

Aline de Miranda Valverde Terra
Gisela Sampaio da Cruz Guedes

Alexandre Junqueira Gomide
Ana Carolina Velmovitsky
Ana Frazão
Anderson Schreibér
André Nunes
Andrea Cristina Zanetti
Angelo Prata de Carvalho
Antônio do Passo Cabral
Antônio Pedro Dias
Bernardo Salgado
Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho
Carlos Nelson Konder
Cássio Monteiro Rodrigues
Cíntia Muniz de Souza
Danielle Fernandes Bouças
Eduardo Cardoso
Fernanda Tartuce
Flávio Tartuce
Francisco de Assis Viégas
Fredie Didier Jr.
Gerson Luiz Carlos Branco
Gustavo Souza de Azevedo

Heloisa Helena Barboza
Isabella Silveira de Castro
João Pedro Fontes Zagni
José Fernando Simão
Judith Martins-Costa
Karina Nunes Fritz
Marcelo Dickstein
Marcelo Trindade
Marcelo Vieira von Adamek
Marco Aurélio Bezerra de Melo
Matheus Marchiori dos Santos
Micaela Barros Barcelos Fernandes
Nelson Rosenvald
Paula Greco Bandeira
Priscila Mathias Fichtner
Rafael Branco Xavier
Renata C. Steiner
Rodrigo Araldi
Rodrigo da Guia Silva
Sergio Marcos Carvalho de Avila Negri
Vitor Almeida
Viviane Girardi

ALINE DE MIRANDA VALVERDE TERRA
GISELA SAMPAIO DA CRUZ GUEDES
[COORDENADORAS]

**INEXECUÇÃO DAS
OBRIGAÇÕES**

VOLUME II



ALINE DE MIRANDA VALVERDE TERRA
GISELA SAMPAIO DA CRUZ GUEDES
[COORDENADORAS]

**INEXECUÇÃO DAS
OBRIGAÇÕES**

Pressupostos, evolução e remédios

VOLUME II



*Aline de Miranda Valverde Terra
Gisela Sampaio da Cruz Guedes
Coordenadoras*

**Inexecução das Obrigações:
Pressupostos, evolução e remédios**

Volume II

EDITORA
PROCESSO

Rio de Janeiro
2021

EDITORIA PROCESSO

Tels: (21) 3128-5531 / (21) 3889-8181 / (21) 2209-0401

www.editoraprocessocom.brwww.catalivros.com.br

Distribuição exclusiva da Catalivros Distribuidora Comércio LTDA ME

Copyright © 2021 - Aline de Miranda Valverde Terra, Gisela Sampaio da Cruz Guedes (Coordenadoras)

Todos os direitos reservados.

*Conselho Editorial*Maria Celina Bodin de Moraes (*Presidente*)

Luiz Edson Fachin

Ana Carolina Brochado Teixeira

Ana Frazão

Antônio Augusto Cançado Trindade

Antônio Celso Alves Pereira

Caitlin Sampaio Mulholland

Carla Adriana Comitri Giberton Carlos

Edison do Rêgo Monteiro Filho

Cleyson de Moraes Mello

Eneas de Oliveira Matos

Eugenio Faccin Neto

Fernando de Almeida Pedroso

Hélio do Vale Pereira

Joyceane Bezerra de Menezes

Marco Aurélio Lagreca Casamassia

Marco Aurélio Peri Guedes

Marcos Ehrhardt Jr.

Maria Cristina De Cicco

Mariana Pinto

Martonio Mont'Alverne Barreto Lima

Mauricio Moreira Menezes

Melhium Namem Chalhub

Ricardo Calderón

Sergio Campinho

Zeno Veloso (*In memoriam*)*Diagramação* - Marcos Medeiros

Capa - Alexander Marins

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte

Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Terra, Aline de Miranda Valverde, Gisela Sampaio da Cruz Guedes (Coordenadoras)

- T344i Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios - Volume II
Aline de Miranda Valverde Terra, Gisela Sampaio da Cruz Guedes (Coordenadoras)
Rio de Janeiro: Processo 2021
1055p. ;23cm
ISBN 978658935170-2
1. Inexecução das obrigações vol II. 2. Brasil. I. Titulo.

CDD 343.810922

Proibida a reprodução (Lei 9.610/98)

Impresso no Brasil

Printed in Brazil

Sumário

Parte Geral

Revisitando a tríplice transformação do adimplemento

Anderson Schreiber 1

A contratualização do fortuito: reflexões sobre a alocação negocial do risco de força maior

Carlos Nelson Konder e Cíntia Muniz de Souza Konder 41

O inadimplemento pela perda do interesse útil do credor: notas sobre a conversão da mora em inadimplemento absoluto

João Pedro Fontes Zagni 61

Inadimplemento de deveres e a natureza jurídica da responsabilidade

Viviane Girardi e Isabella Silveira de Castro 85

O inadimplemento do dever instrumental de informar na execução dos contratos de duração

Andrea Cristina Zanetti e Fernanda Tartuce 117

Violação positiva do contrato: uma categoria verdadeiramente útil ao direito brasileiro?

José Fernando Simão e Rodrigo Araldi 145

Apontamentos sobre os juros nas obrigações pecuniárias

Marcelo Trindade 171

O controle da cláusula penal nos contratos empresariais conforme a LLE <i>Nelson Rosenvald</i>	205
Redução equitativa das arras: para que serve o sinal de confirmação? <i>Bernardo Salgado</i>	237
O art. 473, parágrafo único, do código civil e a chamada suspensão da eficácia da denúncia: a perspectiva do giusto remedio e sua importância na concepção da faculdade alternativa de pagamento para o cumprimento do dever de pré-aviso <i>Francisco de Assis Viégas</i>	267
Descumprimento contratual: remédios à disposição do credor lesado <i>Renata C. Steiner</i>	297
Notas sobre a relação de liquidação dos contratos resolvidos (Análise crítica da tese da eficácia retroativa da resolução no direito brasileiro) <i>Marcelo Vieira von Adamek e André Nunes</i>	343
Interesse contratual positivo e interesse contratual negativo: influxos da distinção no âmbito da resolução do contrato por inadimplemento <i>Rodrigo da Guia Silva</i>	379
Revisitando o lucro da intervenção: novas reflexões para antigos problemas <i>Aline de Miranda Valverde Terra e Gisela Sampaio da Cruz Guedes</i> ...	433
Exceção de inseguridade e sua efetividade no direito brasileiro <i>Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho e Gustavo Souza de Azevedo</i>	465
Alteração posterior das circunstâncias: a caminho da quebra da base do negócio <i>Karina Nunes Fritz</i>	491
A inexecução das obrigações em razão da pandemia da Covid-19: caracterização de excessiva onerosidade e força maior <i>Paula Greco Bandeira</i>	537
A revisão contratual como remédio à excessiva onerosidade <i>Antônio Pedro Dias</i>	565
Inexecução das obrigações e garantias reais: o peso da revisão e da renegociação <i>Danielle Fernandes Bouças</i>	591
Garantia geral das obrigações e responsabilidade patrimonial: ressignificação e atualidade da distinção <i>Gerson Luiz Carlos Branco</i>	615
Parte Especial	
Inadimplemento de obrigações acessórias e dever de cuidado nas tratativas ao contrato de trabalho <i>Priscila Mathias Fichtner</i>	643
A autorização de uso da marca pelo franqueador a terceiros como hipótese de inadimplemento do contrato de franquia <i>Matheus Marchiori dos Santos</i>	673
Responsabilidade pós-contratual e violação da obrigação de não concorrência <i>Ana Frazão e Angelo Prata de Carvalho</i>	707
Meios de tutela da violação do direito de preferência contratual <i>Ana Carolina Velmovitsky</i>	727
Efeitos da mora na entrega de unidade imobiliária: autonomia entre perdas e danos, perda da chance e privação do uso? <i>Cássio Monteiro Rodrigues</i>	757

