

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito

Mirelle Stéfani da Silva Tavares

**PACTO ANTENUPCIAL:
a possibilidade de inclusão de cláusulas não patrimoniais**

Belo Horizonte
2021

Mirelle Stéfani da Silva Tavares

**PACTO ANTENUPCIAL:
a possibilidade de inclusão de cláusulas não patrimoniais**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Taisa Maria Macena de Lima.

Área de concentração: Democracia, Autonomia Privada e Regulação

Belo Horizonte

2021

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

T231p Tavares, Mirelle Stéfani da Silva
Pacto antenupcial: a possibilidade de inclusão de cláusulas não patrimoniais / Mirelle Stéfani da Silva Tavares. Belo Horizonte, 2021. 139 f.

Orientadora: Taisa Maria Macena de Lima
Mestre (Dissertação) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Direito de família - Legislação - Brasil. 2. Pacto antenupcial - Aspectos jurídicos - Brasil. 3. Casamento - Aspectos jurídicos - Brasil. 4. Autonomia privada. 5. Princípio da dignidade da pessoa humana. 6. Cláusulas (Direito). 7. Regime de bens - Legislação. 8. Casamento - Anulação. I. Lima, Taisa Maria Macena de. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 347.65

Mirelle Stéfani da Silva Tavares

**PACTO ANTENUPCIAL:
a possibilidade de inclusão de cláusulas não patrimoniais**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Taisa Maria Macena de Lima.

Área de concentração: Democracia, Autonomia Privada e Regulação

Prof.^a Dr.^a Taisa Maria Macena Lima – PUC Minas (Orientadora)

Prof.^a Dr.^a Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas – UNA (Banca Examinadora)

Prof. Dr. Walsir Edson Rodrigues Júnior – PUC Minas (Banca Examinadora)

Belo Horizonte, 05 de fevereiro de 2021.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, pois foi Ele quem me permitiu a concretização deste sonho. Só Ele e outras poucas pessoas sabem o quanto o Mestrado foi querido e idealizado por mim. Só Ele e essas mesmas pessoas sabiam que a única condição possível de realização deste sonho seria por meio de uma Bolsa, e ela veio. Foi Ele, meus pais e meu marido que me deram condições financeiras e emocionais para que eu pudesse chegar até aqui.

Agradeço aos meus pais, Marluci e Carlos, que sempre depositaram em mim todo o seu amor, carinho, segurança e sempre me incentivaram em todos os aspectos da minha vida. Não há dúvidas de que vocês são os meus maiores exemplos. Todas as minhas conquistas são para vocês.

Agradeço ao meu marido Guilherme, que precisou fincar seus pés ao chão para que eu pudesse voar. — Você abdicou dos seus sonhos, mesmo que momentaneamente, para que eu pudesse realizar o meu. — O seu apoio e incentivo me encorajaram e me encorajam a buscar sempre mais. — Obrigada por ser meu porto seguro! Obrigada por sempre estar ao meu lado!

Agradeço a toda a minha família e amigos, que sempre torceram por mim. Em especial, agradeço às minhas amigas Julyanne Cheloni e Luana Souto, que me apoiaram e me ajudaram desde o início desta minha caminhada. — Sem vocês, talvez eu não tivesse encarado tal desafio, pelo menos naquele momento.

Agradeço também à minha amiga, parceira, comadre e sócia, Thais Simas, que sempre me surpreende com a sua infinita generosidade. Muitas vezes, mesmo precisando do meu auxílio nas atividades do nosso escritório, absorveu todas as demandas para que eu pudesse focar na escrita da dissertação. — Com você, amiga, a tarefa foi menos árdua!

Por fim, agradeço a todos os colegas com quem eu convivi e dividi as alegrias e dificuldades do Programa, bem como a todos os professores do Programa de Pós-Graduação em Direito, os quais me inspiram e tanto contribuíram para o amadurecimento do meu conhecimento.

Em especial, agradeço à minha querida orientadora Professora Doutora Taisa Maria Macena de Lima, que me conduziu até aqui com precisão, qualidade e tranquilidade, a quem admiro imensamente e cuja simplicidade me comove.

“Toda a problemática que se arma a partir da conjunção destes dois conceitos – liberdade e família – se resume, por conseguinte, em estabelecer, no plano da objetividade institucional, composição tal entre eles de que resulte um mínimo de restrições individuais e um máximo de realização pessoal”.

João Baptista Villela (1984)

RESUMO

Esta pesquisa teve como objetivo verificar a possibilidade de inclusão de cláusulas não patrimoniais no pacto antenupcial, além da regulamentação do regime de bens. A pesquisa foi extremamente importante, tendo em vista a pouca discussão a respeito do assunto na doutrina ou, quando existente, baseada em conceitos ultrapassados. Dessa forma, pretendeu-se demonstrar as mudanças ocorridas no Direito das Famílias após a Constituição de 1988, principalmente no que concerne à função da família contemporânea, que é ser instrumento de realização pessoal dos indivíduos que a compõem. Para tanto, a fim de compreender essa mudança de paradigma, foram estudados alguns princípios aplicáveis ao Direito das Famílias, os quais eram mais importantes para este trabalho. Assim, verificou-se que o princípio da autonomia privada se fundamenta pela garantia da dignidade da pessoa humana e, por esse motivo, a função da família só se realiza diante do respeito desses princípios. Por conseguinte, buscou-se também compreender a mudança na natureza jurídica do casamento e do pacto antenupcial, bem como os seus objetivos sob o viés da autonomia privada, a fim de confirmar a extensão dessas modificações em relação à possibilidade de os cônjuges definirem as próprias regras da sua relação conjugal. Dessa forma, verificou-se que o pacto antenupcial é instrumento de realização existencial dos cônjuges, sendo apto a receber tanto cláusulas patrimoniais quanto existenciais. Por fim, identificaram-se os fundamentos, as possibilidades e os limites dessa inclusão, exemplificando com alguns assuntos que poderiam ser pactuados entre os nubentes, sem, é claro, esgotar as possibilidades. O método usado foi o dedutivo e bibliográfico.

Palavras-chave: Direito das Famílias. Pacto antenupcial. Casamento. Autonomia privada. Dignidade da pessoa humana. Cláusulas existenciais.

ABSTRACT

This research aimed to verify the possibility of including non-equity clauses in the prenuptial agreement, in addition to the regulation of the property regime. The research was extremely important, given the little discussion on the subject in the doctrine or, when existing, based on previous concepts. Thus, it was intended to demonstrate the changes that occurred in the Law of Families after the 1988 Constitution, mainly with regard to the function of the contemporary family, which is to be an instrument of personal fulfillment of the individuals who compose it. Therefore, in order to understand this paradigm shift, some principles applicable to Family Law were studied, which were more important for this work. Thus, it was found that the principle of private autonomy is based on the guarantee of the dignity of the human person and, for this reason, the function of the family is only realized when these principles are respected. Consequently, we also sought to understand the change in the legal nature of marriage and the prenuptial agreement, as well as its objectives under the bias of private autonomy, in order to confirm the extent of these changes in relation to the possibility for spouses to define their own rules of your marital relationship. Thus, it was found that the prenuptial pact is an instrument for the spouses' existential realization, being able to receive both patrimonial and existential clauses. Finally, the foundations, possibilities and limits of this inclusion were identified, exemplifying with some subjects that could be agreed upon among the newlyweds, without, of course, exhausting the possibilities. The deductive and bibliographic method was used.

Keywords: Family Law. Prenuptial agreement. Marriage. Private autonomy. Dignity of human person. Existential clauses.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
CC	Código Civil
CF	Constituição Federal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
STJ	Superior Tribunal de Justiça
CJF	Conselho da Justiça Federal

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	17
2	DIREITO DAS FAMÍLIAS: DA INTERVENÇÃO ESTATAL À AUTONOMIA PRIVADA	19
2.1	Breve evolução histórica da família	21
2.2	A família institucionalizada do Código Civil de 1916	28
2.3	O Estado Democrático de Direito como consagrador dos direitos fundamentais do indivíduo	33
<i>2.3.1</i>	<i>A família no Estado Democrático de Direito: instrumento de realização existencial.</i>	<i>41</i>
2.4	Elementos caracterizadores da família	45
2.5	Princípios constitucionais aplicáveis ao Direito das Famílias	46
<i>2.5.1</i>	<i>Princípio da dignidade da pessoa humana (princípio do livre desenvolvimento da personalidade), princípio da solidariedade e princípio da igualdade.</i>	<i>47</i>
<i>2.5.2</i>	<i>Princípio da autonomia privada, princípio da intervenção mínima do Estado e princípio do livre planejamento familiar</i>	<i>51</i>
3	AUTONOMIA PRIVADA: CONTRATUALIZAÇÃO DO DIREITO DAS FAMÍLIAS	53
3.1	Autonomia privada: conceito, características e fundamentos	53
3.2	Princípio da não intervenção estatal na família e princípio do livre planejamento familiar	60
4	CASAMENTO: DE INSTITUIÇÃO A NEGÓCIO JURÍDICO DE DIREITO DAS FAMÍLIAS	65
4.1	Histórico, conceito e requisitos do casamento	65
4.2	Natureza jurídica do casamento	68
<i>4.2.1</i>	<i>Teoria Institucionalista do casamento</i>	<i>68</i>
<i>4.2.2</i>	<i>Teoria Contratualista do casamento</i>	<i>70</i>
<i>4.2.3</i>	<i>Teoria Mista, Híbrida ou Eclética do casamento</i>	<i>72</i>
<i>4.2.4</i>	<i>O papel da autonomia privada na reconfiguração da natureza jurídica do casamento: o casamento como negócio jurídico sui generis</i>	<i>72</i>
4.3	Efeitos do casamento	74
<i>4.3.1</i>	<i>Efeitos sociais do casamento</i>	<i>74</i>
<i>4.3.2</i>	<i>Efeitos pessoais do casamento</i>	<i>75</i>
<i>4.3.3</i>	<i>Efeitos patrimoniais do casamento</i>	<i>77</i>
5	PACTO ANTENUPCIAL	81
5.1	Conceito e natureza jurídica do pacto antenupcial	81
5.2	O pacto antenupcial à luz da Teoria do Negócio Jurídico: requisitos e formalidades	85
<i>5.2.1</i>	<i>Do plano da existência do pacto antenupcial</i>	<i>86</i>
<i>5.2.2</i>	<i>Do plano da validade do pacto antenupcial</i>	<i>87</i>
<i>5.2.3</i>	<i>Do plano da eficácia do pacto antenupcial</i>	<i>92</i>
5.3	O pacto antenupcial como negócio jurídico de Direito das Famílias: instrumento de exercício da autonomia privada	95
5.4	Pacto antenupcial e casamento: instrumentos de realização existencial	99
6	INCLUSÃO DE DISPOSIÇÕES NÃO PATRIMONIAIS NO PACTO ANTENUPCIAL: FUNDAMENTOS, POSSIBILIDADES E LIMITES	103
6.1	Cláusula de disposição das obrigações pessoais entre os cônjuges	107
<i>6.1.1</i>	<i>Cláusula de não manutenção do patronímio do outro</i>	<i>107</i>

6.1.2	<i>Cláusula de disposição dos deveres conjugais</i>	108
6.1.2.1	<i>Cláusula indenizatória pelo desrespeito aos deveres conjugais</i>	112
6.1.3	<i>Cláusula de privacidade entre os cônjuges</i>	115
6.2	Cláusula de fixação e renúncia antecipada de alimentos	115
6.3	Cláusulas relativas aos filhos	120
6.3.1	<i>Cláusula de planejamento familiar: geração e adoção de filhos</i>	120
6.3.2	<i>Cláusula de guarda, direito de visitas e educação dos filhos menores</i>	122
6.4	Cláusula de arbitragem	124
7	CONCLUSÃO	127
	REFERÊNCIAS	131

1 INTRODUÇÃO

Em um contexto de constante tensão entre o público e privado, o Direito das Famílias foi um dos ramos do Direito que mais sofreu alterações nas últimas décadas, principalmente no que concerne à sua função.

Sendo assim, no Estado Democrático de Direito abandona-se a concepção de família como um núcleo patriarcal e econômico, na qual a autonomia privada era destinada apenas ao chefe da família (*pater*) e se limitava somente às questões patrimoniais, e passa-se à concepção de família democrática, concebida como instrumento de realização plena dos indivíduos que dela fazem parte, cuja realização não se resume só a aspectos patrimoniais.

Portanto, ao discutir os limites de ingerência do Estado na família, entende-se por uma ampliação desse espaço, na medida em que os cônjuges possam construir as suas próprias regras de convivência e, assim, se realizarem conjugalmente.

Além disso, compreende-se também ser necessário que os indivíduos tenham autonomia para planejar tanto suas questões patrimoniais quanto existenciais, a fim de efetivarem a nova concepção contemporânea de família. Nesse contexto, é necessário rever institutos e conceitos já há muito consagrados, mas que estão ultrapassados diante dos novos tempos.

Dentre esses institutos, encontra-se o pacto antenupcial, objeto de estudo desta pesquisa, que tradicionalmente é destinado a reger a vida patrimonial dos nubentes. Acredita-se ser lícito incluir cláusulas existenciais ou híbridas nele, desde que sejam observadas as normas de ordem pública. Mas, para isso, é necessário reformular a sua natureza jurídica e a sua função para que seja possível a inclusão dessas cláusulas.

O objetivo neste trabalho, portanto, é adequar o perfil estrutural e funcional do pacto antenupcial aos princípios constitucionais de um Estado Democrático de Direito, o qual reclama tutela em prol da dignidade da pessoa humana e da pluralidade.

Nesse sentido, propõe-se, no segundo capítulo, explicitar a evolução história da família a fim de identificar a mudança paradigmática ocorrida após a Constituição de 1988, sua regulamentação e os princípios aplicáveis ao Direito das Famílias, bem como o papel do Estado ao regulamentar esse assunto.

No terceiro capítulo, passa-se à análise da autonomia privada no contexto da privatização da família, identificando-se o espaço de atuação dos particulares e do Estado, na medida em que garantir a autonomia do indivíduo nas suas escolhas é garantir a própria dignidade da pessoa humana, princípio basilar de um Estado Democrático de Direito.

Além disso, é importante, também, identificar a atual natureza jurídica e as características do casamento e do pacto antenupcial, este como instrumento capaz de abrigar não apenas o estatuto patrimonial dos nubentes, mas também outras regras existenciais, o que é feito no quarto capítulo e quinto capítulo.

Posteriormente, no sexto capítulo, destaca-se a importância do pacto antenupcial para a prevenção de litígios entre os cônjuges, seus fundamentos, possibilidades e limites, bem como se exemplificam algumas cláusulas que se crê poderem ser objeto de pactuação entre as partes. Trata-se de proposição encontrada diante da inexistência de norma que proíba a inclusão de cláusulas existenciais no pacto antenupcial.

Por fim, conclui-se, portanto, pela possibilidade de inclusão de cláusulas não patrimoniais no pacto antenupcial, desde que essas cláusulas não contravenham disposição absoluta de lei, quais sejam, normas cogentes ou de ordem pública (art. 1.655 do CC); não viole os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre os cônjuges e da solidariedade familiar (Enunciado n.º 635 na VIII Jornada de Direito Civil); bem como não promova a desigualdade material entre os cônjuges, os quais foram sugeridos no decorrer do trabalho.

Acredita-se que o estudo sobre o pacto antenupcial é de suma importância para a sociedade, primeiro porque há poucas pesquisas sobre o tema, segundo porque ao possibilitar aos nubentes que eles mesmos estabeleçam as regras matrimoniais, sejam elas patrimoniais ou existenciais, o pacto se torna também um instrumento de prevenção de conflitos entre os cônjuges na constância do casamento ou até mesmo no momento de eventual rompimento do relacionamento.

Para a realização da pesquisa, foi utilizado o método dedutivo e bibliográfico.

2 DIREITO DAS FAMÍLIAS: DA INTERVENÇÃO ESTATAL À AUTONOMIA PRIVADA

Não há dúvidas de que a família é considerada a base da sociedade e, por isso, sua existência é secular. Nesse sentido, é sempre desafiador estudar o Direito das Famílias¹, pois, além de ser o ramo do Direito que mais se aproxima dos indivíduos e estar em constantes modificações, a construção e aplicação das suas regras ainda são carregadas de tradições e moralismos seculares.

A importância da família na construção de qualquer sociedade é indubitável. Da mesma forma, “a mudança de sociedade é o elemento informador para a evolução da família” (FACHIN, 2001, p. 79).

Dada essa importância, é claro que o Direito deve se preocupar com o núcleo familiar e protegê-lo, visto que, conseqüentemente, acaba por proteger também a sociedade. Nas palavras de Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior, “considerando a grande importância social da família, coerente é o fato de o Direito dela se ocupar. Com a função de harmonizar as relações sociais, o Direito considera a família como o principal ambiente onde estas ocorrem. Ao destinar-lhe tutela, preserva a própria sociedade” (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 1).

Assim, o Direito tenta conceituar a família que pretende proteger, motivo pelo qual exclui de sua proteção aqueles que não se encaixam na concepção prevista pelo Estado, conforme pode ser ver a seguir:

até pouco tempo, e por séculos, conhecíamos os direitos de família impostos pelo Estado, que no legítimo exercício do seu poder regulatório-legislativo, predeterminava não apenas o modelo de família que poderia ser juridicamente reconhecido e amparado, de maneira hierárquica, em uma relação vertical com os indivíduos, mas também impunha, sob o caráter de normas de ordem pública, os direitos e as obrigações entre os membros desta família institucionalizada (NAHAS, 2015, p. 14-15).

A tarefa é ainda mais difícil diante da variabilidade de significados das famílias ao longo do tempo e, também, porque “a família como realidade social, precede ao Direito, não

¹ Por todas as transformações ocorridas na família brasileira, como por exemplo, o rompimento da chefia conjugal, o reconhecimento de filhos socioafetivos, legalização de uniões homoafetivas, a permissão de multiparentalidade, verifica-se que não há mais um conceito ou modelo único de família. É por esse motivo que no presente trabalho se adotará o termo Direitos das Famílias e não Direito de Família, no intuito de reconhecer às conquistas no conceito plural de família.

sendo, portanto, criação deste. O sistema jurídico apenas a reconhece e lhe concede proteção” (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 2).

Diante dessa dificuldade e das diversas transformações históricas e estruturais, é importante compreender a família tendo como parâmetro os princípios constitucionais que a norteiam, principalmente para demonstrar a mudança de paradigma pela qual passou esse ramo do Direito.

“Muitos desses princípios são cláusulas gerais, janelas abertas deixadas pelo legislador para nosso preenchimento, para complementação pelo aplicador do Direito” (TARTUCE, 2016, p. 5). A norma constitucional aberta permite que os juristas e os operadores do Direito incluam novas entidades familiares, baseando-se na construção horizontal do Direito das Famílias.

Logo, questiona-se se a autoridade estatal ainda pode determinar verticalmente as regras aplicadas ao seio familiar ou se essa abertura inclui a liberdade de negociação horizontal dos membros familiares.

Essa indagação é extremamente relevante, posto que, se a compreensão de família decorre do ambiente social vivenciado, e o Direito apenas lhe concede validade, é imprescindível que esteja atento às alterações ocorridas.

Há, portanto, a passagem do paradigma de que todas as normas de Direito das Famílias são imposições verticais de ordem pública para o paradigma da autonomia privada das partes, partindo do pressuposto de que as relações familiares, acima de tudo, dizem respeito ao ambiente mais privado da existência humana, o que viabiliza a possibilidade de regulamentação horizontal.

É importante, pois, entender as transformações havidas no Direito das Famílias para compreender a importância de valorizar e promover meios aptos para que os cônjuges alcancem a comunhão plena de vida.

A partir desse contexto, neste capítulo, inicialmente, tecemos sucintas considerações sobre a evolução histórica da família. Em um segundo momento, apresentamos a família institucionalizada do Código Civil de 1916. Em um terceiro momento, enunciamos o Estado Democrático de Direito como consagrador dos direitos fundamentais do indivíduo, momento em que falamos, também, sobre a família no Estado Democrático de Direito como instrumento de realização existencial. Posteriormente, tecemos considerações sobre os elementos caracterizadores da família. Por fim, demonstramos os princípios constitucionais aplicáveis ao Direito das Famílias.

2.1 Breve evolução histórica da família

Toda a codificação brasileira teve influências do Direito Romano e, por conseguinte, estudar a evolução histórica das famílias significa estudar sobre a família romana.

A família romana é descrita como a comunidade de culto dos mortos na medida em que a adoração aos seus antepassados significava proteção e prosperidade como se vê a seguir.

o culto dos mortos de nenhum modo se assemelha ao que os cristãos dedicam aos santos. Uma das primeiras regras desse culto era que não podia ser observado senão pelos familiares de cada morto. Os funerais não podiam ser religiosamente observados senão pelo parente mais próximo. Quanto ao banquete fúnebre, que depois se celebrava em épocas determinadas, apenas a família tinha o direito de assisti-lo, e os estranhos eram severamente excluídos (COULANGES, 1998, p. 14).

Coulanges (1998) explica que os antigos não tinham ideia da criação biológica e, assim, o que geravam parecia-lhes uma criatura divina. Por isso, adoravam os antepassados. Por conseguinte, cada família tinha o seu deus (ascendente) e só poderia adorá-lo, instaurando, então, uma religião puramente doméstica:

nesta ordem, a religião não se manifestava nos templos, mas em casa; cada qual possuía os seus deuses; cada deus não protegia mais de uma família e não era deus em mais de uma só casa. Não podemos racionalmente supor que uma religião com este caráter fosse revelada aos homens pela imaginação poderosa de alguém entre eles, ou por uma casta de sacerdotes. Nasceu espontaneamente no espírito humano, sendo seu berço a família e tendo cada família criado os seus deuses (COULANGES, 1998, p. 15).

Tem-se, portanto, a importância de se constituir uma família, pois era imprescindível a existência de familiares (descendentes para adorar os ascendentes) para que o culto à morte pudesse acontecer. A religião foi o princípio constitutivo da família antiga.

Contudo, cumpre esclarecer que o objetivo da família não era apenas a geração de filhos, porque o “filho homem”, a “filha mulher” e a filha casada não tinham o mesmo significado. O afeto, também, não era o princípio da família, apesar de poder existir.

Nem o afeto, nem o parentesco eram o fundamento da família romana, [...] tal fundamento devia residir no poder do pai ou do marido. Fazem desse poder uma espécie de instituição primordial, mas não explicam como se formou, a não ser pela superioridade de força do marido sobre a mulher, ou do pai sobre os filhos. [...] A autoridade paterna ou marital, longe de ter sido causa primeira, foi também efeito: originou-se da religião, e foi por ela estabelecida. [...] Sem dúvidas não foi a religião que criou a família, mas foi certamente a religião que lhe deu regras (COULANGES, 1998, p. 16).

“A família antiga é mais uma associação religiosa que uma associação natural” (COULANGES, 1998, p. 16). Portanto, a necessidade de se formar uma família surgiu das crenças religiosas (da necessidade de se adorar os antepassados), mas a sua constituição se deu única e exclusivamente pelo casamento.

