

## **O PACTO ANTENUPCIAL E O CONTRATO DE CONVIVÊNCIA: QUAIS SÃO OS LIMITES PARA AS CLÁUSULAS EXISTENCIAIS?**

*PRENUPTIAL AGREEMENT AND COHABITATION AGREEMENT: WHICH ARE THE LIMITS FOR THE EXISTENTIAL CLAUSES?*

*LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES Y EL CONTRATO DE CONVIVENCIA: ¿CUÁLES SON LOS LÍMITES DE LAS CLÁUSULAS EXISTENCIALES?*

**Isabella Poglia Freitas Souza <sup>1</sup>**

### **RESUMO**

Como é de notório conhecimento, o acordo antenupcial e o contrato de convivência podem incluir conteúdo extrapatrimonial. Diante disso, o presente artigo busca pesquisar quais são os limites que devem ser observados pelos nubentes ou companheiros ao estabelecer cláusulas de caráter existencial nesses negócios jurídicos. Para tanto, será feita uma revisão bibliográfica e legislativa sobre o tema, além de uma análise de pactos sobre questões existenciais em específico. Com isso, concluiu-se que a autonomia privada fundamenta a criação de disposições que atendam as necessidades da entidade familiar, enquanto as garantias fundamentais e as questões de ordem pública irão cercear a liberdade contratual.

Palavras-chave: pacto antenupcial; contrato de convivência; direitos existenciais; autonomia privada; limites; garantias fundamentais.

### **ABSTRACT**

As it is well known, the prenuptial agreement and the cohabitation agreement may include extrapatrimonial provisions. In view of this, this article seeks to research the limits that must be observed by the spouses or cohabitants when establishing existential clauses in these legal arrangements. To this end, a literature and legislative review will be made on the subject, in addition to an analysis of prenuptial agreements on specific existential issues. As a result, it was concluded that private autonomy grounds the creation of provisions that meet the needs of the family unit, while the fundamental guarantees and issues of public order will restrict contractual freedom.

Keywords: prenuptial agreement; cohabitation agreement; existential rights; private autonomy; limits; fundamental guarantees.

---

<sup>1</sup> Analista Jurídica com lotação na Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul; Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul; Pós-Graduada em Direito de Família e Sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público; e-mail: isabellapoglia97@gmail.com.

## RESUMEN

Como es bien sabido, las capitulaciones matrimoniales y el acuerdo de convivencia pueden incluir contenido fuera de balance. Ante ello, el presente artículo busca investigar cuáles son los límites que deben observar los cónyuges o convivientes al establecer cláusulas de carácter existencial en estos negocios jurídicos. Para ello, se hará una revisión bibliográfica y legislativa sobre el tema, así como un análisis de pactos sobre cuestiones existenciales en particular. Con ello, se concluyó que la autonomía privada es la base para la creación de disposiciones que satisfagan las necesidades de la entidad familiar, mientras que las garantías fundamentales y las cuestiones de orden público restringirán la libertad contractual.

Palabras clave: capitulaciones matrimoniales; contrato de convivencia; derechos existenciales; autonomía privada; límites; garantías fundamentales.

Data de submissão: 04/02/2023

Data de aceite: 10/07/2023

## 1 INTRODUÇÃO

Usualmente, o casamento e a união estável são relacionamentos que se projetam para o futuro. Embora os vínculos conjugais possam perdurar por breve período, as relações costumam ser pensadas para se prolongar no tempo. Afinal, ninguém constitui casamento pensando em se divorciar, tampouco mantém convivência pública, contínua e duradoura, visando dissolver a união.

Durante a comunhão de vida, muitos casais enfrentam os desafios da convivência diária e das conexões humanas. Em uma relação afetiva, cada um dos componentes traz consigo as suas experiências, hábitos e convicções. De igual modo, os integrantes criam expectativas de como será compartilhar a existência com outra pessoa, desejando que elas sejam atendidas durante a convivência.

Nessa conjuntura de estreitamento de vínculos, acordos prévios entre os nubentes e companheiros podem evitar desgastes provenientes do cotidiano. Persistindo um alinhamento de ideais, há menor chance de que desavenças prosperem. Antes da celebração de um casamento ou na vigência da união estável, é comum que o casal se reúna para decidir sobre o regime de bens que regulamentará o patrimônio comum. No entanto, as partes podem ir além das

questões econômicas que permeiam o relacionamento e também incluir cláusulas com conteúdo extrapatrimonial na discussão prévia ao casamento ou concomitante à união estável.

À vista disso, este artigo tem como objetivo averiguar quais são os limites para as cláusulas existenciais no pacto antenupcial, assim como no contrato de convivência. Observando o princípio da autonomia privada e do livre planejamento familiar, pesquisa-se as fronteiras que não podem ser ultrapassadas pelos casais quando celebram esses acordos no âmbito familiar. Para tanto, esta análise será feita a partir de uma revisão bibliográfica sobre o tema, além de um estudo legislativo e de leitura de notícias. Busca-se, sempre que possível, fazer uma comparação entre o que é proposto pela doutrina e a realidade prática.

Quanto à estrutura, o presente artigo está dividido em duas grandes partes. A primeira delas fará um panorama geral sobre a celebração de contratos no âmbito do Direito de Família, trazendo conceitos básicos e noções gerais. Em seguida, o estudo discutirá o conteúdo de pactos sobre direitos existenciais em específico, a partir de exemplos.

