

# A NEGOCIAÇÃO DE QUESTÕES EXTRAPATRIMONIAIS NO PACTO ANTENUPCIAL

*Alex Bruno Assis Lopes<sup>1</sup>*

## **Resumo**

Trata-se de pesquisa eminentemente teórica-dogmática qualitativa, de caráter bibliográfico, desenvolvida através do uso da técnica da análise de conteúdo de doutrina, legislação, dissertações e teses, com relevante cunho social-reflexivo, destinando-se a aprofundar o conhecimento do tema *a negociação de questões extrapatrimoniais no pacto antenupcial*. O enfoque desta pesquisa é investigar, à luz do direito, se o pacto antenupcial celebrado entre os nubentes, que dispõe sobre questões obrigacionais extrapatrimoniais (deveres conjugais, infidelidade, inseminação artificial *post mortem* e alimentos), sendo ele livre de vícios, poderia ser considerado válido e eficaz na órbita jurídica? Pretende-se, com a pesquisa, evidenciar as dificuldades enfrentadas em questões de direito privado, ou seja, a limitação imposta pelo Estado em ‘acordos’ particulares, trazendo soluções, com base legislativa e doutrinária, para a compreensão do problema proposto. Notou-se que os nubentes podem pactuar sobre as questões extrapatrimoniais, mas existem algumas ressalvas impostas pela lei.

**Palavras Chave:** Negócio Jurídico, Casamento, Questões Extrapatrimoniais.

## **1 INTRODUÇÃO**

O Direito Civil, no Direito de Família<sup>2</sup> especificamente, vem sofrendo inúmeras mudanças e inovações, dentre elas: a guarda compartilhada, a vigência e os impactos do estatuto da pessoa com deficiência, a desconstituição da paternidade socioafetiva, etc., sendo necessária a adequação da compreensão do fenômeno jurídico à complexidade e dinamicidade social.

---

<sup>1</sup> Bacharelado em Direito pela Universidade Estadual da Bahia.

<sup>2</sup> Para alguns doutrinadores, o termo a ser utilizado seria *Direito das Famílias*.

A questão patrimonial e econômica no âmbito familiar é importante, pois a família, independente da quantidade de membros, necessita da pecúnia para prover seu sustento e arcar com as despesas que podem/poderão advir, mas aliado a questão patrimonial, existem as questões extrapatrimoniais.

Antes mesmo da consumação do casamento, por meio do pacto antenupcial, os nubentes podem acordar questões que sejam de interesse de ambos, seja para resguardar, proteger ou estabelecer regras para o convívio matrimonial.

Analisando-se a questão extrapatrimonial no contexto familiar, surge o questionamento: o pacto antenupcial celebrado entre os nubentes, que dispõe sobre questões obrigacionais extrapatrimoniais (deveres matrimoniais, religião da prole, infidelidade, inseminação artificial *post mortem*, nomeação de tutor e alimentos) sendo ele livre de vícios, poderia ser considerado válido e eficaz na órbita jurídica?

A pesquisa tem como objetivo geral investigar quais destas questões podem ser negociáveis através do pacto antenupcial, verificando os limites da intervenção estatal no contexto familiar, bem assim, indentificar quais os requisitos da sua validade e eficácia; mostrar as dificuldades que advém das leis para a concretização do desejo dos nubentes; indicar a possibilidade da modificação do pacto na constância do casamento; e analisar, comparando o processo histórico e cultural do pacto antenupcial.

O tema *disposições extrapatrimoniais no pacto antenupcial e limites da autonomia privada* foi escolhido face à singularidade do assunto, uma vez que a sociedade e o Direito de Família enfrentam profundas transformações. É importante demonstrar que apesar do tratamento sucinto nos manuais e conseqüentemente na academia, o pacto antenupcial é uma possibilidade no Código Civil.

Utilizou-se como metodologia a pesquisa teórico-dogmática qualitativa, de caráter bibliográfico, sendo abordado estudos de doutrinadores, jurisprudências, dissertações, teses e legislações pertinentes ao tema.

Existem divergências ao se tratar deste assunto, pois envolve o direito de família, a interferência do Estado na celebração de um acordo entre particulares, a possibilidade do envolvimento de um terceiro nessa relação negocial (prole), princípios fundamentais e constitucionais, além de outros fatores que influenciam na compreensão e tratamento jurídico conferido à família.

## 2 O PACTO ANTENUPCIAL

Quando os nubentes decidem adotar um regime de bens diferente da comunhão parcial, devem os consortes expressar essa vontade por intermédio do pacto antenupcial. Com esse instrumento os nubentes têm a possibilidade de realizar um negócio jurídico para tratar de assuntos que nortearão o matrimônio.

O Código Civil de 1916 (CC/1916) já trazia dispositivos referentes ao tema. Dada à época, traz somente algumas disposições por se tratar de uma sociedade predominantemente patriarcal, ele reafirmava a configuração familiar da época, assim estabelecia:

Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal.

Compete-lhe:

I - a representação legal da família;

**II - a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher, que ao marido competir administrar em virtude do regime matrimonial adotado, ou de pacto antenupcial (arts. 178, § 9º, I, c, 274, 289, I e 311);**

III - o direito de fixar e mudar o domicílio da família (arts. 46 e 233, n. IV);

IV - O direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do teto conjugal (arts. 231, II, 242, VII, 243 a 245, II e 247, III);

V - prover a manutensão da família, guardada a disposição do art. 277.

