

O CONTRATO MATRIMONIAL, O PACTO ANTENUPCIAL E O DIREITO À INTIMIDADE: reflexões sobre o regramento do Brasil e de Portugal

Letícia Franco Maculan Assumpção

RESUMO

Este artigo aborda a convenção antenupcial no Brasil e em Portugal. Foram demonstradas as similitudes e diferenças nos dois países sobre o tema, com foco principal na necessidade de definir o regime de bens a vigorar no casamento. Demonstra-se que o objetivo da convenção antenupcial é estabelecer o regime de bens que vigorará no casamento, mas em Portugal são admitidas outras cláusulas, estranhas ao regime de bens e mesmo cláusulas sobre questões pessoais, não patrimoniais. No Brasil há discussão sobre a possibilidade de cláusulas não patrimoniais, sendo que a maior parte da doutrina defende que deve o pacto se restringir a tratar do regime de bens, com o que concordamos. Para privilegiar a autonomia da vontade, mas tendo em vista a preocupação com a dignidade da pessoa humana e com o direito à intimidade, é sugerida a criação de outro instrumento legal, que pode ser feito por instrumento público, lavrado por um tabelião, mas de publicidade restrita aos cônjuges, cujo nome seria “contrato matrimonial”, no qual seriam tratadas quaisquer outras questões de interesse dos nubentes que não estejam em confronto com a lei.

Assim, o artigo propõe que, tanto em Portugal como no Brasil, haja uma convenção antenupcial, assinada apenas pelos nubentes, restrita ao regime de bens, à qual será dada ampla publicidade, e outro instrumento, que podemos denominar "contrato matrimonial", que estabeleça outras questões, dentro dos limites da lei, e cujo conhecimento se restrinja aos cônjuges.

ABSTRACT

This article is about the antenuptial convention in Brazil and in Portugal. The similarities and differences in the two countries have been demonstrated, with a main focus on the need to define the property regime to be applied in marriage. It is shown that the objective of the prenuptial agreement is to establish the regime of assets that will be in force during the marriage, but in Portugal other clauses, which are foreign to the property regime and even clauses about personal, non-patrimonial matters, are admitted. In Brazil there is a discussion about the possibility of clauses about non-patrimonial matters, but most of the writers and lecturers say that the pact should be restricted to dealing with the property regime, and we agree with it. In order to privilege the autonomy of the will, but in view of the concern with the dignity of the human person and the right to privacy, it is suggested to create another legal instrument, which may be done by public instrument, drawn up by a notary, but the publicity should be restricted to the spouses, with the name of "matrimonial contract", in which any other matters of interest to the spouses which are not in conflict with the law would be treated.

Thus, the article proposes that, in both Portugal and Brazil, there should be a prenuptial agreement, signed only by the spouses, restricted to the property regime, which will be widely publicized, and another instrument, which we can call a "matrimonial contract",

which would establish other issues, within the limits of the law, and with knowledge restricted to the spouses.

PALAVRAS-CHAVE: pacto e convenção antenupcial; contrato matrimonial; regime de bens; Portugal; Brasil; direito à intimidade; dignidade da pessoa humana.

KEYWORDS: Pact and prenuptial agreement; Marriage contract; Property regime; Portugal; Brazil; Right to privacy; dignity of the human person.

Introdução

No presente artigo será apresentada uma visão crítica sobre a convenção antenupcial no Brasil e em Portugal. Demonstraremos que a convenção antenupcial é um negócio jurídico de direito de família, acessório ao casamento, destinado a estabelecer o regime de bens que vigorará no casamento, sendo admitido pela lei, em Portugal, que nesse contrato sejam regidas também outras questões.

Após tratar das cláusulas possíveis e das partes na convenção antenupcial no Brasil e em Portugal, será investigado se o fato de que certas cláusulas constem da convenção antenupcial, bem como se a participação de terceiros no referido contrato ferem a dignidade da pessoa humana e o direito à intimidade e também se haveria possibilidade de as cláusulas que não se refiram ao regime de bens serem tratadas em outro instrumento legal.

1. O pacto antenupcial no Brasil

No Brasil o Código Civil estabelece que os nubentes podem, “antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver”, conforme artigo 1.639. O regime de bens entre os cônjuges “começa a vigorar desde a data do casamento”, sendo admissível a “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”, nos termos dos parágrafos 1º e 2º do mesmo artigo.

O Código Civil informa, ainda, que “não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial”, no artigo art. 1.640. No parágrafo único do mesmo artigo, afirma a lei que “poderão os nubentes, no processo de habilitação, optar por qualquer dos regimes que este código regula. Quanto à forma, reduzir-se-á a termo a opção pela comunhão parcial, fazendo-se o pacto antenupcial por escritura pública, nas demais escolhas.”

Em seguida, nos artigos 1.653 a 1.657, o pacto é novamente objeto de regulamentação, constando que é “nulo o pacto antenupcial se não for feito por escritura pública, e ineficaz se não lhe seguir o casamento”.

Sobre o pacto realizado por menor, o artigo 1.654 estabelece que a “eficácia do pacto antenupcial, realizado por menor, fica condicionada à aprovação de seu representante legal, salvo as hipóteses de regime obrigatório de separação de bens”. A redação desse artigo não é muito clara, o regime obrigatória da separação de bens decorre da lei, não é feito por pacto antenupcial, logo, obviamente, não há necessidade de aprovação do representante legal para um pacto que não será feito.

Sobre os limites para o pacto, a lei é lacônica, pois o artigo 1.655 somente determina que é “nula a convenção ou cláusula dela que contravenha disposição absoluta de lei”. Nada mais é dito, restando para o intérprete a fixação dos limites para a convenção.

Por fim, sobre o registro das convenções antenupciais, o ordenamento jurídico do Brasil difere daquele de Portugal de forma que chega a ser estranha, posto que estabelece que os pactos antenupciais não terão efeito perante terceiros senão depois de registradas, em livro especial, pelo oficial do Registro de Imóveis do domicílio dos cônjuges. Obviamente o pacto antenupcial tem repercussão sobre os imóveis e deverá ser levado a conhecimento do registrador de imóveis sempre que houver aquisição de um bem, mas o efeito perante terceiros deveria decorrer, como ocorre em Portugal, do registro do pacto perante o Registro Civil, mesmo porque a repercussão do regime de bens se dará também para os bens móveis e para quaisquer outros negócios dos cônjuges.

Outra diferença do Brasil para Portugal é que no Brasil o pacto não tem prazo de validade. Se José e Maria celebram um pacto por escritura pública, mas, por qualquer motivo, levam muitos anos para dar entrada no processo de habilitação para casamento, ainda assim é possível usar aquele pacto lavrado há muitos anos atrás. Em Portugal não é assim, como veremos no próximo tópico.

Sobre o conteúdo do pacto antenupcial, ensina Maria Helena Diniz que:

O pacto antenupcial é negócio dispositivo que só pode ter conteúdo patrimonial, não admitindo estipulações alusivas às relações pessoais dos consortes, nem mesmo as de caráter pecuniário que não digam respeito ao regime de bens ou que contravenham preceito legal.¹

¹ DINIZ, Maria Helena – Direito Civil Brasileiro. Ed. Saraiva 2002, p. 147.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald assim esclarecem sobre o conteúdo do pacto antenupcial:

[...] o seu conteúdo é restrito, exclusivamente, à deliberação sobre os efeitos econômicos do matrimônio, sendo absolutamente vedado aos cônjuges dispor sobre os efeitos pessoais. Assim, será nula de pleno direito (CC, art. 166), não produzindo qualquer efeito jurídico, qualquer disposição que, exemplificativamente, libere um dos consortes de prestar assistência moral ou material ao outro ou mesmo exonere um dos esposos do dever de fidelidade ou de respeito e lealdade. Com isso, limita-se ao campo patrimonial a liberdade de estipulação conferida aos cônjuges, sendo impensável, entre nós, porque nulas de pleno direito, as disposições ‘hollywoodianas’, através das quais se exige, em pactos pré-nupciais, um número mínimo semanal de encontros sexuais ou são garantidas indenizações milionárias para a quebra de obrigações matrimoniais pessoais.²

É vedado, conforme art. 426, do Código Civil ³, o pacto sucessório no Brasil, pois são nulos os negócios jurídicos que tenham por objeto a herança de pessoa viva, o conhecido “pacta corvina” ou “pacto dos corvos”⁴. A ementa abaixo reproduzida demonstra que esse também é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL - SUCESSÃO - CÔNJUGE SUPÉRSTITE - CONCORRÊNCIA COM ASCENDENTE, INDEPENDENTE O REGIME DE BENS ADOTADO NO CASAMENTO - PACTO ANTENUPCIAL - EXCLUSÃO DO SOBREVIVENTE NA SUCESSÃO DO DE CUJUS

- NULIDADE DA CLÁUSULA - RECURSO IMPROVIDO.

