provisões, que sobre ellas se expedirem pela Meza do Desembargo do Paço, nos casos da sua competencia, simplesmente se conceda, ou denegue a licença pedida, com absoluta, e indistincta relação ás provas, e informações do processo, e sem que se indiquem fundamentos alguns; sem embargo da Ordenação do livro terceiro, título sessenta e seis, paragrapho setimo, que nestes casos sómente hei por derogada.

Terceiro: que nos recursos, que se interpuzerem dos Corregedores do Cível da Corte, dos da Cidade, ou dos das Comarcas do Reino, se entreguem os processos pelos Juizes delles aos Presidentes das Relações respectivas, ou se remetão pelos correios em segredo de Justiça; e que sendo Escrivães delles os respectivos Guardas-móres, sejam sentenciados pelos Juizes, a que forem distribuidos pelos igualmente respectivos Presidentes na conformidade da dita Lei de vinte e nove de Novembro de mil setecentos setenta e cinco.

Quarto: que passados seis mezes, depois de decisão das referidas contestações, e de se haverem expedido às partes as suas sentenças, ou provisões, sejam mandados queimar os processos, pelos Presidentes dos Tribunaes, ou pelos Magistrados, que houverem proferido as ultimas sentenças.

E *Quinto* finalmente, que todo, e qualquer Magistrado, ou Official, que fôr legitimamente convencido de haver faltado ao segredo de Justiça, que nestes casos lhe hei por muito recommendado seja irremissivelmente punido na conformidade da Ordenação do livro quinto, título nono.

6.º—Os filhos maiores de vinte e cinco annos, que quizerem contrahir Esponsaes, deverão indispensavelmente pedir o consentimento dos pais; e repugnando estes, depois de terem elles satisfeito, e cumprido com os importantes, e religiosos officios da obediencia, e respeito, que se devem a estes chefes de familias, poderão proceder a celebração do contracto sem o seu consentimento: E com esta modificação, e as dos dous precedentes paragraphos, se entenderá a Lei de vinte e nove de Novembro de mil setecentos setenta e cinco (1).

(1) Vide Almeida e Sousa—Acq. Sum. to. 1 pag. 560, e Notas á Mello, pag. 560.

(2) Vide Almeida e Sousa—Acq. Sum. to. 1 pag. 565.

(3) Vide Almeida e Sousa—Acq. Sum. to. 1 pag. 78, e 563, Diss. pag. 401, Seg. Lin. to. 2, pag. 221, Notas á Mello to. 2, pag. 560, e Obrig. pag. 60.

(4) Vide Almeida e Sousa—Acq. Sum. to. pag. 78, Seg. Lin. to. 2 pag. 221.

(1) Vide Almeida e Sousa—Obrig. pag. 18.

7.º—Não querendo algum dos contraheentes cumprir os Esponsaes celebrados na fórma acima determinada, e sendo necessario por isso recorrer se ao Juizo, para ser nelle obrigado a encher a fé dada, se procederá nesta causa breve, e summariamente, como a natureza della pede, e requer. Para que assim melhor se possa propôr a acção, que produzirem os Esponsaes, terá a mesma natureza da assignação de dez dias, que resulta dos contractos celebrados por Escripura publica; procedendo-se nella como dispõe a Ordenação do livro terceiro, titulo vinte e cinco, em tudo que lhe fór applicavel.

8.º—Para se evitarem demandas, e se facilitarem os meios de haverem as partes o seu Direito, quando alguma dellas fica ás outras obrigada por todo e qualquer damno, que cause com o seu injusto repudio, poderão os contraheentes, com consentimento, e approvação de seus pais, Tutores, e Curadores, definir, e ajustar na escriptura dos Esponsaes a quantia, que deverá servir de compensação á parte lésa, em tal caso. E succedendo tratar-se em Juizo da satisfação da mesma quantia assim definida, e estipulada, se procederá nelle na fórma da Ordenação referida; e na falta de especial estipulação das partes, de indemnisação, e interesse, ficarão ao prudente arbitrio dos Juizadores, conforme as circumstancias que no caso occorrerem(1).

