

15.2 PRINCÍPIOS GERAIS. REQUISITOS DO PACTO ANTENUPCIAL

O princípio da imutabilidade foi consagrado pelo Código napoleônico, do qual passou para a maioria das legislações ocidentais. Não mais vige, porém, na França, tendo desaparecido com a reforma do Código Civil de 1965. Admite-se, naquele país, a mudança do regime durante o casamento, por acordo dos cônjuges ou sentença judicial requerida a pedido de um deles, após a duração inicial do regime por dois anos.

Vimos que nosso mais recente Código se posicionou no mesmo sentido, permitindo a alteração do regime de bens, mediante autorização judicial requerida por ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvado o direito de terceiros. A atual lei não estabelece um prazo mínimo para possibilitar esse requerimento. Verificamos, portanto, tendência geral de modificação do princípio que entre nós era mantido como dogmático desde antes da promulgação do Código Civil de 1916.

Outro princípio do regime de bens já por nós acenado é a autonomia da vontade dos cônjuges. Os esposos têm a sua disposição supletivamente o regime da comunhão parcial na lei, não sendo obrigados a elaborar escritura antenupcial. No entanto, como vimos, têm ampla oportunidade de fazê-lo, adotando os demais regimes descritos pelo legislador ou combinando-os entre si. Os únicos obstáculos serão normas de ordem pública.

O projeto do Estatuto das Famílias extingue esse regime de separação obrigatória cujos resultados mostraram-se pífios.

15.2.1 Separação Obrigatória de Bens

Existem exceções a essa autonomia de escolha, como estudamos, em situações nas quais a lei impõe o regime da separação. Trata-se de regime obrigatório, imposto em determinadas condições, que não se confunde com o regime legal da comunhão parcial, supletivo da vontade dos interessados. Nesse sentido dispõe o atual diploma:

“Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

I – das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;

II – da pessoa maior de setenta anos (com a redação dada pela Lei nº 12.344, de 9 de dezembro de 2010);

*III – de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial”.*²

Quanto aos casamentos com infração às cláusulas suspensivas nos ocupamos anteriormente no Capítulo 4. O casamento de incapazes, sem autorização legal, é anulável. O mesmo ocorre no casamento dos que não atingiram a idade núbil. Persistindo o enlace, porém, o regime será o da separação.

Lembrando o último inciso desse dispositivo, o princípio geral é que, em todo casamento que necessite de autorização judicial, o regime será o da separação. Acendese a chama da suspeita para o legislador com relação a todos aqueles que necessitam de autorização judicial para se casarem. O legislador entende, por exemplo, que o menor que se casa com suprimento judicial da vontade de seus pais ou para furtarse à imposição de pena criminal necessita de maior proteção no curso do casamento. No entanto, o legislador, direcionado para uma posição essencialmente patrimonial, esbarra em nossa realidade social. Geralmente, os casamentos de pessoas

O regime legal da comunhão parcial atualmente vigente no sistema resulta da vontade tácita dos nubentes (art. 1.640). A escolha de regime diverso do legal, porém, deve ser formalizada por escritura pública antecedente ao casamento.

O Código de 2002 inova a respeito do regime legal, pois dispõe no parágrafo único do art. 1.640 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”.

Essa tomada de termo no tocante ao regime da comunhão parcial é redação nova. A intenção da lei foi tornar absolutamente claro aos nubentes as consequências do casamento, sem pacto antenupcial, pois, na grande maioria das vezes, os interessados não têm plena noção das consequências do regime de comunhão de aquestos, bem como dos demais. Com o alerta constante do termo no processo de habilitação, deverão ser esclarecidos a respeito pelo oficial do cartório. Essa norma completa a do art. 1.528 que enfatiza o dever de o oficial do registro esclarecer os nubentes a respeito dos diversos regimes de bens.

No sistema a ser introduzido pelo Estatuto das Famílias, bastará a declaração dos nubentes ao oficial do registro civil, podendo eles escolher qualquer dos regimes de bens estabelecidos no estatuto (art. 38, § 1º).

Com o casamento, o pacto escolhido entra em vigor. Vimos que no sistema de 1916 o regime não mais podia ser alterado, o que não mais ocorre com o atual Código. A escritura pública é necessária para a validade do ato, sendo nula a convenção que não obedecer a esse formalismo. Art. 1.653: *“É nulo o pacto antenupcial se não for feito por escritura pública, e*

ineficaz se não lhe seguir o casamento”.

Na escritura pública antenupcial, deverão estar presentes os cônjuges para assinála, podendo também participar terceiros, parentes ou não, que façam doações aos nubentes em razão do casamento a ser realizado. A legitimação para essa escritura não é idêntica àquela para os atos civis em geral, mas à legitimação matrimonial, identificandose seus requisitos com os exigidos para contrair matrimônio. Podem realizar pacto antenupcial os que podem casarse. Desse modo, os menores e interditos podem firmar pacto, necessitando de assistência dos respectivos pais, tutores e curadores. Caio Mário da Silva Pereira (1996:122), ressaltando a posição contrária majoritária, e a redação do presente Código, que é expresso a esse respeito, entendem que essa assistência não é necessária, porque se trata de interferência indevida na vontade do nubente e de certa forma um atentado à liberdade matrimonial. No entanto, o art. 1.654 é expresso:

“A eficácia do pacto antenupcial, realizado por menor, fica condicionada à aprovação de seu representante legal, salvo as hipóteses de regime obrigatório de bens”.