## **2 CONTRATOS NO ÂMBITO DO DIREITO DE FAMÍLIA**

Cada grupo familiar é peculiar e complexo. Diante da pluralidade de entidades familiares existentes, os contratos permitem que os indivíduos possam pensar as regras que regularão as suas relações particulares, uma vez que o texto legal não consegue contemplar todas as possibilidades de agrupamentos parentais. Com isso, é cada vez mais frequente pensar em contratos no Direito de Família, assim como em outras áreas do Direito.

### **2.1 CONTRATUALIZAÇÃO DA FAMÍLIA**

Com a evolução da sociedade, as relações pessoais mudaram, sendo o núcleo familiar tradicional substituído pelas relações marcadas pelo afeto. Atualmente, a entidade familiar contemporânea afigura-se múltipla e não é mais formada pelo casamento, exclusivamente. Isso significa que a atuação estatal

no âmbito da família é limitada, pois cabe aos indivíduos decidir como irão reger seus relacionamentos, desde que tais disposições não afetem a ordem pública. Melhor dizendo, o Estado não pode invadir a intimidade dos indivíduos, que têm direito à privacidade, mas também não deve permitir abusos, como distinções relacionadas ao gênero, orientação sexual, raça ou religião, tampouco tolerar violências de qualquer tipo.

A legislação infraconstitucional, mais especificamente o art. 1.513, diz que “é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”. O art. 226, § 7º, da Carta Magna, por sua vez, corrobora que “o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”.

Nessa lógica, defende-se que cada grupo familiar possa pensar as regras que regularão as suas relações privadas. Afinal, dificilmente o legislador, ao exercer sua função típica, consegue pensar em normas que irão contemplar as peculiaridades de cada núcleo doméstico, especialmente quando a família contemporânea é plural e democrática (Paulino da Rosa, 2014).

Diante disso, ganha relevância a conexão entre a Teoria Geral dos Contratos e os Direitos de Família e das Sucessões, a fim de que as partes possam estipular o acordo de vontades no que diz respeito às relações afetivas. A celebração de contratos escritos, por conseguinte, traz segurança jurídica aos pactos que até então poderiam permanecer tão somente na seara verbal. Com a diminuição da regulação estatal no âmbito das famílias, cresce a liberdade das partes para autodeterminar suas relações, para além das questões patrimoniais. Tal possibilidade de criação é decorrência do princípio da autonomia privada, que permite formalização de negócios jurídicos no âmbito das famílias.

Já foram suscitados questionamentos quanto à viabilidade da contratualização da família, diante das diferenças sociais decorrentes de gênero (Tartuce, 2014). E, essa posição contrária à incidência da autonomia privada nas relações familiares justifica-se, porque a celebração de negócios jurídicos para

tratar de questões inerentes ao convívio doméstico poderia afastar a intervenção do Estado, permitindo violações nas relações entre particulares.

Ocorre que é preferível associar um viés positivo à criação de contratos em matéria de Direito de Família, como o pacto antenupcial, negócios intramatrimoniais ou pré-divórcio, pois essas resoluções trazem previsibilidade para os signatários. Com o estabelecimento de convenções válidas, já que a liberdade das partes não é ilimitada, o casal planejará as diretrizes que irão balizar a relação familiar:

Mas um alerta é preciso: os contratos familiares não são a ausência do Direito. Há regras e limites que devem ser obedecidos para que a liberdade não se confunda com arbitrariedade. Não pode haver tratamento discriminatório entre homens e mulheres, é preciso respeitar a dignidade humana dos envolvidos, as vulnerabilidades devem ser tuteladas, não pode haver desrespeito aos direitos das crianças, adolescentes e idosos. Famílias homoafetivas precisam ser protegidas. As pessoas portadoras de deficiência devem ser amparadas e jamais será tolerada a violência doméstica. Afastadas essas situações inaceitáveis, o que resta, e importa, é o amplo espaço de construção de regras intrafamiliares (Carvalho, 2022, p. 3).

Desse modo, há regras que não podem ser afastadas por meio de contrato no âmbito familiar. Porém, superadas as proibições decorrentes da lei, as partes poderão alinhar as expectativas acerca do que enfrentarão nas situações desencadeadas pela assunção de relacionamento afetivo.

## **2.2 PACTO ANTENUPCIAL: CONCEITUAÇÃO E NATUREZA JURÍDICA**

Como ensina a literatura jurídica, “a existência de algum regime matrimonial de bens é uma consequência inafastável do estabelecimento de um relacionamento afetivo” (Madaleno, 2022, p. 813). O conjunto de regras que diz respeito aos interesses patrimoniais ou econômicos da entidade familiar (Tartuce, 2019) é resultado do contexto social e cultural em que as pessoas vivem. Com a maior participação da mulher na sociedade e sua inserção no mercado de trabalho, percebeu-se reflexo direto na mudança dos regimes matrimoniais, que devem atender o princípio da igualdade entre cônjuges e companheiros, previsto no art. 226, § 5.º, da Constituição Federal (Brasil, 1988).

De acordo com a legislação vigente no país, há variedade de regimes patrimoniais para disposição dos bens de um casal. No Brasil, o Código Civil de 2002 (Brasil, 2002) prevê quatro diferentes regimes matrimoniais, quais sejam: comunhão parcial de bens, comunhão universal de bens, participação final nos aquestos e separação de bens. Tais regras alteram-se de acordo com a liberdade que o casal possui para fruir do patrimônio durante o relacionamento e com a dissolução deste.

