



2º Jornadas Argentino Chilenas de Derecho de Familia 1º Congreso Euroamericano de Derecho de Familia

Convención y Capitulaciones Matrimoniales en Brasil

Cassio Namur (*)

Buenos Aires, 20 de noviembre 2015

Buenos días a todos. Primeramente, saludo a la moderadora de este panel, Dra. Cecilia Arrieta, en nombre de quien saludo a los demás miembros del mismo y, a todos los presentes. Saludo a la Sra. Presidente de La Academia Euroamericana de Derecho de Familia, Dra. Zulema Wilde, así como a la Dra. Patricia Kuyumdjian de Williams, responsable por la invitación a mi ponencia en este Congreso, así también a Dra. Carolina Marín Pedreño, quien gentilmente cedió su participación en este panel, en el que originalmente participaría. Mi especiales saludos a los colegas de Brasil que participan en este Congreso. Señoras y señores: Les digo que es con gran honor, placer y satisfacción que estoy aquí hoy para hablarles sobre este tema tan fecundo y del cual soy un entusiasta.

Ante el corto tiempo que tenemos, intentaré hablarles objetivamente sobre de la experiencia brasileña en el tema propuesto, pasando primeramente por una corta síntesis histórica reciente, siguiendo por los principios aplicables y como estos estructuran el sistema actual, analizando sus reglas específicas, sin grandes pormenores y haciendo pequeños apuntes y comparaciones con respecto al sistema anterior, dándose especial atención a las convenciones o capitulaciones matrimoniales y a la posibilidad de cambio pos nupcial, del régimen o sociedad de bienes.

Pues bien, en Brasil está vigente desde el 11 de enero de 2003 el Código Civil, promulgado un año antes, en el 2002. A pesar de ser reciente, este Código empezó a ser concebido en los años 70 y fue aprobado en la Cámara de los Diputados en 1983, pero mantuvo su tramitación suspendida ante el proceso de redemocratización por el cual pasó Brasil en estos años, proceso que culminó con la promulgación de la Constitución Federal el 5 de octubre de 1988.

El Código del 2002 buscaba reformar el Código de 1916. Antes de éste, las normas civiles vigentes en Brasil eran las Ordenanzas del Reino Portugués.

Pasado el período de redemocratización, el proyecto suspendido que revisaba el Código Civil de 1916 prosiguió y fue aprobado con pocas enmiendas y por eso hay quienes dicen que a pesar de ser nuevo, este Código nació viejo. Todavía, con la nueva Constitución que posee en la dignidad de la persona humana su axioma máximo, el nuevo Código Civil pasó a ser interpretado de acuerdo al nuevo orden constitucional, centrado no más en una dimensión patrimonial, si no en la dignidad esencial de la persona humana. A este fenómeno se llamó de *despatrimonialización* y / o *personalización* del Derecho Civil.

En comparación con el Código de 1916, el del 2002 implementó algunos cambios significativos en el campo del derecho de familia, muy conservador y rígido en la codificación de 1916. La dignidad de la persona humana pasó, así, a instruir los demás (sub)principios que rigen el derecho patrimonial del matrimonio en el Código Civil de 2002 y lo concretan, los cuáles son: variedad, libertad convencional y mutabilidad condicionada (o justificada).

El matrimonio, como se sabe, establece derechos y obligaciones con relación a las personas y al patrimonio. La esencia de esta relación económica entre los consortes está, sin duda, en las capitulaciones matrimoniales, conjunto normativo que regula las relaciones patrimoniales de la sociedad conyugal.

La Constitución Federal de 1988 estableció que no solo el matrimonio es capaz de fijar esos derechos y obligaciones, pero también las relaciones de unión estable, la cual fue reglamentada por la Ley 9.278/96 y después por el Código Civil. La unión estable pasó a ser igualmente comprendida como entidad familiar legítima, configurada en el convivio público, contiguo y duradero mantenido entre dos personas con el objetivo de constituir familia, igualmente sometida a las capitulaciones legales posibles. La ventaja de esta disposición es la de garantizar que las uniones familiares estables, aunque no formalizadas, sean jurídicamente tuteladas.

Así, de acuerdo al principio de variedad, el sistema no impone un reglamento único, pero dispone de cuatro modelos de reglamentos ante fijados para que los prometidos puedan elegir el que les parezca mejor, consagrando la dignidad de las personas que establecerán la convivencia familiar y también, el principio de la autonomía privada.