1 - O Código Civil de 2.002 trouxe importante inovação, erigindo o cônjuge como concorrente dos descendentes e dos ascendentes na sucessão legítima. Com isso, passou-se a privilegiar as pessoas que, apesar de não terem qualquer grau de parentesco, são o eixo central da família.

2- Em nenhum momento o legislador condicionou a concorrência entre ascendentes e cônjuge supérstite ao regime de bens adotado no casamento.

3 - Com a dissolução da sociedade conjugal operada pela morte de um dos cônjuges, o sobrevivente terá direito, além do seu quinhão na herança do de cujus, conforme o caso, à sua meação, agora sim regulado pelo regime de bens adotado no casamento.

4 - O artigo 1.655 do Código Civil impõe a nulidade da convenção ou cláusula do pacto antenupcial que contravenha disposição absoluta de lei.

² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito das famílias. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. p.240.

³ A proibição deriva do Direito Romano que orientava que a especulação sobre a morte de determinada pessoa contraria a moral e os bons costumes. (VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito das sucessões**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010).

⁴ A expressão deriva de corvo, ave relacionada à morte.

5 - Recurso improvido.

(REsp 954567/PE - RECURSO ESPECIAL 2007/0098236-3 – Rel.: Ministro MASSAMI UYEDA - DJe 18/05/2011)

Ainda conforme Cristiano Chaves e Nelson Rosendal, “não podem os nubentes estabelecer disposições condicionais ou a termo em relação ao regime de bens adotado. Daí a eventual nulidade de convenção antenupcial que, por exemplo, imponha um regime de bens durante determinado tempo ou até que advenha prole”. Concordamos com os doutrinadores porque a lei é expressa: somente se pode alterar regime de bens por ordem judicial (art. 1.639, § 2º do Código Civil).

Sobre os limites para disposições nos pactos antenupciais, Gustavo Tepedino⁵ brilhantemente se manifesta, conforme texto abaixo, com grifos nossos:

5. O alcance dos pactos antenupciais.

Autoriza o artigo 1.639 do Código Civil aos nubentes a fixação prévia de normas relativas ao regime de bens, não havendo qualquer restrição ao estabelecimento de regimes híbridos ou mesmo de outra forma não prevista em lei.

Discute-se, no entanto, acerca dos limites impostos aos pactos antenupciais, ou seja, quais seriam as questões passíveis de regulação no acordo pré-nupcial.

As anotações comumente tecidas pela doutrina não se afiguram suficientes para solucionar os inúmeros problemas daí decorrentes, limitando-se a sublinhar: (i) a necessidade de levar o pacto a registro para que tenha eficácia perante terceiros; e (ii) a limitação genérica, muitas vezes tratada com superficialidade, que veda ao acordo antenupcial contrariar disposições legais.

Ao aprofundar-se no tema, indaga-se, em primeiro lugar, se o conteúdo do pacto antenupcial deve se limitar às relações patrimoniais ou se é lícito aos nubentes dispor sobre situações jurídicas existenciais.

Para muitos autores, o pacto, por sua própria natureza, destina-se exclusivamente a regular os direitos patrimoniais dos cônjuges. Segundo esse entendimento, cláusulas que flexibilizem, suprimam ou estabeleçam deveres extraconjugais jamais se poderiam considerar válidas.

De outra parte, no entanto, sustenta-se inexistir óbice para o ajuste de matéria extra patrimonial, sendo esta a legítima vontade das partes. Como observado em doutrina, “nada impede que os noivos disciplinem também questões não patrimoniais. Ora, se a lei impõe deveres e assegura direitos ao par, não há qualquer impedimento a que

⁵ TEPEDINO, Gustavo. Controvérsias sobre Regime de Bens no Novo Código Civil. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/img/congressos/anais/186.pdf>. Acesso em: 2 ago. 2017.

estipulem encargos outros, inclusive sobre questões domésticas”.(Maria Berenice Dias, Manual de Direito das Famílias, p. 217.)

De fato, não se verifica, como linha de princípio, impedimento para que se repute válidas cláusulas que estabeleçam regramento da vida espiritual dos cônjuges, que se valem do pacto para fixar aspectos que lhes pareçam relevantes para a vida em comum. Maior dificuldade, contudo, resulta da análise de cláusulas que afastam deveres tradicionalmente considerados essenciais à vida conjugal.

No que tange aos deveres atinentes à solidariedade conjugal, como a mútua assistência, ou aos deveres decorrentes da autoridade parental, que alcançam a pessoa dos filhos, não há dúvida quanto à sua indisponibilidade. Mas no que tange às formas de vida a dois, especialmente quanto à fidelidade e à coabitação, há de se examinar, caso a caso, a seriedade do pacto, de modo que, caso não violem a dignidade da pessoa dos cônjuges e o princípio da isonomia, não parece haver, a priori, óbice na ordem pública para a sua admissão.

No campo das relações patrimoniais, controvérsia delineia-se quanto às cláusulas que prevejam indenizações para o caso de infidelidade de um dos cônjuges ou para o caso de término da união. Também aqui não parece persistir impedimento legal apriorístico para tal avença, como observado em doutrina: “Descabido, outrossim, não se reconhecer válida cláusula em que se estabeleça indenização que um companheiro deva ao outro, no fim do relacionamento comum, o que tanto se poderá determinar com fundamento no simples fato da separação, querido por um dos parceiros, quanto no de sua culpa por ela. Em qualquer caso, não sendo a cláusula contrária aos bons costumes, à ordem pública ou aos princípios gerais de direito, estando as partes capacitadas a contratar, nenhuma razão existe a obstar que assim disponham”.(Antônio Carlos Mathias Coltro. Referências sobre o contrato de união estável. In: Mário Luiz Delgado e Jones Figueirêdo Alves (orgs.), Questões Controvertidas no Novo Código Civil, vol. 4, Rio de Janeiro: Método, 2005).

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

Note-se, de outra parte, em uma análise mais ampla, que o Código Civil institui vedação a qualquer tipo de interferência externa à família. Essa proibição deve ser compreendida de forma ampla, possibilitando ao ordenamento a tutela das mais variadas formas de constituição da família, desprovida de preconceitos de qualquer tipo. Não é dado ao Estado impor a estrutura familiar que julgar acertada, sob pena restringir ilegitimamente a esfera de liberdade dos indivíduos. Na esteira de tal raciocínio, cogita-se, inclusive, do reconhecimento das chamadas ‘famílias simultâneas’: “não cabe ao direito imiscuir-se na comunhão de vida constituída pela família, sendo lícito encetar os arranjos afetivos que atendam à dignidade intersubjetiva dos seus componentes; de outro, porém, se é dever do Estado proteger a família na pessoa de cada um de seus membros, impõe-se ao direito uma tutela que contemple uma dimensão coexistencial, em que não se proteja

somente na esfera do desejo de um dos sujeitos, mas, sim, na dignidade intersubjetiva que deve constituir o leitmotiv de todas as relações humanas”.

A matéria, evidentemente, é polêmica. Mas não se pode deixar de enfrentar, nos dias que passam, a realidade dos arranjos afetivos e as inúmeras formas, sérias e estáveis, de constituição de entidades familiares aptas à realização da pessoa e a expressar suas próprias escolhas existenciais, cuja tutela e promoção encontram fundamento nos princípios da isonomia, da solidariedade social e da democracia.