As disposições patrimoniais, por sua vez, podem ser adotadas por imposição legal ou por convenção das partes. Consoante orienta o art. 1.641 do CC, é obrigatório o regime da separação de bens no casamento das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; da pessoa maior de 70 (setenta) anos; de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial. Lado outro, caso superadas as condições restritivas, as partes podem acordar acerca do regime de bens que será mais proveitoso às particularidades do casal. Em verdade, é possível a criação de outros regimes que não estejam previstos em lei, justamente em virtude do princípio da autonomia privada. O ordenamento jurídico somente não permite o fracionamento do regime em relação a um dos cônjuges, a fim de não autorizar injustiças e discriminações.

Nesse cenário, o pacto antenupcial é um contrato celebrado pelos nubentes com objetivo principal de estabelecer o regime de bens e as relações patrimoniais que serão aplicáveis ao casamento. Melhor dizendo, “é um negócio jurídico de direito de família” (Gozzo, 1992, p. 34), por meio do qual se estabelece o conjunto de regras aplicáveis ao matrimônio e “as condições ou adendos que resolvem acrescentar” (Rizzardo, 2018, p. 576).

Assim sendo, a liberdade de escolha precisa ser exercida no casamento através de um pacto antenupcial. Não obstante, o pacto antenupcial somente se faz necessário se os nubentes optarem por um regime de bens diferente do regime legal, que é o regime da comunhão parcial de bens ou, nas hipóteses já referidas, o regime da separação obrigatória de bens. Em outras palavras, o pacto antenupcial é um negócio facultativo, que se faz necessário para a escolha de determinados regimes patrimoniais (Farias; Rosenvald, 2016).

Frisa-se, ademais, que o pacto antenupcial caracteriza-se por ser um negócio solene, razão pela qual deve ser feito por escritura pública no Cartório de Notas. Posteriormente, deve ser levado ao Cartório de Registro Civil em que será realizado o casamento. Não há um prazo previsto na lei entre a celebração do pacto e o casamento, sendo que as próprias partes podem estipular período. Todavia, o regime de bens começa a vigorar a partir da data da solenidade, de modo que o contrato afigura-se condicional (Gonçalves, 2021), porque só terá eficácia se o casamento se realizar.

Quanto à mutabilidade, o pacto antenupcial somente poderá ser alterado mediante autorização judicial. Muitas pessoas sentem-se constrangidas em discutir as regras de cunho patrimonial antes do casamento e, por isso, acabam aceitando a previsão legal acerca da comunhão. Contudo, se as partes concluírem que o regime de bens adotado inicialmente não faz mais sentido, elas podem modificá-lo, diante da faculdade ofertada pelo art. 1.639, § 2º do Código Civil, que consagra o princípio da mutabilidade justificada (Madaleno, 2022).

Por fim, no que tange ao conteúdo, o pacto antenupcial possui natureza contratual, com liberdade limitada. Nos termos do art. 1.655 do Código Civil, é nula a convenção ou cláusula dela que contravenha disposição absoluta de lei.

### **2.3 CONTRATO DE CONVIVÊNCIA: CONTEÚDO E NATUREZA JURÍDICA**

Diferentemente do casamento, a união estável não reclama formalidade, tampouco solenidade. A convivência com *affectio maritalis*, portanto, não exige um procedimento próprio, porque decorre de um fato da vida. Melhor dizendo, a união estável concretiza-se no plano fático, pressupondo tão somente uma convivência pública, contínua, duradoura e com o objetivo de constituição de família, nos termos do que estabelece o art. 1723 do Código Civil.

Não obstante, se os conviventes desejarem, eles podem formalizar um contrato, a fim de trazer maior segurança jurídica ao período de relacionamento. Por meio do documento, é possível reconhecer a existência da união estável, o regime de bens vigente entre as partes, assim como as regras que irão valer durante a constância da entidade familiar.

Com efeito, o contrato de convivência é um negócio jurídico informal (Farias; Rosenvald, 2016), que deve corresponder à realidade dos companheiros, giza-se, não impedidos ao casamento. O documento, por sua vez, é útil como instrumento de prova da união estável, mas não conta com valor probatório absoluto. À vista disso, para fins de reconhecimento judicial da entidade familiar, o contrato deve estar alicerçado nos demais elementos constantes dos autos.

Ainda, o contrato de convivência serve para adoção do regime de bens aplicável à união estável, caso os conviventes optem por afastar a comunhão parcial do patrimônio, conforme indica o art. 1.725 do CC. Ou seja, o contrato de convivência pode ser caracterizado como um acordo bilateral de vontades para estabelecer as questões econômicas pertinentes ao casamento fático. E, por ser um negócio jurídico, a transação requer agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei.

Em virtude da informalidade, exige-se apenas que o contrato de convivência seja escrito e não apenas verbal. Inclusive, ele pode ser formalizado por instrumento particular ou por meio de escritura pública. Embora o contrato possa ser particular, tem-se que a confecção de escritura pública traz maior segurança na hipótese de discussão judicial acerca da eficácia do negócio jurídico.

Ao contrário do pacto antenupcial, o contrato de convivência pode ser celebrado a qualquer tempo. De igual modo, é cabível modificação do seu conteúdo a todo o momento pela vontade de ambas as partes, não se autorizando que somente um dos conviventes realize alterações contratuais.