La primera capitulación posible fue introducida en el ordenamiento brasileño en 1977, ante la Ley del Divorcio (Ley n° 6.515/77) y consagrada en el Código Civil de 2002, en donde se estableció que solo se “comunican” o se vuelven patrimonio de la sociedad de bienes, aquellos adquiridos onerosamente durante la vigencia del matrimonio, o sea, los bienes particulares y anteriores al matrimonio, siguen siendo individuales e incommunicables.

Igual situación ocurre con las deudas y obligaciones, excepto si son asumidas en beneficio de los cónyuges. Este es el régimen legal, incluso para las uniones estables, supletorio a la voluntad de las partes, el que rige si la pareja no firma una convención o capitulación matrimonial o acuerdo de convivencia que establezca su régimen de bienes específico (de manera distinta).

El régimen de comunión universal, por su vez, es el más antiguo y común en los más diversos ordenamientos jurídicos y antes de la Ley del Divorcio, era la capitulación legal supletoria, muy relacionada a la sumisión de la mujer en el ámbito familiar, donde el hombre era el jefe de familia y el que administraba el patrimonio familiar. Este régimen torna comunes todos los bienes de la pareja, anteriores y posteriores a las nupcias, presentes y futuros, tornando los cónyuges copropietarios de la totalidad de los bienes de ambos. En esta hipótesis igual se excluyen las deudas y obligaciones anteriores al matrimonio, excepto si vertieran en provecho de ambos los cónyuges.

En contrapartida a las capitulaciones antes mencionadas, donde hay comunión de bienes, es posible elegir el régimen de separación total de los bienes, en el cual se fijan normas que impiden la comunicación de bienes, determinándose así, la completa individualización patrimonial, pudiendo cada uno en la pareja, administrar, alienar o gravar de carga real sus propios bienes.

La separación voluntaria debe ser manifestada por convención y ambos deben contribuir a los gastos conyugales en la proporción de los rendimientos de su trabajo y de sus bienes, excepto si está dispuesto distintamente en la convención o capitulación antenuupcial.

Existen algunas hipótesis en que la separación es obligatoria, o sea, es legalmente impuesta, proyectada para proteger los intereses de las partes en nombre de un hipotético interés público. Las hipótesis legales constituyen un rol *numerus clausus*: a) cuando no sean observadas las causas suspensivas del matrimonio; b) los mayores de 70 años (la edad original establecida por el Código Civil de 2002 fue de 60, posteriormente cambió a 70 años por la Ley N° 12.344 / 2010); y c) todos los que por incapacidad dependen de suplemento judicial para casarse.

En la vigencia del Código de 1916, la Suprema Corte brasileña, visando disminuir la arbitraria imposición del régimen de separación de bienes, formuló el enunciado n° 377, en que dispone que “en el régimen de separación obligatoria de bienes, los bienes adquiridos en la constancia del matrimonio se consideran comunicados (parte del régimen común de bienes)”.

Significa que a pesar del régimen de separación obligatoria, los matrimonios no estarían exentos de establecer una regla de comunión sobre los bienes onerosamente

adquiridos en durante el matrimonio, a fin de evitarse el enriquecimiento sin causa de alguno de los cónyuges. No es necesaria la prueba de esfuerzo común para la adquisición onerosa de los bienes durante el matrimonio.

La doctrina no es unánime en cuanto a la revocación de ese entendimiento o presunción a partir del nuevo Código de 2002, pero la mayoría – así como yo – considera que se sustenta en razón de la justicia patrimonial, de la prohibición al enriquecimiento sin causa y los principios constitucionales de la dignidad humana y solidaridad en el ámbito familiar.

Finalmente, el régimen de participación final en los bienes conyugales es una novedad del Código de 2002, inspirada en ordenamientos como el de Suecia, Dinamarca, Finlandia y Noruega, también referido como régimen mixto. En Brasil decimos participación final en “*aquestos*” y no sé si hay palabra correspondiente en español.

En este régimen, cada cónyuge posee patrimonio propio, que incluye los bienes adquiridos a cualquier título antes y durante el casamiento, pero que asegura, en el momento de la disolución conyugal – sea por muerte o divorcio – a recibir el equivalente a la mitad del valor de los bienes adquiridos onerosamente durante el matrimonio. En este sentido, se hace constar que en la actualidad se tramita en la Cámara de Diputados un proyecto que pretende derogar esas disposiciones del Código Civil que tratan ese régimen, por lo que su exclusión del de la legislación civil Brasileña, debido a su gran impopularidad en la *praxis*.

El nuevo Código Civil suplantó el régimen de dote del Código de 1916, por ser totalmente obsoleto y anacrónico respecto a la sociedad moderna. El dote era un conjunto de bienes transferidos por la mujer o su familia, para el esposo, para que él lo administrara para obtener el sustento de la vida conyugal y familiar, pero estaba obligado a devolverlo en caso de disolución conyugal.

