



CONTRATUALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES FAMILIARES À LUZ DO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL

Guilherme Augusto Giroto¹

Resumo:

Os institutos do Direito Civil na contemporaneidade devem ser revisitados sob o viés constitucional, que vai além de uma simples hermenêutica infraconstitucional, mas em verdade a própria instalação de um regramento que se afasta da outrora privilegiada visão patrimonialista para se ater ao caráter existencial do indivíduo. Assim, uma breve análise sobre o Direito das Famílias, que sempre foi alvo de debates quanto a dicotomia entre Público e Privado, evidencia uma problemática no sentido de que na contemporaneidade através da autonomia privada existe a possibilidade de celebração de novas modalidades contratuais, para atender a novos arranjos familiares, e a inserção de novas cláusulas existenciais nos contratos já existentes. O método empregado na presente pesquisa foi o dedutivo instrumentalizado pela análise exploratória de doutrina em artigos, obras, e com a consulta legislativa e jurisprudencial. Como conclusão pretende-se demonstrar a viabilidade de uma contratualização familiar à luz do Direito Civil-constitucional, revisitando os contratos já existentes à luz deste (novo) paradigma, possibilitando que Direito das Famílias esteja em consonância com os novos arranjos familiares.

Palavras-chave: Civil-constitucional; Relações Familiares; Contratualização; Negócio Jurídico; Autonomia Privada.

CONTRACTUALIZATION OF FAMILY RELATIONS IN THE LIGHT OF CIVIL-CONSTITUTIONAL LAW

Abstract:

The institutes of Civil Law in contemporary times must be revisited under the constitutional bias, which goes beyond a simple infraconstitutional hermeneutics, but in fact the very installation of a rule that moves away from the once privileged patrimonialist vision to stick to the existential character of the individual. Thus, a brief analysis of Family Law, which has always been the subject of debates regarding the dichotomy between Public and Private, highlights a problem in the sense that in contemporary times, through private autonomy, there is the possibility of entering into new contractual modalities, to meet to new family arrangements, and the insertion of new existential clauses in existing contracts. The method used in the present research was the deductive instrumented by the exploratory analysis of doctrine in articles, works, and with legislative and jurisprudential consultation. As a conclusion, it is intended to demonstrate the viability of a family contractualization in the light of Civil-Constitutional Law, revisiting existing contracts in the light of this (new) paradigm, allowing Family Law to be in line with the new family arrangements.

¹Assessor de Magistrado no Tribunal de Justiça do Paraná. Mestrando em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Especialista em Direito Civil e Processo Civil (UEL). Pós-graduando em Direito de Família e Sucessões e em Direito Privado pela Faculdade Legale (FALEG). Bacharel em Direito (UNOPAR). Pesquisador da linha de pesquisa da Contratualização das Relações Familiares e das Relações Sucessórias (UEL). Pesquisador no grupo Virada de Copérnico vinculado à Universidade Federal do Paraná (UFPR).





Keywords: Civil-constitutional; Family relationships; Contracting; Juridic business; Private Autonomy

INTRODUÇÃO

Hodiernamente o Direito Civil e principalmente o Direito das Famílias sofreu as intensas mudanças de instalação de um novo paradigma, evidenciado pelo fenômeno da constitucionalização do Direito Civil o Direito passou a valor o indivíduo como sujeito de direitos, e uma vez resguardado pela proteção máxima da dignidade da pessoa humana as relações familiares e negociais também foram revistas.

A relevância do trabalho concentra-se em evidenciar que o contrato no âmbito do Direito das Famílias decorre da visão civil-constitucional que na contemporaneidade é imperiosa, mediante a despatrimonialização do Direito Civil e a elevação da importância das questões existenciais dos sujeitos.

O primeiro capítulo tratará dos preceitos civis-constitucionais que autorizam a elaboração de contratos no Direito das Famílias, perpassando o conceito de constituicionalização contemporâneo e de que forma ele é visto no ordenamento jurídico pátrio.

A segunda seção se concentrará em revistar alguns contratos clássicos (casamento, pacto antenupcial, contrato de convivência) com a inserção de temas contemporâneos, como por exemplo a celebração de contratos com cláusulas existenciais. E a parte final trará dois contratos que exurgem na contemporaneidade, de namoro e de coparentalidade.

O objetivo central é de se traçar os parâmetros autorizados do contrato em Direito de Família, sob o viés Civil-constitucional, e alguns dos instrumentos já elegidos como clássicos revistados por cláusulas contemporâneas.

O marco teórico se afigura no diálogo harmônico entre a doutrina hodierna sobre o contrato (e sobre o Direito Civil-constitucional) pelos escritos de Luiz Edson Fachin, Anderson Schriber, Carlos Konder, Paulo Nalin, Eduardo da Cunha Pereira.

A pesquisa desenvolvida utilizou-se do método dedutivo mediante a análise exploratória de doutrina e trabalhos acadêmicos que aludem à temática, com a consulta legislativa e jurisprudencial.

1 DOS PRECEITOS CIVIS-CONSTITUCIONAIS AUTORIZADORES DA





CONTRATUALIZAÇÃO FAMILIAR

Inicialmente cumpre tecer considerações sobre o que seria a constitucionalização do direito civil em concomitância com a análise da dicotomia existente à classificação do Direito de Família (preferencialmente denominado na contemporaneidade como Direito das Famílias) se enquadrado como Direito Público ou Privado.

O Direito das Famílias é permeado pelo Direito Público em situações que envolvam interesses de vulneráveis (crianças, adolescente e os incapazes), isto pois, em essência este ramo do Direito é de Direito Privado na medida que ao reger/disciplinar temas afetos à mais íntima vida privada do sujeito, por consequência se adequa a este.