O casamento era uma solenidade religiosa “mediante a qual a mulher era afastada, definitivamente, da sua inicial religião doméstica – representada pelo pai – para ingressar em outra, a do marido” (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 4). O único modo válido de preservação do culto aos antepassados era por meio do casamento. Coulanges (1998) explica que:

o casamento era, assim, obrigatório. Não tinha por fim o prazer; o seu objeto principal não estava na união de dois seres mutuamente simpatizantes um com o outro e querendo associar-se para a felicidade e para as canseiras da vida. O efeito do casamento, à face da religião e das leis, estaria na união de dois seres no mesmo culto doméstico, fazendo deles nascer um terceiro, apto para continuar esse culto (COULANGES, 1998, p. 20).

Nesse contexto, qualquer nascimento advindo fora do matrimônio era considerado ilegítimo. Da mesma forma, os solteiros não contribuíam para a preservação da religião familiar, conforme pode se ver:

mas não bastava gerar um filho. O filho que perpetuaria a religião doméstica devia ser fruto de casamento religioso. O bastardo, o filho natural, aquele que os gregos denominavam *nóthos* e os latinos *spurius*, não podia desempenhar o papel determinado pela religião ao filho. Com efeito, o laço de sangue isolado não constituía, para o filho, a família; era-lhe ainda necessário o laço do culto. Ora, o filho nascido de mulher não associada ao culto do esposo pela cerimônia do casamento não podia, por si próprio, tomar parte no culto. Não tinha o direito de oferecer a refeição fúnebre, e a família não se perpetuaria por seu intermédio (COULANGES, 1998, p. 20).

Ante a necessidade de continuação da família, surgem várias outras regras, como, por exemplo, a condenação do celibato, pois representava a não realização do casamento e, por conseguinte, a extinção da família.

O celibato devia ser, ao mesmo tempo, considerado como impiedade grave e desgraça: impiedade, porque o celibatário punha em perigo a felicidade dos manes de sua família; desgraça, por ele próprio não dever receber nenhum culto depois de sua morte e não conhecer assim “aquilo que dá prazer aos manes” (COULANGES, 1998, p. 19).

A necessidade de descendência destinava à mulher uma função reprodutiva primordial. “A reprodução, na verdade, resumia a figura feminina. Era exatamente por essa necessidade – e tão somente por ela – que a família se formava, mediante a agregação da mulher ao marido” (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 5).

Por conseguinte, “tendo sido o casamento contratado apenas para perpetuar a família, parece justo que pudesse anular-se no caso de esterilidade da mulher. O divórcio, para este caso, foi sempre, entre os antigos, um direito; é mesmo possível que tenha sido até obrigação” (COULANGES, 1998, p. 20).

Mas a recíproca não era verdadeira. A superioridade da figura masculina permitia que, em caso de sua esterilidade, a solução fosse que a mulher pudesse engravidar dos parentes do seu marido, sem que isso representasse ilegitimidade da prole. “Em casamento estéril, por causa do marido, um irmão ou parente do marido devia substituí-lo e a mulher era obrigada a entregar-se a esse homem. A criança nascida dessa ligação seria considerada como filha do marido e continuadora do seu culto” (COULANGES, 1998, p. 20).

Pelo mesmo motivo, os antigos ainda apresentavam como opção, para perpetuar a família, a adoção. Coulanges (1998) explica que:

o dever de perpetuar o culto doméstico foi o princípio do direito de adoção entre os antigos. A mesma religião obrigando o homem ao casamento, determinando o divórcio em casos de esterilidade, substituindo o marido por algum parente nos casos de impotência ou de morte prematura, oferece ainda à família um derradeiro recurso, como meio de escapar à desgraça tão temida da sua extinção; encontramos esse recurso no direito de adotar (COULANGES, 1998, p. 21).

Conclui-se, portanto, que o princípio da filiação não era o ato material do nascimento, já que permitiam a relação da mulher com os parentes do marido e a adoção, e sim o culto aos antepassados. O que importava, na verdade, era a existência de filhos homens, sejam eles consanguíneos ou adotivos.

Complementa-se ao fato de que era o filho homem o esperado, pois era a figura masculina que transmitia a família e o culto². Assim, o princípio do parentesco tinha exclusiva natureza masculina.

O nascimento da filha não satisfazia ao fim do casamento. Com efeito, a filha não podia continuar com o culto, porque no dia em que se casasse renunciaria à família e

² O pai não é somente o homem forte que protege e que tem também poder para se fazer obedecer: ele é sacerdote, é o herdeiro do lar, e continuador dos antepassados, o tronco dos descendentes, o depositário dos ritos misteriosos do culto e das fórmulas secretas da oração. Toda a religião reside nele.

ao culto de seu pai, passando a pertencer à família e à religião do marido. A família, como o culto, só se continuava pelos varões (COULANGES, 1998, p. 20).

Definitivamente, a religião não colocava a mulher em uma posição favorável, apesar de ela participar de todos os cultos religiosos³. O que importava era a figura masculina, o que explica a sua superioridade tanto em relação à mulher quanto aos filhos.

Essa concepção colaborou ainda para a estruturação da propriedade privada, a qual era necessária para a preservação da família. Coulanges (1998) explica que,

ao se formularem os recintos sagrados, era necessário delimitar as respectivas áreas. Um espaço para cada família, para cada culto. E isso de forma plenamente isolada. Não se admitia sequer a utilização de uma divisa comum, sob pena de se confundirem as santidades e, indevidamente, fundirem-se as religiões (COULANGES, 1998, p. 24).

Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior (2010), sintetizam muito bem isso:

em síntese, é possível dizer que, para os romanos, na cidade antiga, a família era uma comunidade instituída pelo casamento: solenidade religiosa pela qual, unidos homem e mulher, obtinha-se a descendência tão necessária à preservação do culto. Em consequência, a situação feminina resumia-se à função reprodutiva e os filhos restringiam-se a recurso para continuidade da religião. Ao revés, na figura masculina concentrava-se toda a autoridade do grupo. Afinal, o homem garantia o culto. A propriedade privada, por fim, representava o instituto responsável pela delimitação do espaço de cada uma das religiões domésticas, as quais, por sua vez, circunscrevia, toda formação social (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 6).

Considerando que a família era a base de qualquer sociedade, e de fato é, toda essa estrutura, por conseguinte, definiu também a estrutura social da época. Assim, a família, como menor núcleo social, tinha o *pater familias*, a autoridade máxima, tendo poderes, inclusive, em relação à vida ou à morte sobre os membros da família.

Tendo em vista o poder conferido ao *pater familias*, se afirma que, “em Roma, a família pautava-se numa unidade econômica, política, militar e religiosa, que era comandada sempre por uma figura do sexo masculino, o *pater familias*” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 49).

³ A religião não coloca a mulher em posição tão elevada. É verdade que ela toma parte em todos os atos religiosos, mas ela não é a senhora do lar. Sua religião não lhe vem do nascimento; nela foi iniciada somente por ocasião do casamento; ela aprendeu do marido a prece que pronuncia. Não representa os antepassados, porque não descende deles. Não se tornará um deles, porque, sepultada, não receberá nenhum culto especial. Na morte, como na vida, ela não é considerada mais que um membro do esposo.

Luciana Faísca Nahas (2015), sintetiza o modelo familiar na Antiguidade, conforme pode se ver:

Assim, o modelo familiar extraído da Antiguidade era centrado no matrimônio, como forma de constituição pública e solene da família, tendo na exigência da fidelidade um importante elemento para preservar e garantir a legitimidade dos filhos gerados pela mulher. Aliás, a geração de filhos não se tratava como opção, mas uma obrigação, que se não pudesse ser cumprida permitia até mesmo o desfazimento matrimonial. Estruturava-se no patriarcado, sendo o marido-patriarca chefe da organização familiar, com autoridade sobre esposa e filhos (NAHAS, 2015, p. 24).

Da mesma forma, a autora explica que a principal mudança de paradigmas da Antiguidade para a Idade Média foi a grande influência social da Igreja Católica, instituindo o casamento religioso como um sacramento, observemos:

Assim, a principal mudança da Antiguidade para a Idade Média foi a forte influência da Igreja Católica e seus dogmas. A família institucional, no entanto, permaneceu como aquela originária do matrimônio religioso como forma de constituição pública e solene. Substituiu-se o culto aos antepassados e a autoridade religiosa privada do *pater familia*, típicos da chamada religião pagã, pela fé monoteísta cristã. Continuava o marido sendo chefe da família, com autoridade sobre esposa e filhos, mas perdeu o *status* de autoridade religiosa, destinada a uma classe especial, o clero (NAHAS, 2015, p. 26).⁴

Nas palavras de Cláudia Viegas (2017), “emergiu o Direito Matrimonial Canônico e diante de tal contexto, surgiu uma nova concepção cristã de família fundada no sacramento do matrimônio, diferenciando-se do matrimônio romano, pagão, de cunho materialista e utilitário” (VIEGAS, 2017, p. 38).

A Igreja Católica na Idade Média exercia um poder tão forte que era incontestada, uma “potência ao lado do Estado, que não só coroava e destronava imperadores, como se insinuava no tecido da vida doméstica, da herança e do casamento” (LEITE, 1991, p. 257). Em que pese os fundamentos religiosos da Antiguidade sejam distintos da Igreja Católica, o casamento manteve várias de suas características: ato solene⁵; função primordial de gerar filhos legítimos pela exclusividade da relação⁶ e a sua indissolubilidade⁷.

⁴ Acrescente-se às essas características, já presentes na Antiguidade, a indissolubilidade do vínculo, de forma que o casamento não pode ser dissolvido pela vontade das partes.

⁵ Quanto às formalidades, primeiramente se passava pela fase dos sponsais – sponsalia –, o compromisso solene dos futuros nubentes. Após, havia a dotatio, de origem germânica, que consistia na entrega do dote pelo noivo à noiva. Em seguida, realizavam-se o benedictio, a bênção do padre e, finalmente, a traditio puellae, a entrega da noiva (SANTOS, 2017, p. 32).

⁶ A exigência de fidelidade intensificou-se, sendo inclusive exigida a pureza antes mesmo do enlace matrimonial (NAHAS, 2015, p. 26).

Na Idade Média, tendo em vista a descentralização do poder político, passou-se à unificação dos Reinos sob o fundamento do poder absoluto da Monarquia, dos reis escolhidos por Deus, o que foi ratificado pela Igreja Católica. Esse apoio significava a manutenção dos dogmas da religião católica.

Contudo, não se pode esquecer da influência da patrimonialidade no modelo familiar da Idade Média, fato que marcou a passagem para a Idade Moderna, mais precisamente as mudanças sociais ocorridas após as várias revoluções processadas. “A família dita moderna é fruto de duas feridas narcísicas infligidas pelos efeitos das Revoluções Francesa e Industrial sobre o sujeito ocidental entre meados do século XVIII e o início do XX”. (SANDA, 2007, p. 17).

A Revolução Industrial fragmentou a sociedade em dois grupos: a burguesia, detentora dos meios de produção (fábricas, máquinas, comércio, redes de transporte, bancos, etc), e o proletariado, o trabalhador da indústria, assim, Claudia Viegas (2017) discorre:

Certo é que com a Revolução Industrial, a família deixa de ser uma unidade de produção comandada pelo *pater*, para ter caráter econômico, em que cada membro passa a trabalhar dentro das fábricas. [...] Ante a esse cenário, a família reduz a sua feição paternalista, deixando de ser produtora dos bens para a sua própria subsistência, para auferir o seu sustento no mercado de trabalho externo, ora como proprietária, ora como proletária (VIEGAS, 2017, p. 45).

Nesse contexto, a classe propulsora das reivindicações e principalmente das ideias iluministas foi a burguesia, detentora dos fatores econômicos da época, porque eram os homens livres que podiam desenvolver atividade econômica com liberdade. Vejamos:

Sob o ideário iluminista baseado, sobretudo, na defesa da igualdade e da liberdade, tal diploma preocupou-se em assentar dispositivos que aniquilassem o privilégio dos nobres e, ainda, que afastassem as intervenções estatais da seara de ação do sujeito. Equiparando todos os indivíduos e considerando-os livres, estava colocada a melhor disposição sociojurídica o que era benéfico para a fluência mercadológica (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 6-7).

Ademais, o poder absoluto da Monarquia passou a ser questionado pelos chamados contratualistas, colocando em debate a origem do poder dos governantes, momento em que se afasta a legitimação divina inquestionável, e os indivíduos passam a celebrar um “contrato social”, pelo qual abrem mão de parcela do seu poder para instituição de um governo, que em contrapartida deveria respeitar direitos mínimos.

7 O divórcio, porém, era impossível por qualquer motivo, devido à mencionada indissolubilidade do casamento, trazida na Bíblia Sagrada pela passagem em Mateus, 19:6: “Portanto, não separe o homem o que Deus uniu” (SANTOS, 2017, p. 32).

A ideologia contratualista resultou na Revolução Francesa em 1789, a qual depôs monarquia e clero, os quais fundamentaram durante séculos o seu poder na ordem divina, para que, enfim, o povo assumisse o poder, momento em que se regulamentou uma constituição, fundamento de um Estado Moderno.

Assim, tudo e todas as formações sociais se condicionavam à aquisição de propriedade e efetivação da patrimonialidade. Nem mesmo a família escapou dessa mudança de paradigma. “Os códigos civis editados sob a inspiração do individualismo liberal alcançaram a propriedade e os interesses patrimoniais a pressuposto de todos os direitos privados, inclusive o direito de família” (LÔBO, 2004, p. 145).

Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior (2010) esclarecem essa mudança de paradigma:

pode-se dizer que o importante papel ocupado, no Direito Romano, pela chamada religião doméstica foi preenchido, a partir de então, pelo patrimonialismo. Antes a família justificava-se para manter o culto e, em vista disso, valia-se da propriedade privada. Já nesse momento histórico, a família formava-se para a aquisição de patrimônio. Alterou-se o escopo, tornando fim o que era simples meio (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 7).

Todavia, cumpre esclarecer que a influência religiosa não se extinguiu, apenas houve mudanças quanto ao fundamento da formação familiar (o Cristianismo passou a ser o fundamento da formação familiar e não mais a veneração aos antepassados), até porque a única instituição que conseguiu permear, de maneira quase hegemônica na Europa Ocidental Medieval, foi a Igreja Católica, tendo um papel fundamental na consolidação dos Estados.

Naquele momento, o Estado de Direito formado se caracterizava pelo Liberalismo, o que representava a separação do âmbito público e privado. Assim, Luciana Nahas (2015) discorre:

Nesse contexto, a Constituição servia apenas como instrumento instituidor e regulamentador do Estado, não tratando questões concernentes às relações privadas, objeto da legislação civil infraconstitucional, e dentro da qual se inclui o casamento, que com a ruptura das origens religiosas do poder não poderia mais ser tratado como ato religioso, resgatando as origens jurídicas (NAHAS, 2015, p. 28).

Assim, a família passou a ser institucionalizada pelo Estado. A família predominantemente formada sob os dogmas religiosos passou a ser uma família legítima, isto é, instituída, reconhecida e regulamentada pela lei.

Em qualquer momento histórico, as leis criadas pelos legisladores são frutos da sociedade, sob a influência de todas as questões culturais, econômicas e religiosas existentes.

Por isso, mesmo a família sendo legítima (instituída pelo Estado), ela manteve suas bases pautadas na religião católica, que era a religião aceita pela sociedade da época.

Têm-se, então, uma família centrada no matrimônio solene e monogâmico, no qual a fidelidade é um fato extremamente importante, pois dele deriva a presunção de paternidade; uma família submetida ao poder do homem, ou seja, patriarcal e com o objetivo único de gerar filhos legítimos, principalmente para garantir a transmissão patrimonial.

Naquele momento histórico após a Revolução Francesa, iniciou-se o movimento que culminou na Independência do Brasil, cujos ideais de formação de Estado de Direito “com Constituição própria regulamentando as questões de ordem pública, como os direitos fundamentais e a formação do Estado, e de legislação civil para regulamentação das relações de ordem privada são a base na qual foi construído o Direito de Família brasileiro” (NAHAS, 2015, p. 29).

Portanto, é possível identificar o protagonismo que o patrimonialismo e a religião promoveram no modelo familiar e, por conseguinte, nas codificações, especialmente no Código Civil de 1916, como será abordado no item a seguir.

2.2 A família institucionalizada do Código Civil de 1916

O movimento de codificação no Brasil ocorreu concomitantemente à sua independência no ano de 1822, ainda sob influência do Direito Romano, Canônico e dos Códigos Civis da França de 1804 (Código Napoleônico) e da Alemanha de 1900. Como Estado independente, o País precisava criar sua própria constituição e assim o fez no ano de 1824, ainda no Brasil Império.

A Constituição de 1824⁸ não fez menção sobre a regulamentação da família, se limitando apenas a citar a formação da Família Imperial, por ser importante na organização da forma de governo que, no momento, era uma monarquia hereditária⁹, e também, por estar sob a influência do Liberalismo. Vejamos:

[...] Esta Constituição, por seu caráter não-intervencionista, não destinou normas específicas sobre a família brasileira, sua formação de constituição ou mesmo sua proteção, fato que não deixam nenhuma dúvida de que se harmonizava com o

⁸ O texto integral da Constituição de 1824 pode ser acessado no site: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm.

⁹ O Estado brasileiro foi instituído como monárquico hereditário, constitucional e representativo, sob o comando do Imperador. Porém, havia uma peculiaridade em relação à divisão dos poderes: foi a única Constituição do mundo que adotou a tetrapartição do poder, formulada por Benjamim Constante, ao invés da tradicional tripartição formulada por Montesquieu (BONAVIDES, 1996).

pensamento individualista predominante da época, enquadrando-se perfeitamente no modelo liberalismo clássico (OLIVEIRA, 2002, p. 32).

Em contrapartida, essa Constituição instituiu a religião Católica Apostólica Romana como a religião oficial do Brasil¹⁰ e, assim, a família brasileira foi regulamentada de forma indireta, devendo seguir os preceitos determinados pelo Direito Canônico.

Após a proclamação da República em 1889, fez-se necessária a promulgação de uma nova constituição condizente com a nova ordem. Assim, implantou-se o Federalismo sob a forma Presidencialista de governo e a tripartição dos poderes na Constituição dos Estados Unidos do Brasil em 1891¹¹.

“A nova Constituição esforça-se em extinguir todos os vínculos com o Império e toma medidas como a destituição de títulos de nobreza e a separação expressa do Estado com a Igreja” (NAHAS, 2015, p. 31). Nesse viés, a Constituição é expressa no §4º do artigo 72, ao destacar que “a República somente reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita” (BRASIL, 1988), como única forma de constituição familiar, inclusive, é a única menção realizada sobre o casamento.

É claro que a simples menção à formação de casamento civil gerou muitas críticas dos religiosos “contra o casamento civil, considerando uma afronta à Nação a assertiva de que ele era o único que garantia a moralidade, a boa ordem e a segurança da família” (BONAVIDES; ANDRADE, 2004, p. 239). Sob a égide dessa Constituição o Código Civil de 1916 foi elaborado.

A família, conforme o Código Civil de 1916, caracterizava-se por ser uma entidade formada exclusivamente pelo matrimônio civil. De fato, ocorreu a extinção do casamento religioso, mas é importante esclarecer que isso não significou a extinção da influência religiosa na formação da família. Pelo contrário.

Mesmo o Estado reconhecendo apenas o casamento civil como forma de constituir família, mantiveram-se todas as características impostas pela religião. Nas palavras de Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior (2010):

a reprodução também se manteve como objetivo propulsor da família. Casava-se para obter filhos, como ocorria em Roma. Uma diferença, contudo, destacava-se. A reprodução agora não mais visava à concretização do culto, mas à obtenção de propriedade. Os filhos tornavam-se importante força de trabalho para isso destinava,

¹⁰ Art. 5. A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Império. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto doméstico ou particular em casas para isso destinadas, sem fôrma alguma exterior do Templo. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm.

¹¹ O texto integral da Constituição de 1891 pode ser acessado no site: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm.

servindo, ainda, através da sucessão, à manutenção desse patrimônio na família. Isso significava dizer que, de um lado a figura feminina permanecia resumida à função reprodutiva, de outro, os filhos tinham valor por representarem mão de obra. Em paralelo, portanto, enquanto efetivo sujeito propiciador da aquisição patrimonial, mantinha-se com a autoridade familiar, subjugando-se os demais. A família era, assim, caracteristicamente hierarquizada, patriarcal (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 8).

Em outras palavras, manteve-se a família patriarcal. Entre outras características, o homem ocupava a sua função no ambiente público, ou seja, direcionada à manutenção material da família por meio do seu trabalho, enquanto a função da mulher era de reprodução e conservação do lar, adstrita apenas ao ambiente privado. De acordo com Marina Alice de Souza Santos (2018):

a formação da família por meio do casamento também visava à reprodução, e os filhos eram fonte de mão de obra na busca de acúmulo de riquezas e, juntamente à esposa-mãe, viviam sob a autoridade do patriarca da família. No dia-a-dia, a mulher era a responsável pelo cuidado e educação dos filhos e pelas tarefas domésticas, enquanto seu marido provia o sustento de todos (SANTOS, 2018, p. 36).

Essa era a situação totalmente condizente com a posição da mulher naquela época, qual seja, a de relativamente incapaz. Após o casamento, ela carecia de autorização marital para o exercício de certos atos da vida civil, não podendo exercer profissão remunerada, adquirir obrigações que pudessem importar alheação de bens do casal ou, ainda, aceitar herança ou legado e exercer tutela ou curatela, conforme constava no art. 242¹² do Código Civil de 1916.

Nem mesmo sobre os filhos a mulher possuía autoridade, conforme se extrai do art. 385¹³. Apenas na falta do pai, a mãe exercia poder de decisão na vida dos filhos. Vale destacar que os filhos também se sujeitavam ao pátrio poder exercido pelo pai, o que era muitas vezes de forma extremada.

É importante frisar que a sujeição ao pátrio poder apenas se aplicava aos filhos nascidos durante a vigência do casamento, pois somente eles eram presumidamente legítimos.

¹² Art. 242. A mulher não pode, sem autorização do marido (art. 251): I. Praticar os atos que este não poderia sem o consentimento da mulher (art. 235). II. Alienar, ou gravar de ônus real, os imóveis de seu domínio particular, qualquer que seja o regime dos bens (arts. 263, n.º II, III, VIII, 269, 275 e 310). III. Alienar os seus direitos reais sobre imóveis de outra. IV. Aceitar ou repudiar herança ou legado. V. Aceitar tutela, curatela ou outro múnus público. VI. Litigar em juízo civil ou comercial, a não ser nos casos indicados nos arts. 248 e 251. VII. Exercer profissão (art. 233, n.º IV). VIII. Contrair obrigações, que possam importar em alheação de bens do casal. IX. Aceitar mandato (art. 1.299).

¹³ Art. 385. O pai e, na sua falta, a mãe são os administradores legais dos bens dos filhos que se achem sob o seu poder, salvo o disposto no art. 225.

Por outro lado, os filhos nascidos de relações extraconjugais não obtinham reconhecimento jurídico.