Tepedino⁶ menciona ainda doutrina abalizada sobre o conteúdo dos pactos antenupciais, podendo-se concluir que a maior parte da doutrina brasileira defende que o conteúdo das mencionadas convenções deve ser apenas patrimonial:

“O pacto tem um conteúdo eminentemente patrimonial. Recaindo sobre o patrimônio, não apenas deve constar a escolha do regime, como pode também conter outras disposições patrimoniais (...)” (Luiz Edson Fachin, Direito de Família: Elementos críticos à luz do Código Civil Brasileiro, Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 187).

No mesmo sentido Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, vol. VIII, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 241: “É nula a cláusula: I) 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. Cabe ao juiz auscultar a ordem jurídica, apreciando o ato ou a cláusula, conforme as concepções dominantes no seu círculo social”.

“Em primeiro lugar, **fazendo lavrar pacto antenupcial, devem os nubentes ater-se, tão-somente, às relações econômicas, não podendo ser objeto de qualquer estipulação os direitos conjugais, paternos e maternos**” (Washington de Barros Monteiro, Curso de Direito Civil, vol. II, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 193).

“Da mesma forma, será ineficaz a previsão que contenha liberação dos cônjuges do dever de fidelidade ou coabitação”. Silvio Rodrigues, cit., vol. 6, p. 139.

No mesmo sentido: “Assim **seriam ineficazes quaisquer cláusulas ou contratos matrimoniais que admitissem a infidelidade conjugal, que dispensasse os principais deveres conjugais, como a mútua assistência, o sustento, a guarda e a educação dos filhos, o respeito e a mútua consideração** (...)” (Rolf Madaleno, O Direito Adquirido e o Regime de Bens, cit., pp. 30-31)

Mas há posição de Maria Berenice Dias, que admite outras cláusulas de natureza não patrimonial:

⁶ TEPEDINO, Gustavo. Controvérsias sobre Regime de Bens no Novo Código Civil. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/img/congressos/anais/186.pdf>. Acesso em: 2 ago. 2017.

“nada impede que os noivos disciplinem também questões não patrimoniais. Ora, se a lei impõe deveres e assegura direitos ao par, não há qualquer impedimento a que estipulem encargos outros, inclusive sobre questões domésticas”.(Maria Berenice Dias, Manual de Direito das Famílias, p. 217.)

Assim, no Brasil o Pacto Antenupcial é um instrumento para a concretização da autonomia privada nas relações patrimoniais da família. Sobre o conteúdo do pacto e o limite para suas cláusulas, há debate doutrinário acerca da possibilidade de regramentos não patrimoniais serem objeto de pacto, desde que não ofendam a ordem pública.

Defendemos aqui que seja acolhida a posição no sentido de que, no pacto antenupcial, somente se tratem de questões patrimoniais, quais sejam: regime de bens. Isso para proteger o direito à intimidade e a intimidade da pessoa humana, já que o pacto antenupcial é instrumento feito para ser público, para ser apresentado às pessoas com quem os cônjuges venham a negociar no futuro. Mas, por outro lado, entendemos que não há qualquer obstáculo para que outras questões, que não firam a ordem pública⁷, sejam objeto de outro instrumento, que aqui denominaremos “contrato matrimonial”, que sugerimos que tenha publicidade restrita aos cônjuges, mesmo que lavrado por instrumento público. A autonomia privada e o direito dos cônjuges de tratar de seus problemas e encontrar soluções garantem a possibilidade desse novo instrumento jurídico⁸.

Para melhor entendermos a amplitude do debate, é importante analisarmos como a questão é tratada em Portugal.

2. A convenção antenupcial em Portugal

Em Portugal, a convenção antenupcial é um negócio jurídico de direito de família destinado a estabelecer o regime de bens que vigorará no casamento, dentre outras questões. A convenção antenupcial é um contrato acessório do casamento, sendo o casamento uma condição de eficácia do referido contrato⁹.

⁷ Código Civil: Art. 1.655. É nula a convenção ou cláusula dela que contravenha disposição absoluta de lei.

⁸ Art. 1.513: É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.

⁹ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de – **Curso de Direito da Família**. Volume I. 5.^a ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016. ISBN 978-989-26-1166-2, p. 570.

Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira assim apresentam sua definição: “Convenção antenupcial diz-se o acordo feito entre os nubentes e destinado a fixar o seu regime de bens do casamento¹⁰.”

Podem celebrar convenções antenupciais aqueles que têm capacidade para contrair casamento, sendo que, para que tenham validade, as convenções devem ser celebradas por declaração prestada perante funcionário do registo civil¹¹ ou por escritura pública¹². Para celebrar a convenção antenupcial, os menores, interditos ou inabilitados têm que ser autorizados pelos seus representantes legais. Até o momento da celebração do casamento, a convenção antenupcial pode ser modificada ou revogada, caducando se o casamento não for celebrado dentro de um ano da sua lavratura¹³. Para produzir efeitos em relação a terceiros¹⁴, a convenção antenupcial tem que ser registrada no registo civil, a fim de que lhe seja dada publicidade¹⁵. Entre as partes outorgantes e seus herdeiros, ainda que não registrada, a convenção antenupcial é válida e eficaz.

González¹⁶ ensina que:

“1. Embora o casamento tenha os seus efeitos, pessoais e patrimoniais, legalmente predefinidos de forma quase plena e determinante, concede-se, quanto aos segundos, uma ampla margem de conformação aos nubentes através da celebração de um contrato prévio que especialmente os visa: a convenção antenupcial. Este não se confunde com o

¹⁰ Idem - **Ibidem**.

¹¹ MOCICA, Filomena Maria B. Máximo; SERRANO, Maria de Lurdes M., coord. – **Código do Registo Civil Anotado e Legislação Complementar**. 2.^a ed. 2011. Lisboa: Rei dos Livros. ISBN 978-989-8305-19-0, p. 267. Vide Artigo 189º do Código do Registo Civil de Portugal: Convenção antenupcial 1 - A convenção antenupcial pode ser celebrada nas conservatórias do registo civil, por meio de declaração prestada perante conservador, o qual pode delegar essa competência em oficial de registo. 2 - A conservatória deve imediatamente entregar certidão gratuita do acto aos interessados.

¹² Vide ARTIGO 1710.º (Forma das convenções antenupciais)

As convenções antenupciais são válidas se forem celebradas por declaração prestada perante funcionário do registo civil ou por escritura pública.

¹³ Logo, em Portugal há prazo de validade para a convenção antenupcial, que é de um ano contado da sua lavratura. No Brasil, inexistente prazo de validade para o pacto antenupcial. Não nos parece que haja motivo para fixar prazo de validade para a convenção, pois, se o casamento for realizado a qualquer tempo, a convenção terá que ser apresentada.

¹⁴ Esclarece Ana Cristina Ferreira de Sousa Leal que a noção de terceiros é a que está consagrada no artigo 1711.º, n.º 2, do Código Civil, e exclui tanto os herdeiros dos cônjuges como dos demais outorgantes da Convenção antenupcial. LEAL, Ana Cristina Ferreira de Sousa – **Casos Práticos de Direito da Família e das Sucessões: Casos Práticos Resolvidos**. Coimbra: Almedina, 2012. ISBN 978-972-40-4764-5, p. 64.

¹⁵ Vide artigos 1711.º, n.º 1, do Código Civil e 1.º, n.º 1, alínea “e”, e 191.º do Código do Registo Civil.

¹⁶ GONZÁLEZ, José Alberto Rodríguez Lorenzo – **Código Civil Anotado: Volume V Direito da Família** (artigos 1576.º a 2023.º). Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2014. ISBN 978-972-724-689-2, p. 138.

contrato de casamento, na medida em que o antecede e a ele se subordina no sentido de que somente faz sentido no pressuposto na sua conclusão. Juntos configuram, nesta medida, uma hipótese de união de contratos com dependência unilateral. Quanto ao resto (e como é próprio da figura da conexão de contratos), a convenção antenupcial tem requisitos de validade, regime e efeitos próprios.”

É indispensável a convenção antenupcial quando os futuros esposos queiram adotar um regime de bens diverso do regime da comunhão de adquiridos, que é o regime supletivo¹⁷ em Portugal.