É ramo do Direito Privado, uma subdivisão do direito civil, pois os sujeitos de sua relação são entes privados, mas contém elementos e princípios que são verdadeiros comandos do Direito Público, como nas questões envolvendo interesses de crianças, adolescentes e incapazes. A tendência do Direito de Família é que o Estado se afaste cada vez mais das questões privadas e de foro íntimo, e tende a intervir somente para dar proteção às pessoas vulneráveis, sob o comando do princípio da responsabilidade, que é o grande autorizador e condutor para o campo da autonomia privada. Afinal, não há nada mais íntimo e privado do que a família. Mas a dicotomia entre público e privado permanece sendo uma importante e instigante questão na atualidade, para se demarcar o limite de intervenção do Estado na vida privada do cidadão.

[...]

Direito de Família é um conjunto de normas jurídicas (regras e princípios) que organizam as relações familiares, parentais e conjugais. Em outras palavras, é a regulamentação das relações de afeto e das consequências patrimoniais daí advindas. A base de suas regras está no Código Civil que tem um Livro dedicado ao Direito de Família, mas cuja tendência é desprender-se do Código Civil, a exemplo de alguns países que já têm seus Códigos de Famílias. Obviamente que há outras muitas regras (ver capítulo 2) esparsas. E, como as normas jurídicas não são apenas as leis, mas também os princípios, essas normas hoje são principalmente constitucionais, ou seja, o Direito de família é regido por uma principiologia constitucional. (PEREIRA; FACHIN, 2021, online).

E não obstante a regência do Direito Privado cumpre observar que o Direito Civil também fora influenciado e reformulado à luz do que se denominou “constitucionalização do Direito Civil”, embora as repercussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre a temática tenham se alargado, deve-se levar em consideração o rigor científico exigido pela matéria.

A temática de inserir a dignidade da pessoa humana e outros preceitos não patrimoniais auxiliam para consolidação deste princípio como central, acarretando inevitavelmente em uma despatrimonialização ou repersonalização do Direito Civil se afigurando, inclusive, como uma das principais consequências. Ademais, neste novo paradigma não se excluí o caráter patrimonial das relações humanas (ou reduz seu espaço), mas em verdade implica no



reconhecimento da centralidade da pessoa humana em detrimento do indivíduo considerado apenas em abstrato (SCHEIREIBER; KONDER, 2016, online).

O tema relativo ao fenômeno da constitucionalização do direito civil significa uma mudança de paradigma, confirmando a supremacia da Carta Magna diante de toda a legislação ordinária, acarretando em uma revisitação dos institutos tradicionais do direito civil, bem como uma despatrimonialização do direito privado, valorando as situações existências em institutos antes demarcados, exclusivamente, pelo caráter patrimonial, inclusive conferindo prevalência daquelas (situações existenciais) (DIAS, 2021, p. 31).

No ramo atinente às Famílias a constitucionalização ocorreu no que se denomina de “constitucionalização por elevação de normas ordinárias ao texto constitucional” por Otavio Luiz Rodrigues Junior, uma vez que:

Esse deslizamento para cima, a se usar a expressão de Louis Favoreu, é muito comum na História brasileira. Como visto nos artigos de Clóvis Beviláqua⁷³⁶ e de Caio Mário da Silva Pereira,⁷³⁷ respectivamente, sobre as Constituições de 1934 e de 1937, diversas matérias de Direito Civil, em relação à propriedade e à família, foram constitucionalizadas por elevação. Silvio Rodrigues entende que a CF/1934 inaugurou a constitucionalização do Direito de Família no país, porquanto, a partir dela, todas as demais Constituições trouxeram preceito “dizendo que a família, constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel, está sobre a proteção especial do Estado (Constituição de 1934, art. 144, Constituição de 1946, art. 163, Constituição de 1969, Emenda Constitucional no 1, art. 175)”.⁷³⁸ A tal respeito, não se pode falar em grandes inovações nessa modalidade, o que não é de se diminuir, porém, o ganho dogmático em se reconhecer sua existência e as vantagens semânticas de se qualificar a constitucionalização como elevação de normas de direito ordinário ao texto constitucional. (JR, 2019, online).

Cumprir observar a importância dada à eficácia da norma constitucional ainda quando inexistir normativa ordinária, pois, o texto constitucional se afigura como um limitante à norma hierarquicamente inferior e a mencionada eficácia não se encerra na mera releitura dos destes institutos à luz da Constituição. (PERLINGIERI, 2007, p. 12).

Assim, impõe-se a aplicação ao caso em concreto as disposições constitucionais, inobstante a eventual ausência de regência normativa ordinária nas relações pessoais e socioeconômicas, pois, a norma constitucional é razão primária e justificadora desta efetividade. Não se afigurando como correto resguardar o texto constitucional como mera fonte hermenêutica, mas em verdade com o objetivo de funcionalizar novos valores, é que se ter a norma constitucional como norma de comportamento capaz de incidir sobre o próprio conteúdo das relações e situações subjetivas. (PERLINGIERI, 2007, p. 12).

Percebe-se que a dicotomia entre público e privado embora seja presente na doutrina



pátria é revisitada sob este viés civil-constitucional como uma perspectiva para o hermenauta (operador do direito) de entender que em razão do ordenamento jurídico ser uno a interação entre o Código Civil e a Constituição.

O Direito Civil Constitucional, como uma mudança de postura, representa uma atitude bem pensada, que tem contribuído para a evolução do pensamento privado, para a evolução dos civilistas contemporâneos e para um sadio diálogo entre os juristas das mais diversas áreas. Essa inovação reside no fato de que há uma inversão da forma de interação dos dois ramos do direito – o público e o privado –, interpretando o Código Civil segundo a Constituição Federal em substituição do que se costumava fazer, isto é, exatamente o inverso.

[...]

Deve ser feita a ressalva que, por tal interação, o Direito Civil não deixará de ser Direito Civil; e o Direito Constitucional não deixará de ser Direito Constitucional. O Direito Civil Constitucional nada mais é do que um novo caminho metodológico, que procura analisar os institutos privados a partir da Constituição, e, eventualmente, os mecanismos constitucionais a partir do Código Civil e da legislação infraconstitucional, em uma análise em mão dupla. (TARTUCE, 2022, online).