El segundo principio es el de la libertad convencional, que se relaciona al primero y orienta las reglas convencionales del matrimonio, pues la variedad existe para que se pueda elegir cuál régimen oriente la sociedad conyugal.

Si la libertad motiva los movimientos sociales y abarca toda la estructura del Derecho Civil moderno, es natural que la autonomía de la voluntad y de la vida privada sean igualmente aplicables al Derecho de Familia en lo que puede ser traducido como el deseo íntimo de los cónyuges y convivientes respecto al justo y adecuado reglamento, no solo de sus bienes, sino también, de su vida familiar.

Por esta razón el Código Civil brasileño mantuvo una dualidad de sistemas: la pareja puede elegir y someterse a los regímenes-tipo (legalmente previstos), o crea y

combina esos regímenes en la estructura que se considere más adecuada, a través de los instrumentos jurídicos vigentes.

Dicho esto, se puede concluir que la pareja tiene tres opciones: a) elegir el régimen legal que le parezca más adecuado; b) mantener silencio al respecto y someterse al régimen supletorio de comunión parcial o c) establecer un régimen con características propias, vía convención o capitulaciones.

La primera y la última opción se hacen por convención prenupcial (capitulaciones matrimoniales) en caso de matrimonio y por acuerdo de convivencia, en caso de unión estable.

El sistema brasileño siempre autorizó la celebración de pactos antenupciales, respetando los límites impuestos a la autonomía privada en las normas vigentes, tratándose, pues, de una libertad condicionada (a la posterior celebración del matrimonio).

El Código Civil de 2002 no regula a fondo el pacto antenupcial. Exige apenas que sea formalizado por escritura pública y limita su eficacia a la subsecuente celebración del matrimonio, sin fijarle una caducidad. Dice que la elección de cualquier capitulación que no sea la legal o de separación obligatoria, debe siempre ocurrir por medio de pacto antenupcial. Establece que en caso de ser realizada o pactada por menor de edad, debe existir aprobación de su representante legal.

Determina que es nula la convención que contraríe esa disposición absoluta de la ley – hipótesis en la que no se anula todo el pacto, si no aquellas cláusulas nulas. Señala que solo tiene efectos ante terceros después de inscrito en el Registro Inmobiliario. Además, si uno de los cónyuges es empresario, el acuerdo prenupcial debe ser registrado y archivado en el Registro Público de Empresas.

La doctrina discute la naturaleza jurídica del pacto antenupcial, si es un acto jurídico lato sensu, negocio jurídico o contrato, si es accesorio al matrimonio o autónomo, pero aparte de esta larga e interminable discusión, la verdad es que se trata de un negocio jurídico de *Derecho de Familia* inserto en el Código Civil con efectos peculiares en las relaciones familiares, amparadas en relaciones afectivas y no eminentemente económicas, como cualquier otra especie de contrato.

Todavía, no es posible limitar la autonomía privada de los contrayentes únicamente a cuestiones patrimoniales, igual que no es posible acordar sobre cualquier tema que esté en la esfera del libre consentimiento.

Hay que encontrar un equilibrio que atienda la libertad de los contrayentes, pero que no contraríe disposiciones legales o la fuerza imperativa de los principios generales y constitucionales. Es necesario atender a los principios de buena fe objetiva, función social y justicia contractual, así como a los usos y costumbres del tiempo y local del acto. Se

concluye que no hay prohibición para que se pacte sobre cuestiones extra patrimoniales en los pactos antenuptiales.

En relación a la unión estable, el Código Civil también trató de servir de instrumento similar al pacto antenuptial. El Código indica que “en la unión estable, salvo contrato escrito entre los compañeros, se aplican a las relaciones patrimoniales, el régimen de la comunión de bienes”. Al ‘contrato escrito’ la doctrina le nominó ‘contrato de convivencia’.

Significa que igual que en el matrimonio se puede pactar sobre el régimen de bienes, también la unión estable puede servirse de otras formas más adecuadas de régimen de bienes. La diferencia es que un simple contrato escrito entre los compañeros basta, en razón de la informalidad de esas relaciones que no necesitan un registro, si no apenas, que la convivencia sea pública, contigua, duradera y con finalidad familiar.

El tercer y último principio al que haremos referencia, es el de la mutabilidad condicionada, el cual motivó una significativa alteración al Código Civil de 2002, pues se permitió cambiar la capitulación elegida y se dispuso:

1.639- Es lícito a los cónyuges, antes de la celebración del matrimonio, estipular cuanto a sus bienes, lo que les parezca.