Art. 280. O dote pode compreender, no todo, ou em parte, os bens presentes e futuros da mulher.

*Parágrafo único.* **Os bens futuros, porém, só se consideram compreendidos no dote, quando, adquiridos por título gratuito, assim for declarado em cláusula expressa do pacto antenupcial.**

Grifou-se

Tanto o CC/1916, quanto o CC/02, não definem o que é pacto antenupcial, mas o entendimento doutrinário que se extrai do significado de pacto antenupcial é que este é um instrumento jurídico pelo qual os nubentes estabelecem regras que nortearão o patrimônio familiar, vigorando na constância do casamento ou em uma eventual separação dos consortes.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> CARDOSO, Fabiana Rodrigues. **Regime de bens e pacto antenupcial**. 1. ed. São Paulo: Método, 2010, p.102.

Apesar da imutabilidade do regime tratada no CC/1916, o Código Civil de 2002 e o atual Código de Processo Civil (CPC/15) preveem a mudança de regime na constância do casamento. Conforme art. 1.639, §2, do Código Civil:

Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.

[...]

§ 2<sup>o</sup> 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.

E o art. 734, do CPC/15, tem a seguinte redação:

Art. 734. A alteração do regime de bens do casamento, observados os requisitos legais, poderá ser requerida, motivadamente, em petição assinada por ambos os cônjuges, na qual serão expostas as razões que justificam a alteração, ressalvados os direitos de terceiros.

O pacto antenupcial, na concepção de Maria Berenice Dias<sup>4</sup>, seria um contrato celebrado entre os nubentes durante o processo de habilitação, sendo livre aos nubentes acordarem sobre aquilo que almejam para o casamento.

Para Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona<sup>5</sup>, o pacto é visto como um negócio jurídico solene condicionado ao casamento, podendo as partes escolher o regime de bens que nortearão o matrimônio, caso seja este diferente do regime parcial de bens (estabelecido no CC/02), segundo o princípio da autonomia privada.

Referente ao momento da celebração, a doutrina majoritária defende que o momento da celebração deve ocorrer antes do casamento, até pelo termo “ante” ou “pré” nupcial, devendo ser realizado necessariamente no momento de habilitação para o casamento.

Como a legislação é omissa neste ponto, e considerando o sentido que este negócio revela, não tem nenhum impedimento legal ou alguma ilegitimidade para que ele seja acordado, também, na vigência do casamento, tanto é que os tribunais vêm admitindo sua pactuação no curso do matrimônio, dando-lhe o termo pacto pós-nupcial.

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.

---

<sup>4</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4 ed. em e-book baseada na 11ª ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 528-529.

<sup>5</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Manual de Direito Civil: Volume Único**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1187.

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.

(STJ – REsp: 1300205 SP 2011/0300280-9, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data da Publicação: DJ 20/04/2015)

É comum que nos pactos antenupciais tratem somente de questões patrimoniais, uma vez que o entendimento disseminado na sociedade é que ele é para assuntos relacionados ao patrimônio, mas os pactos podem abranger também as questões extrapatrimoniais.

### 3 AS QUESTÕES EXTRAPATRIMONIAIS NOS PACTOS ANTENUPCIAIS

A legislação, quando trata do casamento, se preocupou em analisar dois principais efeitos desse instituto: os de natureza patrimonial e o de natureza pessoal.

Ao tratar da natureza patrimonial, elencou os seguintes bens: a propriedade e outros direitos reais, os bens próprios e comuns, os recursos obtidos para o lar e conseqüentemente suas despesas; sendo estes bens ligados pela comunhão de vida estatuída pelo consorte, mas os nubentes podem utilizar o pacto antenupcial quando optam por aquela diferente da legal suplementar.<sup>6</sup>

Todas as questões que não tenham viés patrimonial, são denominadas de questões extrapatrimoniais/pessoais. O art. 1.566, CC/02, preocupou-se em enumerar alguns deveres que os cônjuges devem ter, sendo: (I) fidelidade recíproca, (II) vida em comum, no domicílio conjugal, (III) mútua assistência, (IV) sustento, guarda e educação dos filhos, (V) respeito e consideração mútuas.

Assegura o Código Civil, no artigo 1.565, §2º, que os consortes podem decidir autonomamente, sem coerção, sobre o planejamento familiar,

Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.

§ 1º Qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescer ao seu o sobrenome do outro.

**§ 2º - O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.**

---

<sup>6</sup> SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. O Pacto Antenupcial e a Autonomia Privada. In: BASTOS, Eliene Ferreira; SOUSA, Asiel Henrique de. (Coord.). **Família e Jurisdição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 183-209.

Grifou-se

Analisar-se-á, em observância ao arts. 1.565, §2 e 1.566 CC/02, as questões extrapatrimoniais que os nubentes podem ou não negociar no pacto antenupcial, sendo: os deveres conjugais; a possibilidade de aplicação de multa e/ou cláusulas que tenham sanções em decorrência da infidelidade; inseminação artificial *post mortem*; a nomeação de tutor quando os genitores se ausentarem (falecerem), e por fim, a questão alimentar.