A cláusula de <i>wash-out</i> nos contratos de compra e venda de commodities a preço fixo <i>Judith Martins-Costa e Rafael Branco Xavier</i>	785
A necessidade de pronunciamento judicial para a resolução do compromisso de compra e venda por inadimplemento do adquirente <i>Marco Aurélio Bezerra de Melo</i>	819
Da inversão da cláusula penal nos negócios de aquisição de imóveis na planta: análise do julgamento do Superior Tribunal de Justiça <i>Flávio Tartuce</i>	845
Incorporação imobiliária: resolução / revisão dos contratos de promessa de compra e venda em tempos de pandemia <i>José Fernando Simão e Alexandre Junqueira Gomide</i>	865
Contrato de compra e venda de energia elétrica: A invocação de força maior como justificativa à inexecução da obrigação de pagar pelo consumidor livre <i>Marcelo Dickstein e Eduardo Cardoso</i>	907
Repercussões da cláusula resolutiva expressa no processo de falência <i>Micaela Barros Barcelos Fernandes</i>	937
A tutela específica nos contratos de computação em nuvem (<i>cloud computing</i>) <i>Sergio Marcos Carvalho de Avila Negri</i>	967
Contratualização das famílias e inexecução dos pactos antenupiciais: admissibilidade e limites da cláusula penal <i>Heloísa Helena Barboza e Vitor Almeida</i>	989
Negócios jurídicos processuais atípicos e execução (Contract procedure and execution proceedings) <i>Fredie Didier Jr. e Antônio do Passo Cabral</i>	1013

Apresentação

É tempo de agradecer.

Graças à dedicação e ao afinco dos coautores que se debruçaram sobre o volume I desta coleção, elaborando profunda análise dogmática dos temas enfrentados, o livro rapidamente ficou conhecido e tornou-se referência na matéria, o que não é de se estranhar, considerando os grandes nomes do Direito Civil brasileiro reunidos nessa obra. É com enorme alegria que se traz à tona agora, como já anteriormente anunciado, o volume II, cujo maior desafio foi simplesmente o de ficar à altura do volume I.

O desafio foi inteiramente vencido. Sem deixar nada a dever em termos de qualidade em relação ao volume I, o volume II vem recheado de temas interessantes, problematizando as questões mais atuais sobre Inexecução das Obrigações, contando novamente com grandes nomes de referência na matéria. Pela obra ser resultado de matéria ministrada em conjunto pelas coordenadoras no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, o volume II, assim como o seu antecessor, também agrupa artigos de mestrandos e doutorandos, ao lado de diversos outros elaborados por Professores convidados de todos os cantos do país.

Na mesma linha do volume I, o volume II também se divide em duas grandes partes, nas quais se distribuem seus 34 capítulos: uma geral e outra especial. Na primeira, revisitaram-se temas clássicos da teoria geral da inexecução das obrigações a fim de compreendê-los a partir da contemporânea dogmática obrigacional, a exemplo dos juros, das arras, da cláusula penal, da exceção de insecuridade, da denúncia. Dedicou-se, ainda, especial atenção aos remédios conferidos ao credor em caso de inadimplemento, enfrentando-se questões como a relação de liquidação dos contratos resolvidos, o lucro da intervenção e a eficácia retroativa da resolução no direito

O enorme fluxo informacional, a necessidade por capacidade de processamento e armazenamento e, mais recentemente, a importância da possibilidade de trabalho remoto, são fatores que impulsionam o crescimento dos serviços de computação em nuvem, que passam a ser utilizados por pessoas físicas e jurídicas em busca da simplificação de estrutura técnica e redução de custos.

A complexidade dos serviços digitais também está presente nos instrumentos contratuais que buscam regular os interesses envolvidos na contratação. Além da implementação de medidas técnicas operacionais que promovam a segurança do usuário de computação em nuvem, a elaboração de cláusulas contratuais capazes de alocar os direitos e deveres das partes diante das diversas situações que possam surgir é essencial para que a prestação satisfatória seja efetivamente alcançada. A partir do exame de importantes cláusulas contratuais – integridade das informações, disponibilidade do serviço, confidencialidade, não divulgação, proteção de dados etc. – nota-se que a execução específica afigura-se ainda como um importante remédio para a promoção da tutela satisfatória da obrigação em concreto.

Contratualização das famílias e inexecução dos pactos antenupciais: admissibilidade e limites da cláusula penal

Heloisa Helena Barboza¹
Vitor Almeida²

Sumário: Introdução: privatização e contratualização da vida conjugal; – 1. Famílias contratualizadas e estatuto patrimonial; – 2. Contornos jurídicos dos pactos antenupciais; – 3. Inexecução dos pactos antenupciais e limites da cláusula penal; – 4. Considerações finais.

Introdução: privatização e contratualização da vida conjugal

A pluralidade das entidades familiares, constitucionalmente estabelecida no art. 226, permitiu que arranjos não fundados no casamento fossem igualmente merecedores de tutela no ordenamento jurídico brasileiro. O reconhecimento do rol meramente

¹ Professora Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Diretora da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutora em Direito pela UERJ e em Ciências pela ENSP/FIOCRUZ. Especialista em Ética e Bioética pelo IFF/FIOCRUZ. Procuradora de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (aposentada). Parecerista e advogada.

² Doutor Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Adjunto de Direito Civil da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ). Professor dos cursos de especialização do CEPED-UERJ, PUC-Rio e EMERJ. Vice-diretor do Instituto de Biodireito e Bioética (IBIOS). Membro do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC). Pós-doutorando em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogado.

exemplificativo dos modelos familiares e seu caráter não hierárquico promoveram significativa transformação na seara do direito das famílias, que impactou toda sua estrutura voltada, até então, para a via do casamento como única forma legítima de constituição familiar. A vigente Constituição da República consagrou a desvinculação entre casamento e reprodução humana, permitindo a formação de famílias não matrimonializadas, além de estabelecer a plena igualdade entre os filhos como mandamento constitucional infastável. A inabalável instituição familiar, mantenedora da paz doméstica e indissolúvel até 1977, desapegou-se da sua função ensimesmada e abstrata para buscar sua verdadeira vocação de espaço próprio e adequado para o desenvolvimento da personalidade e realização pessoal de cada um de seus membros, com fundamento em laços de afeto, cuidado e solidariedade, indispensáveis ao respeito e à promoção da dignidade de todos os integrantes do círculo familiar.

Apesar de tal cenário, a rigidez e a natureza impositiva da maior parte das normas previstas no Livro dedicado ao Direito de Família no Código Civil ainda contrastam com a dinâmica plural contemporânea voltada para o acolhimento de diferentes modalidades de família, que sequer foram cogitadas pelo legislador pátrio. Desse modo, a autonomia privada, hoje reconhecida tanto para fins de constituição e de dissolução da entidade familiar, que resultou da Emenda Constitucional n. 66/2010, encontra obstáculos significativos na auto-regulamentação dos interesses das pessoas casadas ou que convivem em união estável para definirem suas próprias regras. Nesse contexto, diante de um estatuto familiar-conjugal no qual predominam disposições de ordem pública, muitos são os desafios impostos à autonomia conjugal quando se trata da regulamentação dos desnígnios de condução da vida a dois, inclusive no âmbito patrimonial. Dificuldades afloram especialmente diante de situações que envolvem a liberdade existencial no espaço conjugal.