Essa presunção só comportava exceção nos casos de absoluta impotência do marido, situação na qual caberia contestação de paternidade, conforme dispõe o art. 342 do Código Civil¹⁴. Ressalta-se que nem mesmo o adultério por parte da esposa retirava a presunção de paternidade, segundo o art. 343¹⁵ desse diploma legal.

Nota-se, portanto, a tentativa de preservação da família a todo custo, a garantia da indissolubilidade da unidade familiar. “O casamento, como regra, não poderia ser extinto. De um lado, porque seu sim representaria ofensa ao dogma religioso, consubstanciado no brocardo o que Deus uniu o homem não separa. De outro, porque significaria comprometimento dos escopos familiares” (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 11).

A família era mesmo instituição, uma entidade detentora de interesses próprios, exteriores e, mais do que isso, superiores aos dos seus membros. Existia para que satisfeitos fossem os seus objetivos (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 11).

Os seus membros, quais sejam, a mulher e os filhos, só tinham importância enquanto instrumentos de consecução dos seus objetivos em prol da sua manutenção: reprodução e mão de obra, respectivamente. “A família tradicional era muito mais uma unidade produtiva e reprodutora do que uma unidade afetiva” (MATOS, 2000, p. 24).

Nas palavras de Ana Carla Harmatiuk Matos e Ana Carolina Brochado Teixeira (2019):

a família patriarcal, hierarquizada, numerosa, de casamentos arranjados e indissolúveis inscrita no Código Civil de 1916, era conhecida como família instituição, pois era protegida em si mesma, independentemente de uma preocupação com seus membros e suas relações internas (MATOS; TEIXEIRA, 2019, p. 223).

Não importava, portanto, a satisfação pessoal dos membros da entidade familiar e, sim, o cumprimento das funções que lhe eram destinadas a fim de manter a sua estrutura e alcançar o fim patrimonial que ela passou a assumir.

Não se admitia finalizar o matrimônio porque se perderiam as condições básicas para a obtenção patrimonial, quais eram: o recurso reprodutivo e a força de trabalho daí decorrente. Da mesma forma, a impossibilidade de reconhecimento dos filhos

¹⁴ Art. 342. Só em sendo absoluta a importância, vale a sua alegação contra a legitimidade do filho.

¹⁵ Art. 343. Não basta o adultério da mulher, com quem o marido vivia sob o mesmo teto, para ilidir a presunção legal de legitimidade da prole.

ilegítimos justificava-se porque, do contrário, gerar-se-ia fracionamento patrimonial injustificado, em caso de sucessão. Permitir-se-ia que o fruto de relações irrefletidas, aventureiras e, mormente, ofensivas aos ditames sociorreligiosos obtivesse lucro, prejudicando os outros indivíduos derivados da legitimidade. Em última instância, seria coroar a ilegalidade e a imoralidade em detrimento da retidão e, pior, fazê-lo por meio da concessão do que considerava mais precioso na época, qual seja o patrimônio, a propriedade privada (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 12).

“A tutela jurídica destinava-se ao patrimônio, de forma extremada, em detrimento dos sujeitos. O ter prevalecia sobre o ser” (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 11). Concebida a família como importante por si mesma, justificava-se a depreciação de quaisquer que fossem os interesses e as necessidades dos seus membros.

Ana Carla Harmatiuk Matos e Ana Carolina Brochado Teixeira (2019) explicam a crise do modelo patriarcal:

Esse modelo entrou em crise em razão das modificações sociais ocorridas no século XX: revolução feminista, inserção da mulher no mercado de trabalho e crescente participação do homem na vida doméstica com o cuidado com os filhos, situações que exigiram uma reformulação nas relações familiares que reverberaram juridicamente (MATOS; TEIXEIRA, 2019, p. 223-224).

A realidade social brasileira era diferente da concepção imposta pelo Estado, pois crescia o número de famílias paralelas (casos extraconjugais), o chamado concubinato, a existência de famílias chefiadas pela mulher solteira, e os filhos não eram mais vistos como mão de obra para aquisição de propriedade, bem como o casamento não era mais a forma de adquirir riquezas, devido aos avanços industriais. Por esses motivos, dezenas de leis foram promulgadas a fim de se adaptar à essa realidade social, conforme Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior (2010) explicitam:

- a) em 1949, é promulgada a Lei n.º 883 (BRASIL, 1949), que veio a admitir o reconhecimento de filhos ilegítimos desde que finda a sociedade conjugal;
- b) em 1962, devido à saída da mulher do trabalho exclusivo no lar para disputar o mercado de trabalho na indústria com os homens, a Lei n.º 4.121 – Estatuto da Mulher Casada (BRASIL, 1962) retirou da mulher casada a condição de relativamente incapaz, admitindo e regulamentando o exercício de atividade profissional pela mulher, entre outras coisas, sem necessitar da autorização do marido;
- c) em 1977, com a Emenda Constitucional n.º 9 e a Lei n.º 6.515 – Lei do Divórcio (BRASIL, 1977), o casamento, antes uma instituição vitalícia, passou a ser dissolúvel pelo divórcio, possibilitando então aos ex-cônjuges da relação desfeita casarem-se novamente, constituindo uma nova família, e regulamentando uma situação real na sociedade (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010).

Assim, diante da promulgação de várias leis, conclui-se que o Código Civil de 1916 estava ultrapassado no que concernia às regras de cunho existencial, mais precisamente, às regras envolvendo o Direito das Famílias, porque, sob o contexto do Estado Liberal, o que se verá mais adiante, os legisladores só se preocuparam em positivizar regras patrimoniais, o que era importante na época.

Portanto, nota-se que, em qualquer momento histórico, foi atribuído à família determinada função, seja de ordem religiosa, política, econômica ou procracional (LÔBO, 2009). Mas, conforme exposto, diante de toda a evolução ocorrida nas relações familiares, esses fundamentos não mais se justificavam.

Mas qual é a atual função exercida pela família?

2.3 O Estado Democrático de Direito como consagrador dos direitos fundamentais do indivíduo

As transformações sofridas pelo Direito das Famílias ao longo da história, tanto no âmbito social quanto econômico ou político, sempre perpassaram pela dicotomia público e privado, ou melhor, entre a intervenção estatal e a autonomia privada. Por esse motivo, é importante tecer alguns comentários sobre as passagens entre os modelos do Estado Liberal, Estado Social e Estado Democrático de Direito, visto que o papel do Estado e da autonomia privada foi abordado e efetivado de maneiras muito distintas em cada um deles.

Na Idade Moderna, momento de grande expansão do comércio, consolidou-se um novo sistema econômico, o Capitalismo, e ocorreu a ascensão da burguesia mercantil. Observemos:

Desse modo, o cenário econômico da Idade Moderna revelava-se extremamente favorável à consolidação da burguesia como elite econômica, o que facilitaria o seu acesso ao poder político, em detrimento da nobreza, que perdeu os privilégios que possuía na Idade Média. Contudo, o modelo político adotado pelo Estado nesse período impossibilitou o projeto da burguesia de acesso ao poder político (ALVES, 2009, p. 26).

Em contrapartida, no intuito de impedir a ascensão política da burguesia, verifica-se o nascimento e o fortalecimento de um Estado Absolutista, caracterizado pela ingerência do Estado em todos os âmbitos da sociedade. No âmbito econômico, essa ingerência significou entraves na ampliação e solidificação do Capitalismo.

Diante desse contexto, a burguesia voltou-se contra o Regime Absolutista e, baseando-se nas Ideias Iluministas¹⁶, passou a pregar a autonomia privada. Assim, surge o primeiro modelo estatal constitucional na Modernidade, o Liberalismo, consubstanciado nos ideais de liberdade, fraternidade e igualdade, os quais eram advindos da Revolução Francesa.

O modelo estatal liberal caracteriza-se pela busca da igualdade formal, da garantia da liberdade individual e do direito de propriedade, ao lado da contenção do poder estatal, consolidando, por conseguinte, a hegemonia da burguesia em substituição à nobreza, criando arcabouço institucional indispensável ao florescimento do regime capitalista (MORAIS, 2010, p. 20).

Assim, o Estado Liberal tinha como função primordial assegurar os Direitos Fundamentais de Primeira Dimensão, os quais consistem no direito à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade perante a lei, complementados, posteriormente, pelas liberdades de expressão coletiva (de imprensa, manifestação, reunião, associação), pelos direitos de participação política e algumas garantias processuais como o devido processo legal, o *habeas corpus* e o direito de petição.

Esses direitos estavam ligados estritamente à autonomia do indivíduo, mais precisamente aos cidadãos dotados de patrimônio. Naquele momento, a satisfação humana dependia da obtenção de propriedade privada, fomentava-se o *ter* em detrimento do *ser*, “[...] impedindo a efetiva valorização da dignidade humana, o respeito à justiça distributiva e à igualdade material ou substancial” (RAMOS, 1998, p. 5). Observemos:

A ausência estatal no regulamento das relações privadas fez parte da política do *laissez-faire* e teve como consequência a afirmação do individualismo jurídico, com a mais ampla liberdade para os cidadãos dotados de patrimônio. Era a propriedade que oferecia a plenitude da pessoa (BORGES, 2007, p. 84).

O Estado tinha como função ser omissivo, ou seja, não interferir nas relações particulares. Nas palavras de Ana Carolina Brochado Teixeira e Renata de Lima Rodrigues (2010):

o Estado Liberal se fundava em uma ordem de coisas na qual o *status* dos cidadãos, definido por suas prerrogativas jurídicas e pelo espaço de atuação na vida civil, era

¹⁶ As ideias dos iluministas Adam Smith, John Locke, Montesquieu, Rousseau e tantos outros, inspiradoras de documentos fundamentais como a Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776), a Constituição dos Estados Unidos (1787), a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e a Constituição da França (1791) lograram êxito em pôr fim ao Ancien Régime, inaugurando, na Idade Contemporânea, o período do Estado Liberal, marcado como legitimador de valores como livre mercado, governo limitado, propriedade privada, individualismo metodológico e jurídico, igualdade formal, liberdade individual etc. (ALVES, 2009, p. 27).

determinado segundo um sistema de direitos negativos que, opostos frente ao Estado e a outros cidadãos, possibilitaria a realização dos interesses individuais a salvo de intervenções estatais. Isto porque o modelo liberal partia da concepção de que cada indivíduo deveria ter ampla liberdade para a realização de seus interesses e inclinações, como forma de assegurar progresso e desenvolvimento humano (TEIXEIRA; RODRIGUES, 2010, p. 91).

Diante dessa conduta omissiva, não se vislumbrava como função do Estado a garantia e promoção dos direitos individuais e sociais. Ressalta-se que a igualdade defendida pela burguesia era apenas formal, pois não existia qualquer proteção às partes hipossuficientes da relação jurídica¹⁷. Nas palavras de Clarice Paiva Morais (2010):

o ente estatal regulava as relações sociais de forma apenas procedimental, sendo-lhe vetado impor aos indivíduos valores de ordem substantiva. Pode-se concluir a partir dessa explanação, que no modelo estatal liberal não havia incidência dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares, devido ao fosso estabelecido entre as esferas pública e privada, e a consagração do princípio da autonomia privada, desempenhando o Código Civil relevante importância sob essa perspectiva (MORAIS, 2010, p. 22).

Portanto, o Período Liberal foi marcado pela rígida separação entre o interesse público e o privado, prevalecendo a superioridade do indivíduo em detrimento do grupo e do Estado.

É importante frisar que a autonomia privada sempre esteve associada exclusivamente ao âmbito patrimonial, motivo pelo qual praticamente não se admitia a aplicação da autonomia privada nas situações que envolviam o Direito das Famílias no que concerne às questões subjetivas extrapatrimoniais.

De fato, a ampla liberdade defendida pelo Estado Liberal não se aplicava ao âmbito familiar conforme se vê:

A lei submetia a constituição da família à realização das formalidades do casamento. Uma vez celebrado o matrimônio, ao Estado não era dado intervir na comunhão de vida estabelecida, ainda que a mesma fosse patriarcal e arbitrária, fundada na autoridade do marido sobre a mulher e filhos e na própria desigualdade entre filhos, conforme fossem ou não fruto da relação familiar matrimonializada. [...] Ao homem era dado decidir sobre os desígnios extrapatrimoniais e patrimoniais da família (TEIXEIRA; RODRIGUES, 2010, p. 92).

Contudo, o Modelo Liberal promoveu um crescimento econômico exacerbado e de forma desigual, impondo a necessidade de reformular os direitos fundamentais ou até mesmo incluir novos direitos fundamentais capazes de garantir efetivamente o mínimo existencial.

¹⁷ Nesse sentido, afirma-se que a classe burguesa se utilizava do espectro da igualdade formal entre os sujeitos de direito como meio de conservar o status quo que lhe interessava, mantendo as desigualdades sociais e desequilíbrios econômicos a seu favor (ALVES, 2009, p. 30).

Dessa forma, a desigualdade promovida pela industrialização desencadeou tensão e revolta por parte da sociedade, que passou a reivindicar a garantia de alguns direitos sociais, pois a classe proletária era submetida a diversas situações desumanas, incluindo altas jornadas de trabalho, salários baixíssimos e péssimas condições no local de trabalho.

Entre tais reações, ganharam destaque na história o marxismo, o socialismo utópico e a doutrina social da Igreja, que tinham em comum a crítica ao capitalismo selvagem e ao individualismo exacerbado do liberalismo econômico e a exigência de que o Estado deixasse a sua postura negativa e passasse a efetivamente agir em proteção aos menos favorecidos (ALVES, 2009, p. 65).¹⁸

O Estado Social surge, então, como resposta às essas reivindicações e com o principal objetivo de não só respeitar os Direitos de Primeira Dimensão (direitos do Estado Liberal), mas também positivar os direitos sociais voltados para a coletividade (saúde, educação, previdência, moradia e principalmente os direitos trabalhistas)¹⁹, os chamados Direitos de Segunda Dimensão. Em outras palavras, buscou-se a igualdade material no Estado Social conforme se vê:

A principal característica do modelo estatal social é a busca da igualdade material, visando assegurar as condições para o exercício efetivo dos direitos individuais. Constatou-se que a liberdade necessitava de um arcabouço de leis sociais e coletivas que possibilitassem o reconhecimento das diferenças materiais, privilegiando-se o economicamente mais fraco da relação, a fim de suplantar a igualdade de cunho apenas formal, própria do Estado Liberal (MORAIS, 2010, p. 26).

Contudo, Leonardo Barreto Moreira Alves (2009) explica que o Estado Social nunca pretendeu romper com o Estado Liberal, apenas corrigir os efeitos do Liberalismo, na medida em que os direitos sociais teriam como escopo garantir que os indivíduos pudessem desfrutar de sua liberdade individual (ALVES, 2009). Para tanto, o Estado teve que ficar intervindo frequentemente no espaço privado dos indivíduos. No Estado Social, prevalecia o Direito

¹⁸ Mas foi somente após a eclosão da Revolução Socialista Russa de 1917, contrária ao modelo de economia e sociedade capitalista e aos valores liberais, somando-se à crescente pressão dos trabalhadores, aos movimentos sociais constantes e a um contexto político de extensão do direito ao sufrágio que desencadeou-se, na virada do século XX, após a eclosão da I Guerra Mundial (1914-1918), a era do Estado Social de Direito (MORAIS, 2010, p. 25).

¹⁹ Em essência, os direitos fundamentais de segunda dimensão visam a assegurar condições mínimas de sobrevivência de cada ser humano e, como tais, foram consagrados nas primeiras Constituições promulgadas no início do século XX, sendo marcantes a esse respeito a Constituição Mexicana de 1917, e a Constituição de Weimar de 1919, ambas com conteúdo programático de implementação desses direitos sociais (ALVES, 2009, p. 66).

Público, diferentemente do que ocorria no Estado Liberal²⁰. Houve, então, uma absoluta separação entre o Direito Público e o Direito Privado.

Os efeitos da intervenção do Estado na vida privada foram diversos, principalmente no Direito Privado. Mas o mais importante foi o “aumento da edição de normas públicas, cogentes, o que, por sua vez, trouxe como consequência inarredável o estrangulamento da autonomia privada (autonomia da vontade), que deveria ser sempre exercida em prol da coletividade” (ALVES, 2009, p. 68).

Daniel Sarmiento (2006) assevera que, “no Direito Privado, multiplicaram-se as normas de ordem pública, ampliando-se as hipóteses de limitação à autonomia da vontade das partes em prol dos interesses da coletividade” (SARMENTO, 2006, p. 19). Como exemplo, destaca-se o fenômeno denominado Dirigismo Contratual.

É importante destacar que o Dirigismo Contratual foi uma forma de proteção oferecida pelo Estado Social àqueles considerados hipossuficientes no negócio jurídico, reconhecendo que, em muitos casos, havia onerosidade excessiva entre as partes. Assim, o Estado passou a editar alguma norma cogente, visando à essa proteção e garantindo uma igualdade material.

No Estado Social, houve restrições à autonomia privada dos indivíduos, tendo em vista a criação de normas de ordem pública. Mas, em contrapartida, tutelou-se a satisfação do interesse público, o que muitas vezes coincidia com o interesse dos particulares.

É claro que a coincidência entre o interesse individual e a vontade da coletividade em determinado momento histórico era a realidade da maioria da sociedade e, por conseguinte, não trazia inquietações e questionamentos. Por exemplo, no contexto do Código Civil de 1916, ainda sob o domínio dos dogmas da Igreja Católica, a maioria da sociedade entendia que o casamento era a única forma de constituir família e, por isso, essa positivação não gerou grandes problemas.

Em outras palavras, o momento histórico, econômico e social era propício à manutenção das regras instituídas pelo Código Civil de 1916. Mas o tempo passa, as transformações ocorrem em todos os âmbitos²¹ e, conforme enunciado, é a sociedade que define o Direito.

²⁰ Essa superposição do Direito Público ao Direito Privado provocou, ao longo da história, indesejadas distorções, a pior delas o totalitarismo vivenciado nos regimes (pretensamente) socialistas desenvolvidos na metade do século XX, principalmente na antiga União Soviética, que tentou estatizar todos os meios de produção, mas, como era de se esperar, fracassou, embora alguns poucos modelos, com enormes dificuldades, ainda subsistam na atualidade, a exemplo dos governos de Hugo Chávez, na Venezuela, Evo Morales, na Bolívia, e Raúl Castro, irmão de Fidel Castro, em Cuba. (ALVES, 2009, p. 71).

²¹ Desde o ano de 1917, as mudanças conjunturais foram sentidas. A estabilidade supostamente garantida pelo Código ruiu por conta das duas grandes Guerras Mundiais. Elas foram responsáveis pelo incremento da produção industrial no país, o que acabou por inserir o Brasil definitivamente na era da modernidade. A

Ademais, assim como havia excessos na autonomia privada conferida pelo Estado Liberal, também houve excessos na intervenção estatal durante o Estado Social, e foram esses excessos que promoveram a falência dos sistemas. Não se podia admitir o privilégio absoluto da vontade coletiva em detrimento da vontade individual, até mesmo porque, ante as transformações ocorridas, as vontades individuais não mais coincidiam com as vontades estatais.

Conforme explica Leonardo Barreto Moreira Alves (2009), o reconhecimento do Estado Social se deu pela primeira vez no Brasil por meio da Constituição de 1934 e por meio de normas programáticas. Como exemplo, têm-se as normas infraconstitucionais citadas no tópico anterior (Lei n.º 883 de 1949, Lei n.º 4.121 de 1962 e a Lei n.º 6.515 de 1977), as quais, além de serem resultado do Estado Social, também eram resultado da inadequação do Código Civil de 1916.

A edição de leis extravagantes, o chamado *Microsistemas*, foi uma forma de adequar o ordenamento jurídico à realidade social vivida na época, fenômeno que a doutrina chama de Descodificação do Direito Civil. Assim, no âmbito familiar:

o intervencionismo também alcança a família, com o intuito de redução do quantum despótico dos poderes domésticos, da inclusão e equalização de seus membros, e na compreensão de seu espaço para promoção da dignidade. No Brasil, desde a primeira Constituição social, em 1934, até a Constituição de 1988, a família é destinatária de normas crescentemente tutelares, que assegurem a liberdade e a igualdade materiais, inserindo-as no projeto da modernidade (LÓBO, 2004, p. 140-141).

Mas isso não foi suficiente. Em que pese o progresso proporcionado pelo Estado Social, a família ainda guardava resquícios do modelo imposto pelo Código Civil de 1916, ou seja, continuava matrimonializada e, embora a existência do divórcio, seus efeitos eram machistas. A definitiva alteração do Direito das Famílias só se deu pela promulgação da Constituição Federal de 1988, marco inicial, também, do Modelo Democrático.

O Estado Democrático de Direito não tem o objetivo de romper com as conquistas dos outros modelos. O desafio é compatibilizar os direitos alcançados de forma equilibrada (para que não ocorram os excessos do Estado Liberal e do Social) e efetiva, buscando a justiça social. Nas palavras de Leonardo Barreto Moreira Alves (2009):

sociedade industrial e a conseqüente aceleração da produção em série de artigos padronizados desencadearam as mais diversas transformações em todos os setores nacionais, como transportes, meios de comunicação, política habitacional etc. (ALVES, 2009, p. 74).

em verdade, embora o Estado Democrático de Direito pretenda unir os conceitos de Estado de Direito (Estado baseado na lei, que coincidia com o Estado Liberal) e de Estado Democrático (Estado baseado na soberania popular, que muitas vezes coincidia com o Estado Social, mas nem sempre), ele não se resume a isso, pelo contrário, ele pretende ir muito mais além, possuindo como marca de distinção dos demais modelos de Estado experimentados pela humanidade o componente revolucionário de rompimento de paradigmas e efetiva transformação da realidade social (ALVES, 2009, p. 82).

Conforme salientado, a liberdade irrestrita dos indivíduos (Estado Liberal) e a intervenção excessiva do Estado (Estado Social) não foram capazes de atender aos anseios da sociedade. Mas qual foi a revolucionária transformação social pregada pelo Estado Democrático de Direito?

A concepção transformadora desse modelo é o reconhecimento dos direitos fundamentais do indivíduo e a promoção da sua efetividade porque não basta que existam leis, as quais no papel são satisfatórias, se na prática não ocorre a sua aplicação. O que se entende por direitos fundamentais? Quais direitos seriam esses?

Direitos fundamentais são aqueles sem os quais o indivíduo não se realiza, são princípios jurídicos voltados à satisfação da dignidade da pessoa humana, visam ao bem-estar do ser humano. “Falar em direitos fundamentais significa falar sempre em posições jurídicas que investem o ser humano de um conjunto de prerrogativas, faculdades e instituições imprescindíveis a assegurar uma existência digna, livre, igual e fraterna de todas as pessoas” (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 518).

Em que pese a determinação de direitos fundamentais pelo Estado, essa identificação não representa um rol taxativo, até porque “[...] o sistema jurídico no Estado Democrático de Direito é aberto e dinâmico e, assim, acompanha e impõe transformações sociais na busca da justiça material [...]” (ALMEIDA, 2008, p. 181). Se fosse diferente, cometeria os mesmos erros do Estado Social, no que concerne à imposição de princípios baseados em modelos únicos.