De igual maneira Otavio Luiz Rodrigues Júnior ao encerrar o capítulo da constitucionalização por elevação de normas ordinárias ao texto constitucional, afirma que não há um consenso conceitual no que se refere a constitucionalização por elevação de normas ordinária, uma vez que a norma ao ser elevada não perde sua natureza civil, e assim não se pode dizer que é um fenômeno que garante uma benefício, pois, em verdade ter-se-ia alterado apenas a localização no sistema, ou seja, “a constitucionalização deve-se a fatores muito mais pragmáticos do que propriamente dotados de superioridade moral.” (JR, 2019, online).

Ao relatar que no direito das famílias o denominado princípio da menor intervenção do Estado na vida privada não se afigura em verdade em um princípio, porquanto se consubstancia em uma situação de dever jurídico, pois, o Estado, por vezes, intervém mais do que deveria. Entretanto, esta situação está na categoria de orientação ou diretriz, em outras palavras:

Ora, princípio jurídico tem uma dimensão diferente do ponto de partida, ou das premissas básicas. Por quê? Porque se volta à regulação de conduta, em uma textura deontica, em uma textura que alguns chama de deontológica, segundo uma estrutura básica que envolve um preceito e uma consequência jurídica. Se não há consequência jurídica, de princípio jurídico não se trata! Pode-se tratar de premissa, de postulado, de orientação, de diretriz, até de máximas ou axiomas, mas, de princípios jurídicos não. (LÔBO, 2021, p. 26).

Traçadas as premissas constitucionais que influenciam o paradigma civil-constitucional se afigura possível a introdução de que a contratualização das relações familiares exprime a máxima aventada, uma vez que a partir do permissivos constitucionais ao indivíduo



é autorizado (mediante o exercício da autonomia privada) constituir seu arranjo familiar com liberdade.

Mais uma vez, portanto, justifica-se a aludida privatização da família, caracterizada pela transferência do controle de sua constituição, sua desconstituição e seu funcionamento, do Estado para seus próprios membros, com a consequente transferência de enorme carga de responsabilidade aos indivíduos que a compõem. Na atualidade, os membros das famílias possuem liberdade para se relacionar e para pôr fim ao relacionamento conjugal; para construir a família segundo a forma que melhor lhes convier, segundo modelo que reflita seus anseios e aspirações pessoais. Contudo, a família contemporânea também significa o espaço dinâmico de compromisso pela realização existencial da pessoa humana; de empenho com a felicidade própria e a dos demais integrantes. Uma vez engajado, cada um se torna responsável pela construção do outro, pois a família é o primeiro ambiente de concretização da alteridade.

A privatização da família pressupõe a tutela da liberdade dos seus integrantes, destinada à realização da comunhão plena de vida. É por meio dessa opção – de efetiva realização das pessoas que ocupam o lugar central dessa entidade intermediária – que o art. 226, § 8º, da Constituição Federal, determina que “o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram (...)”. Logo, não se justifica a intervenção estatal em núcleo essencialmente volitivo: em termos de conjugalidade, a família só existe enquanto representa a vontade dos cônjuges; caso contrário, podem desfazê-la quando e quantas vezes quiserem. (TEPEDINO; TEIXEIRA, 2022, online).

Esta possibilidade de contratualização das relações familiares é autorizada pelo fenômeno já mencionado (constitucionalização do direito civil) uma vez que nesta legislação ordinária (Código Civil) o preceito patrimonial transmutou-se com a repersonalização do Direito Civil para um conceito despatrimonializado, ou seja:

Em uma análise despreocupada com os efeitos da despatrimonialização do direito civil, poder-se-ia sustentar que o Código Civil e a Constituição Federal ofereceriam resposta diversa diante do contraste entre os perfis acima destacados. De um lado, o Código Civil com seus institutos que, em sua maioria, possuem objeto de teor nitidamente patrimonial, o que justificou o fato de que durante algum tempo o estudo do direito civil priorizasse o ter em detrimento do ser e, de outro lado, a vigente Constituição da República que consagrou a dignidade da pessoa humana como valor e fundamento da República (art. 1º, III).

Como é cediço, a Constituição da República de 1988 inaugurou nova era na proteção da pessoa humana, erigindo o princípio da dignidade da pessoa humana ao posto de fundamento do Estado Democrático de Direito. Tal princípio, além de conferir unidade de sentido e de valor, legitima nossa ordem jurídica, centrando-a na pessoa humana. Todavia, tais considerações não importam, como já se mencionou, na marginalização das situações jurídicas patrimoniais, embora autorizem a conclusão preliminar de que o ordenamento jurídico brasileiro, ao eleger a tutela da pessoa humana como valor prioritário do ordenamento, optou pela preeminência das situações jurídicas existenciais.

Para além da cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana, como esclarece Anderson Schreiber, o texto constitucional é repleto de exemplos que justificam a afirmação de que o projeto constitucional prestigia o ser em detrimento do ter.

Na esteira do reconhecimento da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, passa-se a reconhecer a prevalência, definitivamente consolidada, das situações existenciais frente às patrimoniais, prestigiando-se a proteção da pessoa



humana independente do patrimônio que titularize, ou da posição que ocupe dentro da relação jurídica. Como resultado desse processo, o que se assistiu foi o crescimento da tendência de compressão da autonomia privada patrimonial. (SCHREIBER; KONDER, 2016, online).

As relações familiares devem ser vistas para além de vínculos conflituosos, pois, se avultam as hipóteses de harmonização de interesses, e não obstante as disposições patrimoniais existentes neste ramo do Direito, há que considerar as relações não-patrimoniais, ou seja, existenciais, cujo teor se refere às situações de fato com relevância jurídica – não se tratando de matérias puramente obrigacionais, mas em verdade de especificidades inerentes às circunstâncias concretas e ao subjetivismo dos indivíduos unidos pela família (PERLINGIERI, 2007, p. 252-253).