Por outro lado, assim como o pacto antenupcial, o contrato de convivência da união estável está sujeito à decretação judicial de nulidade de qualquer cláusula ou convenção que contravenha disposição absoluta de lei, de acordo com o art. 1.655 do CC. Em outras palavras, descabe acrescentar ao negócio jurídico cláusulas que afastem ou suprimam direito e garantias estabelecidos em lei em favor dos companheiros.



## 2.4 CLÁUSULAS EXISTENCIAIS: NOÇÕES GERAIS

Feita tal diferenciação entre o pacto antenupcial e o contrato de convivência, percebe-se que ambos os negócios jurídicos visam questões patrimoniais essencialmente. Apesar disso, não se deve afastar a possibilidade de inclusão de cláusulas com conteúdo extrapatrimonial nesses contratos de Direito de Família, isto é, disposições de natureza existencial sobre as partes.

Inicialmente, pensava-se que o pacto antenupcial era um negócio jurídico que somente poderia ter conteúdo patrimonial e, com isso, excluía-se as estipulações relativas às relações pessoais dos nubentes. Contudo, com a evolução do estudo jurídico, passou-se a aceitar no pacto antenupcial e, também, no contrato de convivência, regras de caráter imaterial, por meio de estipulações variadas sobre a rotina, inclinações e preferências do casal. Não é por acaso, aliás, que o enunciado nº 635 da Jornada de Direito Civil encerrou controvérsias a respeito do tema, permitindo que noivos e conviventes acordem sobre interesses inerentes à vivência pessoal comum, para além do critério econômico, do seguinte modo: “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”.

Com efeito, as cláusulas existenciais são aquelas que versam “sobre assuntos estranhos ao patrimônio, porém relevantes à organização familiar e à vida do casal” (Cardoso, 2009, p. 196). Atualmente, há possibilidade de que os noivos ou companheiros disciplinem diretrizes que não ostentem conteúdo patrimonial ou econômico (Carvalho, 2020) acerca do relacionamento afetivo, em decorrência do princípio da autonomia privada. E, para que a pactuação seja válida e eficaz, a liberdade deve ser exercida conforme os limites da ordem pública e da lei.

## 3 PACTOS SOBRE DIREITOS EXISTENCIAIS

Os pactos sobre direitos existenciais são uma manifestação da autonomia privada, porque permitem que a entidade familiar defina regras próprias, para

além do conteúdo patrimonial do relacionamento. Diante da multiplicidade das cláusulas existenciais que podem ser acordadas, algumas hipóteses serão analisadas de forma não exaustiva a seguir.

### 3.1 DEVER DE FIDELIDADE

O art. 1.566 do CC diz que são deveres de ambos os cônjuges a fidelidade recíproca; vida em comum, no domicílio conjugal; mútua assistência; sustento, guarda e educação dos filhos; respeito e consideração mútuos. O art. 1.724 do mesmo códex, por sua vez, cuida da união estável, estipulando: “As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos”.

A doutrina conceitua a fidelidade conjugal como “a manutenção da monogamia das relações sexuais do casal” (Nery Junior; Nery, 2019, p. 2256). Ou seja, a fidelidade recíproca permite que os cônjuges possuam apenas um parceiro amoroso ou sexual na constância do casamento. Enquanto isso, a lealdade, que é imposta aos conviventes, apresenta-se como um encargo mais abrangente (Madaleno, 2022). Ela importa na obrigação de respeito mútuo entre os companheiros, para além da proibição de relação sexual com terceiros.

No Brasil, o Poder Judiciário já reconheceu a hipótese de indenização do rompimento do dever de fidelidade, por meio dos institutos da responsabilidade civil, sem a prévia pactuação entre os cônjuges nesse sentido. Em julgado mais remoto (Distrito Federal e Territórios, 2012), por exemplo, condenou-se o cônjuge infiel a pagar dano moral, porque manteve relacionamento extraconjugal, do qual proveio o nascimento de uma filha. O dever de indenizar, em tal situação, surgiu por ofensa aos direitos de personalidade da parceira, que teve sua honra, imagem e integridade psíquica abalados.

Também não se verifica óbice quanto à inserção de cláusula em pacto antenupcial que impõe indenização decorrente de violação do dever conjugal (Carodoso, 2009), diante da inexistência de impedimento legal. Logo, se assim quiserem, as partes podem inserir, no contrato anterior ao casamento, uma

cláusula penal que consiste em uma promessa de pagamento em dinheiro para a hipótese de traição.

Por outro lado, aventa-se a possibilidade de afastamento do dever de fidelidade recíproca por meio de contrato. Isso porque o adultério não é considerado crime, tampouco justifica o fim do casamento. A partir da Emenda 66/2010, que alterou o artigo 226, parágrafo 6º da Constituição Federal, não se discute a culpa como motivação para a decretação do divórcio. Assim, “se a infidelidade não mais serve como fundamento para a separação, nada justifica a permanência da previsão legislativa, como um dever legal” (Brito, 2012, p. 72).

Diante disso, iniciou-se debate sobre qual efeito do descumprimento dos deveres conjugais e eventual perda de sentido da previsão legislativa para a fidelidade recíproca. Aproveitando-se de tal inclinação, alguns doutrinadores, como Gustavo Tepedino e Rodrigo da Cunha Pereira, defendem a regulamentação da convivência não monogâmica no casamento, com base no princípio da autonomia privada (Dias, 2017).