Essa aprovação pode ocorrer no próprio instrumento ou em instrumento à parte, admitindose, portanto, a confirmação.

Admitido entre nós o casamento por procuração, nada impede que o pacto seja firmado por procurador com poderes especificamente descritos.

A escritura antenupcial é realizada sob condição suspensiva. Não se lhe seguindo o casamento, frustra-se a condição. Na verdade, o negócio resta vazio de efeitos, não obtendo eficácia, embora o Código de 1916 a conceituasse como nulidade (art. 256, parágrafo único, II). Corretamente, o vigente diploma refere-se à ineficácia (art. 1.653). Questão em aberto, não resolvida pela lei, é o prazo para a realização do casamento, após a celebração do pacto. Não havendo termo expresso em seu bojo, qualquer

dos contratantes pode pedir a declaração de ineficácia da escritura, embora, na realidade, não havendo casamento, o ato não gere efeito nenhum. Da mesma forma, caducará o pacto se escoar o prazo nele fixado, se algum dos contratantes vier a falecer ou se casar com pessoa diversa. Por outro lado, enquanto não se realizar o casamento, o pacto pode ser revogado, retificado ou alterado pelos interessados. Sua intangibilidade, agora de caráter relativo, decorre unicamente da celebração do casamento.

O pacto antenupcial é negócio jurídico de direito de família e sua finalidade é exclusivamente regular o regime patrimonial dos cônjuges no casamento a realizarse. Não se admitem outras disposições estranhas a essa finalidade. Essa escritura não admite, por exemplo, pactos sucessórios entre os cônjuges, que devem ser objeto de testamento individual de cada cônjuge. Admitese, porém, o reconhecimento de filho, cujo conteúdo da declaração basta como regra geral, de per si, independentemente do documento em que se encontre. Cuidase, em última análise, de prova escrita de filiação. O art. 1.655 expressa que será nula a convenção ou cláusula dela que contravenha disposição absoluta de lei. A anulação para as nulidades relativas, seguindo a regra geral, dependerá da iniciativa dos interessados.

Escritura anulável pode ser ratificada, como os negócios jurídicos em geral. Se for nula, no entanto, não admitirá ratificação, sujeitandose o casamento ao regime legal da comunhão parcial. Por outro lado, pode ser válido o pacto e inválida alguma de suas disposições que afetam normas de ordem pública ou prejudicam direitos conjugais ou do pátrio poder. Aplicase o princípio *utile por inutile non vitiatur*.⁴

A ideia mantémse no corrente diploma (art. 1.655), lembrando que a nulidade em geral alcança qualquer disposição que prejudique os direitos ou deveres conjugais ou paternos. Será nula, por exemplo, a cláusula que determine que caberá a apenas um dos cônjuges a educação dos filhos; que imponha que os nubentes ou um deles abracem determinado credo,

religião, partido político ou profissão, por exemplo. Na verdade, não se pode admitir no pacto qualquer disposição que contrarie ou infrinja direitos fundamentais ou da personalidade. O pacto deve ter em mira exclusivamente os direitos patrimoniais e cabe ao cartório encarregado de documentá-lo orientar os nubentes e recusarse a inserir disposições nulas, levantandose dúvida, se for o caso.

O pacto tem plena eficácia entre os cônjuges, independentemente de registro. No entanto, para a eficácia *erga omnes*, o art. 1.657 estabelece:

“As convenções antenupciais não terão efeito para com terceiros senão depois de registradas, em livro especial, pelo oficial do Registro de Imóveis do domicílio dos cônjuges”.

Na sistemática da Lei dos Registros Públicos (Lei nº 6.015/73), tratase de registro, segundo o elenco estabelecido no art. 167, I, nº 12, pois o Código de 1916 se referia a “transcrição”. Por outro lado, a lei registrária permite a averbação das convenções antenupciais e do regime de bens diversos do legal nos registros referentes a imóveis ou a direitos reais pertencentes a qualquer dos cônjuges, inclusive os adquiridos posteriormente ao casamento. Essa averbação tem por finalidade acautelar terceiros que contratam com o casal.

Não esqueçamos, porém, que do assento de casamento deverá constar obrigatoriamente:

“O regime de casamento, com declaração da data e do cartório em cujas notas foi tomada a escritura antenupcial, quando o regime não for o da comunhão ou o legal que, sendo conhecido, será declarado expressamente” (Lei nº 6.015/73, art. 70, § 7º).

Na prática, essa referência constante da certidão de casamento será o mais eficiente alerta para terceiros.