1.639, § 2° Es admisible el cambio del régimen de bienes, mediante permisión judicial ante un pedido motivado de ambos los cónyuges, averiguada la procedencia de las razones invocadas y asegurados los derechos de terceros.

Así, considerándose que cualquier régimen de bienes debe ser elegido mediante pacto antenuptial, se concluye que, cambiándose el régimen, se cambia también el pacto, creándose la figura de pacto *post* nupcial.

Antes de esta posibilidad, con la ley de divorcio, era común que las personas – sobre todo los brasileños con su creatividad –simularan divorcios con la finalidad de cambiar el régimen matrimonial, dividiendo su patrimonio.

Para que el cambio ocurra, la ley exige la presentación de un motivo relevante a un juez, que puede ser la voluntad espontánea de los cónyuges y el interés en la individualización de sus vidas financieras y profesionales. Es común que los cónyuges se hayan casado jóvenes e inmaturos, en el inicio de sus profesiones, cuando no se podían medir las ascensiones profesionales, diferencias salariales, etc. Todas esas cosas que no podrían ser previstas. De igual modo, el cambio puede servir para la mejor organización financiera de la pareja o para reducir la burocracia en la administración de sus bienes, como al exigir las autorizaciones conyugales al disponer de los bienes.

La intervención judicial es el límite de la autonomía privada y sirve para la manutención de las relaciones familiares, del orden y de la paz social, evitándose abusos entre los particulares y de estos respecto a terceros.

Por lo tanto, es relevante que tengan patrimonio particular para que sean garantizadas las obligaciones que vengán a asumir. El cambio también puede ocurrir, por ejemplo, en los casos de separación obligatoria de bienes, cuando esté cerrada la causa que la impuso.

Entiendo que el Ministerio Público también debe participar del procedimiento judicial porque hay un interés público –ante la posibilidad de causarse prejuicios a terceros e hijos menores. La decisión, por su vez, servirá de justo título para que sea ser matriculada en los registros civiles e inmobiliarios competentes, de modo que no hay necesidad de firmar un nuevo pacto porque en ella constarán los términos que reglarán la capitulación matrimonial en el futuro.

Nos cuestionamos si es posible el cambio de régimen de bienes a los cónyuges que se hayan casado antes del Código Civil de 2002. La regla general es que la ley nueva no es retroactiva, pero la Ley de Introducción a las Normas del Derecho Brasileño – que es una norma que regula los principios – indica que la ley nueva no podrá causar prejuicios a los actos jurídicos perfectos, a los derechos adquiridos y a la cosa juzgada.

Así, si la ley nueva es benéfica, existiendo justo motivo y asegurados los derechos de terceros – para no defraudar a acreedores – ante la necesidad de darle publicidad al cambio, no se vislumbran razones para impedir que los cónyuges cambien sus capitulaciones matrimoniales.

La jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia así lo decidió y consolidó su interpretación, amparándose también en el enunciado 260 de las Jornadas de Derecho Civil del Consejo de Justicia Federal del 23 de octubre de 2006, en el cual se reconoce esa posibilidad. En otras palabras, significa que la validez del acto jurídico es regulada por la ley anterior, pero su eficacia se somete a la ley actual.

Finalmente, la cuestión está relacionada a derechos económicos y disponibles, razón por la cual no se prevé la imposibilidad de que haya renuncia de los cónyuges a los reglamentos de bienes elegidos a la época de la de sus nupcias.

Los efectos causados por el cambio de régimen de propiedad por regla general son *ex nunc* desde la decisión final e inapelable del juez sobre el cambio de régimen, pero serán *ex tunc* si así es declarado o solicitado por los cónyuges al juez, y ante el silencio de las partes, la efectos serán "*ex nunc*". Se observa que, en calidad de tercero, el nuevo régimen entrará en vigencia a partir del la inscripción en el registro inmobiliario la inscripción en el registro civil de personas naturales donde se emitió la boda.

Jurisprudencia:

A. “Acórdão n. 437.651, de 05.08.2010, prolatado no Agravo de Instrumento n. 010.00.2.000253-7, pela 3ª Turma Cível do TJDFT.”

AGI Instrumento – Agravo Relator (a): Nidia Correa LIMA Procedimiento: 20100020002537AGI PROCEDIMIENTO CIVIL. INSTRUMENTO DE AGRAVIO. SOLICITUD DE REDUCCIÓN DE ALIMENTOS PROVISIONAL. Valor proporcionado en prenupcial PACT. 1. Debe mantenerse (la medida) alimentaria provisional, decretada en cumplimiento del acuerdo prenupcial firmado entre las partes en caso de disolución de la sociedad conyugal. 2. No hay manera de reducir el valor del presupuesto de alimentos establecido provisionalmente, pues el recurrente no demostró que las condiciones económicas empeoraran. 3. Recurso conocido y no otorgado.