A interpretação constitucional do contrato, portanto, igualmente se insere no mencionado fenômeno uma vez que o homem é sujeito/titular contratante, e portanto, possui dignidade, relevando-se o homem como centro do ordenamento garante uma descrição concreta e não abstratamente considerado e porquanto carrega o sentido de homem existencial – o contrato que a assim não o considerar revela-se inválido (ainda que virtualmente nulo) (NALIM, 2002, p. 242-247).

A consolidação da jurisdição constitucional em concomitância com o aperfeiçoamento das técnicas de controle de constitucionalidade, e de sobremaneira o caráter impositivo dos princípios constitucionais qualificou a Constituição como fonte suprema de Direito, e por consequência o rol de direitos humanos consagrados no mencionado texto acarretou em uma aplicação para além da não-intervenção estatal, promovem um alargamento nas prestações positivas do Estado (políticas públicas) e à sociedade civil (NEGREIROS, 2002, p. 51-53).

No seio da família, são os seus integrantes que devem ditar o regramento próprio da convivência. Desta órbita interna, exsurtem disposições que farão com que sociedade e Estado respeitem e reconheçam tanto a família, como unidade, quanto os seus membros individualmente. Os componentes da família podem construir de forma livre o projeto de vida em comum, por serem conscientes sobre o modelo de sua realização em comunhão plena de vida. É essa descoberta do caminho de realização pertence ao casal de forma exclusiva; soa ilegítima a interferência de terceiros em matéria de tanta intimidade, quando se trata de pessoas livres e iguais, razão pela qual a ingerência do Estado é válida tão somente para garantir espaços e o exercício das liberdades, para que a pessoa se realize, à medida de suas necessidades e dignidade, no âmbito do seu projeto de vida.

Daí a grande importância da efetivação dos direitos fundamentais no contexto normativo, pois eles possibilitam a desconfiguração do sujeito de direitos abstrato, para considerar o ser humano concreto, com todas as suas vicissitudes e vulnerabilidades,³⁰ ou seja, para que cada qual possa expressar, em toda sua potência, a própria individualidade – inclusive no âmbito familiar. É por isso que, justificado



no princípio da autonomia privada, sustenta-se a existência de um direito de família mínimo, de onde se infere que, entre livres e iguais, é plenamente possível a construção de regramento próprio para reger a vida familiar, sem qualquer ingerência estatal. Têm as pessoas, nesse caso, total responsabilidade pelas suas escolhas e pelas consequências que elas geram. (TEPEDINO; TEIXEIRA, 2022, online).

Rodrigo da Cunha Pereira e Edson Fachin ao tratarem o tópico denominado “Direito de família e suas conexões com outros ramos do direito” especificamente o subtítulo “O direito de Família e o Direito Contratual/Obrigacional”, as especificidades que a intercomunicação destes ramos do Direito demandam como para além da natureza obrigacional, também outros institutos inerentes como, por exemplo, o afeto, acarretando em uma classificação de contrato *sui generis*, porquanto são exemplos de contratos no Direito de Família: “além do casamento, ou contrato/pacto antenupcial, pacto pós-nupcial (mudança de regime de bens) contrato de geração de filhos, contrato de união estável, contrato de namoro.” (PEREIRA; FACHIN; 2021, online).

Assim, com o objetivo de garantir a funcionalização das situações patrimoniais às existenciais se amolda ao conceito de que maneira a instrumentalização das estruturas jurídicas devem se formar para a realização de determinados objetivos constitucionais, ou seja, as situações patrimoniais (empresa, propriedade e contrato) deve estar sujeitas às situações existenciais. (SCHREIBER; KONDER, 2016, online).

Neste sentido, os contratos passam a ser individualizados à luz das diferentes funções que desempenham em relação às necessidades existenciais do contratante: os contratos que tenham por função satisfazer uma necessidade existencial do contratante devem sujeitar-se a um regime de caráter tutelar, enquanto aqueles que tenham por objetos bens supérfluos, destinados a satisfazer preferências que não configuram necessidades básicas, seriam suscetíveis a uma disciplina mais liberal. (SCHREIBER; KONDER, 2016, online).

Rolf Madaleno faz uma concatenação de ideias afluídas na doutrina pátria (e no exterior, faz referência à Pietro Perlingieri) ao afirmar que a Família também sofreu o fenômeno da despatrimonialização, pois, ao caminhar na ordem civil-constitucional, houve uma reconstrução do direito civil, posto que necessariamente este deve se atear a favorecer o plano de desenvolvimento do indivíduo. Relançando que toda disposição atinente ao Direito das Famílias demonstra isto, como por exemplo: “equalização do homem e da mulher, dentro e fora do casamento; a pluralização das entidades familiares e sua proteção estatal, sem descurar da igualdade dos direitos destinados aos filhos” (MADALENO, 2022, online).

Dessa sorte, por princípio de Direito, importa ao legislador buscar a proteção dos fins



sociais da lei e as exigências do bem comum, como especificado no artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e no artigo 8º do Código de Processo Civil, para chegar à matriz de um Direito de Família desmaterializado, desvinculado das relações de dependência econômica e, sob a auspiciosa égide constitucional de edificação, proteção e elevação sociofamiliar do indivíduo. (MADALENO, 2022, online).

Gustavo Tepedino aduz que é recente a ampliação das contratualizações familiares, apresentando por sua vez duas especificidades, a primeira delas é a inderrogável influência das disposições existenciais no caráter patrimonial, ramo do direito que se afloram os direitos da personalidade, em especial a intimidade e privacidade dos membros. E a segunda seria a necessária harmonização entre o formalismo jurídico e a afetividade (TEPEDINO, 2015, p. 476).

Assim, neste presente capítulo buscou-se estabelecer premissas civis-constitucionais que autorizam o sujeito a disciplinar sua vida priva em ambiente familiar, para no segundo momento traçar quais são esses contornos negociais.