O fortalecimento da autonomia privada em terreno familiar desagua, inevitavelmente, na “despublicização” de parte das suas normas, sobretudo daquelas voltadas a pessoas adultas e capazes e com simetria de forças, o que impõe a não intervenção do Estado nas relações familiares baseadas em relações horizontais, portanto nas quais não se constata a existência de qualquer marcador de vulnerabilidade hábil a sujeitar um membro a outro dentro da estrutura

de poder intrafamiliar. Um direito de família menos intervintivo e voltado para as expressões, vontades e desejos dos seus integrantes molda-se às lentes constitucionais que promovem a autonomia e a dignidade da pessoa humana, sem descurar dos elos de solidariedade de que amalgamam as relações intrafamiliares verticais e marcadas pela vulnerabilidade.

É inegável que o ramo mais “público” do principal tronco do Direito Privado – o Direito Civil, sofreu profunda alteração de rumos, a partir do momento em que a pessoa humana inserida na teia familiar se tornou, por força de norma constitucional, a principal destinatária da proteção jurídica. Desde então o núcleo familiar tem o dever de promover e estimular o pleno desenvolvimento da subjetividade e da identidade de seus integrantes, dedicando especial atenção e cuidado à emancipação das pessoas com maior grau de vulnerabilidade. Não é mais admissível o enclausuramento das mundividências no âmbito das famílias que vivem em um mundo marcado pela diversidade e numa sociedade que se caracteriza e deve respeitar a pluralidade. De modo efetivo se encontra em marcha o que tem sido denominado “privatização” do direito de família, a qual se substancia na paulatina modificação do entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre a função da família, e se ancora na premissa de diminuição da heteronomia estatal, em busca da promoção das liberdades existenciais no âmbito das relações familiares.

Nessa direção, não é de hoje que se preconiza um direito familiar composto por regulamentação mímina e promotor das liberdades individuais, sem espaços para imposição forçada de valores morais religiosos ou dominantes, em clara ofensa aos direitos das pessoas que não se enquadram em arranjos familiares tradicionais heterocisnormativos. O casamento como um sacramento, com viés religioso e de caráter institucional, cede lugar para uma relação conjugal secular e de feição contratual, espaço de realização pessoal de cada cônjuge.³

Cabe destacar que o ápice desse movimento que apregoa a redução do paternalismo estatal nas relações familiares encontra eco na contemporânea tendência da contratualização das relações fa-

3 Cf. BORRILLO, Daniel. *La famille par contrat: la construction politique de l'alliance et de la parenté*. Paris: PUF, 2018, p. 33-55.

miliares⁴. É bem verdade que o domínio do direito de família sempre foi avesso aos ajustes contratuais com propósito de autorregular a vida em comum. Nessa linha, o confinamento da liberdade familiar se inicia no momento de celebração do casamento. Embora a vontade dos nubentes seja soberana, a ponto de a Lei Civil se esmerar em dispositivos específicos para resguardo de sua livre manifestação, sem vícios ou coação (CC, arts. 1.534 e 1.535), pouco espaço lhe sobra depois de realizado o casamento. Basta lembrar que a vontade soberana para criar o vínculo não era suficiente para dissolvê-lo, até o advento da Lei do Divórcio em 1977, ou ainda em razão do sistema dual mantido posteriormente baseado nos institutos da separação e do divórcio, manteve-se pleno o controle estatal, que somente efetivamente chegou ao fim com a Emenda Constitucional n. 66/2010, que constitui um marco inegável de afirmação da autonomia privada nas relações conjugais, permita-se a insistência.

A liberdade dos nubentes, desde o Código Civil de 1916 até o vigente, também encontrava espaço quanto à livre escolha do regime de bens, ou seja, do estatuto patrimonial aplicável à sociedade conjugal após o casamento⁵. Na codificação anterior, essa liberdade era restrita à fase pré-nupcial, uma vez que o regime adotado era imutável⁶. O Código Civil em vigor permite a alteração do regime de bens de acordo com § 2º do art. 1.639, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, desde que não haja prejuízos aos direitos de terceiro. Apesar do avanço, a necessidade de submeter a vontade dos cônjuges à prévia apuração das razões pelo juiz competente não encontra respaldo na linha de promoção da autonomia conjugal.

A rigor, portanto, os nubentes podem escolher, em princípio, o regime que lhes convenha, não estando sequer subordinados aos regimes típicos previstos no Código Civil, uma vez que é lícito combiná-los, formando um regime misto, desde que respeitadas as

normas de ordem pública. Caso não exerçam essa faculdade, prevalecerá o regime supletivo previsto no Código Civil (art. 1.640).

Caso a escolha seja diversa do regime supletivo, os nubentes devem estabelecer um pacto antenupcial no qual estipulem o regime que escolherem. Nesse sentido, o pacto antenupcial é facultativo, embora necessário caso os nubentes decidam adotar regime de bens diverso do legal⁷. Dentro dessa concepção, tinham-se por "intangíveis" as cláusulas estipuladas, eis que conservar-se-ia a "disposição originária até a dissolução da sociedade conjugal"⁸. Além disso, os pactos antenupciais, fortemente solenes, sempre tiveram um escopo bastante reduzido, uma vez que, tradicionalmente, se compreendia que somente comportaria "cláusulas relativas a relações patrimoniais. Não se admitem estipulações a respeito de relações pessoais dos cônjuges, nem mesmo as de caráter patrimonial que não digam respeito exclusivamente ao regime de bens".⁹

A partir do poder de escolha dos nubentes, agora inserida em novo cenário, o pacto antenupcial assume o importante papel de instrumento para exercício da autonomia dos nubentes, com abrangência renovada de seu conteúdo. Sob essa perspectiva investiga-se no presente trabalho se (e quais) os remédios obrigacionais são admissíveis ou aplicáveis em hipótese de inadimplemento do referido ajuste, em particular o cabimento ou não da instituição de cláusula penal. A questão cresce em complexidade uma vez que as disposições contidas no pacto, não raras vezes, atingem na contemporaneidade a própria autodeterminação existencial dos cônjuges, ainda que com efeitos puramente econômicos. Através de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, procura-se aqui contribuir, ainda que de modo breve, para o melhor aproveitamento pelos nubentes desse tradicional instituto.

1. Famílias contratualizadas e estatuto jurídico conjugal

O direito de família brasileiro forjou-se a partir de construção tipicamente voltada às normas de ordem imperativa, com forte in-

4 *Id. Ibid.*, p. 87-95.

5 Código Civil de 2002: "Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprovarem. § 1º O regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento".

6 Código Civil de 1916: "Art. 230. O regimen (sic) dos bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento, e é irrevogável".

7 GOMES, Orlando. *Direito de família*. 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 170.

8 *Id. Ibid.*, p. 170.

9 *Id. Ibid.*, p. 170.

tervenção estatal nas relações familiares, especialmente com o fim de promover a paz doméstica da instituição familiar. Orlando Gomes já observava que especialmente no âmbito familiar o texto codificado absorveu "certos princípios morais, emprestando-lhes conteúdo jurídico". A frieza das disposições legais portuguesas foi abrandada pela "sentimentalidade nacional" que temperou a normativa familiar brasileira ao gosto dos valores morais locais. Nesse diapasão, afirma-se que na elaboração do Código Civil de 1916 "jamais se ausenta aquele privatismo doméstico que tem marcada influência na organização social do Brasil".¹⁰

O viés conservador da disciplina das relações familiares descortina a preocupação do Estado com a manutenção do círculo familiar, marcadamente patriarcal e matrimonializada, o que, por sua vez, revela a consagração da "posição privilegiada do homem na sociedade conjugal"¹¹. A indissolubilidade do casamento constitui traço simbólico dos esforços em conservar a instituição da família. A manutenção do casamento como única via de constituição da família foi paulatinamente sendo minada, sobretudo, com o crescimento das uniões informais e seu reconhecimento em sede pretoriana, em importante movimento de distinção entre os chamados concubinatos puro e impuro. Após longo percurso, finalmente a Constituição de 1988 reconheceu as uniões estáveis como entidades familiares, bem como as famílias monoparentais.¹²

A partir de sua concepção instrumental, os arranjos familiares constituem o grupo social intermédio hábil a proporcionar o desenvolvimento da personalidade dos seus integrantes. A família vivencia atualmente um processo de democratização que compreende a busca pelo ideal da igualdade e da liberdade em seu interior com a diminuição do discurso autoritário e a valorização da socioafetividade. A entidade familiar volta-se, portanto, para a realização e desenvolvimento da personalidade de seus membros. Concebe-se,

¹⁰ GOMES, Orlando. *Raias sociológicas do Código Civil brasileiro*. 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 14.