Ana Carolina Brochado Teixeira e Renata de Lima Rodrigues (2010) explicam que:

a tensão entre o público e o privado gerou a necessidade de estabelecimento de um novo sistema normativo fundado no reconhecimento de direitos fundamentais vistos como núcleos de universalidade possíveis dentro de uma sociedade pluralista marcada pela ruptura ética do mundo contemporâneo. Assim, o Estado Democrático define que todo direito subjetivo deve sua existência a uma ordem jurídica objetiva, que irá possibilitar e garantir a integridade de uma vida autônoma, mas em comum, fundada em uma ordem de coisas que tenham como vetor o mútuo respeito, a alteridade e a tolerância (TEIXEIRA; RODRIGUES, 2010, p. 93).

O entendimento de que os direitos fundamentais são núcleos de universalidade é resultado do reconhecimento da pluralidade existente na sociedade. Ainda, é reconhecer a principal característica do modelo, qual seja a Democracia, compreendida como regime político proveniente da vontade popular (soberania popular) e, por isso mesmo, exercida pelo próprio povo, direta ou indiretamente (participação popular). Isso porque somente diante de um modelo aberto é possível que os sujeitos exerçam a Democracia, ou seja, manifestem a sua vontade. Leonardo Barreto Moreira Alves (2009) pontua:

ora, ao se afirmar que o objetivo do Estado Democrático de Direito é a transformação da realidade social, o que se dá precipuamente pela promoção de direitos fundamentais, quer-se dizer que o maior objetivo desse modelo estatal é, consertando as graves distorções sociais perpetradas pelos modelos anteriores, permitir que cada indivíduo possa exercer sua autonomia privada, possa andar com as próprias pernas, esteja em condição tal que não dependa de ninguém para o alcance da sua satisfação pessoal, a obtenção da sua dignidade (ALVES, 2009, p. 85).

Contudo, para que os sujeitos possam “andar com as suas próprias pernas” e possam, por si só, obter sua dignidade, é necessária a promoção dos direitos fundamentais. Em outras palavras, “é o povo que deve reger os assuntos de seu interesse e, para tanto, deve estar em condições para o debate de tais temas, o que somente será atingido com a garantia dos direitos fundamentais” (ALVES, 2009, p. 85-86).

A maior missão do Estado Democrático de Direito, ao promover os direitos fundamentais, é criar condições para que cada indivíduo, emancipado e maduro, desfrute de sua liberdade e busque como melhor lhe aprouver a sua própria felicidade, a realização da dignidade humana (DWORKIN *apud* ALVES, 2009, p. 87).

É importante salientar que a dignidade da pessoa humana é o fundamento material dos direitos fundamentais, que deve ser entendido como fundamento da autonomia privada, afirmação que será explicitada mais à frente.

Pode-se concluir que a Constituição de 1988 se assenta basicamente em dois fundamentos que, combinados, orientam todas as instituições políticas e jurídicas: a dignidade da pessoa humana e o pluralismo jurídico. Nas palavras de Luciana Costa Poli (2012):

em suma, o Estado Democrático que se ergue sobre o pluralismo e a dignidade da pessoa humana garante que cada um viva de acordo com o estilo que mais lhe convém, definindo com liberdade questões fundamentais da própria vida como os valores pessoais, sua concepção moral, definindo o próprio modelo de família (POLI, 2012, p. 106).

De acordo com Ana Carolina Brochado Teixeira e Renata de Lima Rodrigues (2019):

diante disso, os direitos fundamentais exercem a precípua função de assegurar a autonomia privada dos cidadãos em um contexto no qual experimentamos a descentralização ética, cultural e religiosa da nossa sociedade. Diante da fragmentação desse arcabouço social, torna-se imperiosa a necessidade de uma abertura política e jurídica capaz de recepcionar a multiplicidade de estilos de vida individuais que vêm sendo construídos a partir disso, com reflexos diretos na estrutura e na dinâmica das relações familiares (TEIXEIRA; RODRIGUES, 2019, p. 16).

Nesse sentido, a essência do Estado Democrático de Direito é promover e articular a dignidade da pessoa humana a despeito da pluralidade e da diversidade existentes na sociedade atual, principalmente no que concerne aos múltiplos projetos familiares.

2.3.1 A família no Estado Democrático de Direito: instrumento de realização existencial

O Estado Democrático de Direito, consagrado pela Constituição Federal de 1988²², teve como principal objetivo trazer para o ordenamento jurídico brasileiro a realidade vivida pela sociedade, visto que restou demonstrado no tópico anterior que o Código Civil de 1916 já não cumpria com essa finalidade. Para tanto, vários institutos do Direito foram reformulados, transformados sob essa nova perspectiva.

Já no preâmbulo da Carta Magna se verificam as principais características: instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos²³. Logo após, no artigo 1º, inciso III, o legislador prevê a dignidade da pessoa humana como fundamento da República²⁴,

²² O texto integral da Constituição de 1988 pode ser acessado no site: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

²³ Preâmbulo: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (BRASIL, 1988).

²⁴ Art. 1.º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição (BRASIL, 1988).

o que representa certa atenção às questões existenciais, ou seja, o legislador volta a sua atenção para o indivíduo.

Essa atenção, agora dada ao indivíduo, é decorrência da chamada Constitucionalização do Direito Civil, o que significa dizer que a Constituição passou a ser o centro da hermenêutica dos sistemas privados.

No Estado Democrático de Direito, marco político no qual a plena realização do ser humano depende do fim das dicotomias entre público e privado e entre ser e dever-ser, a Constituição Federal assume a centralidade sistêmica de nossa ordem jurídica, para tornar-se norte hermenêutico para todos os sistemas de direito privado, preconizando o fim da neutralidade das normas em relação a seu próprio conteúdo e a insuficiente concepção do homem como sujeito abstrato, mas sim um sujeito de carne e osso, permeado de necessidades e vulnerabilidades (TEIXEIRA; RODRIGUES, 2010, p. 90).

É importante destacar que o fenômeno da Constitucionalização do Direito Civil é extremamente relevante, principalmente diante do Código Civil de 2002, o qual é considerado ultrapassado em muitos dispositivos²⁵, porque, em que pese ser de 2002, o seu projeto foi confeccionado no ano de 1975, anterior à própria Constituição de 1998.

Dessa forma, “uma coesa tutela jurídica das famílias só será obtida quando se recorrer aos ditames constitucionais, posto que correspondem à sede do verdadeiro sentido que o termo envolve” (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 27). Por esse motivo, defende-se, também, a horizontalização dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Tendo em vista que a família deverá ser concebida de acordo com as premissas constitucionais, sob pena de se encontrar ultrapassada (devido aos erros e omissões cometidos em alguns dispositivos do Código Civil de 2002), os direitos fundamentais positivados na Constituição de 1988 devem ter a sua aplicabilidade imediata nas relações privadas, independentemente de normas infraconstitucionais, uma vez que de nada serviriam as normas jurídicas se desprovidas de imperatividade, capacidade operativa, características que garantem a devida ordenação social.

Nessa feita, há que se anuir à postura que sustenta a imediata aplicabilidade da Constituição. É imperioso fazer incidir diretamente as prescrições constitucionais que destinam tutela jurídica à família, entendendo-a como todo conjunto que compreende um ambiente estável, ostensivo e baseado no afeto, favorável ao livre desenvolvimento das pessoas (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 32).

²⁵ Ao explicar sobre alguns dispositivos do Código Civil de 2002, que ainda trazem resquícios do Código anterior, Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior concluem que: “o novo estatuto civil apresenta satisfatoriamente a nova ordem implementada pela Constituição Federal de 1988. Na verdade, o que se verifica é uma confusa concatenação de normas, que, avançando e retrocedendo, acaba por comprometer o devido regulamento social” (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 27).

Conforme enunciado no tópico anterior, o fundamento dos direitos fundamentais reside no princípio da dignidade da pessoa humana, por esse motivo, muda-se a concepção do legislador, que deixa de ser a valorização do patrimônio e passa a ser a valorização do ser humano. Leonardo Barreto Moreira Alves (2009) explica sobre a Despatrimonialização do Direito Civil conforme pode se ver:

Se o valor necessário à felicidade de um indivíduo, segundo o Código, era a propriedade, o acúmulo de bens, o *ter*, a Carta Magna, quebrando com esse paradigma, estabelece como fator de realização da pessoa a sua dignidade, o *ser*, a sua real condição de sujeito de direito. Daí por que é possível afirmar que houve uma verdadeira *despatrimonialização* ou *personalização do Direito Civil* (ALVES, 2009, p. 95-96, grifos do autor).

Assim, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, uma parcela da realidade vivida veio para o Direito, consagrando-se proteção à família, aos indivíduos que a compõem, em detrimento do instituto por si mesmo. As inovações trazidas pela CF/1988, no que concerne à proteção da família, “voltaram-se muito mais para os aspectos pessoais do que para os patrimoniais das relações de família, refletindo as transformações por que passam” (LÔBO, 2009, p. 3).

Um exemplo disso é o §8º do artigo 226, no qual o legislador prevê que “o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações” (BRASIL, 1988). Portanto, ao analisar a família pelo filtro hermenêutico e principiológico da Constituição Federal, é necessário reconfigurar o Direito das Famílias brasileiro.

A família contemporânea deixa de ser um núcleo institucionalizado e, por conseguinte, protegida em si mesma, sem se preocupar com os seus membros e suas relações internas como concebido no Código Civil de 1916. “A família passa por uma mudança de concepção: da natureza transpessoal à repersonalização, o que significa dizer que as pessoas que encontravam inferiorizadas, reduzidas à consecução dos objetivos próprios da instituição familiar, sobrepõem-se” (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 20). Assim, “afastou-se a visão institucional da família, que deveria ser protegida a todo custo, na sua preservação irrestrita, em nome de uma duvidosa paz doméstica, para voltar-se à proteção das pessoas que a compõem em sua individualidade” (SANTOS, 2018, p. 38-39).

Nesse sentido, a família deixou de ser um instituto formal e absoluto para se transformar no local propício ao desenvolvimento da personalidade de seus membros.

A alta carga de proteção e promoção da Constituição da República verteu para a família, a partir da centralidade da pessoa humana no sistema jurídico, consagrou-a como forma de tutela funcionalizada dos seus membros, que tem na Democracia importante marca da sua forma de atuação: busca de soluções dialogadas e compartilhadas entre seus componentes, para que a família possa ser, efetivamente, locus privilegiado de realização e crescimento das pessoas nela envolvidas (MATOS; TEIXEIRA, 2019, p. 224).

Portanto, a família-instituição foi substituída pela família-instrumento, pois “ela existe e contribui tanto para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes, como para o crescimento e formação da própria sociedade, justificando, com isso, a sua proteção pelo Estado” (DIAS, 2007, p. 41). Há de se confessar que não é difícil conceber a família como instrumento de realização pessoal, pois geralmente é um núcleo formado por relações de afeto.²⁶

Cláudia Viegas (2017) explica que

a família patriarcal, limitada àquele núcleo constituído de homem, mulher e filhos, no qual o homem era o responsável por toda a administração do lar, deu lugar a uma série de novas configurações familiares formadas a partir de laços afetivos, caracterizadas como eudemonistas, sobretudo, porque seus membros são interligados pelo afeto e pela busca da felicidade (VIEGAS, 2017, p. 68).

É a era da família eudemonista. “A *Eudaimonia*, no viés da Psicologia, relaciona-se com o dom do ser humano de saber ser feliz e também com o meio escolhido por ele para viver, em outras palavras, a felicidade se relaciona diretamente com as escolhas da pessoa ao longo de sua vida” (VIEGAS, 2017, p. 69).

Como o próprio conceito indica, se a felicidade depende das escolhas de cada indivíduo, por óbvio, essa não é única. Cada indivíduo terá a sua própria concepção de felicidade e, por conseguinte, sua própria concepção de família. Nesse sentido, como conceituar a família?

No livro “Família, Guarda e Autoridade Parental”, Ana Carolina Brochado Teixeira (2009) explica que uma conceituação de família é imprescindível para o seu funcionamento, mas destaca que o mais importante é a análise dos valores que ela transmite e sua sistemática, desde que esteja contextualizada ao momento atual. (TEIXEIRA, 2009).

²⁶ Sobre o afeto, indica-se a leitura do artigo “O problema do afeto no Direito de Família: o afeto como vínculo objetivo constitutivo e distintivo de pertencimento à entidade familiar” de autoria dos professores Leonardo Macedo Poli e Giulia Miranda Corcione, disponível em: <https://www.faculdedamas.edu.br/revistafd/index.php/cihjur/article/view/1227/926>.

Não há dúvidas de que a “família é toda formação social que envolva ambiente propício ao livre e pleno desenvolvimento das pessoas que a constituem” (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 22). Mas como essa realização se dá?

Tendo em vista isso, é importante destacar parâmetros mínimos para a constituição de família, bem como identificar os princípios aplicáveis ao Direito das Famílias, para que se possam compreender melhor as diretrizes a serem seguidas no sentido de que ela seja mesmo um instrumento de realização existencial.

2.4 Elementos caracterizadores da família

É necessário identificar parâmetros mínimos para a constituição da família, a fim de diferenciá-la de outros núcleos afetivos que também promovem a realização do indivíduo, como o namoro, noivado, amizade, relações religiosas, etc. Nesse sentido, identificam-se três elementos caracterizadores de família: afetividade, estabilidade e ostentabilidade.

De maneira geral, a constituição e manutenção da família pelos laços de afetividade existente entre os sujeitos são traduzidas pela preservação da dignidade daqueles que a compõe. O que fundamenta a família contemporânea é a busca da realização da pessoa e não a sua conformidade à lei, ou seja, é a família eudemonista.

É importante ressaltar que não se pode confundir, ou tratar como sinônimos, afetividade com amor, que é menos abrangente.

Assim, a afetividade é mais abrangente do que o amor, sendo um sentimento de afeição espontâneo de uma pessoa a outra. Trata-se de uma disposição emocional natural; isto é, existe ou não existe afeto de uma pessoa a outra. É por essa espontaneidade que não se justifica imputá-la como princípio jurídico, norma de observância obrigatória a todos. Certamente, impor a uma pessoa que tenha afeto a outra é desvirtuar sua principal característica de voluntariedade ou espontaneidade, vinda das pulsões psíquicas (SOALHEIRO, 2015, p. 53).

O afeto não pode, pois, se dissociar dos demais elementos caracterizadores das entidades familiares. Assim, em que pese não existir certo lapso temporal para a constituição da família, é certo que os relacionamentos casuais e descompromissados não são capazes de promover o desenvolvimento da pessoa.

Portanto, a estabilidade se caracteriza pela comunhão de vida, relações de caráter permanente e sólido. “A estabilidade, em complemento, é fator que assegura aos familiares que o complexo de relações pessoais, sediado nesse ambiente afetivo, seja capaz de realmente

sustentar sua paulatina e constante formação” (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 23).

Por fim, a ostentabilidade, denominada também de publicidade, é o elemento que comprova a estabilidade e torna o núcleo socialmente reconhecido como família. Em suma, Paulo Lôbo (2008) discorre que:

[...] há características comuns, sem as quais não configuram entidades familiares, a saber: a) afetividade, como fundamento e finalidade da entidade, com desconsideração do móvel econômico e escopo indiscutível de constituição de família; b) estabilidade, excluindo-se os relacionamentos casuais, episódicos ou descomprometidos, sem comunhão de vida; c) convivência pública e ostensiva, o que pressupõe uma unidade familiar que se apresente assim publicamente (LÔBO, 2008, p. 57-58).

As relações familiares nascem de situações fáticas, as quais podem ser diversas, ou seja, a pessoa humana possui várias formas de formar uma família. Mas todas deverão ser instrumento livre e pleno do desenvolvimento da personalidade de seus membros, bem como apresentar os elementos mínimos acima citados.

A família contemporânea é aberta, desconstituída de molduras que possam promover a exclusão de uma entidade familiar, na medida em que os seus elementos mínimos serão analisados no caso concreto.

Passa-se, a seguir, ao estudo dos princípios do Direito das Famílias, indispensáveis à compreensão da família plural e de seus efeitos jurídicos.

2.5 Princípios constitucionais aplicáveis ao Direito das Famílias

Como foi possível perceber no tópico anterior, o conceito atual de família é resultado da Constitucionalização do Direito Civil, na medida em que não há mais necessidade de tudo regulamentar previamente. A abertura conferida ao Direito das Famílias o aproxima da realidade de cada sujeito.

A concepção das famílias de acordo com os princípios constitucionais, os quais são abertos, amplia o alcance do intérprete do Direito, bem como da família, o que possibilita a manutenção da dinamicidade com que os institutos familiares vêm se transformando ao longo do tempo.

São vários os princípios aplicados ao Direito das Famílias, sendo alguns deles: o princípio da pluralidade de entidades familiares, princípio da autonomia privada, princípio da dignidade humana e do livre desenvolvimento da personalidade, princípio da igualdade,

princípio da solidariedade, princípio do livre planejamento familiar, princípio da proibição de retrocesso social, princípio da intervenção mínima do Estado no Direito das Famílias, princípio da boa-fé. Mas este trabalho se atentará apenas aos pertinentes à melhor compreensão do assunto aqui discutido. Além disso, muitos desses princípios estão interligados, motivo pelo qual alguns deles serão analisados conjuntamente.

2.5.1 Princípio da dignidade da pessoa humana (princípio do livre desenvolvimento da personalidade), princípio da solidariedade e princípio da igualdade

A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do Estado Democrático e, por conseguinte, tem aplicação em todos os ramos do Direito. Assim, “a dignidade humana é o valor supremo de alicerce da ordem jurídica, tendo lugar de destaque entre os princípios fundamentais, uma vez que a Carta Constitucional a elegeu como fundamento da República. Por essa razão, ela alcança todos os setores do ordenamento” (MORAES, 2003, p. 83-84).

No âmbito do Direito das Famílias, a dignidade deve ser entendida como a realização existencial dos indivíduos que compõem aquele grupo, pois, atualmente, a família deixa de ser protegida pelo simples fato de ser família, mas pela função que exerce.

Com essa mudança, a família passa a ter como principal função a realização existencial dos seus membros, o que acabou por gerar uma reconfiguração dos institutos tradicionais, como casamento, autoridade parental (antigo pátrio poder e poder familiar), guarda, entre outros, que passam a ser relidos sob a irradiação do princípio da dignidade da pessoa humana (MATOS; TEIXEIRA, 2019, p. 224).

É importante, portanto, ao conceber a função da família como instrumento de realização da dignidade do indivíduo que dela faz parte, entender, de fato, o que pressupõe esse princípio constitucional.

Inicialmente, frisa-se que o princípio da dignidade da pessoa humana é diferente da dignidade do indivíduo. Em outras palavras, a dignidade é ao mesmo tempo princípio e valor.

Ana Carolina Brochado (2009) explica a diferença entre valor e princípio: “valores são escolhas éticas que se fazem para nortear a vida ou, pelo menos, parte dela, visto que podem ser mutáveis. Têm grande relevância, pois determinam o “caminho” de um povo e, por conseguinte, seu perfil político, sociológico, jurídico e filosófico” (TEIXEIRA, 2009, p. 62). No que diz respeito a princípio, a autora salienta que:

já os princípios, na concepção ora em estudo, são normas jurídicas de conteúdo aberto, fluido, que se constituem em diretrizes de comportamento. Sua interpretação deve estar em estreita consonância com os valores da época, uma vez que não constituem normas de perfeita adequação ao fato [...] (TEIXEIRA, 2009, p. 63).

Portanto, resta saber qual é o valor eleito pela sociedade atual e pelo qual o princípio da dignidade deve se pautar. Essa é uma pergunta muito difícil de ser respondida, pois existem vários valores consagrados pelo Estado Democrático os quais, inclusive, viraram princípios, o que significa dizer que não há resposta correta, e cada um irá responder, de acordo com seu próprio julgamento, que determinado valor é mais relevante do que outro. Conforme o conceito indicado, valores são escolhas, e essas são individuais, próprias de cada indivíduo.

Dessa forma, a dignidade da pessoa humana é um valor moral, individual, compreendendo a autodeterminação consciente da própria vida. Em outras palavras, o próprio indivíduo é quem definirá a sua concepção de dignidade, exteriorizada pelas suas escolhas e decisões exclusivas de coordenar a sua própria existência.

Todavia, essa dignidade só se realizará a partir do respeito dessas escolhas por parte do Estado e pela sociedade. “Em razão de a pessoa estar no centro do ordenamento jurídico, sua dignidade deve ser protegida e promovida, o que demanda ações negativas e positivas do Estado e da sociedade para alcançar tal intento” (TEIXEIRA, 2009, p. 65).

Ante a indefinição de valores, tendo em vista serem diversos e variados de acordo com cada indivíduo, o princípio da dignidade da pessoa humana só pode estar inserido na ideia de liberdade e autonomia.

É, portanto, na liberdade que se tem início a dignidade. Logo, a prática da interpretação à luz da Constituição, bem como o implemento do programa de promoção da dignidade não pode, de maneira alguma, significar a destruição das liberdades com invasões arbitrárias e ilegítimas da intimidade do indivíduo (FIUZA, 2009, p. 334).

O princípio da dignidade da pessoa humana garante o exercício da autonomia privada e da liberdade individual para definir o seu próprio projeto pessoal, sem imposições externas e atribuição de determinado modelo tido como ideal pelo Estado. Nesse sentido, dignidade é liberdade e autonomia do indivíduo na escolha de seus objetivos, nas suas tomadas de decisões, inadmitindo a imposição de modelos predeterminados pela lei e pela sociedade.

Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior (2010) explicam que a ideia de dignidade também está inserida no desenvolvimento da personalidade conforme pode se ver:

Esse frequente processo, reforçando a dinamicidade própria da personalidade, autoriza concluir que, na verdade, cada pessoa constitui-se segundo decisão própria. E, sendo assim, a maneira mais genuína de se proteger o ser humano é tutelar o desenvolvimento da sua personalidade. Eis, quiçá, o corolário mais íntimo da ideia de dignidade, porque é incisivamente protetor da diferença de individualidade tão essencial à natureza humana (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 47).²⁷

Os autores salientam também que, para tanto, é necessário garantir a autonomia privada dos indivíduos para que eles possam se desenvolver e, por conseguinte, efetivar a sua concepção de dignidade:

nota-se, com isso, que pretender deixar a cada um seu devir – vir a ser – induz, inevitavelmente, a reconhecer a pessoa como titular de liberdade. Imposições externas seriam fatalmente comprometedoras da real formação de referências individuais. Daí dizer-se que o direito que possuem todas as pessoas, enquanto tais, não se completa meramente pelo desenvolvimento da personalidade, mas pelo livre desenvolvimento da personalidade (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 47).

Nesse sentido, cada ser humano é titular de uma dignidade que deve ser protegida de forma individualizada. Mas, é na interação com o outro, na solidariedade, que o ser humano mais se realiza. “Somente se pode pensar o indivíduo como inserido na sociedade, isto é, como parte de um tecido social mais ou menos coeso em que a interdependência é a regra e, portanto, a abertura em direção ao outro, uma necessidade” (MORAES, 2001, p. 170-171). Há, portanto, uma interdependência entre as pessoas, e é isso que a solidariedade representa.