Em Portugal, além de selecionar o regime de bens a vigorar durante o casamento, a eficácia da convenção antenupcial pode ultrapassar esse âmbito, abrangendo outras cláusulas. As perguntas que queremos responder no presente artigo são: Quais as cláusulas possíveis na convenção antenupcial em Portugal? Quais as partes outorgantes na convenção antenupcial em Portugal? A exigência de que certas cláusulas constem da convenção antenupcial fere a dignidade da pessoa humana e o direito à intimidade? As cláusulas que não se refiram ao regime de bens poderiam ser tratadas em outro instrumento legal?

2.1. As cláusulas admitidas na convenção antenupcial em Portugal

Variadas questões podem surgir em torno da Convenção Antenupcial em Portugal, pois se trata de um contrato plurifacetado, sendo amplas as margens da autonomia da vontade no direito patrimonial de família. Por sua enorme relevância jurídica é classificado na doutrina como “carta patrimonial dos cônjuges”.¹⁸ No entanto, o princípio da liberdade não é sinónimo de livre arbítrio, pois há o limite da lei, conforme previsto no artigo 1698.º. Vejamos as cláusulas aceites em Portugal.

2.1.1. O regime de bens

O regime de bens que vigorará durante o casamento terá que ser estipulado em convenção antenupcial, sempre que os futuros esposos queiram adotar um regime de bens diverso do regime da comunhão de adquiridos, que em Portugal é o regime

¹⁷ Vide artigo 1717.º do Código Civil.

¹⁸ CONSELHO Consultivo do Instituto dos Registos e do Notariado - **Parecer do Conselho Consultivo dos Institutos dos Registos e do Notariado P.C.C. 18/2012 SJC-CT, de 27/07/2012.** [Em linha]. Lisboa: INSTITUTO DOS REGISTOS E DO NOTARIADO, 2012. [Consult. 19 Mai. 2017]. Disponível em http://www.irn.mj.pt/IRN/sections/irn/doutrina/pareceres/civil/2012/p-c-c-18-2012-sjc-ct/downloadFile/file/CC_18-2012_SJC-CT.pdf?nocache=1347528731.6.

supletivo¹⁹. Para a escolha de regime de bens, há ampla liberdade de convenção, pois é possível escolher o regime que se quiser dentre os regimes previstos no Código Civil, sendo também possível criar outro regime, dentro dos limites da lei.²⁰ Nos casos em que a lei prevê o regime imperativo de separação de bens²¹, não é possível convencionar outro regime.

Esclarece Ana Cristina Ferreira de Sousa Leal que é permitido aos nubentes escolher qualquer um dos regimes de bens tipificados na lei, ou um desses regimes “com inclusão de estipulações estranhas à respectiva conformação, ou ainda conformar um regime completamente distinto dos legalmente previstos”²².

As limitações à liberdade de escolha previstas em Portugal constam do art. 1718.º do Código Civil, que impede que a fixação do regime de bens seja feita por simples remissão genérica para lei estrangeira ou revogada, ou para costumes ou usos locais. A lei fixa imperativamente o regime da separação de bens, conforme artigo 1720.º do Código Civil, nos seguintes casos: a) O casamento celebrado sem precedência do processo preliminar de casamento; b) O casamento celebrado por quem tenha completado sessenta anos de idade. Esclarece, no entanto, o número 2 do referido artigo que o regime da separação de bens não obsta a que os nubentes façam entre si doações.

2.1.2. As cláusulas que não se referem ao regime de bens

Em Portugal admite-se que constem na Convenção Antenupcial disposições que são estranhas à conformação do regime de bens, como as que estão previstas nos artigos 1700.º e seguintes do Código Civil. Braga da Cruz afirma que, apesar da vocação natural das convenções para assuntos relativos aos regimes de bens, a liberdade permite aos nubentes, na Convenção Antenupcial, “incluir quaisquer negócios que possam constar de escritura pública”, tanto de natureza patrimonial como de natureza não patrimonial. Braga da Cruz informa, ainda, que as convenções sempre foram aproveitadas para a estipulação de cláusulas de conteúdo não patrimonial²³.

¹⁹ **CÓDIGO Civil**. Coimbra: Almedina, 2017. 8ª ed. reimp. ISBN 978-972-40-6639, artigo 1717.º, p. 316.

²⁰ Vide artigo 1698.º do Código Civil.

²¹ Vide artigo 1720.º do Código Civil.

²² LEAL, Ana Cristina Ferreira de Sousa – **Casos Práticos de Direito da Família e das Sucessões: Casos Práticos Resolvidos**. Coimbra: Almedina, 2012. ISBN 978-972-40-4764-5, p. 63.

²³ CRUZ, Braga da, apud COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de – **Curso de Direito da Família. Volume I**. 5.ª ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016. ISBN 978-989-26-1166-2, p. 571.

Quanto a constar cláusulas de conteúdo não patrimonial na Convenção Antenupcial, tanto Braga da Cruz quanto Pires de Lima e Antunes Varela informam que “nada há a objectar contra a observância desta prática”²⁴. Discordamos da posição dos doutrinadores mencionados. Como examinaremos no decorrer do presente trabalho, o regime de bens deve ser conhecido por todos, principalmente por aqueles que têm negócios com o casal, mas há outras cláusulas sobre as quais não deve ser dada ampla publicidade, por envolverem a intimidade do casal ou mesmo outros assuntos, como planejamento sucessório, cujo sigilo deve ser priorizado.

O artigo 1700.º do Código Civil de Portugal relaciona algumas cláusulas, além do regime de bens, que podem constar na Convenção Antenupcial, quais sejam:

“1. A convenção antenupcial pode conter:

- a) A instituição de herdeiro ou a nomeação de legatário em favor de qualquer dos esposados, feita pelo outro esposado ou por terceiro nos termos prescritos nos lugares respectivos;
- b) A instituição de herdeiro ou a nomeação de legatário em favor de terceiro, feita por qualquer dos esposados.

2. São também admitidas na convenção antenupcial cláusulas de reversão ou fideicomissárias relativas às liberalidades aí efectuadas, sem prejuízo das limitações a que genericamente estão sujeitas essas cláusulas.”

Comentando o artigo acima reproduzido, GONZÁLEZ²⁵ afirma que os pactos sucessórios mencionados no artigo 1700.º têm natureza “designativa”, ou seja, são utilizados “para alguém instituir a sua ‘própria sucessão’, afirmando ainda que “excepcionalmente, a convenção antenupcial pode dar forma à instituição de herdeiro ou à nomeação de legatário”. Ensina que, se o autor da liberalidade for terceiro, ainda é possível que, “através do pacto sucessório, se designe outro terceiro para lhe suceder sempre que se estipule substituição direta ou fideicomissária, figurando o cônjuge beneficiado como fiduciário”.

²⁴ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de – **Curso de Direito da Família**. Volume I. 5.ª ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016. ISBN 978-989-26-1166-2, p. 571.

²⁵ GONZÁLEZ, José Alberto Rodríguez Lorenzo – **Código Civil Anotado: Volume V Direito da Família (artigos 1576.º a 2023.º)**. Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2014. ISBN 978-972-724-689-2, p. 140-141.

Luís Duarte Baptista Manso e Nuno Teodósio Oliveira ensinam que da Convenção Antenupcial podem constar, ainda “uma perfilhação, uma proibição de segundas núpcias ou a escolha da residência por um dos cônjuges”²⁶.

Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira mencionam algumas cláusulas que já foram objeto de tratamento doutrinário, algumas delas cuja legalidade eles mesmos reconhecem que pode ser discutida: cláusulas que fazem doações entre os nubentes²⁷; que estabelecem uma promessa de arrendamento em favor dos pais de um dos nubentes²⁸; que fixam o modo da contribuição para os encargos domésticos²⁹; que exprimem a renúncia a uma sucessão de um parente³⁰; que estabelecem a responsabilidade exclusiva de um dos cônjuges pelas dívidas emergentes da vida matrimonial³¹; que preveem quotas desiguais para os cônjuges quando da partilha. Sobre cláusulas extrapatrimoniais, os doutrinadores relacionam: uma perfilhação³²; a proibição de segundas núpcias³³; a escolha da residência apenas por um dos cônjuges³⁴; a escolha do modo de educação dos filhos, designadamente segundo uma certa religião³⁵; um regime de utilização da casa de morada da família ou sobre a guarda dos filhos, para o

²⁶ MANSO, Luís Duarte Baptista; OLIVEIRA, Nuno Teodósio Oliveira – **Direito da Família e das Sucessões: Caos Práticos Resolvidos**. Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2012. ISBN 978-972-724-299-3, p. 55.