¹¹ Id. *Ibid.*, p. 15.

¹² Cf. BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. Família após a Constituição de 1988: Transformações, sentidos e fins. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CORTIANO JÚNIOR, Eroulths (Orgs.). *Transformações no Direito Privado nos 30 anos da Constituição: estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin*. Belo Horizonte, MG: Fórum, 2019, p. 609-624.

desse modo, a família-instrumento ou a família-serviente que é exatamente a sua vocação como grupo intermediário responsável a proporcionar um ambiente favorável às necessidades existenciais de cada um e de todos, com base no relacionamento respeitoso, cooperativo e solidário.

Diante desse cenário, clama-se, portanto, por um espaço de liberdade maior para as pessoas que desejam constituir seus arranjos familiares, bem como organizar sua vida patrimonial em comum e questões existenciais. Na medida em que as escolhas existenciais ganham cada vez mais importância na construção da subjetividade, o direito das famílias caminha no sentido de admitir que "são válidas as mais diversas manifestações que projetam a autonomia privada nas escolhas familiares, pois são as preferências mais íntimas que podem potencializar a realização da humanidade de cada um"¹³. Tal movimento acena rumo à chamada "privatização" da família¹⁴, na medida em que a intervenção legislativa deve ser indissociável de uma legítima proteção dos vulneráveis no ambiente familiar e não voltada para impor um modelo de vida conjugal ou familiar, eis o texto constitucional acolhe a pluralidade dos diversos projetos de vida autorreferentes, desde que não viole legítimos interesses de terceiros.

Cabe mencionar que a ordem pública que chancelava a forte interferência estatal sofreu profundas transformações a partir da axiologia democraticamente eleita pelo constituinte guiada pelo valor nuclear da dignidade da pessoa humana. Desse modo, a or-

¹³ BODIN DE MORAES, Maria Celina; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Contratos no ambiente familiar. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *Contratos, famílias e sucessões: diálogos interdisciplinares*. Indaiatuba, SP: Foco, 2019.

¹⁴ V., por todos, BODIN DE MORAES, Maria Celina; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Op. cit., passim*; MULTEDO, Renata Vilela; BODIN DE MORAES, Maria Celina. A privatização do casamento. In: *Civilística.com - Revista Eletrônica de Direito Civil*, v. 5, p. 1-21, 2016. Em alusão ao chamado "direito penal mínimo", que defende uma menor intervenção do direito penal, ganha espaço na área do direito das famílias o movimento a que se denomina "direito mínimo das famílias". Por todos, cf. ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *O direito de família mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no campo do direito de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, *passim*.

dem pública "pode ser redefinida a partir do interesse do ordenamento na tutela e desenvolvimento da personalidade"¹⁵. A partir de tal reformulação, o próprio Código Civil ao estabelecer, no art. 1.511, que o casamento constitui comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges, permite "a esses construir esse conceito de acordo com a arquitetura familiar e pessoal que têm para si, ou seja, não cabe ao Estado definir as regras principais do casamento – e, por via de consequência, da união estável". Por sua vez, o art. 1.513, na linha da parte final do art. 226, § 7º, da Constituição, proíbe a qualquer pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, interferir no seio familiar.

Cabe destacar que a intervenção do Estado nas relações conjugais foi reduzida nos últimos anos, sobretudo com o movimento de desjudicialização, que reforça a autonomia privada das partes, eis que a decisão pela desconstituição do vínculo conjugal cabe somente aos envolvidos. A Lei n. 11.441/2007 deu início a esse processo de menor intervenção estatal ao prever a possibilidade de separação e divórcio consensuais por meio de escritura pública, diretamente no cartório de notas, desde que não tenham filhos menores ou incapazes e que estejam assistidos por advogados¹⁶. Atualmente, com a entrada em vigor do vigente Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015), o art. 733 permanece com a possibilidade de divórcio, separação e extinção da união estável consensuais através de escritura pública, desde que não haja nascituro¹⁷ ou filhos incapazes e observados os requisitos legais.

Com a Emenda Constitucional n. 66, que entrou em vigor em 13 de julho de 2010, foram suprimidos os requisitos temporais para a concessão do divórcio, abolindo, em definitivo, a diferenciação entre divórcio direto e por conversão, o que limitava a autono-

15 BODIN DE MORAES, Maria Celina; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Op. cit.*, p. 2.

16 A matéria foi regulamentada por meio da Resolução n. 35, de 24 de abril de 2007, do Conselho Nacional de Justiça.

17 A Resolução n. 220, de 26 de abril de 2016, do CNJ incluiu o parágrafo único ao art. 34 da Resolução m. 35/2007 e estabeleceu que o procedimento administrativo não pode ser realizado se a esposa estiver grávida. *In verbis:* As partes devem, ainda, declarar ao tabelião, na mesma ocasião, que o cônjuge virágio não se encontra em estado gravídico, ou ao menos, que não tenha conhecimento sobre esta condição¹⁸.

mia privada na medida em que forçava o casal a permanecer separado judicialmente ou de fato antes de se divorciar. Diante da inequívoca protetividade do divórcio, doutrina autorizada o entende como "instrumento da autonomia privada para pôr fim ao casamento", sendo obtido mediante requerimento de um ou de ambos os cônjuges, o que denota "bem-vinda redução da intervenção do Estado na intimidade conjugal".¹⁹

Nessa toada, o direito das famílias contemporâneo é desafiado a desapegar-se de sua índole publicista e imperativa, na medida em que baseado na pretensão de um modelo de família fundado no casamento e promotor da " paz doméstica ", e deve direcionar-se para um espaço de maior liberdade não somente nos arranjos familiares, mas igualmente no gerenciamento da vida econômica em comum e dos aspectos extrapatrimoniais da comunidade familiar, ressalvada a proteção dos direitos dos vulneráveis. Tal movimento denominado de contratualização das relações familiares responde aos anseios de mínima intervenção estatal preconizado pela Constituição de 1988 e projetado no Código Civil, mas que ainda convive com uma regulamentação bastante invasiva na constituição, desenvolvimento e dissolução dos vínculos familiares.¹⁹

Segundo Daniel Borrillo, a "contratualização dos vínculos familiares permite deixar nas mãos dos principais interessados a organização da sua própria comunidade de vida, sem necessidade de se remeter a um suposto modelo natural". Nessa linha, observa-se que "é no nível patrimonial que se tem realizado a maior parte do processo de contratualização", muito embora, suas implicações sejam observadas "tanto em nível do casal quanto da filiação nos âmbitos patrimonial e extrapatrimonial".²⁰

Nessa linha, a contratualização significa dar proeminência à vontade das partes conjugais e implica regredir à ordem pública a um espaço de respeito à reserva de intimidade. Por isso, segundo Daniel Borrillo, "parece indubiatível que é no plano horizontal, ou

18 BODIN DE MORAES, Maria Celina; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Op. cit.*, p. 6.

19 V. BORRILLO, Daniel. *La famille par contrat*, cit., *passim*.

20 BORRILLO, Daniel. A contratualização dos vínculos familiares: casais sem gênero e filiação unisexuada. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 43, n. 140, jun., 2016, p. 375; 393-394.

seja, do casal, que o casamento não pode mais ser considerado uma instituição e que deve inscrever-se definitivamente no domínio privado”, o que permite aproximar o casamento mais de um contrato do que de uma instituição.²¹

Na linha de não interferência do Poder Judiciário em relações tão íntimas, discute-se o alcance da autorregulação das partes na convivência conjugal, na esfera patrimonial ou extrapatrimonial, desde que em zonas sujeitas à negocciabilidade, em franca contratualização das relações conjugais. Por outro lado, nas relações parentais, é necessário cautela em relação à desjudicialização quanto à contratualização, eis que envolve direitos indisponíveis de crianças e adolescentes e seus interesses prioritários devem ser resguardados.