A solidariedade social se apresenta como objetivo fundamental inserido no inciso I do art. 3.º da Constituição de 1988, no sentido de construir uma sociedade livre, justa e solidária, o que significa que todos da sociedade são responsáveis uns pelos outros e, sendo a família a base da sociedade, a solidariedade também se impera dentro desse núcleo.

Originária e preferencialmente, os familiares não de ser solidários entre si, a fim de auxiliar a promoção do livre desenvolvimento da personalidade de todos. Aliás, nisso se assenta a própria conceituação de família – formação social que envolva ambiente propício à plena formação pessoal de seus componentes -, o que reforça ainda mais a responsabilidade jurídica que têm seus integrantes uns perante os outros (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 60).

²⁷ A dignidade da pessoa humana surge como princípio unificador das bases de direitos humanos, fundamentais e da personalidade. Porém, enquanto a dignidade protege a pessoa em sua essência, o livre desenvolvimento da personalidade tutela a sua dinâmica, isto é, a liberdade de construção da personalidade, que “permite a eleição dos planos de vida valorados pela própria pessoa como sendo de uma vida boa e feliz” (MOREIRA, 2016, p. 14).

Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior (2010) explicam que a solidariedade abrange duas faces, complementares: uma negativa e uma positiva.

A negativa se explica pela ordem de respeito e tolerância frente à forma eleita pelo outro para sua realização pessoal. A positiva, por sua vez, explica-se pelo imperativo de sanar as carências do outro a fim de conceder-lhe situação adequada ao seu livre e pleno desenvolvimento²⁸ (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 58-59).

Nesse sentido, afirma-se que o princípio da dignidade da pessoa humana se realiza por meio do princípio da solidariedade familiar. Por conseguinte, a efetivação das duas facetas deste princípio só se concretiza por meio do princípio da igualdade, porque a igualdade no âmbito familiar põe fim à concepção do pátrio poder. Um ambiente no qual a mulher e os filhos são submissos ao homem, definitivamente, não é ambiente propício ao livre e pleno desenvolvimento dos seus membros.

Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana promoveu a igualdade entre homem e mulher (gênero), entre filhos (filiação) e entre entidades familiares (matrimoniais e não matrimoniais)²⁹.

O princípio da igualdade está disposto no *caput* do art. 5º da Constituição: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes” (BRASIL, 1988). Essa é a igualdade formal, a qual impede que o Estado privilegie uns em detrimento de outros.

Em que pese todos terem direitos, como preceitua a igualdade formal, nem todos têm a possibilidade de exercê-los, tendo em vista as diferenças socioeconômicas. Nesse sentido, a igualdade material visa promover uma justiça distributiva.

Ante a sociedade plural, verifica-se, ainda, uma terceira visão sobre a igualdade, a substancial, que diz respeito à ordem pessoal dos indivíduos. A igualdade substancial consiste em “tratar desigualmente quem está em posição desigual e tratar igualmente quem está na mesma posição jurídica” (FARIAS, ROSENVALD, 2014, p. 118).

²⁸ O princípio da solidariedade familiar se apresenta como o dever de assistência aos filhos, dever de assistência aos idosos, a plena comunhão de vida no casamento, a obrigação alimentar.

²⁹ O princípio da igualdade em matéria de família, no entanto, não se resume a esses três âmbitos (gêneros, filhos e espécies familiares), embora eles emirjam com grande clareza. O maior desafio que o princípio da igualdade traz consigo diz respeito à sua aplicação em temas até então pouco explorados pelo Direito das Famílias. A orientação sexual, a opção religiosa e as deficiências fisiopsíquicas, dentre outros, são urgentes provocações das quais a hermenêutica jurídico-familiar não pode escapar. Para enfrentá-las, serve a seguinte orientação: a igualdade defesa constitucionalmente é concreta; parte de uma estrutura formal, mas que deve estar atenta, sobretudo, à realidade socioeconômica e pessoal, que fatalmente demandará a preservação da diferença (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 64).

É a igualdade material identitária, cujo propósito é corrigir a conotação abstrata e generalizada da igualdade formal pelo reconhecimento das variadas identidades presentes na sociedade plural. A ideia é salientar, na concessão e execução de direitos e deveres, as peculiaridades pessoais de gênero, idade, raça, orientação sexual etc., a fim de permitir que a igualdade jurídica não aniquile, mas pressuponha e respeite a diferença real (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 61-62).

A caracterização da família eudemonista prescinde da harmonia dos três princípios, segundo os quais os membros familiares têm os seus direitos e deveres reconhecidos e se apoiam para juntos, buscarem sua realização pessoal.

2.5.2 Princípio da autonomia privada, princípio da intervenção mínima do Estado e princípio do livre planejamento familiar

A mudança de concepção da autonomia privada ao longo do tempo culminou no fenômeno contemporâneo denominado Privatização da Família ou, mais especificadamente, de Contratualização das Relações Familiares. Assim, dada a importância do princípio da autonomia privada e de seus respectivos efeitos para este trabalho, esse assunto será analisado no próximo capítulo.

3 AUTONOMIA PRIVADA: CONTRATUALIZAÇÃO DO DIREITO DAS FAMÍLIAS

Neste capítulo, inicialmente, tecemos considerações sobre a autonomia privada, dando ênfase ao conceito, características e fundamentos desse instituto. Em um segundo momento, apresentamos o princípio da não intervenção estatal na família e o princípio do livre planejamento familiar.

3.1 Autonomia privada: conceito, características e fundamentos

“Autonomia” é uma palavra de origem grega (*autonomia*) derivada da aglutinação das palavras “*autós*”, que significa próprio, individual, pessoal, incondicionado, e do “verbo” “*nomía*”, que denota conhecer, administrar” (RUGER; RODRIGUES, 2007, p. 3-4). Sendo assim, o significado da palavra “autonomia” é a possibilidade de o indivíduo, por si só, estabelecer as regras da sua própria conduta e não por imposições externas.

Sem dúvida, a autonomia privada é um dos princípios mais importantes do Direito Civil. Mas, antes de dissertar sobre isso, é importante compreender a diferença entre autonomia da vontade e autonomia privada, pois, embora a maioria dos doutrinadores trate esses termos como sinônimos, entende-se que eles são diferentes.

Cláudia Viegas (2017) explica que a autonomia da vontade teve grande incidência no século XX pautada pelo caráter liberal e individualista da época, consubstanciado pela ideia de que a dignidade da pessoa não se submetia a outras leis senão as do próprio indivíduo (VIEGAS, 2017).

A partir das mudanças ocorridas no cenário econômico, político e social, resultado da crise do Sistema Feudal e, por conseguinte, da ascensão da burguesia, surgiu o Direito Natural, “fortemente influenciado pela razão, período este denominado de jusracionalismo, ou seja, a partir da razão seria possível a construção de uma teoria jurídica e um sistema de leis que atendessem às demandas da época” (VIEGAS, 2017, p. 89).

O Direito Natural Racional visava a construir preceitos jurídicos que beneficiassem a classe burguesa (o Capitalismo Emergente), consolidando, portanto, a liberdade como forma de apropriação de bens e liberdade contratual³⁰. Nesse momento, a autonomia da vontade passou a ser traduzida como autonomia contratual.

³⁰ Consolidada uma visão de mundo marcada pelo enaltecimento do indivíduo e pela liberdade ligada à apropriação de bens, surge a denominada Teoria Contratual Clássica ou Tradicional, que atendeu à missão clara

Assim, “no âmbito contratual, a consequência do princípio da autonomia da vontade é o reconhecimento do contrato como fenômeno da vontade e não como fenômeno econômico e social” (FIUZA, 2008, p. 306), porque a preocupação do Estado Liberal era apenas com a igualdade formal, o que acabava por beneficiar apenas a burguesia³¹, conforme pode ser averiguado:

uma das causas do enfraquecimento da autonomia da vontade decorre da sua característica de abstração. Pretendia-se dar ao Direito uma noção de segurança “generalizante” de modo a evitar que alguns fossem beneficiados simplesmente por pertencerem a determinado grupo social, constituindo-se a base para a criação da chamada igualdade formal, em que todos são iguais perante a lei, independentemente das circunstâncias concretas a sua volta (VIEGAS, 2017, p. 89).

Em que pese a passagem do Estado Liberal para o Estado Social e, posteriormente, ao atual Estado Democrático já ter sido explicitada no capítulo anterior, é importante sua retomada neste momento para compreender como se deu o fenômeno da Privatização do Direito das Famílias.

A busca pela igualdade material no Estado Social relativizou o dogma da vontade. É importante ressaltar que não houve, porém, substituição da autonomia da vontade pela autonomia privada e, sim, uma releitura dela de acordo com as mudanças sofridas ao longo do tempo.

O Estado passou a intervir nas relações contratuais para garantir a igualdade material e proteger a parte mais fraca da relação. Nesse momento, surgiu a ideia de autonomia privada, mas limitada às normas jurídicas estabelecidas pelo Estado conforme se vê:

a autonomia da vontade pode ser entendida, então, como princípio pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos. Tem conotação mais subjetiva, psicológica. A autonomia privada apresenta-se, por outro lado, como poder que o particular tem de estabelecer as regras jurídicas de seu próprio comportamento, ou seja, o poder de criar, nos limites legais, normas jurídicas. Tem conotação mais objetiva, concreta e real (AMARAL NETO, 1988, p. 10).

Bruno Torquato de Oliveira Naves (2010) explica a mudança de semântica ocorrida

de consolidar o Capitalismo emergente. A economia liberal reclamava modelo jurídico que, “assentado sobre a liberdade formal dos indivíduos, garantisse ampla liberdade contratual”, instrumento de garantia de acesso da burguesia à propriedade e instrumento da contratação da mão de obra necessária ao comércio e à indústria, que substituíam o perfil econômico agrário do Feudalismo (GODOY, 2004, p. 31).

³¹ Com a massificação das relações sociais, a liberdade de escolha mostrava-se, praticamente, ilusória, legitimando a desigualdade de condições fáticas existentes entre as partes. A inexistência de qualquer intervenção importava a ampla liberdade tão-somente da parte mais forte na relação contratual, enquanto que à parte economicamente mais frágil restava a submissão ao que fora acordado (VIEGAS, 2017, p. 90).

entre os dois termos:

a denominação da autonomia privada veio apenas substituir a carga individualista e liberal da autonomia da vontade. Ao Direito, pois, resta analisar a manifestação concreta da vontade, segundo critérios objetivos de boa-fé, e não suas causas e características intrínsecas. Não é objeto do Direito perquirir sobre o conteúdo da consciência interna de cada ser. Daí decorre nossa preferência por esta posição e, conseqüentemente, pela expressão autonomia privada (NAVES, 2010, p. 84).

“A autonomia privada apareceu, portanto, como a liberdade conferida pelo ordenamento jurídico, para que o indivíduo pudesse manifestar sua vontade, regulando as relações jurídicas das quais fosse parte e conferindo-lhes conteúdo e eficácia determinada, reconhecida e protegida pelo Direito” (AMARAL NETO, 1988, p. 11). Mas qual seria a atuação reconhecida e protegida pelo Direito?

Ainda no Estado Social, reconheceu-se que a autonomia privada exigia uma atuação positiva do Estado, que passou a proteger os interesses coletivos dos arbítrios individuais, por meio da função social que a autonomia privada deve exercer.

“A ideia de função social dos direitos subjetivos surgiu como forma de compatibilização dos influxos individuais e das necessidades da coletividade, por meio do estabelecimento de limites à livre atuação dos indivíduos” (RUGER; RODRIGUES, 2007, p. 18-19). Mas a ideia de vontade coletiva era muito perigosa, visto que o Estado facilmente poderia se apropriar dessa vontade e impor concepções únicas e arbitrárias.

Todavia, da mesma forma que no Estado Liberal, onde o exagero da autonomia privada causou falência do sistema, no Estado Social os excessos da interferência estatal na esfera da liberdade individual fizeram cair por terra postulados que privilegiam incondicionalmente a vontade coletiva em detrimento da vontade individual. O Estado concebido como concretização ética de um povo em determinado momento histórico passou a representar um fim em si mesmo que se chocava com as pretensões individuais de seus membros, pois a vontade coletiva não equivale à soma das vontades individuais dos integrantes da comunidade (RUGER; RODRIGUES, 2007, p. 19).

A tensão entre o público e o privado gerou a necessidade de um novo sistema normativo, baseado em direitos fundamentais universais, de modo que pudessem ser aplicados a qualquer tipo de formação social, ante a pluralidade do mundo contemporâneo.

Direitos fundamentais são fruto da soberania popular, exercidos em prol da dignidade, da liberdade e da igualdade da pessoa humana. A Constituição, quando enumera aspectos da vida do ser humano de forma abrangente, protege de forma simultânea e complementar expectativas individuais e coletivas. Embora seja marca do mundo contemporâneo a pluralidade e fragmentação ética, determinados aspectos da vida humana ainda gozam de certa universalidade, muito embora sejam

controversos em sua extensão, fundamento e forma de aplicação (RUGER; RODRIGUES, 2007, p. 17).

A passagem do Estado Social para o Estado Democrático de Direito marcou a flexibilização entre público e privado. Nesse diapasão, não existe mais a marcada separação entre o público e o privado, ramos que passaram a se confundir, conforme explica Nelson Rosenvald (2005):

em uma sociedade democrática e plural, o ser humano é focalizado tanto individual como coletivamente em suas relações intersubjetivas. Supera-se a *summa divisio* entre o público e o privado com a aproximação entre Estado e sociedade, pois o interesse daquele é justamente preservar os interesses privados (ROSENVALD, 2005, p. 146).

O Estado Democrático, portanto, surge como pressuposto de que a condição humana perpassa não só pela individualidade, mas também pela alteridade, na medida em que os membros da comunidade têm consciência de que dependem um do outro³².

A autonomia privada encontra-se relacionada à efetivação desse rol de direitos fundamentais do homem, revelando a essência do Estado Democrático, que orienta o exercício dos direitos subjetivos desatrelado de fins egoístas e individualistas ou de sua aniquilação por meio de uma suposta vontade coletiva, corrigindo os excessos da autonomia da vontade que ocorreram sob a égide do Estado Liberal ou sua mitigação no Estado Social (RUGER; RODRIGUES, 2007, p. 16-17).

Maria de Fátima Freire de Sá e Diogo Luna Moureira (2017) discorrem sobre essa mudança de concepção:

as reflexões normativas que se desenvolvem na atualidade perpassam a autonomia privada, projetada como fruto de autodeterminação, agregada a um vínculo de interdependência social, em que individualidades se constituem e se reconstituem. Não se trata de uma autonomia individual caracterizada pelo isolacionismo dos séculos XVIII e XIX, quando o indivíduo acreditava construir a si mesmo negando qualquer rede de interlocução. Tampouco, se trata de compreender a autonomia individual subjugada à autonomia pública, caracterizada pelo coletivismo do final do século XIX e início do século XX (SÁ; MOUREIRA, 2017, p. 1).

Os autores ressaltam também que, no Estado Democrático, “as reflexões sobre a autonomia privada perpassem, tanto a ação do indivíduo na determinação daquilo que é individual (construção da personalidade), quanto a legitimidade do ordenamento normativo,

³² Sendo inegável que o palco da condição humana é formado pela conjugação de planos existenciais, sociais e materiais, intersubjetivamente considerados, os direitos fundamentais assumem concretude por meio da superação do dualismo entre a autonomia privada e alteridade (RUGER; RODRIGUES, 2007, p. 16-17).

decorrente do reconhecimento e da efetivação da liberdade na convivência com os outros” (SÁ; MOUREIRA, 2017, p. 1).

A positivação de direitos fundamentais por parte do Estado não significa a ausência de autonomia privada dos indivíduos, pois o reconhecimento de determinados direitos fundamentais é justamente o reconhecimento da sua participação política. Contudo, se a “vontade” da maioria violar a esfera privada dos indivíduos, essa “vontade” se torna arbitrária e ilegítima.

Qualquer sistema jurídico deve preservar a liberdade de ação dos indivíduos, pois aquele que se impõe por meio da coerção, da imposição, não se justifica. “A autonomia é condição de possibilidade da ordem jurídica de um Estado Democrático de Direito, que conjuga soberania popular e proteção aos direitos fundamentais” (RUGER; RODRIGUES, 2007, p. 21).

Portanto, os direitos fundamentais “não podem se fundamentar em algo que não a autonomia, sob pena de violarem a condição humana de seus destinatários ou retirar-lhes os instrumentos para a realização de uma vida plena” (RUGER; RODRIGUES, 2007, p. 17).

É imprescindível, portanto, adequar todos os institutos ao paradigma do Estado Democrático de Direito, pois, nesse contexto, as escolhas existenciais ganham cada vez mais espaço, na medida em que a Constitucionalização do Direito Civil consagrou a pessoa humana como centro do sistema jurídico.

O Estado Democrático de Direito passa a ser o marco teórico para o estudo de movimentos que preconizam a Constitucionalização do Direito Civil, forçando a instrumentalização de institutos basilares, como a propriedade, o contrato e a família, os quais se encontram, atualmente, funcionalizados ao desenvolvimento pleno da pessoa humana, com fins no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (RUGER; RODRIGUES, 2007, p. 13).

Nas palavras de Maria Celina Bodin de Moraes e Ana Carolina Brochado Teixeira (2019):

é nesse sentido que o conceito de ordem pública também se transformou: a Constitucionalização do Direito Civil, com o deslocamento dos princípios fundamentais do Código Civil para a Constituição Federal, acarretou grande mudança, na medida em que a autonomia privada passou a gerar efeitos jurídicos não apenas em situações patrimoniais, mas também, existenciais, sendo redefinida por esses valores. Assim, a concepção de ordem pública – permeável a esses novos fatos jurídicos – passou a ter realização da pessoa humana como objetivo, já que sua dignidade foi elevada a princípio fundamental da República (MORAES; TEIXEIRA, 2019, p. 2).

“A Constitucionalização e a Personalização do Direito Civil atribuíram especial relevo às decisões existenciais, já que as situações jurídicas de qualquer natureza devem ser funcionalizadas à realização da pessoa humana” (MORAES; TEIXEIRA, 2019, p. 1). Por óbvio, a realização plena da pessoa humana não se assenta apenas nas questões patrimoniais.

Assim, a consagração da dignidade da pessoa humana como princípio constitucional ampliou o campo de atuação da autonomia privada, o que perpassa tanto o âmbito patrimonial quanto o existencial³³.

Não é possível, portanto, um discurso unitário sobre a autonomia: a unidade é axiológica, porque unitário é o ordenamento centrado no valor da pessoa, mas é justamente essa conformação do ordenamento que impõe um tratamento diversificado para atos e atividades que em modo diferenciado tocam esse valor e regulamentam situações ora existenciais, ora patrimoniais, ora umas e outras juntas (PERLINGIERI, 2002, p. 276).

Como já afirmado, o Direito das Famílias era em sua maioria constituído de norma cogente, sendo poucas as hipóteses de exercício da autonomia privada, e esta, sempre, atrelada à seara patrimonial como, por exemplo, a estipulação do regime matrimonial de bens. Por esse motivo, a maioria dos doutrinadores considerava esse ramo do Direito como integrante do Direito Público.

Essa concepção se modificou após a Constituição de 1988, pois “a incidência de direitos fundamentais nas relações privadas fez com que a autonomia privada perdesse a sua conotação exclusivamente patrimonial, passando a ser aplicada também em relações extrapatrimoniais, a exemplo daquelas travadas no âmbito do Direito de Família” (ALVES, 2009, p. 134).

Além disso, a família se transformou em uma instituição democrática e horizontal, ambiente de realização pessoal dos seus membros, o que autoriza o exercício da autonomia privada no seu interior.

O Texto Constitucional consagrado pelo pluralismo jurídico entende como legítimos vários projetos de vida. Por esse motivo, o exercício da autonomia privada deve ser incentivado e legítimo também no âmbito familiar, afinal, é nesse ambiente em que o indivíduo mais se realiza.

Taisa Maria Macena de Lima (2003) exemplifica a aplicação da autonomia privada ao âmbito familiar:

³³ A liberdade que as pessoas possuem de regular seus interesses não se deve limitar aos negócios patrimoniais, deve ser incentivada e exercitada também no âmbito das situações subjetivas não patrimoniais (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010).

a luta pelo direito à redesignação sexual, o reconhecimento de diferentes modelos de família (matrimonial, não-matrimonial, monoparental, etc.), o modelo de filiação voltado antes para a paternidade socioafetiva do que para a paternidade apenas biológica, a união homoafetiva, entre outros (LIMA, 2003, p. 48).

Assim, a família se torna mais privada do que nunca. Exemplo disso é a possibilidade de o casal proceder à separação ou ao divórcio diretamente no Cartório de Notas por meio de escritura pública, desde que não haja discussão sobre filhos menores ou incapazes, e também a supressão dos requisitos temporais para a concessão do divórcio por meio da Emenda Constitucional n.º 66 de 2010³⁴.

Por todo o escopo jurídico apresentado, é incoerente defender a dicotomia dos ramos do Direito, quais sejam, público e privado, o que se encerra para que o projeto constitucional, marcado por princípios muito próprios, possa ser efetivamente levado aos ramos infraconstitucionais e serem cumpridos em todas as instâncias jurídicas.

Gradativamente, a família vai preferindo a liberdade e autonomia privada dos seus membros para se autodeterminar nas suas relações familiares (pluralidade de famílias, famílias simultâneas; famílias paralelas; poliamor; liberdade para constituir e desconstituir suas famílias). Esse movimento faz com que a família seja concebida de forma contratualizada (ou privada) e cada vez menos de ordem pública.

Em outras palavras, o Direito das Famílias está se tornando cada vez menos um instituto com normas cogentes e obrigatórias para ser cada vez mais pautada na autonomia privada. Enfim, a possibilidade de aplicação da autonomia privada ao seio familiar faz com que o Direito das Famílias se insira, definitivamente, no Direito Privado.

A partir do compromisso constitucional de nosso Estado de Direito com a realização do ser humano, o Direito de Família se transmuda para abandonar a concepção de família como instituto centrado no casamento, formal e absolutizado, transformando-a em instrumento democrático de concretização da pluralidade, a partir da interpretação da própria principiologia constitucional, que se mostra aberta a quaisquer projetos de vida marcados pela dignidade, solidariedade, responsabilidade e afetividade (TEIXEIRA; RODRIGUES, 2019, p. 17).

“A privatização da família, caracterizada pela transferência do controle de sua (des)constituição, e o funcionamento do Estado para seus próprios membros, também operou a transferência de uma enorme carga de responsabilidade aos indivíduos que a compõem” (TEIXEIRA; RODRIGUES, 2010, p. 96).

³⁴O texto integral pode ser acessado no site: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc66.htm.

O exercício da autonomia privada na construção da família conforme melhor convier aos seus membros, bem como a possibilidade de estabelecer seu conteúdo de acordo com seus anseios, devem se dar de forma responsável, a fim de garantir a própria felicidade e a felicidade do outro. Afinal, sem responsabilidade não há que se falar em autonomia e liberdade, nem há como assegurar a realização da dignidade e da solidariedade.