2 DOS CONTRATOS EM DIREITO DE FAMÍLIA E AS NOVAS CLAÚSULAS

Impende iniciar o presente capítulo com a descrição (não exaustiva) dos conceitos de autonomia da vontade e autonomia privada, uma vez que os institutos não se confundem, mas, ao revés devem ser balizados em separado e partir disso constatar-se a incidência da autonomia privada nos negócios jurídicos de direito de família.

A diferenciação é exposta por Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Júnior a partir dos escritos de Luigi Ferri, cujo teor seria no sentido de afirmar que a autonomia da vontade se refere à vontade real ou psicológica dos sujeitos, de outra banda:

A autonomia privada é outra coisa. É princípio específico de Direito Privado. Situa-se em outro plano, ligada à ideia de poder o sujeito de direito criar normas jurídicas particulares que regerão seus atos. Manifesta-se, principalmente, nos negócios jurídicos. A autonomia privada, como fonte normativa, é fenômeno que permite que o sujeito realize negócios jurídicos (principalmente negócios jurídicos bilaterais, ou seja, contratos), que são extraordinários mecanismos de realização do Direito, na medida em que o negócio jurídico é um modo de manifestação de normas jurídicas (ainda que particulares). A autonomia da vontade desafia, por isso, o verso e o reverso de uma mesma medalha: é, a um só tempo, a confirmação da evidencia de um espeço jurídico livre da ingerência do Estado, destinado a normatividade particular; de outro lado, em sentido contrário, é a constatação da existência de reserva e um espaço de incidência apenas de normas cogentes, exclusivo do exercício do poder, vetado à liberdade negocial.

Por meio do negócio jurídico, os sujeitos de direito transformam a realidade jurídica da forma como lhes apraz, realizando no mundo fenomênico os efeitos jurídicos queridos pela vontade privada. Os meros atos jurídicos, ou atos jurídicos em sentido



estrito, servem para atuar regras de condutas já dispostas. Os negócios jurídicos, diferentemente, frutos da autonomia privada, criam uma nova norma. No primeiro caso (de realização de atos jurídicos), o sujeito exterioriza *vontade do ato*; no segundo caso (de realização de negócios jurídicos), negócio, destacada do sujeito, ela se transforma em algo com existência e eficácia autônoma. (NERY; JÚNIOR, 2022, online).

Destarte, o casamento é a figura mais emblemática do Direitos das Famílias, razão pela qual se inicia o seu estudo como contrato nos termos formulados por Pontes de Miranda (1947, p. 93) cujos escritos afirmavam que este se afigurava como um contrato. Entretanto, Rolf Madaleno, após um levantamento bibliográfico da doutrina brasileira, perpassando pela possibilidade de classificar o casamento com um ato complexo, na medida que a autonomia privada dos nubentes elege as normas preordenadas, para regerem o matrimônio e ato privativo do Estado em declarar o casamento, finalizando:

O Código Civil não define a natureza jurídica do casamento, mas consigna em seu artigo 1.511 o seu principal pressuposto, de o matrimônio estabelecer entre os cônjuges um estado de comunhão plena de vida, sustentado na igualdade de direitos e deveres dos esposos, como já consagrado pelo princípio constitucional prescrito no artigo 226, § 5º, da Constituição Federal, sendo gratuita a sua celebração civil para as pessoas que declararem a sua pobreza, sob as penas da lei. (MDALENO, 2022, online).

Ao conceituar o regramento atinente ao casamento Rodrigo da Cunha Pereira e Edson Fachin aduzem que a teoria contratual elenca este como de natureza especial e com regras específicas, de outra sorte a teoria mista ou eclética defende a natureza jurídica do casamento como um contrato especial, e finalizam:

Enfim, podemos dizer que a natureza jurídica do casamento é negocial, ou seja, contratual. Mas vai um pouco além disto, pois há regras no casamento que não podem ser discutidas, ou mudadas, como por exemplo, mudar a forma de celebração ou deixar de atender requisitos da habilitação. Daí a assertiva de Paulo Lôbo de que “Casamento é um ato jurídico negocial solene, público e complexo, mediante o qual o casal constitui família, pela livre manifestação de vontade e pelo reconhecimento do Estado. O casamento tem em sua essência natureza contratual, pois é de livre escolha, mas traz consigo também a necessidade do reconhecimento do Estado, pois há regras de ordem pública às quais não se pode negociar, mas apenas aderir. É neste sentido a afirmação de Maria Berenice de que o casamento é um contrato de adesão.

Seja qual for sua natureza jurídica, cuja discussão, como já se disse é estéril, o fato é que no Direito de Família Contemporâneo, o Estado tende a se afastar cada vez mais das questões de foro íntimo e da vida privada, e assim o casamento tende a realçar cada vez mais, sua natureza contratualista. (PERREIRA; FACHIN; 2021, online).

Flávio Tartuce também traça as três mencionadas teorias que visam classificar a natureza jurídica do casamento, cuja teoria institucionalista considera o casamento como uma instituição social, a contratualista cuja natureza seria de contrato de natureza especial e a última



(mista ou eclética) vislumbra o casamento como instituição e contrato especial, entretanto:

Das três correntes expostas, sou adepto da terceira (teoria eclética ou mista). Quanto à primeira corrente, entendo que ela se encontra superada pela aplicação da autonomia privada em sede de casamento e pelo reconhecimento de novas entidades familiares. No que concerne à segunda, acho exagerado afirmar que o casamento é um contrato. Isso porque o contrato ainda é conceituado, em uma visão clássica, como um negócio jurídico bilateral ou plurilateral que visa a criação, a modificação ou a extinção de direitos e deveres, com conteúdo patrimonial. Ora, quando as pessoas se casam não buscam esse intuito patrimonial, mas afetivo, para uma comunhão plena de vida (art. 1.511 do CC). Pelo menos é o que se espera. Em reforço, deve-se observar que a princiologia do casamento é totalmente diversa dos regramentos básicos aplicáveis aos contratos.