### 3.1 DEVERES CONJUGAIS

Os deveres conjugais no Código Civil anterior (1916) eram bem definidos para ambos os cônjuges, conforme disposições elencadas nos arts. 233 à 255. Por se tratar de uma sociedade predominantemente patriarcalizada, os papéis dos consortes eram totalmente desiguais.

Pelo CC/1916 o marido era considerado chefe da sociedade conjugal, sendo-lhe atribuída a representação legal da família, a administração dos bens comuns, o papel de provedor da manutenção familiar, etc.

A mulher assumia, por intermédio do casamento, os apelidos do marido, não podendo sem sua autorização: alienar os seus direitos reais sobre imóveis, aceitar ou repudiar herança ou legado, litigar em juízo civil ou comercial, a não ser os casos indicados previstos em lei, exercer profissão, etc.

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

A Código Civil em vigor garante a igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges (art. 1.511), não trazendo, como no código anterior, os deveres e direitos de cada um, sendo a direção da sociedade conjugal exercida em colaboração em prol do casal e dos filhos, conforme art. 1.567, além do sustento e educação dos filhos (art. 1.568) e a escolha do domicílio do casal (art. 1.569).

Os deveres impostos aos cônjuges, conforme art. 1.566, CC/02, são: (I) fidelidade recíproca; (II) vida em comum, no domicílio conjugal; (III) - mútua assistência; (IV) - sustento, guarda e educação dos filhos; (V) - respeito e consideração mútuos.

Acerca do dever de vida comum no domicílio conjugal, os consortes se casam para ter uma vivência juntos., A redação do código anterior nominou de “dever de coabitação”, mas a coabitação no entendimento doutrinário anterior representava mais que a simples convivência, pois o real sentido do dever de coabitação ia além de residir no mesmo domicílio, significando a prática efetiva de relações sexuais.<sup>7</sup>

Tentando não utilizar o eufemismo empregado no Código Civil anterior, a nomenclatura utilizada no CC/02, quando escreve “vida em comum no domicílio conjugal”, não abrange a obrigação jurídica que os cônjuges têm de manterem relações sexuais, pois está diretamente associada a dignidade dos consortes, mas se preocupou em estabelecer que ambos tivessem uma vivência comum.<sup>8</sup>

O *debitum conjugale* – débito conjugal – tem natureza religiosa, sendo um dos propósitos a procriação, a falta de contato sexual é uma das causas de anulação no casamento religioso.<sup>9</sup>

O débito conjugal, nesse aspecto, “é tão íntimo que se torna impossível assegurar seu cumprimento sob forma específica”<sup>10</sup>, ferindo inclusive a liberdade individual. Quando imposta pelo Estado ou religião, invade a esfera da privacidade dos indivíduos. Quando este *debitum* é imposto por um dos cônjuges, sem o verdadeiro consentimento, além de violência doméstica, caracterizaria estupro, mesmo na constância do casamento, crime previsto no art. 213 do Código Penal brasileiro.

O domicílio conjugal é entendido pela doutrina contemporânea como o desenvolvimento de projetos, sonhos e perspectivas em comum, planejado conjuntamente, respeitando a liberdade individual de cada consorte.<sup>11</sup>

Concernente a vida comum na união estável, preconiza a Súmula 382 do Superior Tribunal Federal (STF), que “a vida em comum sob o mesmo teto, *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato.”, mas existe uma rigidez maior quanto ao

---

<sup>7</sup> GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 14ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2002, p. 117.

<sup>8</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil: Volume Único**. Salvador: Juspodivim, 2017. p. 1.704-1.705

<sup>9</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4 ed. em e-book baseada na 11ª ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016 p. 301

<sup>10</sup> GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 14ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2002, p. 118

<sup>11</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil: Volume Único**. Salvador: Juspodivim, 2017. p. 1.705

matrimônio, pois a ausência de um dos cônjuges no domicílio comum poderia configurar separação de fato.

Da análise das causas de nulidade e anulabilidade do casamento, previstas nos arts. 1.521 e 1.550, respectivamente, não há previsão quando ocorre a separação de fato ou a ausência do domicílio comum em uma de suas possibilidades, devendo ao cônjuge requerer a dissolução por via judicial, sendo a separação de fato um de seus fundamentos (art. 1.580, §2, CC/02).

Tendo em vista as novas constituições familiares, as inovações sociais e as necessidades que cada indivíduo tem, alguns casais enfrentam a dificuldade de se manterem em um domicílio comum ou ajustarem tarefas doméstica após a celebração do casamento, ou seja, o ajuste na constância do casamento.