Nas palavras de Paulo Luiz Netto Lôbo (2009):

a experiência democrática contemporânea operou a interdependência entre liberdade e responsabilidade, ao contrário da disjunção liberal. Ou seja, não há liberdade sem responsabilidade, nem esta sem aquela. Em outras palavras, quanto mais liberdade se conquista, com redução consequente do *quantum* despótico, mais responsabilidade se impõe a quem exerce aquela. A liberdade das famílias contemporâneas, assegurada pelo Direito, encontra sentido e legitimidade na ética da responsabilidade (LÔBO, 2009, p. 6).

Portanto, a autonomia privada se apresenta como o poder do indivíduo de se autodeterminar seja no âmbito patrimonial, seja no âmbito existencial, mas que encontra limite na autorresponsabilidade e, por óbvio, a todos os princípios consagrados pelo Estado Democrático de Direito.

O princípio da autonomia privada justifica a resistência do indivíduo à intromissão do Estado no espaço que deve ser só seu, na legítima tentativa de ser feliz. Assim, o Estado deixa a cargo dos membros das famílias o poder de se autodeterminarem, aumentando as possibilidades de escolhas do casal.

Corroborando esse entendimento é que se inserem os princípios da não intervenção estatal na família e o princípio do livre planejamento familiar na família.

3.2 Princípio da não intervenção estatal na família e princípio do livre planejamento familiar

O princípio da não intervenção estatal na família está previsto expressamente no artigo 1.513 do CC/2002 ao disciplinar que “é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”³⁵ (BRASIL, 2002), exemplo de que cada vez mais a família se encontra privatizada.

³⁵ O texto integral pode ser acessado no site: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm.

A proibição de interferência de terceiros na comunhão de vida instituída tem fundamento na própria família eudemonista, na medida em que a pessoa humana passa a ser o centro do ordenamento jurídico. “Logo, não faz sentido que o Estado intervenha em um núcleo essencialmente volitivo: em termos de conjugalidade, a família só existe enquanto representa a vontade dos cônjuges; caso contrário, podem desfazê-la” (TEIXEIRA; RODRIGUES, 2010, p. 98).

Portanto, qualquer interferência ou limitação na autodeterminação dos membros familiares torna-se inaceitável. A promoção da dignidade da pessoa humana e, por conseguinte, da autonomia privada só permite a intervenção estatal para garantir a dignidade de seus componentes.

Em outras palavras, em que pese a proibição do Estado em intervir no seio familiar, devendo respeitar as escolhas feitas pelos indivíduos e as suas mais variadas formas de constituição, isso não retira a sua função de promover a tutela³⁶ dos seus direitos e evitar possíveis ameaças³⁷.

Os componentes da família, desde que dotados de discernimento, podem construir de forma livre o projeto de vida em comum, por serem conscientes sob que formas se realizam em comunhão plena de vida. E dessa 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 iguais, razão pela qual a ingerência do Estado é válida tão somente para garantir espaços e o exercício das liberdades (TEIXEIRA; RODRIGUES, 2010, p. 98-99).

Entende-se como vulneráveis “aqueles que possuem restrições participativas na autodeterminação como interlocutores nas relações jurídicas e situações jurídicas nas quais se posicionam nos polos subjetivos” (SÁ, MOUREIRA, 2017, p. 3), sob vários aspectos, como existenciais, sociais e econômicos.

Todavia, excepcionalmente, o espaço de realização familiar sofrerá ingerências estatais quando for necessário proteger sujeitos familiares vulneráveis, denotando como marca do Estado Democrático de Direito a busca por igualdade material,

³⁶ Não se deve confundir, pois, essa tutela com o poder de fiscalização e controle, de forma a restringir a autonomia privada, limitando a vontade e a liberdade dos indivíduos. Muito menos se pode admitir que essa proteção alce o Direito de Família à categoria de Direito Público, apto a ser regulado por seus critérios técnico-jurídicos. Essa delimitação é de fundamental importância, sobretudo para servir de freio à liberdade do Estado para intervir nas relações familiares (PEREIRA, 2004, p. 109).

³⁷ Diante do contexto de tutela do Estado no âmbito familiar, a atuação estatal somente será justificável quando necessária para garantir a liberdade de auto-determinação dos entes da família, ou para buscar direitos fundamentais negados pelo Estado ou pelo particular. É o caso do reconhecimento da família homoafetiva; do reconhecimento de paternidade; da imposição de obrigação alimentícia, dentre outros casos (VIEGAS, 2017, p. 99).

obtida pela conformação da autonomia da vontade por preceitos de solidariedade (TEIXEIRA; RODRIGUES, 2010, p. 91).

Assim, quando existem sujeitos vulneráveis no âmbito familiar, pode ser que seja necessária a intervenção do Estado para garantir a dignidade dessas pessoas, a fim de garantir a igualdade material.

A Constituição Federal identifica como presumidamente vulneráveis as crianças, os adolescentes e os idosos, conforme se verifica nos arts. 227 e 230. Além disso, há o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/90) e o Estatuto do Idoso (Lei n.º 10.741/2003) como instrumentos de proteção às pessoas vulneráveis.

É importante ressaltar que a Lei Maria da Penha (Lei n.º 11.340/2006) também é um instrumento de proteção da mulher que, em muitas situações, se encontra em condição de vulnerabilidade diante do parceiro. Contudo, a sua vulnerabilidade não é presumida e prescinde de comprovação no caso concreto.

Quando houver essa assimetria relacional, os espaços de negociabilidade ficam mais reduzidos, pois se espera um comportamento positivo de atuação em prol daquele que é vulnerável, a fim de que essa conduta possa reequilibrar a relação jurídica. Por isso, quando se tratar de criança, adolescente, idoso, pessoa com deficiência, mulher (em algumas circunstâncias), as relações familiares têm um vetor protetivo, pressupondo-se maior ingerência do Estado nesses espaços de intimidade (MORAES; TEIXEIRA, 2019, p. 8).

Portanto, em relação aos cônjuges, a depender da situação, o término do relacionamento pode ocasionar certa vulnerabilidade e, por conseguinte, gerar a perda de discernimento de um dos cônjuges. Necessário, então, verificar no caso concreto se há vulnerabilidade expressiva que careça da proteção do Estado.

O mais importante é a verificação objetiva e concreta da presença de eventual desigualdade entre os cônjuges – o que a princípio, não existe, pelo menos no âmbito formal – a fim de se incentivar a criação das próprias regras, de modo a potencializar a autorrealização no ambiente familiar (MORAES; TEIXEIRA, 2019, p. 8).

Em consonância ao princípio da intervenção mínima do Estado no seio familiar, também está previsto na Constituição Federal de 1988 o princípio do livre planejamento familiar, cabendo ao casal a livre decisão sobre os aspectos atinentes ao projeto parental, sem a interferência estatal. Mas é claro que essa liberdade também não é ilimitada, de modo que o próprio legislador prevê sua restrição à dignidade da pessoa humana e à parentalidade responsável.

§7º do art. 226 - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas (BRASIL, 1988).

Cabe a ressalva de que esse dispositivo também prevê os limites de atuação do Estado, afirmando que este só poderá intervir de forma promocional, educativa, informativa. “Nesse núcleo de intimidade que envolve a decisão sobre a filiação, o papel do Estado cinge-se a três perspectivas: garantir liberdades, assegurar as limitações constitucionais ao exercício desse direito e informar as pessoas sobre as formas de exercer esse direito” (TEIXEIRA; RODRIGUES, 2010, p. 100).

Diante do exposto, faz-se necessário reconhecer novos e diversos arranjos familiares capazes de refletir a sociedade plural em que se vive. Sendo assim, pouco importa a forma ou o compromisso que os particulares estabelecem entre si, o que importa é a qualidade desses compromissos firmados, na medida em que atendam à promoção da dignidade de cada um que compõe o núcleo familiar.

No capítulo a seguir, discute-se o casamento na perspectiva de uma instituição até a de negócio jurídico de Direito das Famílias.

4 CASAMENTO: DE INSTITUIÇÃO A NEGÓCIO JURÍDICO DE DIREITO DAS FAMÍLIAS

Como já retratado no capítulo 2 o resgate da dignidade do indivíduo nas relações conjugais pressupõe a consagração da autonomia privada dos cônjuges. Nesse contexto, tanto o casamento quanto a união estável, sejam eles homossexuais ou heterossexuais, são núcleos familiares constituídos voluntariamente, são institutos diferentes, mas a voluntariedade os identifica.

A primeira expressão da autonomia privada dos sujeitos, na qual o Estado não poderá intervir, é justamente na escolha da entidade familiar conjugal na qual irá formar família, se união estável ou casamento. Em que pese a escolha pelo casamento ser expressão da autonomia privada, ele é um instituto que, de acordo com a sua natureza jurídica, forma, requisitos, pode impor determinados limites aos cônjuges, o que será tratado adiante.

Assim, a seguir, inicialmente, apresenta-se o histórico, o conceito e os requisitos do casamento. Em um segundo momento, tecem-se considerações sobre a natureza jurídica do casamento, momento em que se dá ênfase às três teorias sobre o assunto: Teoria Institucionalista, Teoria Contratualista e Teoria Mista/Eclética/Híbrida e ao papel da autonomia privada na reconfiguração da natureza jurídica do casamento: o casamento como negócio jurídico *sui generis*. Por fim, tecem-se os efeitos advindos do casamento: efeitos sociais, efeitos pessoais e efeitos patrimoniais.

4.1 Histórico, conceito e requisitos do casamento

O casamento é uma das entidades familiares mais importantes, seja pela tradição, uma vez que por muito tempo era a única forma de se constituir família, seja porque as religiões, que muito influenciam a sociedade, valorizam-no (LÔBO, 2008).

O casamento civil só foi instituído no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto n.º 181 de 1890: “uma cerimônia meramente religiosa não opera efeitos civis [...] a não ser que, antes ou depois da celebração religiosa, sejam tomadas as providências necessárias para o registro do casamento religioso” (NERY, 2013, p. 193).

O Código Civil de 1916, ainda sob a influência do Direito Canônico, manteve o casamento civil e estabeleceu regras relativas ao Direito Matrimonial, como, por exemplo, a indissolubilidade do casamento e a hierarquia entre marido e mulher, formando-se, portanto, a família patriarcal.

Quanto ao conceito de casamento, segundo Beviláqua, ele é uma “união indissolúvel entre homem e mulher, legalizador das relações sexuais entre eles, e estabelecido com objetivo de criar e educar a prole” (BEVILÁQUA, 1956. p. 34).

A indissolubilidade, a fidelidade, os objetivos reprodutivos e outros deveres conjugais, os quais serão discutidos em outro tópico, não se coadunam com o Estado Democrático de Direito, que dispensa a imposição de moralidade pelo Estado.

Assim, conforme já enunciado, a Constituição da República de 1988 reconheceu outras formas familiares, momento em que o casamento passou a ser uma espécie do gênero família, tendo em vista a Constitucionalização do Direito das Famílias, a proteção da família e, por conseguinte, o casamento (e qualquer outra forma de família), que passou a ser visto em razão do sujeito e não do núcleo familiar em si mesmo, conforme já explanado no capítulo 2.

A partir do julgamento da ADI n.º 4.277 e da ADPF n.º 132 pelo Supremo Tribunal Federal, que culminou na publicação da Resolução n.º 175/2013³⁸ do Conselho Nacional de Justiça, passou-se a ser admitido o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Nas palavras de Luciana Poli (2012):

hoje o panorama é diverso, o Direito de Família não se encontra encerrado apenas nas relações derivadas do casamento, ao contrário, a CR/88 expressa e solidifica o caráter plural da família. Nesse sentido, entende-se que o art. 226 da CR/88 reforça o caráter inclusivo do Estado Democrático de Direito, ao possibilitar a coexistência no nosso sistema de diversas formas de família (POLI, 2012, p. 27).

Nesse contexto, a lei conceitua o casamento como uma das formas de constituir família entre duas pessoas que “estabelecem comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges” (art. 1.511 do CC/2002). A previsão expressa da igualdade entre homens e mulheres reconheceu o que a Constituição Federal no §5º do art. 226, doutrina e jurisprudência já reconheciam, e derrogaram, de vez, o art. 233 do Código Civil de 1916, no qual o legislador enunciava que o marido era o chefe da sociedade conjugal.

Ainda, no art. 1.567 do CC/2002, o legislador estabelece que compete a ambos os cônjuges a direção da sociedade conjugal, bem como a mútua colaboração em prol do casal e dos filhos. O art. 1565 e seus parágrafos desse mesmo diploma complementam a responsabilidade mútua do homem e da mulher, o que é a consagração à vedação constitucional de qualquer espécie de preconceito (inciso IV do art. 3º).

³⁸ Resolução do CNJ n.º 175/2013: “É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo”.

“Esses textos se conjugam em solene afirmação da união legal que se realiza por meio do casamento, para constituição de família em plano igualitário, com integral proteção do Estado a essa forma de vida em comum, adotada por marido e mulher”. (OLIVEIRA; HIRONAKA, 2005, p. 11).

No que diz respeito à previsão de “comunhão plena de vida”, constante no conceito determinado na Lei Civil (art. 1.511), ela parece se referir à compatibilidade de interesses e objetivos entre os nubentes ou, nas palavras de Maria Helena Diniz, à comunhão espiritual do casamento. É importante ressaltar que a autora conceitua o casamento como “o vínculo jurídico entre o homem e a mulher que visa ao auxílio mútuo material e espiritual de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família” (DINIZ, 2005, p. 39).

A compatibilidade ou incompatibilidade de interesses e objetivos entre os cônjuges pode ser os mais diversos possível. Desse modo, em que pese o legislador elencar alguns motivos caracterizadores da impossibilidade da comunhão de vida, nos incisos I ao VI do art. 1.573, chamados pela doutrina de deveres conjugais, e no parágrafo único desse artigo, ele deixou clara a existência de outros motivos conforme se vê:

O fundamento legal específico, a admitir esta ilação de raciocínio, encontra-se no parágrafo único do art. 1.573 do novo Código, já que, além das hipóteses mencionadas nos incisos I a VI do referido artigo, e que caracterizam a impossibilidade da comunhão de vida, o “juiz poderá considerar outros fatos que a tornem evidente”. Assim sendo, poderá ocorrer que a cabal demonstração de que já não há plena comunhão de vida entre os cônjuges constitua fato a ser considerado pelo juiz, que poderá decretar a separação judicial (OLIVEIRA; HIRONAKA, 2005, p. 12).

Nesse contexto, pode se afirmar que a autonomia privada dos sujeitos está presente tanto na constituição quanto na desconstituição do vínculo conjugal. No art. 1.513 do Código Civil, o legislador deixa clara a liberdade de escolha dos cônjuges ao declarar que “é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família” (BRASIL, 2002).

Já Flávio Tartuce conceitua o casamento como “a união de duas pessoas, reconhecida e regulamentada pelo Estado, formada com o objetivo de constituição de uma família e baseado em um **vínculo de afeto**” (TARTUCE, 2016, p. 45, grifo nosso).

Conforme enunciado por Flávio Tartuce, não dá para negar que a afetividade é elemento indicador da existência do casamento, em que pese não ser o único.

Nas palavras de Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior (2010):

passando a família a ser entendida como uma comunhão de afeto que incentiva e garante a livre e plena formação pessoal dos seus membros, e passando o casamento a ser considerado como apenas uma das espécies familiares, faz-se necessário reformular sua definição. O matrimônio passa a carregar novas qualidades, enquanto família contemporânea (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 73).

O casamento assume papel funcional, ou seja, passa a ser instrumento de promoção da dignidade de seus membros, de acordo com os fundamentos doutrinários contemporâneos e, por conseguinte, o privilégio da autonomia privada dos cônjuges para que eles possam estabelecer a plena comunhão de vida, definição que será mais detalhada à frente.

O fato é que a definição do casamento sempre foi motivo de controvérsias doutrinárias, principalmente quanto à sua natureza jurídica.

4.2 Natureza jurídica do casamento

“A natureza jurídica de um instituto constitui um critério de interpretação que atua como referência externa em sua aplicação prática. Além disso, serve para delimitar o contexto que tal instituto deve seguir, orientando as suas linhas de evolução” (RODRIGUES JÚNIOR; ALMEIDA, 2010, p. 106), visto que a natureza jurídica sofre modificações dependendo do contexto social em que está inserida.

Há na doutrina três teorias que procuram identificar a natureza jurídica do casamento: i) Teoria Institucionalista: na qual se encontram aqueles que entendem ser o casamento uma instituição; ii) Teoria Contratualista: nessa estão os que compreendem o casamento como um contrato; iii) Teoria Híbrida, também denominada de Mista ou Eclética: na qual se encontram os que compreendem que o casamento possui natureza mista.

Essa discussão é de extrema relevância, tendo em vista que os efeitos e limites do matrimônio em relação aos nubentes se diferenciam dependendo da teoria adotada e para que se possa redefinir o equilíbrio entre a autonomia privada e a intervenção estatal. Assim, a seguir apresenta-se cada uma dessas teorias separadamente.

4.2.1 Teoria Institucionalista do casamento

Os adeptos da Teoria Institucionalista, como Maria Helena Diniz, por exemplo, entendem que o casamento é uma instituição social, uma vez que a manifestação da vontade é apenas para aceitar as regras preestabelecidas pelo Estado. Em outras palavras, a liberdade dos nubentes se limita apenas à escolha do cônjuge e do regime de bens, visto que não há

possibilidade de negociar as regras do casamento, não podendo discutir o conteúdo dos seus direitos e deveres.

A corrente institucionalista ou supraindividualista afirma que o casamento constitui um conjunto de regras impostas pelo Estado, que forma um todo e ao qual as partes têm apenas a faculdade de aderir, pois uma vez dada a referida adesão, a vontade dos cônjuges torna-se impotente e os efeitos da instituição produzem-se automaticamente. Assim, as partes são livres para escolher o cônjuge e se casar, mas vez ultimado o matrimônio os efeitos da instituição são automáticos, por serem de ordem pública e imperativos. [...] Assim, para a corrente institucionalista, o casamento é uma instituição social, que nasce da vontade das partes, mas regulada juridicamente pelo Estado, de forma que, após a adesão do casal, a sua vontade torna-se impotente e os efeitos da instituição são produzidos automaticamente pelos parâmetros preestabelecidos pela legislação (CARVALHO, 2017, p. 154).

É de se admitir que o casamento já foi uma instituição, quando analisado sob a égide do Código Civil de 1916. Naquela época, as normas atinentes ao casamento estavam carregadas de moralidade e religiosidade, sendo que os sujeitos deveriam se enquadrar ao modelo imposto pelo Estado para ter o seu reconhecimento estatal. O encaixe à moldura familiar imposta pelo Estado significava ter ou não ter família. Nesse contexto, o autor assiste razão ao manifestar:

Tomando partida nesta contenda, entendemos que o casamento é uma instituição. Reduzi-lo a simples contrato será equipará-lo a uma venda ou a uma sociedade, relegando-se para segundo plano suas nobres e elevadas finalidades. Ademais, repousa o contrato, precipuamente, no acordo de vontades, ao passo que ao casamento não basta o elemento volitivo, tornando-se igualmente necessária a intervenção da autoridade eclesiástica, se religioso, ou da autoridade civil, se meramente laico, para sancionar e homologar o acordo livremente manifestado pelos nubentes (MONTEIRO, 1976, p. 10).

Ainda, o contrato pressupõe a possibilidade de distrato, situação que o casamento jamais poderia se submeter, tendo em vista a sua indissolubilidade à época. De fato, o casamento era instituição.

Contudo, essa afirmação não se sustenta na atualidade. Hoje, a Teoria Institucional se encontra ultrapassada, visto que não é mais possível a sobreposição dos interesses da instituição em detrimento dos interesses dos nubentes conforme se vê:

O casamento já foi considerado uma instituição, uma entidade detentora de interesses próprios, exteriores e, mais do que isso, superiores aos dos seus membros. Pouco importava a satisfação pessoal dos sujeitos componentes da entidade. A harmonia familiar era entendida como a situação em que cada um dos seus membros cumpria a função que lhe era destinada, colaborando para o alcance dos fins patrimoniais. Contudo, essa concepção de casamento ficou no passado (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 107).

Portanto, diante das características atuais do Direito das Famílias e, por conseguinte, do casamento, não se pode admitir a anulação da pessoa e da sua autonomia privada.

4.2.2 *Teoria Contratualista do casamento*

Na Teoria Contratualista, defendida por Silvio Rodrigues (2002), o casamento é um contrato que já surge por meio de um acordo de vontades e, portanto, se submete às regras contratuais. Contudo, pelas consequências peculiares do matrimônio, seria um contrato especial, *sui generis* ou contrato de Direito das Famílias.

César Fiuza (2008) “destaca o fato de o casamento ter disciplina própria e diferente dos demais contratos, o que “não o torna menos contrato”, apenas enfatiza suas particularidades, tornando-o contrato especial” (FIUZA, 2008, p. 931). Ademais, o conjunto de direitos e deveres gerado com a realização do casamento se fundamenta na noção de contrato, que não deixa de o ser por ter normas próprias, algumas de ordem pública.

Caio Mário da Silva Pereira (2006), também defensor dessa teoria, salienta que

a natureza contratual do casamento não é contrariada pela exigência legal de forma especial e solene da manifestação volitiva, que obedece à padronização prefixada e ao ritual específico da celebração. Não é igualmente negada pela participação direta do Estado no ato constitutivo, pois que o princípio da ordem pública também costuma estar presente em numerosos outros contratos de direito comum (PEREIRA, 2006, p. 58).

Uma das críticas à essa teoria persistia no fato de o casamento, quando regido pelo Código Civil de 1916, possuir caráter indissolúvel e, mesmo após a possibilidade de sua dissolução, existir a discussão de culpa quando do seu término, ou seja, em um primeiro momento o elemento volitivo do casamento não existia, e em um segundo momento, passou a ser subordinado à algum motivo predeterminado em lei, respectivamente. Críticas que faziam sentido, tendo em vista que em um contrato basta a vontade de distrato, dispensada a discussão da culpa/motivo do encerramento dele.

Contudo, após o advento da Lei n.º 11.441/07³⁹, que admite a desconstituição do casamento pela simples vontade das partes, permitindo o divórcio pela via administrativa (Cartório de Notas) e, ainda, após a Emenda Constitucional n.º 66/2010, que revogou o requisito temporal para a propositura do divórcio, a Teoria Contratualista ganhou força.

³⁹ O texto integral pode ser acessado no site: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111441.htm.

A Lei n.º 11.441/2007, trazendo a possibilidade de as partes cuidarem, elas próprias, sem interferência judicial, da separação e do divórcio, somente formalizando-os pela escritura pública, demonstra, a toda evidência, a mudança de paradigmas, voltada para a mínima interferência estatal, com fortalecimento da autonomia da vontade e proteção à intimidade e à privacidade no ato de pôr fim ao casamento (MAFRA, 2007, p. 76).

De forma acertada, Flávio Tartuce (2016) entende ser exagerada a afirmação de que o casamento é um contrato conforme se vê a seguir:

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). Em esforço, deve-se observar que a principiologia do casamento é totalmente diversa dos regramentos básicos aplicáveis aos contratos (TARTUCE, 2016, p. 48-49).

É certo que o casamento não se resume apenas a efeitos patrimoniais, mas também possui efeitos pessoais que não podem, pelo menos até o momento, serem objetos de um contrato. Em outras palavras, só se justifica a manutenção do vínculo conjugal à medida que a família constituída esteja apta à realização do projeto de vida escolhido pelas partes no exercício da autonomia privada.