B. “RESP nº 954.567-STJ, de 18.05.2011, Min. Massami Uyeda, Terceira Turma STJ.”

Rechazó la aplicación del pacto en el caso específico, pues la cláusula contenía una provisión *contra legem*. (*aprobaba la modificación de la regla sucesoria legal del matrimonio*).

Después de esta exposición, quedo con algunas preguntas, respecto a si el legislador debe intervenir y determinar las particularidades de vida de las personas, si hay un exceso de intervencionismo y más allá, dictar una ley sin precedentes respecto a la privacidad de la familia, los deseos de la familia, vigilando, por supuesto, los derechos de los demás.

Dudo sinceramente en temas de libre disposición de los activos, no sólo de los regímenes de propiedad de la familia, sino en cuestiones de sucesión, que no son objeto de esta exposición, sino un reflejo de la misma ley aplicada a los problemas de sucesión de la familia.

El camino es tortuoso (complicado), como plantea el Ministro de la Corte Suprema, Esdon Fachin que al referirse a la tesis de maestría de nuestra colega la Dra. Viviane Girardi, menciona el *derecho a soñar*. Y en este sentido, se refiere a la enseñanza de las Avelãs Nunes:

“Los cambios necesarios ocurren no sólo porque creemos que un mundo mejor es posible. Estos cambios deben ser vistos como resultado de las leyes del movimiento de las sociedades humanas y, todos también saben que el voluntariado y las buenas intenciones no constituyen el motor de la historia. Esa conciencia no puede matar nuestro derecho a la utopía y nuestro derecho a soñar. Porque la utopía ayuda a hacer camino. Porque soñar es necesario, porque el sueño comanda la vida.”

Me despido declamando un oportuno poema de uno de los más grandiosos poetas brasileños, disculpándome por hacerlo en el idioma del poeta:

Soneto de Fidelidade

De tudo, ao meu amor serei atento
Antes, e com tal zelo, e sempre, e tanto
Que mesmo em face do maior encanto
Dele se encante mais meu pensamento.

Que vivê-lo em cada vão momento
E em seu louvor hei de espalhar meu canto
E rir meu riso e derramar meu pranto
Ao seu pesar ou seu contentamento.

E assim, quando mais tarde me procure
Quem sabe a morte, angústia de quem vive
Quem sabe a solidão, fim de quem ama

Eu possa me dizer do amor (que tive):
Que não seja imortal, posto que é chama
Mas que seja infinito enquanto dure.

Estoril, outubro de 1939

Vinícius de Moraes

(*) *Cassio Namur*

Admitido en la Orden de Abogados de Brasil en 1987, São Paulo. Candidato a Máster en Derecho Civil Comparado en la Pontificia Universidad Católica de São Paulo (PUC / SP); Extensión en Finanzas Corporativas en la Escuela de Negocios de la Universidad de São Paulo (FEA-USP, 1993); Ex Profesor Adjunto de Derecho Civil y de Derecho de Familia de la Pontificia Universidad Católica de São Paulo (PUC / SP, 1986 -1991 y 2003-2008); Director Primer Vice-Presidente de Relaciones Internacionales del Instituto Brasileño de Derecho e Familia (IBDFAM); Miembro de la Junta Directiva del Instituto de Abogados de São Paulo (IASP); Miembro: Sociedad Internacional de Derecho de Familia (ISFL); International Academy of Matrimonial Lawyers; Academia Euroamericana de Derecho de Familia; Colegio de Abogados de Brasil (Orden de Abogados de Brasil); Instituto de Abogados de São Paulo; Comité Consultivo de Educación de la Comisión de Valores Mobiliarios de Brasil - CVM, como representante de Abrasca - Asociación Brasileña de Empresas Capital Abierto; Junta Directiva de la Cámara de Comercio e Industria Brasil-Alemania, São Paulo; Cámara de Comercio Franco-brasileña, São Paulo; Lista de Árbitros de la Cámara de Mediación y Arbitraje de las Euro cámaras" (CAE); São Paulo; "Conselho de Desenvolvimento do Conhecimento" (CDC), en "The Family Business Network" (FBN); Capítulo Brasil; expresidente del Comité Jurídico de la Cámara Española de Comercio en Brasil (2007-2008); Abogado de Derecho de Familia en la práctica desde 1987.