O *Living Apart Together* – “vivendo juntos, mas em lares separados”<sup>12</sup> –, comum nos Estados Unidos e em outros países, é plenamente possível, outrora que se adéqua a conveniência dos cônjuges, seja por trabalho, praticidade para manter uma rotina, etc. Assevera Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona que

a própria noção de “convivência sob o mesmo teto” é relativa, pois diversas razões — inclusive a autonomia da vontade do casal, na perspectiva do princípio da intervenção mínima do Direito de Família — poderão determinar residência em casas separadas. Não é incomum, aliás, que, por motivo de trabalho, os cônjuges residam em casas, cidades ou até Estados diferentes — e quem sabe países —, sem que isso traduza violação a um dever jurídico que os obrigue a viver na mesma casa.<sup>13</sup>

Nas questões domésticas, não há qualquer impedimento legal sobre os encargos domésticos atribuídos a cada cônjuge no pacto antenupcial, podendo ser avençado “, por exemplo, quem irá ao supermercado, bem como que é proibido fumar no quarto, deixar roupas pelo chão, etc.”<sup>14</sup>. A possibilidade desta cláusula está prevista, inclusive, no Código Civil Argentino, não sendo estranho em países considerados econômico e culturalmente desenvolvidos, como Alemanha e Japão<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> Tradução livre

<sup>13</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Manual de Direito Civil**: Volume Único. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1177.

<sup>14</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4 ed. em e-book baseada na 11ª ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 531

<sup>15</sup> CARDOSO, Fabiana Rodrigues. **Regime de bens e pacto antenupcial**. São Paulo: Método, 2010, p. 205



*Ex positis*, verifica-se ser possível aos cônjuges estabelecerem por intermédio do pacto questões relacionadas ao domicílio conjugal e questões domésticas, apesar desta última estar relacionada a uma força moral.<sup>16</sup>

Ocorrendo o descumprimento é possível a aplicação de multas, como em qualquer outro negócio jurídico. Não obstante, nada impede que as cláusulas possam ser revistas no transcurso da vigência do casamento.<sup>17</sup>

### 3.2 INFIDELIDADE

Além de ordem moral, a fidelidade é um dever imposto pelo Código Civil (art. 1.566, I), sendo a monogamia um preceito imposto pelo Estado. O adultério, anteriormente, era visto como crime, sendo revogado pela lei 11.106/2005, sendo punível atualmente apenas a bigamia, crime este tipificado no art. 235 do Código Penal brasileiro.

A fidelidade recíproca é vista como um dever que os cônjuges devem ter entre si. Antigamente, no código filipino<sup>18</sup>, a punição dos indivíduos para o adultério eram severas e desigualitária, para a mulher adúltera e seu cúmplice a pena era a morte, e o marido adúltero era passível de degrêdo<sup>19</sup>, acrescido de multa.<sup>20</sup>

Apesar do entendimento jurisprudencial compreender que a infidelidade, por si só, não basta para a caracterização de danos morais indenizáveis, sendo o dano – subjetivo – comprovado, pode o cônjuge inocente ingressar judicialmente demandando pelo dano sofrido, devendo demonstrar que houve ofensa a sua honra, imagem, integridade física ou psíquica, assim julgou o Des. Fábio Eduardo Marques do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios,

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL. INFIDELIDADE CONJUGAL. PROVA. OFENSA A ATRIBUTO DA PERSONALIDADE. DANO MORAL CONFIGURADO NO CASO. 1. **O simples descumprimento do dever jurídico da fidelidade conjugal não implica, por si só, em causa para indenizar**, apesar de consistir em pressuposto, devendo haver a submissão do cônjuge traído a situação humilhante que ofenda a sua honra, a sua imagem, a sua

---

<sup>16</sup> CARDOSO, Fabiana Rodrigues. **Regime de bens e pacto antenupcial**. São Paulo: Método, 2010, p. 205-206

<sup>17</sup> \_\_\_\_\_ . **Regime de bens e pacto antenupcial**. São Paulo: Método, 2010, p. 205-206

<sup>18</sup> Anterior ao Código Civil Pátrio de 1916, .

<sup>19</sup> Punição imposta do Código Penal do Império (art. 52), tendo como objetivo o afastamento do indivíduo para um local isolado.

<sup>20</sup> GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 14ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2002, p. 203

integridade física ou psíquica. Precedentes. 2. No caso, entretanto, **a divulgação em rede social de imagens do cônjuge, acompanhado da amante em público, e o fato de aquele assumir que não se preveniu sexualmente na relação extraconjugal, configuram o dano moral indenizável.** 3. Apelação conhecida e não provida.

(Acórdão 1084472, 20160310152255APC, Relator: FÁBIO EDUARDO MARQUES, 7ª TURMA CÍVEL, data de julgamento: 21/3/2018, publicado no DJE: 26/3/2018. Pág.: 415-420)

Grifou-se

Não há óbice para o cônjuge inocente auferir e requerer judicialmente indenização por danos morais e materiais, pois apesar de se tratar de uma questão extrapatrimonial, também tem repercussões patrimoniais, mesmo sem a realização de pacto antenupcial entre o casal, por esse motivo, nada obsta disposições que tratem deste assunto, tornando possível a reparação pelo dano e transtorno causado.<sup>21</sup>

A fidelidade estabelecida no Código Civil é imposta somente aos cônjuges, mas alguns casos de esposais – noivos – têm chegado aos tribunais e a maciça jurisprudência entende que o rompimento do noivado não acarreta, em si, danos morais, assegurando assim a liberdade que os noivos têm de se arrependerem da escolha feita, mas ressalva que em casos que configure atos ilícitos, ofendendo indubitavelmente a honra, é passível de danos morais.

Apesar da legislação se ater ao enlace matrimonial, a fidelidade entre os noivos tem encontrado guarida jurisdicional, pois podem ocorrer danos morais e materiais, inclusive com os preparativos e expectativas para o tão esperado dia.