A luz do direito brasileiro, a autonomia dos cônjuges na autorregulamentação da vida em comum encontra nos pactos antenupciais instrumento adequado para a disposição de cláusulas a respeito da organização econômica e de aspectos relacionados à própria intimidade do casal, desde que não interfira na liberdade de escolha existencial do consorte. Não há óbice, portanto, dos cônjuges ou companheiros pactuarem as regras que regerão sua relação conjugal, ou mesmo virem a recombinarem no curso do casamento. As famílias conjugais contratualizadas reforçam a autonomia dos sujeitos que querem manter uma vida em comum e construir as próprias regras para uma relação amorosa bem-sucedida e de acordo com seus próprios valores. Por óbvio, tais disposições encontram limites no marco da legalidade constitucional, em especial diante da estrutura e função dos pactos antenupciais, como se verá a seguir.

2. Contornos jurídicos dos pactos antenupciais

Ao disciplinar o Direito de Família, o vigente Código Civil distingue com nitidez o denominado “direito pessoal” e o “direito patrimonial”. Esta divisão tradicional já existia de certo modo no Código Civil de 1916, com outra capitulação e sem a dimensão que

²¹ BORRILLO, Daniel. *La famille par contrat*, cit., p. 88 (tradução nossa). No original: “[...] il semble indubitable que c'est au niveau horizontal, c'est-à-dire celui du couple, que le mariage ne peut plus être considéré comme une institution et qu'il doit s'inscrire définitivement dans le domaine privé”.

alcança a lei atual, que reconhece que “direitos e situações subjetivas existenciais e patrimoniais devem ser tratados de forma qualitativamente diferenciada”²². As relações familiares patrimoniais, agora como antes, se centram no regime de bens e nos alimentos.

No que tange ao regime de bens, o pacto antenupcial é, à vista da Lei Civil, a convenção pela qual os nubentes, antes de celebrado o casamento, estipulam, quanto aos seus bens, o que lhes aprover (CC, art. 1.639). Mantém-se, assim, os princípios da “variedade de regimes matrimoniais” e da “liberdade das convenções matrimoniais”, que orientavam a Lei Civil de 1916. Como esclarece Pontes de Miranda, tais princípios indicavam que a imposição de um regime pelo Código Civil se dava por exceção e que os nubentes eram livres para não apenas escolher um dos regimes previstos na lei, “como também modifica-los, combiná-los ou, até, adotar-se o de outro direito ou algum regime que tenha sido criado por alguém, em livro, artigo, ou folheto de propaganda”.²³

De acordo com Silvio Rodrigues, o pacto antenupcial é “contrato solene, realizado antes do casamento, por meio do qual as partes dispõem sobre o regime de bens que vigorará entre elas, durante o matrimônio”²⁴. Segundo Paulo Luiz Netto Lobo, “o pacto antenupcial é o negócio jurídico bilateral de direito de família mediante o qual os nubentes têm autonomia para estruturarem, antes do casamento, o regime de bens distinto da comunhão parcial”.²⁵

No que tange à natureza jurídica²⁶ desse instrumento, Pontes de Miranda se refere ao pacto antenupcial como “ato” de direito de família, o qual, como todos os demais atos dessa natureza, nem

²² TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Célia na Bodin. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. v. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 257.

²³ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 4 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 226.

²⁴ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*. v. VI. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 173.

²⁵ LOBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil comentado*. v. XVI. Coord. Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2003, p. 270.

²⁶ Cf. IANNOTTI, Carolina de Castro. Natureza jurídica do pacto antenupcial e do casamento no direito brasileiro. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *Contratos, famílias e sucessões: diálogos interdisciplinares*. Indaiatuba, SP: Foco, 2019.

sempre se submetem as regras da parte geral do Código Civil²⁷. É negócio jurídico sob condição suspensiva da realização do casamento, mas não admite termo, uma vez que sua vigência está vinculada à existência a sociedade conjugal, que se inicia com a celebração do casamento (CC, art. 1.639, §1º) e se extingue com a dissolução da sociedade conjugal (CC, art. 1.571 c/c 1.576).

Considerada a sua finalidade precípua de estabelecer o regime de bens adotado pelos nubentes, vale dizer, o estatuto patrimonial do casamento, há quem afirme a natureza contratual do pacto antenupcial²⁸. Contudo, esclarece Pontes de Miranda:

[...] o pacto é figura que fica entre o contrato de direito das obrigações, isto é, o contrato de sociedade, e o casamento mesmo, como irradiador de efeitos. Não se assimila, porém, a qualquer deles: não é simplesmente de comunhão, de administração, ou do que quer que se convencione; nem ato constitutivo de sociedade, nem pré-casamento, ou, sequer, parte do casamento.²⁹

Observe-se que, embora seja instrumento para exercício da autonomia dos nubentes, esta não é absoluta, visto que além das regras gerais e específicas de validade dos negócios jurídicos, as partes não podem alterá-lo sem intervenção judicial (art. 1.639, § 2º, CC), nem dissolvê-lo sem a dissolução da sociedade conjugal pelos meios legalmente admissíveis, como destaca Rolf Madaleno³⁰. Além dessas restrições devem ser examinadas as que dizem respeito ao objeto do pacto.

O conteúdo patrimonial é ínsito ao pacto antenupcial, o que possibilita haver variedade de disposições, além da indicação do regime de bens adotado, tais como: doações antenupciais, o estabelecimento da incomunicabilidade de determinados bens, a discriminação ou inventário dos bens com que cada nubente entrará no patrimônio comum após o casamento³¹. Merece destaque os "ele-

mentos estranhos" mencionados por Pontes de Miranda, que devem ser separados do pacto, ao qual se aplica o "princípio da divisiabilidade", permitindo a incidência de vícios parciais, que não contaminam a totalidade do negócio jurídico. Conforme o autor, os "elementos estranhos" regem-se pela lei respectiva. Em consequência, se escolhido o regime de separação absoluta de bens for também pactuada a promessa de venda de imóvel pertencente a um dos nubentes ao outro por preço acordado, para que nele resida o casal, "tal promessa de venda é condicionada ao casamento, porém regida pelo direito das obrigações".³²

Os "elementos estranhos", sujeitos a regras próprias que não são do pacto antenupcial, podem ser de direito de família. Assim sendo, o reconhecimento de filho feito no pacto, por ser ato não sujeito a condição, termo ou à revogabilidade, terá validade ainda que o casamento não se realize, vale dizer: o pacto será ineficaz, mas o reconhecimento permanecerá.