²⁷ Pires de Lima e Antunes Varela, **Código Civil anotado**, vol. IV, p. 363, apud Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de – Curso de Direito da Família. Volume I. 5.^a ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016. ISBN 978-989-26-1166-2, p. 571.

²⁸ Terré e Simler, **Droit civil, les régimes matrimoniaux**, apud Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de – Curso de Direito da Família. Volume I. 5.^a ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016. ISBN 978-989-26-1166-2, p. 571.

²⁹ Idem - **Ibidem**.

³⁰ Idem - **Ibidem**.

³¹ Cunha Gonçalves, **Tratado de Direito Civil**, t. VI, p. 307-8, apud Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de – Curso de Direito da Família. Volume I. 5.^a ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016. ISBN 978-989-26-1166-2, p. 572.

³² Terré e Simler, apud Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de – Curso de Direito da Família. Volume I. 5.^a ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016. ISBN 978-989-26-1166-2, p. 572.

³³ Idem - **Ibidem**.

³⁴ Idem - **Ibidem**.

³⁵ Braga da Cruz, **Regimes de bens do casamento**, cit., p. 69, apud Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de – Curso de Direito da Família. Volume I. 5.^a ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016. ISBN 978-989-26-1166-2, p. 572.

caso de divórcio ou de separação de facto³⁶; a proibição do exercício de profissões que impliquem derramamento de sangue; a imposição de visitas regulares aos sogros.

A doutrina portuguesa afirma que qualquer cláusula poderá ser considerada válida, desde que não viole normas imperativas, a ordem pública, os bons costumes, sendo que os próprios Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira afirmam que algumas das cláusulas “que foram referidas como exemplo seriam nulas”³⁷.

Efetivamente, entendemos que uma perfilhação, que é o ato pelo qual a pessoa vem formalmente declarar a sua qualidade de pai ou de mãe de outra pessoa, não deve constar de um instrumento feito para ser público. Melhor restringir esse ato de reconhecimento do filho a um testamento, caso não se queira fazer o reconhecimento imediatamente, perante a Conservatória de Registo Civil.

Já proibir as segundas núpcias, nós entendemos não ser ato lícito, pois se trata de um direito inegociável, intrínseco à dignidade da pessoa humana.

Quanto a estabelecer a responsabilidade exclusiva de um dos cônjuges pelas dívidas emergentes da vida matrimonial, também entendemos inadmissível, tendo em vista a sociedade marital formada com o casamento, da qual se beneficiam ambos os cônjuges, que, por isso, devem também responder pelas dívidas.

A renúncia a uma sucessão de um parente também entendemos que não deva ser admitida, ainda que por *favor matrimonii*³⁸. A sucessão é estabelecida em lei, configurando *pacta corvina* contratar a herança de pessoa viva. Além disso, não é prudente que seja feita renúncia prévia, ainda menos em convenção antenupcial, quando ainda nem se sabe das demandas que surgirão com a família e os filhos. A doutrina de Nuno Ascensão Silva trata do tema, afirmando que é importante “lembrar que o artigo 2028.º, n.º 2, dispõe que os contratos sucessórios – seja quando alguém renuncia à sucessão de pessoa viva ou dispõe da sua própria sucessão ou da sucessão de terceiro ainda não aberta – apenas são admitidos nos casos previstos na lei, sendo nulos todos os

³⁶ Lacruz Berdejo et al., *Derecho de Familia*, 4.ª ed., Barcelona, Bosch, 1997, p. 222-3, apud Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de – Curso de Direito da Família. Volume I. 5.ª ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016. ISBN 978-989-26-1166-2, p. 572.

³⁷ Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de – Curso de Direito da Família. Volume I. 5.ª ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016. ISBN 978-989-26-1166-2, p. 572.

³⁸ Conforme ensina Javier Escrivá Ivars, o princípio do *favor matrimonii* significa a predisposição do legislador a conceder uma especial proteção ao matrimônio para conservação da sua essência, de suas propriedades e para manutenção dos seus fins. Traduz-se em um conjunto de disposições concretas inspiradas naquela atitude de proteção da própria instituição matrimonial. Vide IVARS, Javier Escrivá - *Matrimonio y mediación familiar*. Madrid: RIALP, 2001. ISBN 9788432133626.

demais." Ressalva o doutrinador, no entanto, que é possível, nos termos do artigo 946.º, n.º 2, ser convertida a doação por morte em disposição testamentária, "o que apenas acontecerá se tiverem sido observados os requisitos de forma extrínseca dos testamentos, não se tendo o legislador apartado significativamente dos princípios relativos aos contratos de herança futura vigentes à luz do Código de Seabra".

Sobre as razões que fundamentam a proibição em geral dos pactos sucessórios, explica Nuno Ascensão Silva que são as seguintes: "o autor da herança deve preservar até ao fim o poder de autonomamente determinar a transmissão mortis causa do seu património; depois, porque só após aberta a sucessão parecem estar reunidas as condições para que com esclarecimento, e até por respeito ao de cuius – e sob pena de um repugnante votum captandae mortis aliena – se possa aceitar, repudiar ou dispor da herança."³⁹

2.2. As cláusulas vedadas pelo Código Civil de Portugal

O Código Civil de Portugal limita a liberdade de convenção ao estabelecer, em seu artigo 1699.º, cláusulas que não podem ser objeto da convenção antenupcial.

O testamento é o ato previsto no ordenamento jurídico para regular a sucessão hereditária, sendo ato de carácter personalíssimo. Assim, a regulamentação da sucessão hereditária dos cônjuges ou de terceiro não pode, em regra, ser tratada na convenção, havendo, no entanto, exceções que foram apresentadas no item 1.1.2.

O Instituto dos Registos e do Notariado⁴⁰, no Parecer 18/2012, manifestou-se sobre a impossibilidade de constar de uma convenção antenupcial que os nubentes renunciem reciprocamente à herança um do outro ou que cada um deles prometa vir a repudiar, quando o outro falecer, a herança do outro. As conclusões do mencionado Parecer são muito esclarecedoras, razão pela qual são, em parte, abaixo reproduzidas, com grifos nossos:

³⁹ **SILVA, Nuno Ascensão – Em torno das relações entre o direito da família e o direito das sucessões – o caso particular dos pactos sucessórios no direito internacional privado. In** Textos de Direito de Família: para Francisco Pereira Coelho. **Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra. ISBN 978-989-26-1112-9, p. 453-455.**

⁴⁰ **CONSELHO CONSULTIVO DO INSTITUTO DOS REGISTOS E DO NOTARIADO. Parecer do Conselho Consultivo dos Institutos dos Registos e do Notariado P.C.C. 18/2012 SJC-CT, de 27/07/2012.** [Em linha]. Lisboa: INSTITUTO DOS REGISTOS E DO NOTARIADO, 2012. [Consult. 19 Mai. 2017]. Disponível em http://www.irn.mj.pt/IRN/sections/irn/doutrina/pareceres/civil/2012/p-c-c-18-2012-sjc-ct/downloadFile/file/CC_18-2012_SJC-CT.pdf?nocache=1347528731.6

"1- A sucessão contratual só excecionalmente é admissível, restringindo-se aos casos legalmente previstos (n.º 2 dos artigos 20-18.º e 1756.º e n.º 1 do artigo 946.º).

2- Os pactos sucessórios, através dos quais se pode fazer a instituição de herdeiro ou a nomeação de legatário, apenas são admitidos quando inseridos no âmbito das convenções antenupciais (artigos 1700.º e 1756.º), sob pena de nulidade, e andam ligados à ideia do *favor matrimonii*.

3- Nem todos, porém, mas tão só aqueles a que se reporta o artigo 1700.º, n.º 1, alíneas a) e b), ou seja, os pactos designativos ou *de succedendo*, através dos quais se regula a própria sucessão, designando qualquer dos esposados - designação feita pelo outro esposado, por ambos reciprocamente ou por terceiro a um ou ambos os esposados - ou um terceiro, designação efetuada por qualquer dos esposados.