Não se ignora a permanência de posição mais conservadora no âmbito do Direito de Família, a qual defende que a sociedade brasileira apresenta a monogamia como elemento estrutural, que impede a atenuação do dever de fidelidade. Em face da imposição do texto legal, não seria possível o afastamento da obrigação de ser fiel por meio de cláusula contratual, uma vez que esta seria ineficaz (Madaleno, 2022).

Em que pese a monogamia esteja prevista no ordenamento infraconstitucional, não é um princípio que consta da Carta Magna. À vista disso, tem-se que o dever de exclusividade conjugal trata-se mais de uma questão cultural, baseada em dogmas religiosos, do que um preceito constitucional imutável. Apesar de o Estado brasileiro ser laico, em nosso ordenamento jurídico há grande influência da Igreja Católica e do Direito Canônico, que condenam a poligamia.

Com isso, questiona-se se o dever de fidelidade é um dever jurídico, efetivamente, ou apenas um elemento moral, que está inserido no ordenamento pátrio. No senso comum, a infidelidade está diretamente relacionada com a quebra de confiança entre os parceiros. No entanto, se ambas as partes do

relacionamento resolvem pelo paralelismo afetivo, não cabe ao Estado intrometer-se nesse acordo.

### 3.2 ROTINA DOMÉSTICA

Realizar acordos pode ser um eficiente meio para prevenir litígios em um relacionamento. Afinal, como ensina o ditado popular “o combinado não sai caro”. Isso não é diferente quando se trata da rotina doméstica.

As discussões proporcionadas pelos movimentos feministas e a maior inserção da mulher no mercado de trabalho implicaram na mudança da dinâmica das famílias. No passado, a imagem feminina estava intrinsecamente relacionada com a figura da “dona de casa”. Atualmente, a mulher não é mais vista como a única responsável por desempenhar as tarefas do lar.

Na sociedade atual, as atividades domésticas tendem a ser divididas pelo casal, independentemente do sexo. Não é mais tão raro, aliás, que o homem assuma as funções domésticas, enquanto a mulher exerce atividade assalariada. Aqui, também não se exclui a sistemática doméstica das famílias formadas por casais homoafetivos, que podem casar-se e constituir união estável.

Sendo assim, a realidade contemporânea propiciou que as pessoas instituíssem funcionamentos diversos em seus lares, sendo cada vez menos frequente o antigo padrão, em que a mulher era a principal encarregada por lavar a louça; passar as roupas; limpar a casa e cozinhar. Nesse novo cenário, cada família adota uma dinâmica própria, o que favorece a celebração de negócios sobre a distribuição do trabalho doméstico.

Nesse ínterim, o pacto antenupcial e o contrato de convivência servem para estabelecer cláusulas existenciais, a exemplo das questões domésticas. As combinações podem envolver aspectos básicos da rotina do casal, como “quem irá ao supermercado, bem como que é proibido fumar no quarto, deixar roupas pelo chão” (Dias, 2017). Melhor dizendo, serão válidas as mais diversas pactuações para atender as peculiaridades dos nubentes ou companheiros, desde que não violem a dignidade humana.

No Brasil, é verdade que a prática ainda não é tão ordinária. Porém, nos Estados Unidos, “em vários estados são admitidas cláusulas diversas sobre aspectos de cunho extrapatrimonial da vida conjugal, até mesmo sobre questões domésticas” (Mafra; Mendonça, 2021, p. 18).

O desconhecimento acerca da faculdade de realização de pactos sobre a rotina doméstica não quer dizer que a transação não terá eficácia na realidade nacional. Como ensina a doutrina, “ainda que não haja a possibilidade de a execução de algumas avenças ser buscada na via judicial, ao menos como acordo entre eles têm plena validade” (Dias, 2017, p. 18).

Em todo o caso, é possível pensar na previsão de multas e cláusulas penais (Cardoso, 2009), a fim de garantir a plena eficiência e eficácia do pacto, como ocorre em outros contratos de Direito Civil. De fato, em não havendo mecanismo de sanção para o inadimplente, há maior chance de que o acordo não seja observado.

### **3.3 RELAÇÕES SEXUAIS**

No passado não tão distante, entendia-se que a realização de atos sexuais era uma obrigação originária do vínculo conjugal, sendo que a recusa de um dos cônjuges poderia configurar erro essencial capaz de anular o casamento. Falava-se que o dever sexual era decorrência lógica da comunhão plena de vida no casamento, bem como do dever de fidelidade recíproca. Nessa mesma linha de raciocínio, já se defendeu que a relação sexual constitui o núcleo intangível da comunhão conjugal (Pinheiro, 2004).

Com a evolução doutrinária e jurisprudencial, passou-se a privilegiar a dignidade da pessoa humana, entendendo-se que não é mais aceitável coagir alguém a praticar atos sexuais, ainda que seja seu cônjuge ou companheiro. Também não se pode deixar de ponderar os avanços instituídos pela Lei Maria da Penha, que aparelhou a luta contra a violência doméstica e protegeu a mulher de qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada. Por certo, abusos de qualquer ordem não podem

ser mais tolerados no âmbito familiar, devendo-se sempre buscar a igualdade de gênero.

Afora isso, após a revolução sexual, as pessoas vivenciam a sexualidade de formas diferentes, havendo maior liberdade de escolha no exercício da vida privada. Atualmente, reconhecem-se novos tipos de orientação sexual, sendo que alguns indivíduos sequer possuem interesse nas atividades sexuais humanas.