A reparação civil da infidelidade conjugal trazem relevantes discussões, sendo inclusive, objeto de Projeto de Lei, tendo como autoria o deputado Rômulo Gouveia (PSD/PB), visava este projeto a implementação do art. 927-A, que diz “O cônjuge que pratica conduta em evidente descumprimento do dever de fidelidade recíproca no casamento responde pelo dano moral provocado ao outro cônjuge.”.

Os tribunais têm entendido que a infidelidade, sem graves repercussões sociais ou que não tragam graves importunações a saúde mental ou imagem, não configura danos morais indenizáveis, assim julgou o Tribunal de Justiça do Espírito Santo

CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INFIDELIDADE. DANOS MORAIS. NÃO CONFIGURAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO. I. A infidelidade, por si só, não autoriza a imposição do dever de indenizar em favor do cônjuge traído. É de todo imprescindível que se demonstre que a quebra da fidelidade veio a ocasionar graves repercussões sociais ou até mesmo prejudiciais reflexos à saúde mental e à imagem de quem se diz ofendido, o que não ocorreu na hipótese dos autos. II. In casu, sequer restou demonstrada a infidelidade, uma vez que na data comprovada do relacionamento, as partes

---

<sup>21</sup> CARDOSO, Fabiana Rodrigues. **Regime de bens e pacto antenupcial**. São Paulo: Método, 2010, p. 204

já estavam manejando Ação de Separação de Corpos. III. Recurso conhecido e desprovido. ACORDA a Egrégia Segunda Câmara Cível, em conformidade da Ata e Notas Taquigráficas da Sessão, que integram este julgado, por unanimidade dos votos, conhecer e negar provimento ao recurso .

2(TJES, Classe: Apelação, 035110063357, Relator : NAMYR CARLOS DE SOUZA FILHO, Órgão julgador: SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Data de Julgamento: 26/06/2018, Data da Publicação no Diário: 05/07/2018)

A questão da indenização por danos morais ainda é bastante discutida na jurisprudência, mas em alguns casos a jurisprudência vem admitindo essa reparação. Se mesmo sem pacto os Tribunais vem admitindo, nada impede que os nubentes negociem essa compensação pelos danos causados.

Seguindo, também, a lógica da partilha de bens, se os nubentes podem pactuar sobre a divisão de bens, poderiam estabelecer uma compensação ao cônjuge inocente, por uma partilha com mais privilégios.

### 3.3 INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL *POST MORTEM*

Conforme doutrina, o negócio jurídico que envolve o fator morte é distinguido entre *causa mortis* ou *post mortem*, estes dois institutos apesar da similitude entre si, não são sinônimos.

A *causa mortis* e *post mortem* ganham relevância porque têm efeitos distintos, a *causa mortis* tem seus efeitos projetados para após a morte – p.ex., em um contrato, estipulam os contratantes que se A falecer antes de B, ou vier a falecer dentro de um prazo, ficará B com uma joia ou um bem. Já o pacto *post mortem* tem a morte como um fator accidental, subordinando-se a morte de um dos contratantes, ou terceiro – como há estipulação de alguma condição ou termo no contrato.<sup>22</sup>

Ao abordar a inseminação artificial *post mortem*, faz-se necessário analisar os mecanismos que possibilitam os indivíduos a manifestarem sua vontade, apesar de existirem os pactos sucessórios, contratos de herança e testamento vital, os nubentes não poderão dispor de todos.

---

<sup>22</sup> SILVA, Rafael Cândido da. **Pactos sucessórios e contratos de herança**: estudo sobre a autonomia privada na sucessão *causa mortis*. Salvador: Juspodivim, 2019. p. 129

Os pactos sucessórios, em sentido *lato*, é conceituado como qualquer convenção que tenha como objetivo herança de pessoa viva, sendo então uma sucessão não aberta, conhecida também como *pacto corvina*<sup>23</sup>.<sup>24</sup> Este negócio jurídico é classificado como bilateral e irrevogável

O contrato de herança seria a instrumentalização daquilo acordado no pacto sucessório, pois a pactuação do contrato de herança de pessoa viva é expressamente proibida na legislação brasileira, conforme art. 426, CC/02.

A acepção de testamento pode ser vista sob o ângulo objetivo ou subjetivo. No ponto de vista objetivo, o testamento é um ato solene e escrito no qual o indivíduo manifesta sua vontade em transmitir seus bens após a sua morte, indicando herdeiros e legatários. Já no ângulo subjetivo, é analisado seu conteúdo, ou seja, as disposições escritas nesse instrumento.<sup>25</sup>

Com as devidas restrições, conforme o art. 1.857, parágrafo 2º, CC/02, “são válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado”, p.ex, deserdar herdeiros, nomeação de tutor, reconhecimento de filhos, etc.<sup>26</sup>

O testamento vital é uma declaração de vontade, devendo este ser escrito, público (escritura) ou particular, manifesto por pessoa capaz – sendo pessoal e unilateral – e revogável.<sup>27</sup>

Assim escreveram Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim,

Trata-se de situação sem específica previsão legal, mas válida como ato jurídico, desde que observada as formalidades mínimas de sua elaboração e autenticidade, de preferência mediante instrumento escrito e na presença de testemunhas (como se fora um testamento particular).<sup>28</sup>

Apesar do testamento ter sua eficácia póstuma, vêm se admitindo o testamento vital, pois o intuito deste instrumento é a preservação dos interesses de quem se encontra em situação

---

<sup>23</sup> O *pacto de corvina* traz alusão ao corvo, os animais quando acabam de se alimentar, o corvo se alimenta dos restos mortais.