4- Ficam de fora, pois, os pactos renunciativos ou *de non succedendo*, através dos quais alguém renuncia à sucessão de pessoa viva, bem como os pactos dispositivos, pelos quais se dispõe de um eventual direito a uma herança.[...]."

Também está vedado pelo Código Civil de Portugal alterar os direitos ou deveres paternais ou conjugais, que são direitos indisponíveis, por consistirem direitos da personalidade. Em virtude disso, nem por convenção antenupcial, nem por qualquer outro meio, é possível alterar, reduzir ou extinguir esses direitos⁴¹.

Não podem ser objeto de convenção as regras sobre a administração dos bens do casal. O objetivo da lei é evitar que uma convenção traga desigualdade para os cônjuges, desigualdade essa que historicamente era comum, pois as mulheres não podiam administrar os bens do casal. Cabe ressaltar que é possível que os cônjuges celebrem contratos de mandato, de forma que um autorize que o outro administre seus bens⁴², mas o mandato é um contrato revogável, logo, se um dos cônjuges se arrepender de ter concedido os poderes, basta revogar o mandato.

É proibida, ainda, a estipulação de comunicabilidade dos bens enumerados no artigo 1733.^{º43}. Tais bens, mesmo no regime da comunhão geral, não podem deixar de ser próprios.

⁴¹ GONZÁLEZ, José Alberto Rodríguez Lorenzo – **Código Civil Anotado: Volume V Direito da Família (artigos 1576.º a 2023.º)**. Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2014. ISBN 978-972-724-689-2, p. 139.

⁴² Vide artigo 1678.º do Código Civil.

⁴³ Vide o Código Civil, Artigo 1733.º (Bens incomunicáveis)

1. São exceptuados da comunhão:

- a) Os bens doados ou deixados, ainda que por conta da legítima, com a cláusula de incomunicabilidade;
- b) Os bens doados ou deixados com a cláusula de reversão ou fideicomissária, a não ser que a cláusula tenha caducado;
- c) O usufruto, o uso ou habitação, e demais direitos estritamente pessoais;
- d) As indemnizações devidas por factos verificados contra a pessoa de cada um dos cônjuges ou

Por fim, se o casamento for celebrado por quem tenha filhos, mesmo que os filhos sejam maiores ou emancipados, não poderá ser convencionado o regime da comunhão geral, nem estipulada a comunicabilidade dos bens referidos no nº 1 do artigo 1722.º.⁴⁴ Foi esclarecido pelo Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República⁴⁵ que a proibição prevista para a escolha do regime da comunhão geral não se aplica se os nubentes apenas tiverem filhos comuns, pois, nesse caso, não haveria prejuízo para a prole na escolha do referido regime.

Vimos as limitações legais às cláusulas da convenção antenupcial. Cabe agora examinar quais podem ser as partes nesse contrato.

3. As partes da convenção antenupcial no Brasil e em Portugal

No Brasil as partes no pacto antenupcial são apenas os nubentes, a não ser que se trate de relativamente incapazes, quando é necessária assistência dos representantes legais para a lavratura do ato notarial.

Já em Portugal, a convenção antenupcial pode ter como partes, além dos nubentes, outras pessoas⁴⁶. De fato, Pires de Lima e Antunes Varela⁴⁷, atentos a essa participação de terceiros em convenções antenupciais, assim definem o referido contrato: “Diz-se

contra os seus bens próprios;

e) Os seguros vencidos em favor da pessoa de cada um dos cônjuges ou para cobertura de riscos sofridos por bens próprios;

f) Os vestidos, roupas e outros objectos de uso pessoal e exclusivo de cada um dos cônjuges, bem como os seus diplomas e a sua correspondência;

g) As recordações de família de diminuto valor económico.

h) Os animais de companhia que cada um dos cônjuges tiver ao tempo da celebração do casamento.

2. A incomunicabilidade dos bens não abrange os respectivos frutos nem o valor das benfeitorias úteis

⁴⁴ Entendemos ser interessante e esclarecedora essa disposição, inexistente no ordenamento jurídico do Brasil e que é importante para assegurar a legítima dos filhos.

⁴⁵ **CONSELHO CONSULTIVO DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA.** Parecer nº P000551994 [Em linha]. Lisboa: PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA, 1994. [Consult. 11 Abr. 2017]. Disponível em <http://www.ministeriopublico.pt/iframe/pareceres-do-conselho-consultivo-da-pgr>.

⁴⁶ Ao contrário do que acontece no Brasil, onde são partes no pacto antenupcial apenas os nubentes.

⁴⁷ **LIMA, Pires de; VARELA, João de Matos Antunes** – Código Civil Anotado. Volume 4.º. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editara, 2010. ISBN 9789723200379, anotação 1.ª ao artigo 1698.º.

convenção antenupcial o acordo celebrado entre os nubentes com o fim de fixarem o regime das suas relações patrimoniais, e das suas relações com terceiros.”

O artigo 1705.º do Código Civil estabelece que pode haver terceiro que intervenha como aceitante, nas disposições por morte a favor de terceiro com caráter contratual, constantes da Convenção Antenupcial.

Também o artigo 1712.º do Código Civil, número 1, esclarece que a convenção antenupcial é revogável ou modificável até a celebração do casamento, “desde que na revogação ou modificação consintam todas as pessoas que nela outorgaram ou os respectivos herdeiros”. No entanto, o número 3 do mesmo artigo informa que, se não houver intervenção de alguma das pessoas que outorgaram na primeira convenção, ou dos seus respectivos herdeiros, o efeito da falta de participação é apenas facultar às pessoas outorgantes ou a seus herdeiros o direito de resolver as cláusulas que lhes digam respeito.

Entendemos que a existência de outras pessoas como partes na escritura de convenção antenupcial não se justifica e pode criar conflitos em um momento em que os nubentes estão se tornando um casal e quando precisam discutir de forma madura e tranquila sobre temas que serão essenciais no futuro relacionamento.

Após a análise das cláusulas possíveis na convenção antenupcial em Portugal e das partes nesse contrato, cabe questionar se o regramento vigente está ou não de acordo com a dignidade da pessoa humana, pois, no mesmo instrumento, podem constar cláusulas referentes ao regime de bens, de conhecimento obrigatório de pessoas com quem os cônjuges negociem, bem como cláusulas correspondentes a outras questões, que só dizem respeito aos cônjuges e aos terceiros mencionados nas cláusulas, ou a seus herdeiros. Estaria sendo ferido o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à intimidade?

3. A dignidade da pessoa humana e o direito à intimidade no Brasil e em Portugal

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 reconheceu a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, sendo os direitos que dela emergem tratados como fundamentais.

Para SARLET, o reconhecimento e a proteção da dignidade resultam da evolução do pensamento sobre o que significa o ser humano, sendo que é essa compreensão que determina o modo pelo qual o Direito reconhece e protege a dignidade. Ele identifica

como elementos essenciais ao conceito de dignidade da pessoa humana: a integridade física (psico-física), a isonomia, a proteção da vida e o resguardo da intimidade⁴⁸.

Já para José Afonso da Silva, dignidade da pessoa humana é um valor que resulta do traço distintivo do ser humano, dotado de razão e consciência. Esse valor atrai a realização dos direitos fundamentais do homem, em todas as suas dimensões, não admitindo discriminação alguma. SILVA cita Kant, que já afirmava que a autonomia, ou seja, a liberdade, é o princípio da dignidade da natureza humana e de toda natureza racional, um valor incondicionado, incomparável, que traduz a palavra respeito.

Ainda conforme José Afonso da Silva, a dignidade da pessoa humana, concebida pela Constituição como fundamento do Estado Democrático de Direito, como valor supremo da democracia, é um valor de todo ser racional “de modo que nem mesmo um comportamento indigno priva à pessoa dos direitos fundamentais que lhe são inerentes, ressalvada a incidência de penalidades constitucionalmente autorizadas”.⁴⁹

A preocupação com a dignidade da pessoa humana e com a intimidade se justifica também em Portugal, onde a Constituição, em seu artigo 1º, é expressa ao afirmar que a República é “baseada na dignidade da pessoa humana”, mencionando a dignidade também em diversos artigos ao longo do seu texto⁵⁰. Já o direito à intimidade é protegido pelo Código Civil em seu artigo 80.º, no qual se estabelece que “Todos devem guardar reserva quanto à intimidade da vida privada de outrem”.