Dessa forma, é necessária uma reformulação da função do pacto antenupcial, visto que qualquer projeto de vida não se resume apenas a questões patrimoniais. Nas palavras de Ana Carolina Brochado Teixeira e Renata de Lima Rodrigues (2015):

o contexto de funcionalização da entidade familiar à promoção do desenvolvimento pleno de seus membros e a configuração do casamento e demais formas familiares como núcleos democráticos e eudemonistas impedem situar o casamento como instituição. E mais. Tendo em conta que, com exceção da possibilidade de escolha do regime de bens, todos os efeitos que derivam do casamento encontram-se tipificados previamente na lei, maior dificuldade há em enquadrar o casamento como contrato, uma vez que aos nubentes não é dado, por manifestação de vontade, compor o conteúdo de sua relação matrimonial (TEIXEIRA; RODRIGUES, 2015, p. 19).

Diante desse impasse, surge outra corrente que defende o casamento como contrato na sua formação e instituição nos seus efeitos, a denominada Teoria Mista, Híbrida ou Eclética.

4.2.3 Teoria Mista, Híbrida ou Eclética do casamento

Para a Teoria Mista, também denominada de Híbrida ou Eclética, o casamento teria natureza híbrida, ponderando as outras duas teorias, ou seja: na formação é um contrato, no conteúdo é uma instituição. Defendem essa teoria Flávio Tartuce, Eduardo de Oliveira Leite e Silvio de Sávio Venosa.

Nesse contexto, a autonomia privada se resume apenas à liberdade de criação e permanência na relação familiar e na escolha do regime de bens. Já as questões existenciais (efeitos pessoais), que são predeterminados em lei e, portanto, não podem ser objeto de escolha dos cônjuges, retiram o caráter contratual do casamento.

Assim, essa teoria tenta conciliar as outras duas, ou seja, não nega a natureza contratual do casamento, pois a manifestação de vontade está presente na formação da sociedade conjugal, porém, uma vez realizado o casamento, fica evidente o seu caráter institucional, pois será regido por regras preestabelecidas pelo Estado, sem opção de mudanças pelas partes (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 108).

Dessa forma, os autores que defendem a Teoria Mista admitem que o casamento é uma instituição, pelo menos em parte, o que não seria admissível nos termos constitucionais. É importante, portanto, rever o instituto do casamento sob o viés contemporâneo de que a família deve ser instrumento de livre desenvolvimento da personalidade de seus membros e da sua autonomia privada.

4.2.4 O papel da autonomia privada na reconfiguração da natureza jurídica do casamento: o casamento como negócio jurídico *sui generis*

Por todo o exposto, defende-se que o casamento é um negócio jurídico *sui generis* por se formar a partir da vontade dos nubentes e por ter efeitos *ex leg* e *ex voluntade*. Trata-se de negócio jurídico bilateral por depender da vontade das partes e, em que pese depender da declaração feita pela autoridade celebrante, não é o que dá causa ao casamento, que depende da vontade dos nubentes.

Entende-se como negócio jurídico “todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui efeitos designados como queridos, respeitados os requisitos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica” (AZEVEDO, 2013, p. 16).

É importante ressaltar que a realização de um negócio jurídico possibilita às partes criarem efeitos “queridos”, situação não admitida na Teoria Contratualista, tampouco na Institucionalista. Ademais, conforme enunciado, o contrato abrange conteúdo patrimonial, e o casamento, além dos efeitos econômicos, produz efeitos existenciais.

“O casamento deve ser entendido como a união solene e afetiva entre duas pessoas que, exercendo sua autonomia privada, instituem uma comunhão de vida hábil a fomentar sua personalidade” (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 105). Em outras palavras, o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges (art. 1.511 do CC) e só se justifica a manutenção do vínculo conjugal à medida que a família constituída esteja apta à realização do projeto de vida escolhido pelas partes (autonomia privada).

Assumindo contornos funcionais para a promoção da dignidade de seus membros, o casamento é também instrumento para a ampla realização pessoal de seus membros. Falar em autonomia privada no casamento implica afirmar que a manifestação de vontade não está presente apenas na escolha de se casar ou na escolha do regime de bens, mas também na discricionariedade, na eleição de certas consequências dessa união.

Nesse contexto, vislumbra-se o efeito *ex voluntate*. Nas palavras de Carolina de Castro Iannotti (2019):

os direitos e deveres conjugais, dispostos no art. 1.566 do CC/2002, passam a ser entendidos como diretrizes que podem ou não serem seguidas pelos cônjuges. Caso optem por regular estatuto pessoal próprio, diverso daquele constante na norma civilista, o Estado não poderá aplicar sanções, já que não se trata, como outrora, de uma imposição (IANNOTTI, 2019, p. 27).

Por outro lado, reconhecem-se os efeitos *ex lege* do casamento como forma de proteção do Estado em relação aos cônjuges, para que estes não façam escolhas desvantajosas. Assim, “quando o legislador traz direitos e deveres conjugais, não está obrigando os consortes a segui-los, salvo em relação às previsões de natureza cogente ou quando diz respeito a direitos fundamentais” (IANNOTTI, 2019, p. 27), previsões que serão identificadas mais à frente.

Admitir que, como consequência inevitável da família patrimonial, se imponham direitos e deveres aos cônjuges, a despeito da concordância deles, não pode ser entendido como outrora. O conjunto de consequência indisponível à vontade dos cônjuges não pode ser recurso para exigir dos mesmos a realizações de funções e o cumprimento de certos objetivos que eles não tenham escolhido. Se a família é o recurso hábil para a realização pessoal – por si mesma, individual –, a conformação desse recurso deve ser fruto de livre decisão das partes e, nesse sentido, merecedor

de respeito jurídico. Vale insistir que “é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família” (art. 1.513 do CC). O argumento que justifica a imposição legal impositiva é evitar que os próprios cônjuges se arrisquem ao eleger efeitos que possam ofender a sua preservação e proteção pessoal. Este deve ser o limite garantidor da constitucionalidade dos efeitos matrimoniais que a lei determina imperativamente (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 110).

Portanto, a natureza jurídica do casamento deve ser reformulada sob o contexto da ordem pública e da autonomia privada, visto que a conjuntura desses espaços deve propiciar a realização plena da pessoa humana, conforme já explicado nos tópicos anteriores.

Assim, a natureza jurídica do casamento deve ser concebida como negócio jurídico *sui generis*, para que os efeitos possam ser determinados pelas partes e não impostos pela lei, principalmente em relação aos efeitos existenciais ou pessoais.

4.3 Efeitos do casamento

No art. 1.565 do CC/2002 o legislador preceitua que, “pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família” (BRASIL, 2002). Assim, a constituição do casamento resulta em vários efeitos, que podem ser agrupados em três categorias: efeitos sociais, efeitos patrimoniais e efeitos pessoais.

Para tanto, será necessário analisar a natureza jurídica de cada efeito jurídico advindo do casamento, se cogentes ou passíveis de negociação, para que se possa concluir, mais à frente, pela possibilidade ou impossibilidade de disposição de cláusulas existenciais no pacto antenupcial.

4.3.1 Efeitos sociais do casamento

Os efeitos sociais do casamento são aqueles que atingem toda a sociedade, extrapolando a relação conjugal, como: a) a constituição da família matrimonial; b) a presunção legal de paternidade; c) a emancipação e d) o estado civil.

A constituição do matrimônio se dá de forma automática após a realização do casamento, se cumprida com todas as formalidades impostas pela lei. Inclusive, são as formalidades que o casamento exige que o diferencia da união estável.

Percebe-se, então, uma importante diferença entre a união estável e o casamento quanto à forma de instituição. Por ser uma união formal, o casamento, uma vez realizado, por si só, institui a família. Já a união estável – união informal – necessita preencher alguns requisitos substanciais estabelecidos em lei (art. 1.723 do CC) – dentre os quais estão incluídos os pressupostos gerais da família -, tendo, assim, existência precedente ao seu reconhecimento jurídico como entidade familiar (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 167).

Tendo em vista o art. 1.597 do CC/2002, presume-se que os filhos concebidos na constância do casamento sejam do marido, fruto da relação sexual matrimonial, porque o casamento concede à entidade familiar dada certeza da existência da relação conjugal. Cumpre ressaltar que a presunção não é absoluta, admitindo, é claro, prova em contrário.

A emancipação confere aos menores de idade acesso a todos os atos da vida civil por meio do casamento, ou seja, atribui ao menor que, antes do ato era incapaz, a plena capacidade (art. 5º, inciso II do CC). Assim, realizado o casamento de um menor, por autorização dos representantes legais ou do Poder Judiciário, por força do casamento, esse menor é emancipado.

Constituindo o casamento, os cônjuges alteram o seu estado civil, ou seja, se eram solteiros, viúvos ou divorciados tornam-se casados, porque o casamento civil gera um novo registro civil, o do casamento.

O estado civil de casados pressupõe a existência de um vínculo conjugal que une os cônjuges, motivo pelo qual não é permitido contrair novo casamento enquanto estiverem casados. Ainda, esse vínculo só será dissolvido com a morte de um dos cônjuges; pela nulidade ou anulação do casamento; pela separação judicial; ou pelo divórcio. (art. 1.571 do CC/2002).

Assim, a constituição da família matrimonial, a presunção legal de paternidade, a emancipação e o estado civil são efeitos sociais do reconhecimento da entidade familiar, porquanto são normas de ordem pública e que não podem ser objeto de negociação entre as partes.

4.3.2 Efeitos pessoais do casamento

O casamento atinge a esfera pessoal dos cônjuges. Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior (2010) identificam como efeitos pessoais dele: a) a igualdade de direitos e deveres entre marido e mulher e b) os deveres de ambos os cônjuges. Sabe-se que homens e mulheres recebiam tratamento desigual sob a égide do Código Civil de 1916, tanto entre os cônjuges quanto no exercício do poder familiar. No contexto de uma família

patriarcal, conforme já explicado, o marido era o chefe da sociedade conjugal e dele emanavam todas as decisões familiares.

Após o Estatuto da Mulher Casada (Lei n.º 4.121/62) e a Constituição Federal de 1988, estabeleceu-se, definitivamente, a igualdade entre homens e mulheres. Assim, no Código Civil de 2002, foram positivadas normas que ratificaram diretrizes igualitárias, como, por exemplo, os §§ 1º e 2º do art. 1.565, conforme pode se ver:

Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.

§1º Qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescer ao seu o sobrenome do outro.

§2º O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas (BRASIL, 2002).

Por meio do casamento civil é possível que qualquer um dos cônjuges acrescente o sobrenome do outro, ao final do seu nome original, objetivando formar um nome familiar pelo qual o casal se identifique. Ressalta-se que não é permitida a exclusão de sobrenome, apenas a inclusão, o que não é obrigatório, podendo o cônjuge permanecer com o nome de solteiro.

Em que pese tanto o marido quanto a mulher possam acrescentar o sobrenome do outro, é comum apenas a mulher acrescer o sobrenome do marido, porque, no Código Civil de 2016, a mulher era obrigada a acrescentar o sobrenome do marido (art. 240), exemplo do tratamento desigual entre os cônjuges naquela época.

No que concerne ao planejamento familiar constante no §2º desse referido artigo, esse encargo compete a ambos os cônjuges, competindo ao Estado apenas propiciar recursos para efetivar esse direito. É importante destacar, ainda, que, em caso de divergência entre o casal, não há imposição da vontade de um ou de outro, motivo pelo qual o impasse deverá ser decidido pelo juiz.

Ademais, ambos os cônjuges são obrigados a concorrer na proporção de seus bens e rendimentos para o sustento da família e educação dos filhos, independentemente do regime de bens escolhido (art. 1.568 do CC). Ainda, compete ao casal a escolha do domicílio do casal, podendo dele se ausentar quando necessário (art. 1.569 do CC).

Assim, percebe-se claramente a derrocada da família patriarcal, conforme a qual as decisões eram tomadas exclusivamente pelo homem ou, no mínimo, prevaleciam as suas vontades.

No que concerne à igualdade de direitos e deveres entre marido e mulher, por óbvio, são normas cogentes, de ordem pública e que por isso não podem ser objeto de disposição. Admitir a flexibilização desses direitos representaria um retrocesso.

Somente a inclusão do nome é uma opção nos dias atuais, admitido pela própria letra de lei. Por esse motivo, é passível de disposição no pacto antenupcial pelos nubentes, o que será tratado em capítulo próprio.

Outro efeito pessoal do casamento são os deveres de ambos os cônjuges, os quais estão disciplinados no art. 1.566 do Código Civil: “Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: I - fidelidade recíproca; II - vida em comum, no domicílio conjugal; III - mútua assistência; IV - sustento, guarda e educação dos filhos; V - respeito e consideração mútuos” (BRASIL, 2002).

“A enumeração de deveres conjugais é um reflexo do modelo tradicional de família, ou seja, caracterizada pelo intervencionismo estatal que, por um lado, dita as regras de comportamento dos cônjuges e, por outro, as sanções, caso elas não sejam cumpridas” (ROCHA, 2001, p. 185), porque esses deveres foram instituídos sob a égide do Código Civil de 1916, exceto o inciso V.

Nesse contexto, os deveres conjugais são tratados pela doutrina majoritária como questão de ordem pública e, portanto, inegociáveis. Mas se sabe que a tendência atual é justamente promover a autonomia privada e limitar a intervenção estatal nas relações familiares, conforme amplamente discutido nesta pesquisa.

Assim, esse entendimento não condiz com as diretrizes do Código Civil de 2002 e, portanto, deve ser revisto. As discussões sobre cada dever conjugal e a possibilidade de sua disposição no pacto antenupcial serão tratadas no capítulo 5, visto se tratar de cláusulas não patrimoniais.

4.3.3 Efeitos patrimoniais do casamento

Os efeitos patrimoniais do casamento no que concerne à propriedade, administração e responsabilidade dos cônjuges ficam submetidos às regras do regime de bens adotado pelo casal.

“O regime patrimonial de bens pode ser conceituado como sendo o conjunto de regras relacionadas com interesses patrimoniais ou econômicos resultantes da entidade familiar, sendo suas normas, em regra, de ordem privada” (TARTUCE, 2016, p. 128).

É importante ressaltar que não se admite a realização do casamento sem a escolha de um dos regimes de bens: regime de separação de bens; regime de comunhão parcial de bens; regime de comunhão universal de bens e o regime de participação final de aquestos.

Ademais, os regimes de bens são regulamentados por quatro princípios: a) princípio da autonomia privada; b) princípio da indivisibilidade do regime de bens; c) princípio da variedade de regime de bens e d) princípio da mutabilidade justificada, os quais podem ser extraídos do art. 1.639 do Código Civil e, de modo geral, expressam a autonomia privada dos cônjuges em escolher e adequar os efeitos patrimoniais do seu casamento de acordo com o modelo que lhes convier.

O princípio da variedade de regime de bens expressa a existência de mais de um regime de bens como já indicado. Existem quatro regimes de bens no Direito brasileiro. “O princípio da multiplicidade determina que a lei coloca à disposição, para escolha dos nubentes, vários regimes de bens, não havendo determinação de um único modelo a ser seguido por todos os casais” (HATEM, 2007, p. 17).

Decorrente da variedade, há o princípio da autonomia privada que prevê que os cônjuges possuem plena liberdade de escolha do regime de bens, conforme *caput* do art. 1.639 do CC/2002. Nesse sentido, o Enunciado n.º 331 do CJP/STJ da IV Jornada de Direito Civil prevê que “o estatuto patrimonial do casal pode ser definido por escolha de regime de bens distinto daqueles tipificados no Código Civil (art. 1.639 e parágrafo único do art. 1.640), e, para efeito de fiel observância do disposto no art. 1.528 do Código Civil, cumpre certificação a respeito, nos autos do processo de habilitação matrimonial”. (BRASIL, 2002).

O parágrafo único do mesmo diploma reafirma a autonomia privada dos cônjuges, deixando claro 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” (BRASIL, 2002), inclusive, podendo criar um regime novo, híbrido ou misto, desde que não violem disposição absoluta de lei (arts. 1.639 e 1.655 do CC).

Contudo, Flávio Tartuce (2016) ressalta que “essa vontade não poderá estar viciada, sob pena de se reconhecer a nulidade ou anulabilidade do pacto antenupcial. Filia-se à doutrina que aponta ser esse princípio, em regra, irrestrito, somente encontrando limites nas normas de ordem pública (autonomia plena)” (TARTUCE, 2016, p. 129).

Ademais, é importante esclarecer que há uma exceção à essa regra de liberdade, qual seja, o regime de separação legal ou obrigatória, imposto às pessoas indicadas no art. 1.641 do Código Civil, em prol de uma suposta “proteção”⁴⁰.

O princípio da mutabilidade justificada permite a alteração do regime de bens escolhido pelos nubentes, desde que o pedido seja motivado por ambos e mediante autorização do juiz. Essa inovação trazida pelo Código Civil de 2002 deixou claro que essa alteração não pode prejudicar direito de terceiros, no intuito de afastar qualquer tipo de fraude.

Por fim, o princípio da indivisibilidade do regime de bens estabelece que, apesar da possibilidade de criação de outro regime, não é possível fracioná-los. Em outras palavras, é vedada a determinação do regime da comunhão universal de bens para o marido e o da separação de bens para a esposa, o que está de acordo com a isonomia constitucional estabelecida entre os cônjuges.

Em que pese os contraentes terem a liberdade de escolha do regime de bens, há a previsão de um regime legal caso as partes não optem expressamente por um dos regimes previstos. Ou seja, apesar de se eleger um regime legal, esse é supletivo, não prevalecendo se houver convenção entre as partes.

Na vigência do Código Civil de 1916, o regime legal era o da comunhão universal de bens. Após a Lei do Divórcio (Lei n.º 6.515/1977), o regime legal de bens do casamento é o da comunhão parcial de bens, inclusive nos casos de nulidade ou ineficácia da convenção entre os cônjuges, conforme estabelece o art. 1.640 do Código Civil de 2002.

Nesse contexto, caso o casal opte por eleger regime diverso da comunhão parcial de bens, essa escolha deve se dar por meio de pacto antenupcial.

Assim, para a adoção do regime de comunhão parcial de bens, desde a referida legislação, não há necessidade de nenhum ato solene, basta que seja reduzida a termo, no processo de habilitação do casamento, a vontade dos nubentes. Entretanto, para a adoção de outro regime que não seja o da comunhão parcial de bens, obrigatoriamente, deverá ser feito o pacto antenupcial em Cartório de Notas por meio de escritura pública (art. 1.640, parágrafo único do CC) (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 179).

⁴⁰ Aos maiores de 60 anos, a lei quis estender uma proteção ao seu patrimônio, assim como à herança, ao patrimônio de seus descendentes, que são herdeiros necessários. De fato, presenciamos todos os tipos de situação na vida cotidiana, inclusive, sim, casamentos regidos principalmente por razões de ordem financeira. O medo da velhice e da morte são sentimentos que trazem muita angústia ao ser humano, primordialmente, nesta fase da vida, onde a perda da mocidade começa a ficar mais evidente. Esses temores podem causar certas influências em nossas escolhas. É certa a decisão no sentido de evitar que pessoas com mais de 60 anos se casem pelo regime de comunhão universal de bens, a fim de proteger o patrimônio que o nubente idoso levou para o casamento. Trata-se de uma tutela estatal, que não afasta o outro consorte de possuir benefícios como o de ser herdeiro e de pleitear alimentos em caso de separação ou divórcio (HATEM, 2007, p. 16).

O pacto antenupcial é a expressão da autonomia privada dos cônjuges no que concerne às questões patrimoniais atreladas ao casamento. Contudo, as regras gerais e os princípios não são objeto de negociação no pacto, sendo possível afirmar que, “no campo das normas cogentes, sobressaem também alguns efeitos patrimoniais do casamento, abrangendo questões relativas a terceiros, outorga conjugal, usufruto e administração de bens de filhos menores e bem de família” (MILAGRES, 2008, p. 8). Em outras palavras, a única limitação que sofrem os nubentes diz respeito à convenção ou cláusula que contravenha disposição absoluta de lei (art. 1.655)⁴¹.

Não podem, por exemplo, por meio de pacto antenupcial, estabelecer que, na falta de um dos cônjuges, o sobrevivente herdará antes dos filhos, pois estariam contrariando a ordem de vocação hereditária (art. 1.829 do CC); ou ainda, que, no regime da comunhão parcial de bens, um cônjuge poderá alienar bem imóvel sem autorização do outro (art. 1.647 do CC). Não podem, também, estabelecer pactos sucessórios (art. 426 do CC) (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 178-179).

Assim, a autonomia privada dos cônjuges em relação aos efeitos patrimoniais do casamento refere-se à livre estipulação dos regimes de bens e não em relação às regras gerais e aos princípios, pois são normas cogentes.

Contudo, sabe-se que um projeto de vida não se resume apenas a conteúdos patrimoniais. Engloba também outras regras de convivência, as quais serão discutidas no capítulo 6.

No capítulo a seguir, discute-se o pacto antenupcial.

⁴¹ Art. 1.655. É nula a convenção ou cláusula dela que contravenha disposição absoluta de lei (BRASIL, 2002).

5 PACTO ANTENUPCIAL

A autonomia dos cônjuges na regulamentação patrimonial do casamento, expressamente introduzida no Código Civil de 1916 e mantida no Código Civil atual, conforme já enunciado, diz respeito à eleição de qualquer regime de bens tipificado na legislação ou ainda à possibilidade de convencionar regime misto.

Assim, caso os nubentes optem por regime diverso do regime legal, que é o da comunhão parcial de bens, deverão fazê-lo, no casamento, por meio do pacto antenupcial, o qual diz respeito a negócio facultativo, segundo evidencia Arnaldo Rizzardo (2019):

a adoção do regime que não o legal [...] se faz através de um contrato, denominado “pacto antenupcial”. Corresponde esta figura à convenção solene, através de escritura pública, na qual declaram os cônjuges o regime que adotam, se diverso do legal, e as condições ou adendos que resolvem acrescentar (RIZZARDO, 2019, p. 576).

Nesse sentido, a seguir, serão estudados o conceito, as formalidades e a natureza jurídica do pacto antenupcial, bem como a sua estrita relação com o casamento. Inicialmente, apresenta-se o conceito e a natureza jurídica do pacto antenupcial. Posteriormente, apresenta-se o pacto antenupcial à luz da Teoria do Negócio Jurídico. A seguir, apresenta-se o pacto antenupcial como negócio jurídico de Direito das Famílias. Posteriormente, apresenta-se o pacto antenupcial e o casamento como instrumentos de realização existencial.

5.1 Conceito e natureza jurídica do pacto antenupcial

O Código Civil de 2002 não traz a definição de pacto antenupcial. Menciona brevemente apenas seus requisitos e formalidades. Assim, coube à doutrina conceitar esse instrumento.

Para Paulo Luiz Netto Lôbo (2003), “o pacto antenupcial é 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” (LÔBO, 2003, p. 270).

Já Silvio Rodrigues (1987) define pacto antenupcial “[...] como um 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” (RODRIGUES, 1987, p. 173).