<sup>24</sup> SILVA, Rafael Cândido da. **Pactos sucessórios e contratos de herança**: estudo sobre a autonomia privada na sucessão *causa mortis*. Salvador: Juspodivim, 2019. p. 17

<sup>25</sup> OLIVEIRA, Euclides Benedito de.; AMORIM, Sebastião Luiz; **Inventários e Partilhas**: teoria e pratica. 25. ed. Rev. e Atual. São Paulo: Saraiva Jur, p. 221

<sup>26</sup> \_\_\_\_\_; **Inventários e Partilhas**: teoria e pratica. 25. ed. Rev. e Atual. São Paulo: Saraiva Jur, p. 222

<sup>27</sup> \_\_\_\_\_; **Inventários e Partilhas**: teoria e pratica. 25. ed. Rev. e Atual. São Paulo: Saraiva Jur, p. 240

<sup>28</sup> \_\_\_\_\_; **Inventários e Partilhas**: teoria e pratica. 25. ed. Rev. e Atual. São Paulo: Saraiva Jur, p. 241

terminal, ou seja, o testamento tem eficácia antes da morte do testador, p.ex., cuidados pessoais que condicionada aos herdeiros a manter a dignidade em vida do testador.<sup>29</sup>

Embora tenham similaridades, o testamento e o pacto antenupcial tem suas diferenças, o testamento [não obstante ao testamento vital] é pensado como a última vontade do testador, além de ser um negócio jurídico unilateral, já o pacto antenupcial, como visto, é um negócio jurídico bilateral pensado para surtir efeitos durante e pós casamento.

A pactuação sobre inseminação artificial podem encontrar barreiras bioéticas e sucessórias. Podem existir vários motivos para a proteção do material genético, mas existem bons motivos para os nubentes almejem a conservação e proteção do material genético, poderia ser pelo fator biológico [dificuldade de reproduzir] ou o risco de não ter herdeiros com o companheiro de vida.

Existem atualmente dois métodos de reprodução assistida, a fertilização *in vitro* e a inseminação artificial. A fertilização *in vitro* é um processo mais complexo e demorado,

Consiste em realizar a fecundação do óvulo com o espermatozoide no laboratório de embriologia; um processo *in vitro* que requer o cultivo em laboratório para permitir a observação do correto desenvolvimento dos embriões e posterior transferência ao útero materno para a confirmação da gravidez.<sup>30</sup>

Já a inseminação artificial consiste na injeção de espermatozoides diretamente no útero da mulher, e assim ocorre a fecundação do óvulo.

O Código Civil não trouxe com minúcia a regulamentação da concepção do filho concebido após a morte de um dos cônjuges, se limitando ao dispositivo 1.597, III.

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

Mesmo com o trato minimalístico do código, o Conselho Federal de Medicina, na resolução 2.121/2015, assegura que é “permitida a reprodução assistida *post-mortem* desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente”.

---

<sup>29</sup>OLIVEIRA, Euclides Benedito de.; AMORIM, Sebastião Luiz. **Inventários e Partilhas**: teoria e pratica. 25. ed. Rev. e Atual. São Paulo: Saraiva Jur, p. 240

<sup>30</sup>IVI. **Fertilização *in vitro***. Disponível em: < <https://ivi.net.br/tratamentos-reproducao-assistida/fertilizacao-in-vitro/> > Acesso em: 21 jun. 2020.

Raphael Rego Borges Ribeiro esclarece que “a defesa da legalidade da reprodução *post mortem* pode ser embasada no direito à procriação, bem como no direito à continuidade do projeto parental iniciado em vida pelo casal”<sup>31</sup>.

Kristine Barci Gugliotti, Roberto Wider, Sandrina Maria Araújo Lopes Alves e Clara Costa Oliveira, doutrinadores contrários à inseminação artificial *post mortem*, defendem que este tipo de método fere o direito da criança de ter a biparentalidade, sendo uma atitude egoísta do cônjuge sobrevivente.<sup>32</sup>

Apesar da proteção à biparentalidade defendida pelos doutrinadores, faz-se impetuoso destacar que a família monoparental [famílias constituídas com um dos genitores e a prole] tem proteção jurisdicional, além de estar presente e mais evidente nas constituições familiares pós modernas.<sup>33</sup>

O que pode, ainda, ser objeto de discussão seria a questão sucessória, existindo posicionamentos favoráveis e desfavoráveis para os filhos havidos por inseminação artificial *post mortem*. Na questão sucessória, esclarece Rolf Madaleno que,

não existindo realmente nenhuma disposição legal que proíba previsões de caráter sucessório nos pactos matrimoniais para o caso de falecimento de qualquer um dos membros do par afetivo, conquanto a renúncia ou o acréscimo de bens em direito concorrential não afetem nem prejudiquem as legítimas dos herdeiros necessários, os acordos devem seguir observando o contrato protocolar da escritura pública e seus pressupostos formais [...].<sup>34</sup>

Restringindo-se a possibilidade de pactuar sobre este assunto, considerando a proteção ao melhor interesse da criança (que será concebida), o consentimento expresso do *de cujos* antes da morte e o direito a continuidade familiar, não existe nenhum impedimento legal para que os nubentes possam pactuar sobre o assunto.