Interessantes questões surgem sobre cláusulas contrárias aos bons costumes, como refere Pontes de Miranda³³. Algumas delas, principalmente após a Constituição da República de 1988, dizem respeito a direitos da personalidade e, por conseguinte, não são admissíveis e se existentes serão ineficazes³⁴. Servem de exemplo as cláusulas: de doação, sob a condição de não se recasar o outro cônjuge (condição de viduidade); de proibição da continuidade do uso do sobrenome do outro cônjuge em caso de divórcio ou viuvez; renúncia ao direito de pedir o divórcio; vedação ou exigência da autorização para trabalho. Somem-se a essas todas as que afrontem disposições constitucionais, como as relativas à plena igualdade e solidariedade entre os cônjuges, bem como as que estabelecem deveres em relação aos filhos. O mesmo deve ser dito em relação às cláusulas que contrariem disposições legais, como a ordem de vacação hereditária e o dever de prestar alimentos.

Merce destaque a vedação de cláusulas que digam respeito a direito dos filhos, como exoneração do dever de prestar alimentos,

27 MIRANDA, Pontes de. *Op. cit.*, p. 230.

28 Nesse sentido: TARTUCE, Flavio. *Direito civil: direito de família*. v. 5. 14 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.174.

29 MIRANDA, Pontes de. *Op. cit.*, p. 229.

30 MADALENO, Rolf. *Direito de família*. 8 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 739.

31 MIRANDA, Pontes de. *Op. cit.*, p. 229.

32 *Id. Ibid.*, p. 230.

33 *Id. Ibid.*, p. 231.

34 Não será feita a análise da exata qualificação da ineficácia em cada caso, isto é, se o caso é de invalidade ou de cláusula não-escrita escapar aos estreitos limites deste trabalho.

de manter a convivência familiar, de guarda exclusiva ou de limitação do poder familiar, enfim de qualquer dos deveres que afete direitos de titularidade dos filhos, portanto, não sujeitos à disponibilidade pelos pais.

Na verdade, como já assinalou a doutrina, grande é a discussão acerca do conteúdo do pacto antenupcial. Defendem respeitados autores que as estipulações devem ser estritamente de natureza patrimonial³⁵. Em sentido contrário, são apresentadas fundadas razões para a admissão de estipulações de natureza existencial³⁶, que encontram amparo constitucional, cabendo citar o entendimento de Gustavo Tepedino:

De fato, não se verifica, como linha de princípio, impedimento para que se reputem 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 [...] Mas, no que tange às formas de vida a dois, especialmente quanto à fidelidade e à coabitacão, há de se examinar, caso a caso, a seriedade do pacto, de modo que, caso não violente a dignidade da pessoa humana e o Princípio da Isonomia, não parece haver, *a priori*, óbice na ordem pública para a sua admissão.³⁷

Merce transcrição o igual posicionamento de Ana Carolina Brochado Teixeira e Carlos Nelson Konder:

[...] no âmbito do Estado Democrático de Direito, em que se renova o conceito de ordem pública de modo a atrelá-lo à realização

35 Nesse sentido: MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito de família*. 37. ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 193; DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 12. ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 1209.

36 Cf., por todos, TEPEDINO, Gustavo. Contratos em direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDCIVIL, 2015, p. 477-480; MATOS, Ana Carla Harmatiuk; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Disposições patrimoniais e existenciais no pacto antenupcial. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. *Direito Civil, Constituição e unidade do sistema: Anais do Congresso de Direito Civil Constitucional – V Congresso do IBDCivil*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 240-244.

37 TEPEDINO, Gustavo. Controvérsias sobre regime de bens. In: *Revista dos Advogados*, n. 98, AASP, jul., 2008, p. 119.

da dignidade humana, vem sendo discutida a possibilidade de o próprio casal construir a 'ordem pública familiar', de acordo com o que para eles, são os valores mais importantes para uma relação amorosa bem-sucedida. Isso se dá a partir da viabilidade de os cônjuges ou companheiros pactuarem — e recombinarem no curso do casamento — as regras que regerão sua relação conjugal, independentemente de coincidirem ou não com as disposições legais. O pacto antenupcial, portanto, é um bom exemplo de uma situação jurídica patrimonial que pode ter também função existencial.³⁸

Nessa linha, as disposições de natureza extrapatrimonial não devem mais ser consideradas "elementos estranhos", não apenas porque sempre existiram, ainda que com menor frequência, mas principalmente por estarem compreendidas na "ordem pública familiar" referida acima, espaço em que se constrói a privacidade familiar, a qual não deve ser regulamentada pelo legislador, salvo em nome e para preservação da dignidade humana e dos demais mandamentos constitucionais. Observe-se que esse entendimento se encontra em plena harmonia com os princípios constitucionais voltados para a proteção da pessoa humana. A nova ordem constitucional não mais comporta controles estritos da vida familiar existentes no passado, que chegavam à vigilância da vida sexual do casal e à verificação do então denominado "débito conjugal". Trata-se, sem dúvida, de situação sobre a qual não cabe juízo de valor, por ser datada, isto é, que ficou e deve permanecer vinculada ao seu tempo, distante do presente.

Não se deve preterir, todavia, a advertência feita por Gustavo Tepedino, acima mencionada, no sentido de se apurar cuidadosamente as cláusulas pactuadas para que não haja afronta à dignidade da pessoa humana e ao princípio da isonomia. Há de haver extrema cautela, pois os limites entre o exercício de um direito e o conveniente ou mesmo constrangimento para que determinada situação seja aceita são muito tênues. Eventual questionamento quanto

38 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. KONDER, Carlos Nelson. Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (orgs.) *Diálogos sobre Direito Civil*. v. 3. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 16.

à admissibilidade de cláusulas dessa natureza deve ser analisado sempre à luz dos ditames constitucionais.

3. Inadimplemento dos pactos antenupciais e limites da cláusula penal

As considerações a serem tecidas sobre a inexecução dos pactos antenupciais requerem, de início, que estes sejam examinados em sua concepção mais recente, que admite a inserção de disposições de natureza extrapatrimonial, nos termos acima expostos.

A natureza jurídica do pacto antenupcial foi feita acima, ainda que de modo breve. Há, porém, outros aspectos a serem considerados. A qualificação das situações jurídicas é de todo importante para a identificação do regime jurídico que lhes é aplicável. Contudo, como esclarecem Ana Carolina Brochado Teixeira e Carlos Nelson Konder a análise das situações jurídicas subjetivas é complexa e pode ser realizada sob diferentes aspectos ou "perfis" adotados pela ótica do exame. Assim, há o perfil: do efeito, do interesse, dinâmico, do exercício, normativo ou regulamentar e funcional, "o mais importante" para a qualificação, pois se trata do papel desempenhado pela situação no âmbito das relações sociojurídicas.³⁹

De acordo com os citados autores, há hipóteses em que, embora presente ambos os tipos de situação jurídica, há nítida predominância de uma sobre a outra, quando se analisa o objeto ou interesse ali presente, e que justifica a situação, como ocorre "nas situações existenciais com repercuções patrimoniais ou situações patrimoniais com repercuções existenciais"⁴⁰. A dificuldade de classificação acontece, ainda segundo os mesmos autores, "quando o interesse, fundamento justificativo da situação, envolve dois aspectos com graus similares de intensidade"⁴¹, visto que, como ensina Pietro Perlingieri, "algumas situações patrimoniais são instrumentos para a realização de interesses existenciais ou pessoais".⁴² Ana

39 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. *Op. cit.*, p. 139.

40 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. *Op. cit.*, p. 142.

41 *Id. Ibid.*, p. 142.