Em continuidade, crível considerar o pacto antenupcial cuja função primordial será o estabelecimento do regime de bens do casamento vindouro, a peculiaridade revelada pela autonomia privada dos nubentes concentrasse no art. 1.639 do Código Civil que autoriza os nubentes a escolherem o regime que melhor lhes aprouver.

Além dos quatro regimes de bens previstos no CCB, os nubentes podem escolher e estabelecer o regime de bens que lhes aprouver (Art. 1.639, CCB). No Brasil ainda não é muito comum a prática dos pactos antenupciais, assim como não o é do testamento. É que estes instrumentos jurídicos estão ligados à ideia de morte e à dificuldade de se discutir as regras econômicas do casamento.

[...]

Se não se realizar o casamento o pacto é ineficaz (art. 1.653 do CCB/2002), a não ser que passem a viver em união estável⁶. Neste caso, o estabelecido no pacto antenupcial pode ser aproveitado para determinar as regras do regime de bens neste outro formato de relação conjugal. Mas a lei não estabelece prazo de validade do pacto, como ocorre no processo de habilitação (Art. 1.532 do CCB/2002).

O pacto antenupcial só pode ser feito por meio de uma escritura pública em Cartório de Notas⁷, que deve ser levada ao Cartório de Registro Civil, onde se realizará o casamento, que se efetiva com a imprescindível manifestação de vontade das partes (art. 1.653 do CCB/2002). (PEREIRA; FACHIN, 2021, online).

O ponto que se pretende incidir o paradigma civil-constitucional do pacto antenupcial refere-se às disposições existenciais, uma vez que a liberdade contratual é assegurada pelo art. 421 do Código Civil, e corroborada pelo enunciado 635 da VIII Jornada de Direito Civil de 2018, que possui a seguinte redação: “Art. 1.655. o pacto antenupcial e o contrato de convivência podem conter cláusulas existenciais, desde que estas não violem os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre os cônjuges e da solidariedade familiar.” (Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 635. VIII Jornada de Direito Civil. Brasília, 2018).

No mesmo sentido aduz Fabiana Domingues Cardoso ao exemplificar as hipóteses autorizadoras de disposições existenciais elenca: a vivência conjugal, deveres pessoais, psicológicos e de costume (CARDOSO, 2010, p. 191). Parte majoritária da doutrina não



concebe este contrato da mesma maneira, ademais Gustavo Tepedino afirma que cada caso deve ser analisado em concreto, nas palavras do autor:

A definição quanto à validade dessas e outras cláusulas, formuladas por iniciativa das partes, seja no âmbito do casamento, seja em pactos atinentes a outras formações familiares, deve levar em consideração a função instrumental da família no desenvolvimento da pessoa humana. serão merecedoras de tutela as cláusulas que promovam a dignidade da pessoa de cada integrante da família à luz dos princípios constitucionais da solidariedade e da igualdade, os quais devem informar as comunidades intermediárias, de modo que o pluralismo de escolhas traduza a liberdade fundamental de cada um, como expressão de sua individualidade, a organizar a sua vida comunitária (TEPEDINO, 2015, p. 479).

De maneira categórica Rodrigo da Cunha Pereira e Edson Fachin (2021, online) atestam que é possível estabelecer direitos pessoais e existenciais nessa modalidade de contrato, como disposições domésticas, da administração do lar conjugal, residências separadas, etc.

Proibir o estabelecimento de cláusulas de conteúdo moral, sobre, fidelidade não proibição de uma relação aberta, prática sexuais não convencionais, seria interferir na autonomia da vontade dos sujeitos ali envolvidos. Quanto mais claras as regras estabelecidas entre o casal, mais verdadeira será a conjugalidade. Obviamente que a maioria das pessoas prefere guardar em segredo suas fantasias e intimidade e, não revelá-las em um pacto antenupcial. Mas se quiserem deixar algumas regras claras nesse sentido, não há impedimento jurídico. Ao Estado, e nem a terceiros, interessam esses conteúdos, pois a eles não traz prejuízo algum, a não ser o incômodo de ver estampada questões da intimidade de um casal, que só a eles interessam. O Código Civil regula e estabelece regras para o casamento, mas o casal pode ter o seu código particular de conteúdo moral sexual, podendo ser previsto em um pacto antenupcial, pois isto nada interfere em direito alheio. Qualquer ato sexual é lícito se for realizado voluntariamente entre adultos, e não causar danos aos protagonistas e nem terceiros. (PEREIRA; FACHIN, 2021, online).

Com relação aos momentos a serem entabulados Rolf Madaleno realiza um apanhado na legislação internacional, como Itália, Alemanha e Peru perpassando ao menos três oportunidades de se realizar o mencionado contrato, quais sejam: pré-nupcial, nupcial ou pós-nupcial, da seguinte forma:

Na Itália, os regimes matrimoniais foram objeto de reforma operada pela Lei n. 151, de 19 de maio de 1975, admitindo no início uma mutabilidade judicialmente controlada, cujo controle judicial foi suprimido em 1981,20 podendo ser falado em convenção pré-nupcial, nupcial ou pós-nupcial. Na Alemanha os contratos nupciais podem ser concluídos durante o casamento ou formalizados antes do matrimônio (BGB, § 1.408), estando presentes ambas as partes e sempre realizado o contrato através de escritura notarial (BGB, § 14.10), e no Peru, os regimes patrimoniais podem ser modificados durante o matrimônio, conquanto que o façam por escritura pública e inscrição no registro pessoal, de cuja data de inscrição passa a ter eficácia (CC, peruano art. 296), fato que na lição de Alex Plácido Vilcachagua demonstra a existência da autonomia privada, se bem que limitada, em respeito aos interesses de terceiros, com o adendo doutrinário da completa dispensabilidade do registro da escritura de alteração do regime, porque terceiros já estão protegidos desde a outorga



da escritura.