9.º—Por quanto, sendo declaradas nullas, irritas, e de nenhum valor as promessas, pactos, e convenções esponsalicias, que não forem contrahidas pela fórma, que sou servida prescrever nesta Lei, poderá succeder que se frequentem os estupro, para por este meio illicito, e criminoso se adquirir o direito ao matrimonio, ou ao dote: Que-rendo desde logo occorrer a tão perniciosos abusos, e fraudes: Hei por bem abolir, e extinguir a querella de estupro, que pela Ordenação do livro quinto, titulo vinte e trez compete ás mulheres virgens, que se deixão corromper por sua vontade(2).

E mando:

Primeiro: que nenhuma dellas, excedendo a idade de dezeseite annos completos(3), ainda que tenha contrahido esponsaes, possa por este motivo ser ouvida em Juizo, excepto o caso, em que seja real, e verdadeiramente forçada.

Segundo: que aquelle que a corromper, sendo maior de dezeseite annos, seja condemnado a arbitrio do Juiz, regulado pela qualidade, estado, e condição de hum e outro; não arbitrando porem, nos casos ordinarios menor pena, que a de degredo por cinco

annos para as Colonias de Africa, ou da Asia; á qual só se poderá proceder a requerimento dos pais, Tutores, o Curadores, e na falta delles, dos Irmãos.

Porem sendo a corrupta menor dos ditos dezeseite annos, attendendo a que a inconsideração, que he ordinaria antes da referida idade para evitar a sua ruina, por isso mesmo agrava o crime do seductor: Ordeno, que ou querellando ella nestes termos, ou seus pais, Tutores, ou Curadores, seja o seductor condemnado criminalmente nas penas arbitrarías na sobredita fórma, e além dellas no dote, que lhe corresponder, segundo a sua condição, e qualidade, ficando sem vigor as disposições, e penas estabelecidas na referida Ordenação do livro quinto, titulo vinte e trez; e na Lei de vinte e nove de Junho de mil seicentos setenta e cinco, pelo o que pertence ao caso de Estupro voluntario; e prohibida por conseguinte toda, e qualquer interpretação, que se lhe portenda dar em contrario.

10.— Para evitar duvidas, e opiniões: Ordeno, que na disposição desta Lei se entendão comprehendidos os Esponsaes preteritos, se dentro de trez mezes, contados da sua publicação na Cabeça da Comarca, não forem ajuizados celebrados na antiga forma por escriptos, e testemunhas ajuizando-se no dito termo, se procederá nestas causas (assim como nas que se achão pendentes) conforme a Jurisprudencia até agora recebida. Da mesma forma, e dentro do referido termo de trez mezes, se procederá nas querellas de estupro, que se pretenderem intentar, assim como nos processos, que actualmente penderem em Juizo.

Esta se cumprirá tão inteiramente como nella se contém, sem duvida ou embargo algum, qualquer que elle seja.

Pelo que mando, etc.

Dada no Palacio de Queluz em 6 de Outubro de 1784. — Com a Assignatura da Rainha com guarda.

LEI DE 17 DE AGOSTO DE 1761.

Regulando os dotes das filhas das Pessoas da primeira Grandeza (1).

D. José, por graça de Deos, etc.

Faço saber aos que esta Lei virem, que por quanto a experiencia tem mostrado os grandes inconvenientes, que se seguem a conservação, e ao augmento da principal Nobreza dos meus Reinos, não só de se dividirem por iguaes porções, ou legitimas, as heranças dos Fidalgos entre os seus filhos varões, e filhas fêmeas; tirando-se assim aos primeiros os meios para se empregarem no serviço da minha Corôa; e

(1) Vide Almeida e Souza—*Arq. Sum.* to. 1 pag. 82 e 83.

(2) Vide Almeida e Souza—*Seg. Lin.* to. 1, pag. 667, *Notas d'Alto* to. 2 pag. 569, *Fascic.* to. 3 pag. 110, e *Obrig.* pag. 19.

(3) Esta disposição servio de base ao Código Criminal no art. 219.

(1) Vide Ord. deste liv. t. 47. rub., e nota (2) á pag. 835.