### 3.4 ALIMENTOS

---

<sup>31</sup> RIBEIRO, Raphael Rego Borges. **Reprodução assistida post mortem**: a atribuição de direitos sucessórios aos filhos gerados após a morte de um dos genitores. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016, p.48

<sup>32</sup> \_\_\_\_\_. **Reprodução assistida post mortem**: a atribuição de direitos sucessórios aos filhos gerados após a morte de um dos genitores. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016, p. 49-51

<sup>33</sup> \_\_\_\_\_. **Reprodução assistida post mortem**: a atribuição de direitos sucessórios aos filhos gerados após a morte de um dos genitores. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016, p. 52-53

<sup>34</sup> MADALENO, Rolf. **Sucessão legítima** – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

Os alimentos, na visão civil-constitucionalista, são conceituados como “conjunto de meios materiais necessários para a existência das pessoas, sob o ponto de vista físico, psíquico, e intelectual”<sup>35</sup>. Não obstante a este conceito, a prestação alimentar é vista como “expressão de solidariedade social e familiar constitucionalmente imposta, além de concretizar o princípio maior do ordenamento jurídico brasileiro: a dignidade da pessoa humana”<sup>36</sup>.

Os pressupostos da obrigação alimentar, conforme art. 1.695, CC/02, são: a existência do vínculo de parentesco, necessidade do alimentante/reclamante, possibilidade econômica da pessoa obrigada – alimentante/reclamado – e a proporcionalidade.

Os alimentos, em observância à finalidade podem ser provisórios (possuindo caráter antecipatório, concedido em ações de alimentos) e definitivos (sendo fixados pelo juiz nas ações de alimentos).<sup>37</sup>

É cediço que a prestação alimentar é um direito da personalidade, sendo este irrenunciável e intrasmissível, assim explica Felipe Ventin da Silva,

Os direitos da personalidade possuem algumas características peculiares em relação aos demais direitos. Para grande parte da doutrina eles seriam absolutos, inatos, essenciais, além de intransmissíveis, inalienáveis, irrenunciáveis, imprescritíveis, inexpropriáveis, extrapatrimoniais, indisponíveis e vitalícios. O Código Civil (Lei nº 10.406/2002) em seu art. 11 prestigiou duas características especiais, quais sejam: a intransmissibilidade e a irrenunciabilidade.<sup>38</sup>

Em primeiro momento, pode-se chegar a conclusão que os alimentos não podem ser negociáveis. Em verdade, os alimentos legais, por serem um direito inalienável e indisponível, sendo também um princípio constitucional, não são passíveis de serem negociados, mas existem os alimentos voluntários e os provisórios.

---

<sup>35</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil: Volume Único**. Salvador: Juspodivim, 2017. p. 1.846

<sup>36</sup> Entendimento extraído na formação prática.

<sup>37</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil: Volume Único**. Salvador: Juspodivim, 2017. p. 1.860

<sup>38</sup> SILVA, Felipe Ventin da. **A tutela preventiva dos direitos de personalidade e a liberdade de informação jornalística**. 2011. 286 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011. Disponível em: <<http://www.repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/12371>>. Acesso em: 07 fev. 2020. p. 103

Além da possibilidade de negociarem sobre os alimentos voluntários, os consortes podem estipular sobre o mínimo a ser prestado antes da decisão judicial, estabelecendo, todavia, parâmetros de ajuste (evitando que o valor fique defasado no decurso do tempo).

Advindo o divórcio, a fixação provisória de alimentos no pacto antenupcial não é contrária à legislação. Apesar da possibilidade, o alimentado pode ingressar com ação judicial para aumentar o *quantum* estipulado no pacto, caso demonstre veementemente a necessidade da medida, mas a recíproca não encontra bases legais, assim julgou o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, concernente a diminuição dos alimentos provisórios:

PEDIDO DE REDUÇÃO DE ALIMENTOS PROVISÓRIOS. VALOR PREVISTO EM PACTO ANTENUPCIAL. 1. Devem ser mantidos os alimentos provisórios, uma vez que arbitrados em observância ao pacto antenupcial firmado pelas partes, em caso de dissolução da sociedade conjugal. 2. Não há como reduzir o valor da verba alimentícia fixada provisoriamente, tendo em vista que o ora agravante não demonstrou ter a ora agravada condições de se manter sem a pensão alimentícia. 3. Agravo conhecido e não provido. (TJDF; AGI 2010.00.2.000253- 7; Ac. 437.651; 3ª T.Cív.; Relª Desª Nídia Corrêa Lima; DJDFTE 12/08/2010; p. 258).

Sobre a irrenunciabilidade, a previsão de renúncia recíproca de alimentos admite apenas que o credor não exerça o direito (CC, art. 1.707), já “a indisponibilidade que excepcionaria a regra é inerente ao titular do direito aos alimentos, e não àquele a quem compete à obrigação”<sup>39</sup>.