42 PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, t. II, 3 ed., Napoli: ESI, 2006, p. 631.

Carolina Brochado Teixeira e Carlos Nelson Konder preconizam que a análise do perfil funcional da situação é a mais relevante e o melhor critério para fazer a distinção quanto ao tipo de situação e assim definir a normativa aplicável. Destacam também que "funcionalizar um instituto é descobrir sob qual finalidade ele serve melhor para o cumprimento dos objetivos constitucionais, qual seja, a tutela da pessoa humana na perspectiva não apenas individual, mas também solidarista e relacional. Por isso, descobrir a função de um instituto é mais importante do que investigar seus aspectos estruturais".

Nessa linha, nos casos de situações dúplices, assim entendidas aquelas que envolvem interesses patrimoniais e existenciais ou pessoais com o mesmo grau de intensidade, será necessário analisar o perfil funcional da situação subjetiva para identificar sua finalidade precípua, isto é, que melhor atendem os objetivos constitucionais, como acima mencionado.

A possibilidade de inserção de cláusulas de natureza não patrimonial nos pactos antenupciais os inclui no rol das situações jurídicas dúplices, eis que também presentes situações patrimoniais com igual grau de intensidade. Ainda que haja menor número de disposições de natureza existencial, não seria razoável afirmar que há predominância de situações patrimoniais, uma vez que é nítido desempenharem ambas indiscutível papel na realização de interesses dos nubentes na consecução de uma vida boa em comum durante o casamento.

Lembre-se, por oportuno, que a eventual invalidade de alguma cláusula de natureza existencial não contaminará as demais, em virtude da divisibilidade dos pactos antes mencionada.

As disposições de natureza patrimonial admissíveis no pacto podem configurar obrigações de diferentes naturezas assumidas por um cônjuge, por ambos ou reciprocamente. Em princípio, uma vez não cumprido o pactuado e estando o pacto em vigor, ocorre o inadimplemento da obrigação, tradicionalmente definido como inexecução da prestação, isto é, que esta não foi realizada tal como era devida.⁴³ É indispensável que a compreensão do inadimplemento do pacto antenupcial, em sua nova concepção, se dê à luz da

43 SCHREIBER, Anderson. TEPEDINO, Gustavo (org.). *Obrigações. Fundamentos do Direito Civil*, v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 315.

releitura funcionalizada do instituto e da substituição do tradicional vínculo de submissão do devedor ao credor, que sempre caracterizou a obrigação, pelo conceito de relação obrigacional, que abrange o conjunto de "direitos e deveres recíprocos, dirigidos a um escopo comum".⁴⁴

Há duas espécies de inadimplemento: (a) o absoluto que se verifica quando a obrigação deixa de ser cumprida pelo devedor em definitivo, por impossibilidade de seu cumprimento, em razão de culpa do devedor, ou embora possível de ser cumprida não tem mais utilidade para o credor; e (b) o relativo ou mora, que ocorre quando o devedor não cumpre a obrigação ou o credor não quer recebê-la no tempo, lugar e forma estabelecidos na convenção ou em lei (CC, art. 394).⁴⁵⁻⁴⁶

A cláusula penal, originária do direito romano, tinha natureza de pena, uma punição para aquele que não cumpria a obrigação assumida, não tendo caráter indenizatório que adquiriu e permanece até a atualidade.⁴⁷ Já foi entendida como promessa de prestação de pena, "para estimular o devedor ao adimplemento do contrato", mas sempre se lhe reconheceu a função de "assentar a indenizabilidade de danos no caso de não ser pecuniária ou ser de difícil avaliação a prestação prometida".⁴⁸

Segundo a doutrina, a cláusula penal é "um pacto acessório, em que se estipulam penas ou multas, contra aquele que deixar de cumprir o ato ou a fato a que se obrigou, ou apenas o retardar"⁴⁹ ou, em concepção atual, "a obrigação acessória e que as partes definem determinada consequência para o inadimplemento absoluto ou relativo da obrigação".⁵⁰ Em seus contornos atuais, possui dupla fun-

44 *Id. Ibid.*, p. 315.

45 *Id. Ibid.*, p. 318.

46 Maiores considerações acerca deste giro conceitual, não obstante sua importância, escapam dos estreitos limites deste estudo, que tem por objeto tecer considerações sobre a cláusula penal nos pactos antenupciais.

47 TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. v. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 748.

48 MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. t. XXVI, 3 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 231.

49 BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. v. IV. 11 ed., São Paulo: Paulo de Azevedo, 1958, p. 52.

50 SCHREIBER, Anderson; TEPEDINO, Gustavo (org.). *Op. cit.*, p. 385.

ção: pré-estipular as perdas e danos em caso de inadimplemento e reforçar o vínculo obrigacional, para compelir o devedor a dar pleno e exato cumprimento ao contratado.⁵¹

Conforme art. 409 do Código Civil, a cláusula penal estipulada conjuntamente com a obrigação, ou em ato posterior, pode referir-se à inexecução completa da obrigação, à de alguma cláusula especial ou simplesmente à mora. Classificam-se, assim, a cláusulas penais em dois tipos: (a) compensatória, para a hipótese de inadimplemento absoluto; (b) moratória, para o caso de inadimplemento relativo. Nos termos do art. 408 do Código Civil, incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que, culposamente, deixe de cumprir a obrigação ou se constitua em mora. Como destaca Anderson Schreiber, a cláusula penal somente tem aplicabilidade nos casos em que o inadimplemento decorre de fato imputável ao devedor, sendo elemento essencial à mora (CC, art. 396) e a responsabilização em caso de inadimplemento absoluto (CC, art. 393).⁵²

Delineada em termos gerais a cláusula penal, cabe verificar se é cabível sua inserção no pacto antenupcial. À primeira vista a natureza patrimonial do pacto pode induzir a sua admissibilidade, mas a questão não é simples. Os pactos antenupciais em geral são feitos para a escolha do regime de bens, sendo esta sua função precípua. Se a este fim se restringe o pacto, não parece ter cabimento uma cláusula penal, porque não haver possibilidade de inadimplemento. Nesse plano pode-se indagar se seria admissível a renúncia antecipada de ambos os nubentes à faculdade de alteração do regime de bens, prevista no art. 1.639, § 2º, do Código Civil. Considerando que se trata de disposição de natureza patrimonial, tal estipulação pareceria admissível. Contudo, não se trata a rigor de uma relação obrigacional, mas de uma renúncia conjunta que ambos posteriormente podem rever, uma vez que não há possibilidade de alteração do regime de bens se não for requerida por ambos os cônjuges, como se vê do disposto no art. 1.639, § 2º: "É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das

51 TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. *Op. cit.*, p. 750.

52 SCHREIBER, Anderson; TEPEDINO, Gustavo (org.). *Op. cit.*, p. 385.

razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros". Se não há relação obrigacional, não se pode cogitar de inadimplemento e cláusula penal.

Como acima indicado, o art. 409 do Código Civil admite que a cláusula penal seja estipulada conjuntamente com a obrigação, ou em ato posterior, podendo referir-se à inexecução completa da obrigação, à de alguma cláusula especial ou simplesmente à mora. O artigo apresenta aspectos que devem ser verificados em separado, quando se trata de pacto antenupcial.

A estipulação de cláusula penal em ato posterior ao pacto somente parece admissível se disser respeito a algum dos "elementos estranhos" acima referidos, de natureza patrimonial, ou seja, a algum negócio, como uma promessa de compra e venda citada, em razão do princípio da divisibilidade. Em regra, o pacto antenupcial não deve admitir alterações posteriores. No que tange ao objetivo da cláusula, isto é, se diz respeito ao inadimplemento absoluto, a alguma cláusula especial ou à mora, o mesmo pode ser dito: somente é cabível em se tratando de negócios patrimoniais que não estejam vinculados de qualquer modo à vida conjugal.