O direito à reserva de intimidade da vida privada e familiar é um dos designados “direitos da existência”, em conjunto com o direito à vida, à integridade pessoal, à identidade pessoal, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e à reputação, à imagem, à palavra e à identidade genética.⁵¹

⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang - Dimensões da Dignidade: Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. ISBN 9788573483901.

⁴⁹ SILVA, Jose Afonso da - A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. [Em linha]. [Consult. 16 Mar. 2-16]. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47169/45637>.

⁵⁰ Por exemplo, no artigo 13º, que reconhece a todos os cidadãos “a mesma dignidade social”; no artigo 26º, 2, que obriga o legislador a estabelecer garantias efetivas contra a obtenção e utilização de informações num sentido contrário à dignidade humana; no artigo 67º, 2, que determina que o Estado regulamente a procriação medicamente assistida “em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana”.

⁵¹ MIRANDA, Jorge - Manual de Direito Constitucional. Tomo IV, Direitos Fundamentais. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN 9789723220100, p. 91.

Sobre o direito à intimidade, a doutrinadora Luísa Neto⁵² ensina que a noção de vida privada é, essencialmente, o direito que assiste a cada indivíduo de ser deixado em paz, definindo-o como o mais valioso direito para o homem civilizado.

Também instrumentos internacionais tratam da intimidade, devendo-se ressaltar a Declaração Universal dos Direitos Humanos⁵³, que determina, em seu artigo 12.º: “Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito à protecção da lei.”

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos⁵⁴ igualmente protege a intimidade, no seu artigo 17.º: “Nº1 – Ninguém será objecto de intervenções arbitrárias ou ilegais na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem de atentados ilegais à honra e à sua reputação; Nº2 – Toda e qualquer pessoa tem o direito à protecção da lei contra tais intervenções ou tais atentados.”

A Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais⁵⁵, adotada pelo Conselho da Europa, em 4 de novembro de 1950, em seu artigo 8º, estabelece: “Nº1 – Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.”

A intimidade e a dignidade da pessoa humana estão interligadas, pois não é digna a existência de uma pessoa sem que sua intimidade seja respeitada. Como característica do direito da personalidade, o direito à privacidade é indisponível, como bem ensina SAMPAIO⁵⁶: “*enquanto interesse moral, a vida privada é, em regra, indisponível, valendo dizer que não comporta as faculdades de extinção, de disposição em favor de outrem ou mesmo de, por ela e em face dela, se obrigar*”. E não há como aceitar a infração à intimidade, considerando que não existe qualquer justificativa para tanto, pois não há

⁵² NETO, Luísa - **Novos Direitos: ou novo(s) objecto(s) para o direito**. Porto: U. P Editorial, 2010. ISBN 978-989-8265-28-9, p. 66.

⁵³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - Declaração Universal Dos Direitos Do Homem [DUDH]: Aprovada pela Assembleia Geral, através da resolução 217 A (III), de 10 de Dezembro de 1948. [Em linha]. [Consult. 23 Mai. 2017]. Disponível em http://direitoshumanos.gddc.pt/pdf/Ficha_Informativa_2.pdf.

⁵⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos. . [Em linha]. [Consult. 23 Mai. 2017]. Disponível em <https://www.unric.org/pt/informacao-sobre-a-onu/direito-internacional/27537?start=3>.

⁵⁵ CONSELHO DA EUROPA - Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. [Em linha]. [Consult. 23 Mai. 2017]. Disponível em http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/pm/Tratados/conv_eur_dh.htm.

⁵⁶ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e a vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.p.358.

motivo para que a sociedade tenha conhecimento de certas cláusulas da convenção antenupcial.

4. Sugestão de instrumentos separados: um para o regime de bens e outro para as demais deliberações de interesse dos cônjuges

Certo é que apenas o regime de bens escolhido pelos cônjuges interessa à sociedade em geral. Certo também é ser importante deliberar sobre assuntos que envolvam o casamento antes da celebração, para evitar conflitos e prevenir situações constrangedoras ou interesses que não foram claramente explicitados e que, no futuro, podem se tornar grandes obstáculos para um relacionamento tranquilo e prolongado.

Como conciliar essa situação? Nós entendemos que é possível que haja uma convenção antenupcial apenas para regime de bens, à qual será dada ampla publicidade, e outro instrumento, que podemos denominar "contrato matrimonial", que estabeleça outras questões, dentro dos limites da lei, e cujo conhecimento se restrinja aos cônjuges, ou seja, sendo a publicidade restrita, mesmo que o mencionado contrato seja lavrado por instrumento público.

Sugere-se que sejam tratadas no "contrato matrimonial" quaisquer situações relevantes para os nubentes, dentre as quais entendemos lícitas: a escolha da residência pelos cônjuges; a circunstância de residir ou não residir com os sogros ou de visitá-los regularmente ou não; a proposta de contribuição para os encargos domésticos; o esclarecimento sobre a vontade de ter ou não ter filhos; a deliberação sobre se afastar ou não do trabalho para cuidar de filhos durante a infância deles; a escolha do modo de educação dos filhos; as definições sobre questões de higiene, como banhos diários, escovação de dentes.

Sugere-se, ainda, que o planejamento sucessório, tanto no Brasil quanto em Portugal, seja tratado em testamento, ato previsto para estipulações para após a morte, não sendo possível compreender a razão para se tratar desse tipo de questão em uma convenção antenupcial, ato previsto para reger o regime de bens durante o casamento.

Conclusão

No presente artigo abordou-se a convenção antenupcial no Brasil e em Portugal. Demonstrou-se que é um negócio jurídico de direito de família, um contrato acessório do casamento, sendo o casamento uma condição de sua eficácia. Tratando-se de um contrato, podem celebrar convenções antenupciais aqueles que têm capacidade para contrair casamento, assim, foi detalhado que, em Portugal, para celebrar a convenção

antenupcial, os menores, interditos ou inabilitados têm que ser autorizados pelos seus representantes legais, o que também se aplica aos relativamente incapazes no Brasil.

Sobre a alteração da convenção antenupcial, informou-se que, até o momento da celebração do casamento, a convenção antenupcial pode ser modificada ou revogada. Em Portugal, caduca a convenção se o casamento não for celebrado dentro de um ano da sua lavratura, prazo esse inexistente no Brasil. Para produzir efeitos em relação a terceiros, em Portugal a convenção antenupcial tem que ser registrada no registro civil, a fim de que lhe seja dada publicidade. Já no Brasil, a exigência é de registro no registro de imóveis, o que entendemos incorreto. Não faz sentido que terceiros tenham que procurar um registro de imóveis, quando o pacto tem que ser apresentado ao registrador civil para ser juntado no processo de habilitação para casamento, constando essa informação sobre o pacto nas certidões de casamento. Tanto em Portugal quanto no Brasil, entre as partes outorgantes e seus herdeiros, ainda que não registrada, a convenção antenupcial é válida e eficaz.

O objetivo da convenção antenupcial é estabelecer o regime de bens que vigorará no casamento, mas em Portugal são admitidas outras cláusulas, estranhas ao regime de bens e mesmo cláusulas não patrimoniais. No Brasil há discussão sobre a possibilidade de cláusulas não patrimoniais, sendo que a maior parte da doutrina defende que deve o pacto se restringir a tratar do regime de bens, com o que concordamos.

A respeito das cláusulas admitidas na convenção antenupcial, foi examinado, em primeiro lugar, o direito à escolha de regime de bens, reconhecendo que há, tanto em Portugal quanto no Brasil, ampla liberdade de convenção, pois é possível escolher o regime que se quiser dentre os regimes previstos no Código Civil, sendo também possível criar outro regime, dentro dos limites da lei, sendo vedada a escolha apenas se a lei impuser o regime de separação de bens.

Foi examinado como, em Portugal, o nubente que tem filhos que não sejam comuns com o outro nubente, não pode optar pela comunhão geral de bens, que equivale à comunhão universal no Brasil. Ou seja, em Portugal há vedação para opção pelo regime da comunhão universal se o cônjuge já tem filhos próprios, o que não existe, no entanto, no Brasil. Concordamos com a lei de Portugal, que efetivamente protege mais os filhos.