Diante das novas necessidades da sociedade contemporânea, o pacto antenupcial ou contrato de união estável possibilitam a discussão das regras sobre a sexualidade do casal. Com efeito, é possível estabelecer acordos sobre “frequência das relações/ número de relações por semana ou mês/ estabelecimento da monogamia como regra (ou não); - regras para casais que praticam o chamado “swing” ou a troca de parceiros; - multa por transmissão de doenças sexualmente transmissíveis” (Carvalho, 2020, p. 5). Lado outro, cabível debater a hipótese de acordo antenupcial prevendo abstinência sexual, sem implicar nulidade do casamento, especialmente porque o divórcio é um direito potestativo. Ou seja, se as pessoas não estão contentes com a ausência de sexo no relacionamento, elas podem optar pela separação.

Nos Estados Unidos, é mais habitual a realização de acordos anteriores ao casamento, inclusive com cláusulas sobre a frequência de relações sexuais. A prática justifica-se por que os estados daquele país apresentam legislações próprias, de modo que a lei do local em que o casal se divorcia determina as normas da separação. Com isso, as pessoas preferem prever as regras que vão reger o relacionamento, até mesmo sobre questões existenciais, ao invés de depender do estado em que residem. Para exemplificar a questão, na análise do contexto norte-americano, verifica-se que a cantora Jennifer Lopez e o ator Ben Affleck casaram-se recentemente. Antes de oficializar a união, os artistas celebraram pacto pré-nupcial, que previu a obrigação de praticar, no mínimo, quatro relações sexuais por semana (Venturi, 2022).

No solo pátrio, contudo, questiona-se a eficácia de cláusula sobre relações sexuais em pacto antenupcial ou contrato de convivência. Haja vista a natureza da obrigação imposta, que está relacionada com a liberdade sexual do

indivíduo, entende-se que não há como exigir o cumprimento judicial de encargo relacionado a sexo. Melhor dizendo, inexistente penalidade aplicável se um dos cônjuges ou conviventes descumprirem o acordo de frequência sexual, tendo em vista que não é permitido obrigar alguém a manter relação carnal, sob pena de praticar um estupro.

Embora não haja como obrigar a prática do ato sexual, há quem sustente a alternativa de interpretar o descumprimento contratual no âmbito familiar como um ilícito civil (Oliveira; Monteiro, 2013). Dessa forma, seria admissível acordar indenização no pacto antenupcial ou no contrato de convivência, em caso de inobservância do dever sexual, com base nos institutos da responsabilidade civil.

### **3.4 CLÁUSULA PENAL EM CASO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA**

A violência doméstica é uma triste realidade no Brasil. Embora a Lei Maria da Penha tenha trazido avanços para o combate à desigualdade de gênero, os abusos no âmbito familiar permanecem na sociedade brasileira. Os números que contabilizam a violência contra a mulher em nosso país são alarmantes. Fato notório é que os agressores são aquelas pessoas que deveriam demonstrar carinho e oferecer cuidado às suas companheiras. Justamente por isso, a violência doméstica torna-se tão cruel, porque se dá em contexto de relação íntima de afeto, quando as mulheres estão mais vulneráveis.

Infelizmente, muitas vítimas de violência doméstica denunciam as lesões que experimentam, enquanto permanecem vinculadas com seus agressores por deles depender financeiramente ou emocionalmente. Em que pese existam inúmeras campanhas de conscientização para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, a questão é complexa e não está sendo solucionada, de modo satisfatório, pelos mecanismos disponíveis.

Com efeito, a violência doméstica não se expressa apenas pela violência física, que costuma representar os casos mais extremos e noticiados. Ela concretiza-se de diversas formas, sendo que algumas delas não são visíveis para a sociedade, como as ofensas psicológicas, sexuais e até mesmo patrimoniais.

Nesse cenário de disparidade entre homens e mulheres, é possível estipular cláusulas de natureza existencial no contrato de convivência ou no pacto antenupcial para reforçar as ferramentas ofertadas pela legislação penal contra a violência doméstica. Não se despreza que a instituição de cláusula penal nas hipóteses de ocorrência de violência doméstica (Carvalho, 2020) não resolve o problema histórico e social de desequilíbrio nas relações afetivas, em virtude do sexo. Ocorre que a pactuação em momento anterior à celebração do casamento ou durante a vigência da união estável pode servir como uma barreira à opressão nos relacionamentos, face ao seu viés educativo e sancionatório.

Como se sabe, a cláusula penal “é pacto acessório à obrigação principal, no qual se estipula a obrigação de pagar pena ou multa, para o caso de uma das partes se furtar ao cumprimento da obrigação principal” (Nery Junior; Nery, 2019, p. 264). Ou seja, ela impõe uma prestação pecuniária de caráter compensatório, que pode fazer o agressor repensar a conduta violenta, antes de praticá-la.

Em verdade, a imposição de multa não irá apagar os traumas vivenciados pela mulher em razão da violência doméstica. Entretanto, pode ajudar a compensar os danos sofridos, que certamente ultrapassam o mero aborrecimento. Em outros termos, a cláusula penal não impede a transgressão, mas figura como mais um elemento para coibir os abusos experimentados pela esposa ou convivente no distrito do lar. Além disso, o negócio jurídico pode representar um indício de que o signatário está disposto a abster-se de praticar qualquer ato de violência.

### **3.5 CLÁUSULAS VEDADAS**

Apesar da liberdade contratual que é conferida às partes no âmbito do Direito de Família, algumas pactuações não são autorizadas pelo ordenamento jurídico. Normalmente, elas implicam em renúncia antecipada de direitos, bem como violam princípios constitucionais ou texto expresso de lei. Tais cláusulas, se inscritas no pacto antenupcial ou no contrato de convivência, serão consideradas nulas e não terão eficácia.