Em complemento e com o objetivo de analisar a legislação pátria vale-se dos escritos de Rodrigo da Cunha Pereira e Edson Fachin (2021, online) aludem que pacto pós-nupcial, no Brasil pode ser visto da seguinte maneira:

Pacto pós-nupcial é o estabelecimento de novo regime de bens após o casamento, que se faz judicialmente, com a mudança do regime de bens durante o casamento. O art. 1.639, § 2º do CCB/2002, que entrou em vigor em janeiro de 2003, quebrou o princípio da imutabilidade do regime de bens, tornando-se possível, então, sua alteração na vigência do casamento. (PEREIRA; FACHIN, 2021, online).

Por conseguinte, exsurge a necessária observância do contrato de convivência cujo mote será reger a união estável que inobstante seja um consolidado arranjo familiar contemporâneo ainda revela controvérsia quanto a pluralidade de pessoas a viverem desta maneira, ou seja, a denominada poliafetividade.

A controvérsia surge com a vedação pelo CNJ (Conselho Nacional de Justiça) de que os cartórios registradores façam mencionado registro, pois, conforme afirmou Ministro João Otávio de Noronha que teor da decisão pelo CNJ não foi a possibilidade ou não da união poliafetiva, mas que “o corregedor normatiza os atos dos cartórios. Os atos cartorários devem estar em consonância com o sistema jurídico, está dito na lei. As escrituras públicas servem para representar as manifestações de vontade consideradas lícitas” (CNJ, 2018).

Neste ponto igualmente deve incidir o permissivo civil-constitucional da pluralidade familiar e não intervenção estatal em matéria privada dos indivíduos que visem a vedação/impedimento da livre contratualização da forma de constituir família. Como solução ao mencionado entrave:

Para findar a análise desse polêmico assunto, não sendo possível o reconhecimento da validade dessas escrituras pelo Direito de Família, o caminho do Direito Contratual – por contratos de sociedade de participação, por promessas de doação e de alimentos, por plano de saúde e de previdência privada e outros negócios jurídicos patrimoniais – pode indicar a solução. Se entraves morais – e até jurídicos – vedam o reconhecimento da escritura de união poliafetiva pelo Direito de Família, o mundo dos contratos pode perfeitamente aceitar o teor que ali se pretende expressar. Em vez de um ato só, a solução jurídica para casos como os relatados no início do texto estará em várias minutas. Essa nossa posição, a propósito, foi citada pelo Conselheiro Arnaldo Hossepian Salles Lima Junior, quando do julgamento pelo CNJ. (TARTUCE, 2022, online)

Ademais, exsurge controvérsia no que se refere à união estável no tocante a possibilidade ou não de se conferir a retroatividade dos efeitos patrimoniais através da contratualização em face do recente Provimento n.º 141 do Conselho Nacional de Justiça (16



de março de 2023), cujo parágrafo quarto afirma:

§ 4º O novo regime de bens produzirá efeitos a contar da respectiva averbação no registro da união estável, não retroagindo aos bens adquiridos anteriormente em nenhuma hipótese, em virtude dessa alteração, observado que, se o regime escolhido for o da comunhão universal de bens, os seus efeitos atingem todos os bens existentes no momento da alteração, ressalvados os direitos de terceiros.

E a interpretação que deve ser conferida ao dispositivo é que nas uniões estáveis já devidamente instrumentalizadas por contrato não se retroagirá o regime de bens. Entretanto, não havendo a mencionada regularização, a rigor a possibilidade de retroagir.

[...] Através de contrato de convivência, celebrado por instrumento público ou particular, é lícito às partes disciplinarem o regime de bens aplicável à convivência. Em regra, o pacto não possui efeitos retroativos. Contudo, diante da existência de previsão expressa de eficácia retro-operante ao contrato de convivência, esta deve ser observada no momento da dissolução da união, respeitados os direitos de terceiros. (PEREIRA, 2012, p. 71)

Feitas mencionadas digressões aos contratos com maior aquiescência doutrinária e jurisprudencial (ou até mesmo clássicos) não se descuida dos novos contratos (ou ainda pós-modernos ou contemporâneos) que emergem na sociedade hodierna, como por exemplo o contrato de namoro e o contrato de coparentalidade.

Emerge na contemporaneidade o negócio jurídico “contrato de namoro”, cujo teor refere-se a possibilidade dos envolvidos num relacionamento afetivo a acordarem consensualmente que não há entre eles o objetivo de constituir família. (XAVIER, 2022, p. 116).

Os contratos de namoro, dada a situação fática que têm por substrato, tendem a ser duráveis. Desta maneira, se um contrato de namoro atinge esse marco temporal sem que as partes terminem o relacionamento, segue-se a mesma lógica dos contratos de longa duração: o vínculo contrato é renovado por prazo indeterminado.

[...]

O vínculo do contrato de namoro permanece até as partes tomem alguma ação para dele desligar-se: seja pelo término do namoro (*rectius* = distrato do contrato de namoro), pela denúncia ou pela celebração de outros contratos de direito de família, como a celebração de uma união estável por escritura pública ou mesmo a de um casamento (XAVIER, 2022, p. 116).

A coparentalidade desponta com fundamento maior na pluralidade familiar estampada no art. 226 da CF que possibilita ao indivíduo constituir o arranjo familiar de forma ampla, porquanto a coparentalidade é concebida da seguinte forma:

Com a evolução dos modelos, a coparentalidade não pode ser concebida a partir dos papéis de gênero da família nuclear heteronormativa formada por homem e mulher. Esse modelo é excludente de outros. Portanto, aceitam-se famílias democráticas e



multifacetadas do pluralismo consagrado no espírito constitucional. Como consequência, são possíveis núcleos com dois pais, duas mães, uma parceria entre mãe e avó, entre pessoas trans e cis, entre homem e mulher cis, sem a pretensão de esgotar o rol, e um modelo não será excludente do outro. Importa o animus, a razão pela qual a célula foi criada, os acordos estabelecidos na proteção integral, no melhor interesse e desenvolvimento dos filhos gerados pelo planejamento conjunto, além das dignidades envolvidas no processo.