Foram examinadas as cláusulas que não se referem ao regime de bens, relacionadas pela lei e pela doutrina de Portugal. Algumas dessas cláusulas estão previstas nos artigos 1700.º e seguintes do Código Civil, consistindo pactos sucessórios de natureza “designativa”, ou seja, utilizados para alguém instituir a sua própria sucessão, com a instituição de herdeiro ou a nomeação de legatário. Foi observado que outras cláusulas mencionadas pela doutrina têm sua constitucionalidade questionada, como: a perfilhação (feita em instrumento lavrado para ser de conhecimento público, seria

constrangedora para a pessoa reconhecida como filho); a proibição de segundas núpcias (direito inegociável); a renúncia à sucessão de um parente (a sucessão deve ser fixada em lei); a responsabilidade exclusiva de um dos cônjuges pelas dívidas emergentes da vida matrimonial (fere o princípio em razão do qual aqueles que se beneficiam do valor, devem arcar com as dívidas); a previsão de quotas desiguais para os cônjuges quando da partilha (a partilha decorre do regime de bens).

Outras cláusulas mencionadas pela doutrina de Portugal não são inconstitucionais nem ilegais, mas não deveriam constar desse instrumento, como: as doações entre os nubentes; as promessas de arrendamento em favor dos pais de um dos nubentes; os modos de contribuição para os encargos domésticos; a escolha da residência apenas por um dos cônjuges; a escolha do modo de educação dos filhos segundo uma certa religião; o regime de utilização da casa de morada da família ou sobre a guarda dos filhos, para o caso de divórcio ou de separação de fato; a proibição do exercício de profissões que impliquem derramamento de sangue; a imposição de visitas regulares aos sogros.

Foi discutido se a presença destas outras cláusulas em um instrumento feito para ser público, para dar segurança aos negócios de que for parte o futuro casal, fere o direito à intimidade e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Foi reconhecida a importância de serem tratadas pelo casal todas as questões que possam ser relevantes no relacionamento, mas sugeriu-se que tais questões sejam objeto de outro contrato, que não seja público.

Sobre as partes na convenção antenupcial, sugeriu-se que sejam apenas os nubentes, pois interferências na convenção antenupcial não se justificam e podem criar conflitos em um momento em que os nubentes estão se tornando um casal e quando precisam discutir de forma madura e tranquila sobre temas que serão essenciais no futuro relacionamento.

Assim, foi sugerido que, tanto em Portugal como no Brasil, haja uma convenção antenupcial, assinada apenas pelos nubentes, restrita ao regime de bens, à qual será dada ampla publicidade, e outro instrumento, que podemos denominar "contrato matrimonial", que estabeleça outras questões, dentro dos limites da lei, e cujo conhecimento se restrinja aos cônjuges. Foi sugerido, ainda, que o planejamento sucessório seja tratado em testamento, não sendo possível compreender a razão para que Portugal admita esse tipo de questão em uma convenção antenupcial.

Bibliografia

CAMARGO, João Batista Monteiro; MARCHEZAN; Luiz Michel Rodrigues - Reflexões sobre a eutanásia, o morrer e o viver: para além do direito à vida, o direito à dignidade. In A Jurisdição Constitucional e os Direitos Fundamentais nas Relações Privadas: questões contemporâneas. São Paulo: PerSe Editora, 2014. ISBN 978-85-8196-798-1. p. 205 a 218.

CÓDIGO Civil - Coimbra: Almedina, 2017. 8ª ed. reimp. ISBN 978-972-40-6639.

COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de – Curso de Direito da Família. Volume I. 5.ª ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016. ISBN 978-989-26-1166-2.

CONSELHO CONSULTIVO DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA - Parecer nº P000551994. [Em linha]. Lisboa: PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA, 1994. [Consult. 11 Abr. 2017]. Disponível em <http://www.ministeriopublico.pt/iframe/pareceres-do-conselho-consultivo-da-pgr>.

CONSELHO CONSULTIVO do INSTITUTO DOS REGISTOS E DO NOTARIADO - Parecer do Conselho Consultivo dos Institutos dos Registos e do Notariado P.C.C. 18/2012 SJC-CT, de 27/07/2012. [Em linha]. Lisboa: INSTITUTO DOS REGISTOS E DO NOTARIADO, 2012. [Consult. 19 Mai. 2017]. Disponível em http://www.irn.mj.pt/IRN/sections/irn/doutrina/pareceres/civil/2012/p-c-c-18-2012-sjc-ct/downloadFile/file/CC_18-2012_SJC-CT.pdf?nocache=1347528731.6.

CONSELHO DA EUROPA - Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. [Em linha]. [Consult. 23 Mai. 2017]. Disponível em http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/pm/Tratados/conv_eur_dh.htm.

DINIZ, Maria Helena – Direito Civil Brasileiro. Ed. Saraiva 2002, p. 147.

GONZÁLEZ, José Alberto Rodríguez Lorenzo – Código Civil Anotado: Volume V Direito da Família (artigos 1576.º a 2023.º). Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2014. ISBN 978-972-724-689-2.

OLIVEIRA ASCENSÃO, José de - O “fundamento do direito”: entre o direito natural e a dignidade da pessoa. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra editora. ISSN 0870-3116. 2011, volume LII, n.º 1 e 2, p. 29 a 42.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito das famílias. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

FERREIRA, Valter Pinto – Os problemas inerentes à regulamentação da eutanásia. Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro. Universidade do Minho. ISSN 0870-8185. 2013, tomo LXII, nº 331, janeiro a abril, p. 145 a 173.

IVARS, Javier Escrive - Matrimonio y mediacion familiar. Madrid: RIALP, 2001. ISBN 9788432133626.

LEAL, Ana Cristina Ferreira de Sousa – Casos Práticos de Direito da Família e das Sucessões: Casos Práticos Resolvidos. Coimbra: Almedina, 2012. ISBN 978-972-40-4764-5.

LIMA, Pires de; VARELA, João de Matos Antunes – Código Civil Anotado. Volume 4.º. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editara, 2010. ISBN 9789723200379.

MANSO, Luís Duarte Baptista; OLIVEIRA, Nuno Teodósio Oliveira – Direito da Família e das Sucessões: Casos Práticos Resolvidos. Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2012. ISBN 978-972-724-299-3.

MIRANDA, Jorge - Manual de Direito Constitucional. Tomo IV, Direitos Fundamentais. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN 9789723220100, p. 91.

MOCICA, Filomena Maria B. Máximo; SERRANO, Maria de Lurdes M., coord. – Código do Registo Civil Anotado e Legislação Complementar. 2.ª ed. 2011. Lisboa: Rei dos Livros. ISBN 978-989-8305-19-0,

NETO, Luísa - Novos Direitos: ou novo(s) objecto(s) para o direito. Porto: U. P Editorial, 2010. ISBN 978-989-8265-28-9.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - Declaração Universal Dos Direitos Do Homem [DUDH]: Aprovada pela Assembleia Geral, através da resolução 217 A (III), de 10 de Dezembro de 1948. [Em linha]. [Consult. 23 Mai. 2017]. Disponível em http://direitoshumanos.gddc.pt/pdf/Ficha_Informativa_2.pdf.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos. [Em linha]. [Consult. 23 Mai. 2017]. Disponível em <https://www.unric.org/pt/informacao-sobre-a-onu/direito-internacional/27537?start=3>.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Direito à intimidade e a vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. ISBN 8573082178.

SILVA, Nuno Ascensão – Em torno das relações entre o direito da família e o direito das sucessões – o caso particular dos pactos sucessórios no direito internacional privado. In Textos de Direito de Família: para Francisco Pereira Coelho. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra. ISBN 978-989-26-1112-9.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - REsp 954567/PE - RECURSO ESPECIAL
2007/0098236-3 – Rel.: Ministro MASSAMI UYEDA - DJe 18/05/2011

TEPEDINO, Gustavo. Controvérsias sobre Regime de Bens no Novo Código Civil. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/186.pdf. Acesso em: 2 ago. 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito das sucessões. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010