A ampla maioria da doutrina (Pituco; Fleischmann, 2022), por exemplo, entende que é vedada cláusula que permite renúncia prévia à herança, excluindo o direito sucessório do cônjuge sobrevivente e afastando as regras da sucessão legítima. Isso porque não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva, nos termos do art. 426 do CC. Lado outro, há quem defenda (Madaleno, 2018) que a legislação civil não proíbe a desistência antecipada à herança, pois se trata de renúncia abdicativa e não aquisitiva, como foi pensada a vedação à *pacta corvina*<sup>2</sup>. Outro argumento que validaria a cláusula de renúncia é o fato de que o herdeiro não faz jus à herança universal, já que concorre com descendentes e ascendentes.

Quanto à proibição legal, também não se reputa válida cláusula que estabeleça a renúncia prévia aos alimentos, por violação à regra contida no art. 1.707 do CC. Em razão da sua natureza indisponível, a jurisprudência pátria não admite acordo que afaste antecipadamente a obrigação de prestar alimentos entre ex-cônjuges ou ex-companheiros, que é decorrente do dever de mútua assistência. O casal, contudo, pode dispensar, reciprocamente, os alimentos na celebração do divórcio ou término da união.

Ainda, não é eficaz previsão contratual que estabelece que o marido, nos regimes da comunhão universal ou parcial de bens, possa vender imóvel sem outorga conjugal, afastando o art. 1.647, inc. I, do CC (Tartuce, 2021). Não há, portanto, como excluir por meio de contrato a autorização do parceiro, que visa assegurar a comunhão de vontade em tais regimes.

No que tange à cláusula que contraria o texto constitucional, é possível mencionar pacto que determina a administração dos bens de forma exclusiva pelo marido ou pelo companheiro. Veja-se que não se mostra aceitável excluir por meio de contrato a isonomia entre homens e mulheres, que foi garantida pela Carta Magna.

Por fim, não se deve incluir em pacto antenupcial ou contrato de convivência cláusula que regulamenta previamente as regras referentes à guarda ou convivência dos filhos, para o caso de divórcio do casal e dissolução

---

<sup>2</sup> Acordo que tem por objeto herança de pessoa viva.

da união estável. Até mesmo porque não há como saber antecipadamente quem será o guardião mais adequado para cuidar dos filhos comuns ou qual será o regime de convivência que melhor atenderá os interesses da prole (Mafra; Mendonça, 2021).

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O pacto antenupcial e o contrato de convivência são grandes exemplos de negócios jurídicos no âmbito familiar. Em princípio, ambos os acordos objetivam tutelar questões patrimoniais relativas ao casamento e à união estável. Todavia, o primeiro negócio jurídico caracteriza-se por ser formal e solene tal qual o matrimônio, além de ser realizado em momento prévio à assunção do compromisso conjugal. Enquanto isso, o segundo é informal e costuma ser confeccionado durante a vigência da relação, servindo também como instrumento de prova do período de união estável, ainda que com valor probatório relativo. Em suma, o pacto antenupcial e o contrato de convivência são transações que podem designar o regime de bens do casal, o que não impede, contudo, a inclusão de cláusulas com conteúdo extrapatrimonial.

Com efeito, as cláusulas existenciais, isto é, estipulações relativas às relações pessoais dos nubentes ou companheiros, podem ter conteúdo diverso, conquanto que não violem os princípios da dignidade da pessoa humana. Na prática, é possível que elas sirvam para fixar aspectos ordinários da vida do casal, como normas sobre a rotina doméstica, ou, até mesmo para tratar de pontos sensíveis, como a inserção de cláusula penal em caso de violência no âmbito familiar. Aqui, frisa-se que as disposições estudadas neste artigo não esgotam as deliberações que podem ser acordadas pelas partes, porque a autonomia privada irá balizar os acordos, ao passo que as garantias fundamentais e as questões de ordem pública irão restringir a liberdade contratual.

Como se sugeriu no presente estudo, inclusive os limites impostos pelo texto legal podem ser questionados em se tratando de cláusulas existenciais, especialmente quando as restrições legislativas provêm de valores morais ou

religiosos em um estado laico, como o Brasil. Nesse sentido, discutiu-se a hipótese de se afastar o dever de fidelidade disposto no Código Civil por meio de pacto antenupcial ou contrato de convivência, sem implicar na descaracterização do casamento ou da união estável, tendo em vista que a monogamia não é um princípio constitucional imutável.

Lado outro, há barreiras que não devem ser ultrapassadas pela vontade das partes, havendo cláusulas já reconhecidamente vedadas pela doutrina e pela jurisprudência, a exemplo daquelas que implicam em renúncia antecipada de direitos. No presente estudo, acordo sobre frequência sexual teve sua exigibilidade controvertida, diante do conflito com direitos indisponíveis.

Em um panorama mais amplo, percebe-se que não há uma cultura de celebração de pacto antenupcial e de contrato de convivência no Brasil, sendo ainda menos habitual a pactuação sobre questões existenciais, como ocorre nos Estados Unidos. No solo pátrio, as pessoas tendem a confiar que o texto legal irá estabelecer as regras patrimoniais vigentes durante o relacionamento, aguardando a aplicação do regime legal, em caso de separação ou divórcio. Além disso, deve-se ponderar que muitos casais sequer formalizam o ânimo de constituir família.