O problema não está sobre a pactuação de questão alimentar, mas está na execução e observância das causas de nulidade, pois os nubentes podem, como dito anteriormente, pactuarem sobre a fixação dos alimentos provisórios, estabelecendo assim o mínimo, além do trato dos alimentos voluntários.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para estabelecer um regime diverso do legal suplementar, os nubentes tem a faculdade de acordarem, por intermédio do pacto antenupcial. Apesar da legislação ser sucinta ao tratar do pacto, ele pode ser visto como negócio jurídico especial do Direito de Família, devendo ser escrito, expresso e feito por escritura pública.

---

<sup>39</sup> Entendimento extraído da formação prática.



Normalmente, o pacto antenupcial trata somente de questões patrimoniais, mas como demonstrado, os nubentes tem a possibilidade de pactuarem sobre questões extrapatrimoniais, sendo então analisadas: os deveres conjugais, infidelidade, inseminação artificial *post mortem* e alimentos.

Os deveres conjugais inclui a colaboração mútua do casal e dos filhos (art. 1.567, CC), o sustento e educação dos filhos (art. 1.568) e a escolha do domicílio do casal (art. 1.569). Nota-se que a escolha do domicílio dos cônjuges é questionável, visto que o entendimento disceminado socialmente infere que os cônjuges devem residir no mesmo domicílio, mas essa questão é passível de serem negociáveis, face a realidade social em que os cônjuges podem residir em cidades diferentes, por questões pessoais e/ou profissionais.

A fidelidade conjugal recíproca é um princípio moral e um dever jurídico (art. art. 1.566, I, CC), advindo a infidelidade por algum dos cônjuges, a depender do caso concreto, é passível ao cônjuge inocente a possibilidade de auferir ganhos decorrentes de danos morais, mas geralmente não é caracterizado os danos, pois o cônjuge inocente deve provar veementemente o dano sofrido, não podendo portanto estabelecer a indenização pelos danos morais no pacto antenupcial, mas pode os cônjuges estabelecerem uma compensação, ou uma partilha de bens mais benéfica ao consorte inocente na dissolução, plenamente possível na legislação pátria.

Em outro ponto, na inseminação artificial *post mortem*, a discussão gira em torno de uma questão bioética, além de material genético daquele que faleceu, deve-se analisar a proteção da criança e a impossibilidade desta criança conhecer um dos genitores, existindo doutrinadores que se posicionam contra e a favor.

O consentimento expresso do *de cujos* antes da morte e o direito a continuidade familiar é o fundamento utilizado para quem se posiciona a favor, mas restringindo-se a pesquisa sobre a possibilidade de constar no pacto, verifica-se que é possível a negociação sobre este assunto.

É pacífico o entendimento sobre a pactuação da nomeação de tutor para os filhos, tendo em visto que a escolha do(s) tutor(es) incube aos pais, conforme o art. 1.634, VI, CC, sendo o pacto antenupcial um documento autenticado pelo cartório de notas, ou seja, um documento autêntico, a legislação deixa claro a possibilidade.

A verba alimentar é bastante delicada, pois inclui um princípio mor do ordenamento jurídico: a dignidade da pessoa humana, impactando diretamente as questões da personalidade.

A verba alimentar legal não é passível de ser negociada, pois se trata da sobrevivência do indivíduo, mas podem os cônjuges estipularem o mínimo - provisional, antes da decisão

judicial que estabelece os alimentos definitivos, podendo, inclusive, pactuarem sobre os alimentos voluntários.

Por todo o exposto, notou-se que os nubentes podem negociar sobre questões extrapatrimoniais, sendo pleno o exercício da autonomia privada para tratar destas questões no pacto antenupcial, apesar do Estado estabelecer limites no exercício deste direito.

## REFERÊNCIAS

CARDOSO, Fabiana Rodrigues. **Regime de bens e pacto antenupcial**. 1. ed. São Paulo: Método, 2010, p.102.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4 ed. em e-book baseada na 11ª ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

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

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Manual de Direito Civil: Volume Único**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1187.

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

IVI. **Fertilização *in vitro***. Disponível em: < <https://ivi.net.br/tratamentos-reproducao-assistida/fertilizacao-in-vitro/> > Acesso em: 21 jun. 2020.

MADALENO, Rolf. **Sucessão legítima** – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de.; AMORIM, Sebastião Luiz; **Inventários e Partilhas: teoria e pratica**. 25. ed. Rev. e Atual. São Paulo: Saraiva Jur.

RIBEIRO, Raphael Rego Borges. **Reprodução assistida post mortem: a atribuição de direitos sucessórios aos filhos gerados após a morte de um dos genitores**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016.

SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. O Pacto Antenupcial e a Autonomia Privada. In: BASTOS, Eliene Ferreira; SOUSA, Asiel Henrique de. (Coord.). **Família e Jurisdição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SILVA, Rafael Cândido da. **Pactos sucessórios e contratos de herança: estudo sobre a autonomia privada na sucessão *causa mortis***. Salvador: Juspodivim, 2019.

SILVA, Felipe Ventin da. **A tutela preventiva dos direitos de personalidade e a liberdade de informação jornalística**. 2011. 286 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011. Disponível em: <<http://www.repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/12371>>. Acesso em: 07 fev. 2020.