A verificação do último requisito acima apontado assume feição geral para se aferir a admissibilidade da cláusula penal ainda que referentes a disposições de natureza patrimonial. Não seria razoável (ou saudável) para a vida conjugal à aplicação de " pena", por inadimplemento absoluto ou mora, ao cônjuge que deixasse, por exemplo, de adquirir uma casa nova ou maior para o casal, no prazo estipulado no pacto. Por outro lado, como assinalado, a cláusula penal somente tem aplicabilidade em face da culpa do devedor. A aferição de culpa, isto é, de fato imputável ao "devedor", de há muito foi afastada das relações conjugais, nada autorizando o seu retorno. Além disso, a solidariedade familiar, de ordem constitucional, não deve igual ser preterida.

Se restrita, como se constata, é a possibilidade de inserção de cláusula penal, referente a relações patrimoniais, no pacto antenupcial, maiores (e crescentes) são as dificuldades quando se trata de cláusulas atinentes a situações não patrimoniais, notadamente as de natureza existencial, as quais não são compatíveis, em regra, com a ideia de mora ou mesmo de inadimplemento absoluto. Admissível é, todavia, em tese se estipular uma cláusula penal indenizatória para o descumprimento de obrigações assumidas no pacto

relativas à vida conjugal, em seu aspecto existencial, impondo-se, porém, o cuidadoso exame de cada caso, como de início ressaltado.

Cabe observar que várias situações existenciais da vida conjugal constituem deveres dos cônjuges previstos no Código Civil, como a fidelidade recíproca, a vida em comum no domicílio conjugal, o respeito e consideração mútuos (CC, art. 1.566), tradicionalmente considerados normas de ordem pública, como a maioria das regras de direito de família, mas que em verdade integram a esfera de privacidade da família. Na perspectiva da contratualização crescente da família, esses deveres tornam-se passíveis de ajustes pré-nupciais, que incluem a pré-estipulação de indenização.

Nessa linha, outras disposições legais, como as referentes à direção da sociedade conjugal (CC, art. 1.567) e a que determina a solução judicial das divergências domésticas (CC, 1.567, par. único), cuja existência se justifica historicamente, por igual razão podem constar do pacto antenupcial, sendo possível em tese a inserção de cláusula penal, se presentes seus requisitos.

Nesse sentido, é bastante controvértida na doutrina a possibilidade de previsão em pacto antenupcial de cláusula que estabeleça indenização em função da dissolução da sociedade conjugal ou da violação dos deveres conjugais. Doutrina contemporânea advoga que "a rigor, não há óbice a sua previsão. Apesar de poder ser questionada sua moralidade, não há ilicitude"⁵³. Sustenta-se que a "inserção de cláusulas dessa natureza em pactos antenupciais e em contratos de convivência parece ter sido inspirado no *prenuptial agreements*, do direito americano, onde é bastante comum"⁵⁴. Mairan Gonçalves Maia Júnior defende que é aplicável ao pacto antenupcial o regime dos negócios jurídicos em geral, o que permitiria a previsão de cláusulas típicas como a cláusula penal, "desde que guardem conformidade com sua finalidade e observe o previsto no art. 1.655". Nessa linha, "tratar-se-ia de previsão indenizatória de natureza compensatória em razão de violação dos deveres conjugais

⁵³ MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. *A família e a questão patrimonial: planejamento patrimonial, regime de bens, pacto antenupcial, contrato patrimonial na união estável*. 3. ed., rev., atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 212.

⁵⁴ *Id. Ibid.*, p. 212.

e de quebra da promessa de comunhão de vida, feita quando do momento do matrimônio”⁵⁵.

Adverte a doutrina, no entanto, que tais estipulações subordinam-se ao controle jurisdicional, que deverá realizar o merecimento de tutela a fim de verificar eventual abusividade no pacto. Nesse sentido, Gustavo Tepedino leciona que “não parece persistir impedimento legal apriorístico para tal avença”, mas alerta que, à luz das circunstâncias do caso concreto, cabe verificar “o merecimento da tutela da avença, evitando-se evidentemente qualquer tipo de prefiguração da liberdade existencial ou a submissão dessa à remuneração pecuniária”.⁵⁶

Como se pode constatar, o pacto nupcial é um típico negócio jurídico de direito de família, que comporta situações jurídicas duplícias, mas a incidência dos regimes jurídicos patrimoniais e existenciais sofre restrições, como as que dizem respeito à cláusula penal.

4. Considerações finais

A ruptura da concepção de um casamento sacramental, patriarcal e institucional⁵⁷ revela o triunfo da privatização da vida conjugal, que consiste na primazia da vontade das partes, de maneira a ressignificar a ordem pública a partir da legalidade constitucional calcada na pluralidade e na laicidade, bem como oferecer alternativas aos cônjuges onde antes só havia mecanismos de adesão impostas por normas imperativas⁵⁸. A rigor, a família “não é um sujeito de direito”, ou seja, “não tem existência jurídica separada dos membros que a compõe”⁵⁹. Por isso, a necessidade de dar proeminência à autodeterminação dos integrantes da vida conjugal e, mais largamente, do fato familiar, eis que em jogo a liberdade e a dignidade dos indivíduos em busca da autorrealização e da felicidade.

55 *Id. Ibid.*, p. 212.

56 TEPEDINO, Gustavo. *Op. cit.*, p. 488-489.

57 “La contractualisation de la rupture met définitivement fin à la conception institutionnelle du mariage”. BORRILLO, Daniel. *La famille par contrat: la construction politique de l'alliance et de la parenté*. Paris: PUF, 2018, p. 75.

58 *Id. Ibid.*, p. 78.

59 *Id. Ibid.*, p. 76-77 (Tradução nossa).

Diante desse cenário, a liberdade de ruptura do vínculoconjugal, reconhecida no direito brasileiro com a EC n. 66/2010, e de negociação em caso de conflito, nos termos do art. 694 do Código de Processo Civil em vigor, descontina a gradual contratualização do contencioso familiar⁶⁰. No âmbito não-contencioso, amplia-se o conteúdo dos pactos antenupciais como instrumento contratuais aptos a definirem não somente os regimes de bens e as questões econômicas da vida conjugal, mas igualmente se permite que seja incluído no seu conteúdo disposições de cunho existencial. Ademais, discute-se ainda a possibilidade de alteração desses pactos durante a vigência do casamento, o que afrontaria a intangibilidade de outrora.

Diante da forte restrição do alcance dos pactos antenupciais, que eram voltados basicamente à escolha de regime de bens diverso do legalmente instituído, a questão da eventual inexecução de tais ajustes eram praticamente irrelevantes, eis que a observância do regime adotado aconteceria especialmente no momento da partilha de bens ou eventualmente na hipótese de outorga uxória para a disposição de determinados bens imóveis. No entanto, a atual compreensão de que os pactos antenupciais abrangem disposições patrimoniais que não relacionadas ao regime de bens e, sobretudo, questões existenciais desafiam a doutrina do direito das famílias em delimitar os efeitos de eventual descumprimento das cláusulas ajustadas e se os remédios obrigacionais patológicos disponíveis são aplicáveis, tais como a cláusula penal.

O fenômeno da contratualização da família impede ingerências externas na construção do estatuto conjugal, constituindo o pacto antenupcial importante instrumento de autodeterminação da vida privada. Nessa perspectiva, os deveres de fidelidade e coabitação são disponíveis, eis que no âmbito da liberdade existencial dos cônjuges, o que permite, inclusive, a estipulação de cláusula penal, desde que em filtro de merecimento de tutela não se verifique a vulnerabilidade acentuada de uma das partes e, logo, o aproveitamento abusivo hábil a tornar tal cláusula ineficaz.

60 *Id. Ibid.*, p. 75.