Ao que se verifica da realidade brasileira, é mais frequente que pessoas com alto padrão aquisitivo confeccionem pacto antenupcial ou contrato de convivência, visando à proteção patrimonial. A baixa adesão pode justificar-se pelo desconhecimento das pessoas leigas sobre a possibilidade de inserção de cláusulas existenciais em contratos de Direito de Família e aos custos da contratação de um profissional da área jurídica para assessorar os interessados. Embora não seja necessário um advogado para redigir os contratos pré-nupciais ou de convivência, a interferência de um procurador é essencial para alertar sobre a hipótese de transação, bem como elaborar cláusulas específicas para o caso concreto.

Do senso comum, também se extrai uma visão limitada sobre o pacto antenupcial e o contrato de convivência, os quais serviriam tão somente para estabelecer questões patrimoniais do casal. No entanto, esses negócios

jurídicos podem cumprir um papel social importante, favorecendo a luta pela igualdade de gênero e o princípio da isonomia entre os cônjuges/companheiros.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal; Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

BRITO, Camila Rodrigues de Souza. **Responsabilidade Civil por descumprimento do dever conjugal**. Tese (Mestrado em Direito) - UniCEUB e UniEvangélica. Brasília, 2012.

CARDOSO, Fabiana Domingues. **Pacto antenupcial no Brasil**: formalidades e conteúdo. Tese (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

CARVALHO, Dimitre Braga Soares de. Contratos familiares: cada família pode criar seu próprio Direito de Família. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**, 01 jul. 2020. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1498/Contratos+familiares:+cada+fam%C3%ADlia+pode+criar+seu+pr%C3%B3prio+Direito+de+Fam%C3%ADlia>. Acesso em: 17 set. 2022.

CARVALHO, Dimitre Braga Soares de. Minha família, minhas regras: da família contratual aos smartcontracts de Direito de Família. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**, 27 abr. 2022. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1809/Minha+fam%C3%ADlia%2C+minhas+regras%3A+da+fam%C3%ADlia+contratual+aos+smartcontracts+de+Direito+de+Fam%C3%ADlia#:~:text=Minha%20fam%C3%ADlia%2C%20minhas%20regras!,paralelo%20com%20os%20projetos%20familiares>. Acesso em: 13 out. 2022.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível. Proc. 20080110352973. Indenização por dano moral. Violação aos deveres do casamento. Fidelidade recíproca. Segredo de Justiça. Relatora: Des. Vera Andrigli. Distrito Federal, 20 de setembro de 2012. **Jusbrasil**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-df/905993607>. Acesso em: 1 fevereiro 2023.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: Famílias**. 9. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

GONÇALVES, Carlos R. **Direito civil brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. V. 6.

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

MADALENO, Rolf. Renúncia de herança em pacto antenupcial. **Revista de Direito das Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, n. 27, p. 9-57, 2018.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Editora Forense; Grupo GEN, 2022.

MAFRA, Tereza Cristina Monteiro. MENDONÇA, Rafael Baeta. Os limites de conteúdo do pacto antenupcial. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, 2021. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/564>. Acesso em: 12 outubro 2022.

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil comentado**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

OLIVEIRA, Olivia Marcelo Pinto de. MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. Responsabilidade Civil e Débito Conjugal: Breve Análise do Dano Imaterial pela Quebra do Dever Sexual no Direito Português e Brasileiro. **Revista Jurídica Cesumar - Mestrado**, v. 13, n. 1, p. 33-73, jan./jun. 2013. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/2331/1893>. Acesso em: 06 ago. 2023.

PAULINO DA ROSA, Conrado. **Do “pater família” a Homer Simpson**: uma análise da família antiga a partir de Fustel de Coulanges e a nova realidade do direito de família. O papel de cada um nos conflitos familiares e sucessórios. Porto Alegre: IBDFAM-RS; Ed. RJR, 2014.

PINHEIRO, Jorge Alberto Caras Altas Duarte. **O núcleo intangível da comunhão conjugal**: os deveres conjugais sexuais. Portugal: Almedina, 2004.

PITUCO, Alice Pagnoncelli; FLEISCHMANN, Simone Tassinari Cardoso. A renúncia ao direito concorrencial e a vedação à “pacta corvina”: uma reflexão acerca do disposto no artigo 426 do Código Civil. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, ano 11, n. 1, 2022. Disponível em: <http://civilistica.com/a-renuncia-ao-direito-concorrencial>. Acesso em: 16 out. 2022.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**, 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; Grupo GEN, 2018.

TARTUCE, Flávio. A contratualização do direito de família. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**, 07 out. 2014. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/979/A+contratualiza%C3%A7%C3%A3o+do+direit+o+de+fam%C3%ADlia>. Acesso em: 08 outubro 2022.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: direito de família. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. V. 5.

TARTUCE, Flávio. Autonomia privada e Direito de Família - Algumas reflexões atuais. **Migalhas.com**, 25 ago. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/350602/autonomia-privada-e-direito-de-familia--algumas-reflexoes-atuais>. Acesso: em 16 out. 2022.

VENTURI, Thaís G. Pascoaloto. A cultura norte-americana dos acordos pré-nupciais. **Migalhas**, 23 maio 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/direito-privado-no-common-law/366463/a-cultura-norte-americana-dos-acordos-pre-nupciais>. Acesso em: 12 out. 2022.