Vitor Kumpel e Ana Laura Pongeluppi escrevem a respeito da semelhança entre coparentalidade e a relação do casal após a separação (ruptura do casamento ou da união estável), porque, em ambos, existe uma cogestão no exercício da autoridade parental para criar e educar os filhos comuns pelo sistema da guarda compartilhada. A situação do casal que teve envolvimento afetivo, sexual, amoroso e de compromisso conjugal destoa da coparentalidade em análise, pois, nela, nunca houve enlace afetivo. As pessoas se conhecem e se unem no propósito específico de montar uma estrutura familiar para execução do planejamento de geração e cuidado dos próprios filhos, os quais não serão gerados por relações sexuais, mas por técnicas como reprodução humana ou pela adoção conjunta ou unilateral e socioafetiva. (DUFNER, 2023, online)

Assim, a formulação de um contrato que discipline a auxilie o arranjo familiar no cotidiano é expressão maior do contrato existencial em direito de família na ótica civil-constitucional, uma vez que autoriza aos indivíduos a ampla liberdade de se desenvolverem enquanto pessoa humana, com resguardo do afeto, do melhor interesse da criança e do adolescente, e proteção integral destes.

CONCLUSÃO

Observa-se que o Direito Civil contemporâneo é fruto da constitucionalização que o ordenamento jurídico pátrio sofreu ao longo dos últimos anos, não somente como uma forma de ser interpretado, ou seja, a constitucionalização vai além da hermenêutica a ser realizada, demanda em verdade a adoção do texto constitucional nos mais variados ramos do Direito.

Desta forma, os contratos e os negócios jurídicos existentes no Direito das Famílias não passa despercebido, uma vez que desde o mais tradicional arranjo familiar, na contemporaneidade suscita dúvidas quanto a possibilidade do prévio pacto-antenupcial dispor de cláusulas existenciais. No mesmo sentido caminha o contrato de convivência, com a atual discussão sobre a retroatividade dos efeitos patrimoniais.

E ainda, exsurge no cenário contratual o polêmico contrato de namoro que inobstante referir-se à uma certa espécie prévia de arranjo familiar é discutido previamente pela concepção de que o caminho a ser trilhado é o da constituição de família (casamento ou união estável por exemplo). Mas, não só esta modalidade de negócio jurídico é encontrada uma vez que a família



coparental (formada sem vínculo entre os genitores) resolve se constituir mediante um negócio jurídico.

Destarte, em atendimento à legalidade civil-constitucional pretendeu-se traçar a evolução que os novos arranjos familiares demandam do Direito, uma vez que autorizados por este novo paradigma a pluralidade familiar poderá ser constituída com o auxílio de um negócio jurídico, afastado da patrimonialidade e privilegiando a dignidade da pessoa humana contratante.

REFERÊNCIAS:

BRASIL, Conselho da Justiça Federal. **Enunciado nº 635**. In: VIII Jornada de Direito Civil, Brasília, 2018. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1174>. Acesso em: 14 abr. 2023.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Provimento nº 141**, 16 de março de 2023. Altera o Provimento nº 37, de 7 de julho de 2014, para atualizá-lo à luz da Lei nº 14.382, de 27 de junho de 2022, para tratar do termo declaratório de reconhecimento e dissolução de união estável perante o registro civil das pessoas naturais e dispor sobre a alteração de regime de bens na união estável e a sua conversão extrajudicial em casamento. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4996>. Acesso em: 14 abr. 2023.

CARDOSO, Fabiana Domingues. Coleção Rubens Limongi: **Pacto antenupcial no Brasil: formalidades e conteúdo**. Rio de Janeiro: Método, 2010.

DIAS, Eduardo Rocha. Situações Jurídicas Existenciais e jusfundamentalidade. In **Direito Civil constitucional**. A ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências. TEPEDINO, Gustavo. FACHIN, Luiz Edson. Lobo, Paulo. 2014, Editora: Conceito. Florianópolis.

DUFNER, Samantha. **Famílias Multifacetadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023. Capítulo 13, página RB-13.1. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/307799437/v1/page/RB-13.1>. Acesso em: 09 abr. 2023.

JR., Otavio Luiz R. **Direito Civil Contemporâneo - Estatuto Epistemológico, Constituição e Direitos Fundamentais**. Grupo GEN, 2019. E-book. ISBN 9788530987381. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530987381/>. Acesso em: 14 abr. 2023.

LÔBO, Paulo. Metodologia do direito civil constitucional. In **Direito Civil constitucional**. A ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências. TEPEDINO, Gustavo. FACHIN, Luiz Edson. Lobo, Paulo. 2014, Editora: Conceito. Florianópolis.



MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559644872. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559644872/>. Acesso em: 14 abr. 2023.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1947. p. 93.

MONTENEGRO, M. C. (2018, 26 de junho). **Cartórios são proibidos de fazer escrituras públicas de relações poliafetivas**. Agência CNJ de Notícias. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cartorios-sao-proibidos-de-fazer-escrituras-publicas-de-relacoes-poliafetivas/>. Acesso em: 14 abr. 2023.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria dos Contratos**. Novos Paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Instituições de Direito Civil**. Vol. 4. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha.; FACHIN, Edson. **Direito das Famílias**. Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9786559642557. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559642557/>. Acesso em: 14 abr. 2023.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos N. **Direito Civil - Constitucional**. Grupo GEN, 2016. E-book. ISBN 9788597005172. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597005172/>. Acesso em: 14 abr. 2023.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família - Vol. 5**. Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559643578. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559643578/>. Acesso em: 14 abr. 2023.



_____. **Manual de Direito Civil** - Volume Único. Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559643134. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559643134/>. Acesso em: 14 abr. 2023.

TEPEDINO, Gustavo. **Contratos em Direito de família**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). Tratado de direito das famílias. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.

TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina B. **Fundamentos do Direito Civil: Direito de Família**. v.6. Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559643936. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559643936/>. Acesso em: 14 abr. 2023.

XAVIER, Marília Pedroso. **Contrato de namoro**. Amor líquido e direito de família mínimo. 3ª ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Foco. 2022.