Triginelli (2010), por sua vez, ressalta que “o pacto antenupcial se caracteriza pela manifestação de vontade dos nubentes, materializada através de uma escritura pública, na qual

estabelecem o regime de bens, além de outras disposições patrimoniais acordadas entre os nubentes” (TRIGINELLI, 2010, p. 389).

Considerando que no pacto antenupcial os nubentes podem, além de escolher o regime de bens, estipularem outras questões patrimoniais, o posicionamento de Triginelli, pelo menos por enquanto, parece ser o mais acertado.

O fato é que não há controvérsia quanto ao seu caráter patrimonial e, por conseguinte, a maioria dos doutrinadores, ao defini-lo, coloca-o apenas como instrumento de planejamento patrimonial dos cônjuges, diferentemente do que ocorre com a discussão sobre a sua natureza jurídica.

Na perspectiva de Francisco Cláudio de Almeida Santos,

cuidando-se do instituto jurídico, uma primeira dificuldade a enfrentar é a concernente à **natureza jurídica do pacto antenupcial**. A maioria das legislações, como a nossa, dá uma indicação para a investigação de tal natureza, **através da denominação do ato, quer nomeando-o como um ato, quer como uma convenção, quer como contrato** (SANTOS, 2006, 192-193, grifos nossos).

Assim, é importante iniciar a discussão estudando fato jurídico, gênero do qual decorre o negócio jurídico, e ato jurídico. O fato jurídico pode ser definido, de forma geral, como o acontecimento pelo qual a relação de direito nasce, se extingue ou se modifica. Segundo Cardoso (2009), o fato jurídico lícito classifica-se em três espécies:

Considerando o fato jurídico lícito, podemos classificá-lo em três espécies, conforme segue: Fato jurídico *strictu sensu* é o fato cuja hipótese encontra-se descrita na norma e que independe da prática de qualquer ato humano, ou seja, é fato da natureza; Ato-fato jurídico, o qual necessita para existir de um ato humano, embora a própria norma jurídica abstraia dele o elemento volitivo, e como exemplo tem-se o achado de tesouro, previsto no artigo 1.264 do Código Civil atual (CARDOSO, 2009, p. 110).

Em outras palavras, “os fatos jurídicos oriundos de acontecimentos naturais chamam-se fato jurídicos *stricto sensu* ou fatos jurídicos em sentido estrito. Representam uma alteração da ordem jurídica sem fato humano, sem participação da vontade do homem” (VELOSO, 1995, p. 87). São exemplos de fatos jurídicos *stricto sensu* o nascimento com vida, a morte, a prescrição e a decadência.

Por outro lado, “os fatos jurídicos que resultam de ações humanas, que derivam de um comportamento do agente, que decorrem da vontade do homem, denominam-se, genericamente, *atos jurídicos*” (VELOSO, 1995, p. 88, grifo do autor). Nesse contexto,

os atos jurídicos, em sua apreensão mais ampla, congregam três elementos essenciais a sua caracterização, a saber: (a) ato humano volitivo, decorrente de uma (b) consciente exteriorização de vontade voltada à realização de conduta juridicamente relevante e (c) destinada a alcançar resultado tutelado ou não proibido pela ordem jurídica em vigor (MELLO, 2008, p. 145).

Portanto, são os atos jurídicos que interessam a este estudo, pois não há dúvidas de que o pacto antenupcial decorre de uma ação humana. Resta saber se o pacto é ato jurídico *stricto sensu* ou negócio jurídico, visto esses serem espécies de atos jurídicos.

Assim, Marcos Bernardes de Mello (2008) explica que, nos atos jurídicos *stricto sensu*, “a vontade é manifestada, apenas para tornar concreto o suporte fático respectivo. Não há, no entanto, poder de escolha de categoria jurídica nem [...] poder de estruturar o conteúdo da relação jurídica que constitua a eficácia atribuída, inalteradamente pela lei” (MELLO, 2008, p. 164-165).

Dessa forma, é importante salientar que o elemento nuclear do suporte fático, nesse caso, seria a “manifestação ou declaração unilateral de vontade cujos efeitos são prefixados pelas normas jurídicas e invariáveis, não cabendo às pessoas qualquer poder de escolha da categoria jurídica ou de estruturação do conteúdo das relações jurídicas”. (MELLO, 2008, p. 166).

Já o negócio jurídico é “o fato jurídico cujo elemento nuclear do seu suporte fático consiste na manifestação de vontade destinada a mensurar o surgimento, permanência e intensidade de determinadas relações jurídicas” (PONTES DE MIRANDA, 1954, p. 7-8).

Nas palavras de Marcos Bernardes de Mello (2008), “no negócio jurídico a vontade é manifestada para compor o suporte fático de certa categoria jurídica, à sua escolha, visando à obtenção de efeitos jurídicos que tanto podem ser predeterminados pelo sistema, como deixados, livremente, a cada um” (MELLO, 2008, p. 168).

Assim, “em geral os figurantes podem ter a liberdade de estruturar o conteúdo de eficácia da relação jurídica resultante, aumentando ou diminuindo-lhe a intensidade, criando condições e termos, pactuando estipulações diversas que dão, ao negócio, o sentido próprio que pretendam” (MELLO, 2008, p. 168).

Ressalta-se que, mesmo sendo o negócio jurídico expressão da autonomia privada, é possível existir limitação determinada pela lei, mas que não retira a sua essência, pois ainda é dado ao agente a possibilidade de modulação dos seus efeitos jurídicos. Assim, “o negócio jurídico se distingue do ato jurídico em sentido estrito pela declaração de vontade em si, por sua forma, seu objeto e, ainda, sua função” (SCOGNAMIGLIO, 2004, p. 210-212).

Justamente por se tratar de um ato de autonomia, “a vontade assume papel de notável relevância e constitui, em consequência, objeto de um amplo regime de criação normativa” (SCOGNAMIGLIO, 2004, p. 210). Já os atos jurídicos em sentido estrito, “a norma se limita a apresentar como hipótese de dado suporte fático, que consiste sempre em um ato humano e onde, portanto a vontade, pressuposto natural do ato, tem relevância exclusivamente como elemento de sua figura” (SCOGNAMIGLIO, 2004, p. 211).

Em relação à forma, o ato jurídico em sentido estrito se esgota na lei, ao passo que o negócio jurídico se apresenta de diversas formas como, por exemplo, contrato, pacto, convenção.

No que concerne ao seu objeto,

no negócio assume relevância decisiva o conteúdo que as partes dão à regulação de seus próprios interesses e a respeito de quais interesses o negócio pode versar, ao passo que no ato jurídico, ao contrário, o agente não pode fazer outra coisa senão levar a cabo o suporte fático apresentado como hipótese pela lei, não sendo possível modular o objeto do ato (SCOGNAMIGLIO, 2004, p. 211).

Por fim, em relação à função, Renato Scognamiglio explica que

se verifica que a função do negócio jurídico é instrumentalizar o poder atribuído pelo ordenamento às pessoas na tutela de seus próprios interesses, ao passo que a função do ato jurídico em sentido estrito é apenas apresentar às pessoas uma possibilidade de agir circunscrita à dada finalidade e forma já completamente descritas em lei, afastando-se, assim, das partes a possibilidade de modulação eficaz (SCOGNAMIGLIO, 2004, p. 210).

Por todo o exposto, é possível afirmar que é exatamente no âmbito do negócio jurídico que o pacto antenupcial se insere, tanto do ponto de vista estrutural quanto do funcional, porque os nubentes podem optar pelos regimes de bens determinados em lei, criar um regime próprio de bens ou simplesmente escolher um regime legal diferente da comunhão parcial de bens, ou seja, podem modular os seus efeitos jurídicos.

Além disso, embora a lei exija a escritura pública para sua celebração, os nubentes também podem moldar a estrutura dos regimes de bens determinados pela lei de acordo com seus interesses.

Por fim, “o pacto antenupcial cumpre sua função instrumental em relação à autonomia privada, não se adstrindo à mera decisão de praticar, ou não, o ato, mas atuando de modo positivo na sua constituição” (FRANK, 2017, p. 11).

Caracterizando-se como negócio jurídico, o pacto antenupcial deve cumprir os mesmos requisitos de validade dos negócios em geral, os quais estão contidos no art. 104 do

CC/2002: agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; forma prescrita ou não defesa em lei⁴². Assim, a seguir, apresenta-se o pacto antenupcial à luz da Teoria do Negócio Jurídico.

5.2 O pacto antenupcial à luz da Teoria do Negócio Jurídico: requisitos e formalidades

O instrumento pactual possui natureza de negócio jurídico e, por conseguinte, além de obedecer às regras contidas nos artigos 1.653 a 1.657 e no parágrafo único do artigo 1.640, também deve respeitar às disposições contidas no art. 104, as quais regem sua existência, todas contidas no Código Civil de 2002.

O estudo do negócio jurídico, tradicionalmente, é realizado de forma tripartida, ou seja, nos planos da existência, validade e eficácia conforme ressaltam Lima, Vieira e Silva:

assim, discute-se, no **plano do ser, primeiramente**, se o negócio jurídico tem **existência**, ou seja, se dispõe de uma estruturação básica e elementar. **Em seguida**, examina-se a **validade** dessa estruturação básica e elementar, isto é, desse suporte fático, o que pressupõe uma conformação com a ordem vigente, atendendo aos elementos exigidos pelo sistema jurídico. Por fim, como o próprio nome indica, o estudo do **plano da eficácia** diz respeito à possibilidade de o negócio produzir efeitos, criando, modificando, substituindo ou extinguindo situações jurídicas concretas (LIMA; VIEIRA; SILVA, 2017, p. 30, grifos nosso).

É importante destacar que isso não ocorre com os fatos jurídicos em sentido estrito, pois eles ingressam no mundo jurídico (plano da existência) e produzem efeitos (planos da eficácia) sem, contudo, ter seus elementos analisados pelo plano da validade.

Ademais, a vontade é elemento essencial para a realização de qualquer negócio jurídico e traz consequências nos três planos analisados conforme pode se ver:

Nesse estudo do negócio jurídico compartmentado entre os planos, **o exame da vontade já assumia papel de suma relevância**. Isso porque a vontade *em si* é precisamente a estruturação básica e elementar a que se refere o plano da existência, isto é, o suporte fático indispensável para que se possa falar que o negócio existe. Por outro lado, a higidez e a integridade dessa vontade são afetas ao plano da validade, uma vez que esse plano é o reduto de análise da existência ou não dos predicados do suporte fático – da qualidade da vontade manifestada, em última instância – para que o negócio seja considerado válido ou inválido (nulo ou anulável a depender da gravidade do defeito verificado) (LIMA; VIEIRA; SILVA, 2017, p. 30, grifos nosso).

⁴² Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei (BRASIL, 2002).

De fato, a manifestação de vontade e a qualidade dessa manifestação são extremamente relevantes na medida em que a legitimidade do ato decorre da possibilidade de responsabilizar os agentes pelos deveres advindos do negócio estabelecido. “Ou seja, a vontade vincula aquele que a manifesta à medida do discernimento e das condições individuais de entender os desdobramentos resultantes da escolha feita” (LIMA; VIEIRA; SILVA, 2017, p. 31).

Logo, se existente, deverá ser válido e, para tanto, o agente deverá ser capaz e possuir legitimação; o objeto deverá ser lícito, e ainda estar presente a higidez da vontade e a adequação da forma. Destarte, deverá o negócio jurídico ser eficaz, ou seja, alcançar êxito efetivo no objetivo a que se pretende.

Todavia, por ser negócio jurídico de Direito das Famílias, precisa atender às especificidades próprias da área. Nesse contexto, Débora Gozzo (1992) aponta algumas características do pacto antenupcial: “a) *pessoalismo*, pois somente pode ter os cônjuges como parte; b) *formalismo*, diante da necessidade de escritura pública como requisito formal; c) *nominalismo*, eis que previsto em lei; d) *legalidade*, diante da previsão legal de suas regras fundamentais” (GOZZO, 1992, p. 34-35). Acrescenta-se a essas características o caráter acessório e facultativo, sendo que todas essas peculiaridades serão analisadas adiante.

A seguir apresentam-se, separadamente, os elementos de cada plano do pacto antenupcial: i) do plano da existência do pacto antenupcial; ii) do plano da validade do pacto antenupcial; iii) do plano da eficácia do pacto antenupcial.

5.2.1 Do plano da existência do pacto antenupcial

O plano da existência diz respeito à entrada dos fatos no mundo jurídico, analisando todos os elementos que compõem a existência do negócio jurídico no campo do Direito. Em outras palavras, “ao sofrer a incidência da norma juridicizante, a parte relevante do suporte fático é transportada para o mundo jurídico, ingressando no plano da existência” (MELLO, 2008, p. 134).

Neste plano, que é o plano do *ser*, entram todos os fatos jurídicos, lícitos ou ilícitos. No plano da existência não se cogita de invalidade ou eficácia do fato jurídico, importa, apenas, a realidade da existência. Tudo, aqui, fica circunscrito a saber se o suporte fático suficiente se compôs, dando ensejo à incidência (MELLO, 2008, p. 134).

Inicialmente, considerando que a vontade é elemento essencial de qualquer negócio jurídico e traz consequências nos três planos, o caráter volitivo inerente ao pacto antenupcial é indiscutível para a sua existência. Ou seja, é necessária a livre manifestação de vontade dos nubentes para que o pacto antenupcial exista; pois, se houver algum tipo de vício, o negócio não se efetivará ou, se efetivar, estará sujeito à invalidação.

Ao analisar as peculiaridades do pacto antenupcial, João Pedro de Oliveira de Biazi argumenta que, além da vontade, é elemento essencial de existência o estabelecimento do regime matrimonial conforme se pode ver:

A análise das fontes nos revela que é elemento categorial inderrogável do pacto antenupcial o estabelecimento do regime matrimonial de bens. Em outras palavras, o pacto antenupcial deve, cada vez e sempre, conter disposição que estabelece as regras que disciplinarão o regime de bens dos futuros cônjuges. A extração desse elemento categorial inderrogável é compreendida principalmente pela expressão "*quanto aos seus bens*" do *caput* do art. 1.639 do Código Civil, já comentado anteriormente mas, pela sua importância, merece transcrição: **Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver** (BIAZI, 2016, p. 247, grifos do autor).

Sabe-se que o pacto antenupcial só é realizado pelos nubentes caso queiram estabelecer regime diverso da comunhão parcial de bens. Nesse contexto, considerar como elemento de existência o estabelecimento de regime matrimonial parecer ser aceitável.

Da mesma forma, admitir que o pacto antenupcial só existe a partir do estabelecimento do regime matrimonial de bens é admitir que só os cônjuges que optarem por regime diverso do regime legal podem-no fazê-lo. Contudo, conforme plenamente defendido nesta pesquisa, o pacto antenupcial também comporta a inclusão de cláusulas existenciais e, portanto, mesmo o casal que optar pelo regime parcial de bens ou que estiver dispensado de realizar o pacto pode fazê-lo para estabelecer outras regras.

Assim, entende-se que o único elemento de existência do pacto antenupcial é a livre manifestação de vontade dos nubentes, principalmente por ser negócio jurídico facultativo, pois o casamento não está condicionado à sua realização. Em outras palavras, na falta do pacto antenupcial, valerão as regras do regime legal adotado pelo legislador, que é o da comunhão parcial de bens, exceto nas hipóteses em que a lei impuser o regime da separação obrigatória. Se existir o pacto antenupcial, passa-se a avaliar os elementos de validade e eficácia dele.

5.2.2 *Do plano da validade do pacto antenupcial*

De acordo com Zeno Veloso (2005), “validade é o conjunto de requisitos que determinam a vigência de um negócio (ou ato jurídico), seus elementos constitutivos, em conformidade com o ordenamento legal” (VELOSO, 2005, p. 21).

Na concepção de Azevedo (2013), o plano da validade serve a controlar o modo de entrada da declaração negocial no mundo do direito (AZEVEDO, 2013, p. 41).

A validade diz respeito, portanto, às características que a lei estabelece para que um negócio jurídico tenha validade. Assim como em todo negócio jurídico, o pacto antenupcial requer forma prescrita ou não defesa em lei; agente capaz e objeto lícito, possível e determinado.

Quanto à forma do pacto antenupcial, a lei é clara ao estabelecer que é nulo o pacto antenupcial se não for feito por escritura pública⁴³. Portanto, se for feito por instrumento particular, ele será considerado nulo, e os cônjuges estarão sujeitos ao regime legal supletivo adotado pela legislação.

A escritura pública é, portanto, formalidade indispensável à validade do pacto antenupcial. Na lição de Marques, “o instrumento público é da substância do ato, para garantir-lhe a segurança, autenticidade e publicidade que a situação requer” (MARQUES, 2014, p. 112).

Quanto à forma, Biazi ressalta que a escritura pública (forma) é importante tendo em vista suas funções:

a forma defende uma **função assecuratória** ao assegurar a ambas as partes sobre o exato momento do surgimento do vínculo que elas se propuseram. Também há a defesa da **função acautelatória**, pois a forma pode também tentar precaver determinada parte da conclusão de um determinado negócio que lhe é especialmente arriscado. Por fim, a forma ainda assume uma **função informativa**, ao tentar dar publicidade a determinadas declarações, bem como procurar garantir que o declarante mais fraco esteja plenamente ciente dos efeitos que irradiarão da sua declaração. (BIAZI, 2016, p. 251, grifo nosso).

Assim, a escritura pública deve ser encaminhada ao Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais, onde a habilitação do casamento foi iniciada, para que, posteriormente, possa constar na certidão de casamento o regime de bens escolhido pelos cônjuges.

Quanto ao agente do pacto antenupcial, exige-se a capacidade civil ou de fato dele. Nesse quesito, é importante diferenciar capacidade de direito e de fato. Sobre a capacidade de direito, Chaves de Farias e Rosenvald (2015) explicam que,

⁴³ Art. 1.653. É nulo o pacto antenupcial se não for feito por escritura pública, e ineficaz se não lhe seguir o casamento (BRASIL, 2002).

em resumo, entende-se que a **capacidade jurídica** envolve a aptidão para adquirir direitos e assumir deveres pessoalmente. Mais especificamente, significa que as mais diversas relações jurídicas (celebrar contratos, casar-se, adquirir bens, postular perante o Poder Judiciário...) podem ser realizadas pessoalmente pelas pessoas plenamente capazes ou por intermédio de terceiros (o representante ou assistente) pelos incapazes. (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 217, grifo dos autores).

Já no que concerne à capacidade de fato, ela engloba certos graus nos quais os indivíduos se enquadram como plenamente capazes (aptos ao exercício dos atos da vida civil) e relativamente ou absolutamente incapazes os que para praticarem os atos precisam ser assistidos ou representados, respectivamente. Nesse contexto, é importante destacar que a idade do indivíduo é fator determinante no enquadramento dessas categorias.

O Código Civil brasileiro considera como plenamente capaz aos atos da vida civil o maior de dezoito anos, e os absolutamente incapazes os menores de dezesseis anos. Por conseguinte, os que têm idade entre dezesseis e dezoito anos são os chamados relativamente incapazes.

Tal conclusão se deve pela entrada em vigor no dia 2 de janeiro de 2016 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, instituído pela Lei 13.146/15, o qual modificou dispositivos do Código Civil que tratavam da capacidade civil. Seus artigos 114 e 123, inciso II revogaram os incisos do artigo 3º do CC e alteraram seu *caput*, como também modificaram os incisos II e III do artigo 4º do CC.

O artigo 3º do Código Civil, agora com a nova redação, estabelece como absolutamente incapazes os menores de 16 anos, nada esclarecendo sobre aquelas pessoas maiores de 18 anos e que, por doença ou qualquer distúrbio, não possuem discernimento necessário para a prática dos atos civis. Foram excluídas daquele rol, portanto, as pessoas com enfermidade ou deficiência mental⁴⁴.

Ademais, cabe ressaltar que não basta ser maior de dezoito anos, ou seja, plenamente capaz para praticar todos os atos da vida civil, pois ainda deverá ser analisada a legitimidade do indivíduo para a prática de determinado ato. Isso quer dizer que o indivíduo deve ter aptidão para a “[...] prática de determinado ato jurídico, em virtude de sua posição especial em relação a certos bens, certas pessoas ou certos interesses” (MONTEIRO; SILVA, 2011, p. 77).

⁴⁴ Sobre o tema, indica-se a leitura do artigo “O estatuto da pessoa com deficiência e suas repercussões na capacidade civil” de autoria da professora Taisa Maria Macena de Lima, disponível em: < <http://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/handle/11103/27281>>.

Assim, para a realização do pacto antenupcial, os interessados devem ter a mesma legitimidade para a realização do casamento. Quanto a esse aspecto, Débora Gozzo discorre que, “quanto ao pacto antenupcial, vigora o *habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*, ou seja, se uma pessoa é capaz de contrair casamento, igualmente será de elaborar um pacto antenupcial, de modo que a capacidade exigida por lei para que um indivíduo possa pactuar é análoga à necessária para se casar” (GOZZO, 1992, p. 38-39).

No caso em questão, a idade núbil para a realização do casamento é de dezesseis anos, conforme disposição do art. 1.517 do CC/2002⁴⁵, exigindo-se a autorização dos pais ou representantes legais. Sem a idade núbil, o casamento somente era admitido com autorização judicial, situação que se alterou após a edição da Lei n.º 13.811 de 2019, momento em que se proibiu o casamento de quem não tenha atingido a idade núbil (art. 1.520 do CC)⁴⁶.

Destaca-se, ainda, que o consentimento dos pais para a realização do casamento, o que é requisito de validade em relação ao casamento, passa a ser requisito de eficácia em relação ao pacto antenupcial, hipótese em que será regido pelo regime da separação legal⁴⁷. Ressalta-se, também, que, nos casos de suprimento judicial para o casamento, impõe-se o regime da separação obrigatória de bens.

Portanto, é necessário que se atinja a idade núbil para que a pessoa seja considerada capaz, a partir dos dezesseis anos, ainda que, apenas, relativamente, e estará legitimado para o casamento. Mas, nesse caso, terão que casar sob regime patrimonial legal. Ademais, aquele que for maior de idade e, portanto, plenamente capaz, deve, ainda, ser solteiro, viúvo ou divorciado para ter legitimidade de se casar.

Além disso, é importante salientar que, ainda, há impedimentos absolutos e relativos determinados por lei, os quais podem provocar a nulidade ou anulabilidade do casamento e, por conseguinte, do pacto antenupcial, constantes no art. 1.521⁴⁸ e art. 1.523⁴⁹ do CC/2002,

⁴⁵ Art. 1.517. O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil (BRASIL, 2002).

⁴⁶ Art. 1.520. Não será permitido, em qualquer caso, o casamento de quem não atingiu a idade núbil, observado o disposto no art. 1.517 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 13.811, de 2019) (BRASIL, 2002).

⁴⁷ Art. 1.654. A eficácia do pacto antenupcial, realizado por menor, fica condicionada à aprovação de seu representante legal, salvo as hipóteses de regime obrigatório de separação de bens (BRASIL, 2002).

⁴⁸ Art. 1.521. Não podem casar: I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; II - os afins em linha reta; III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive; V - o adotado com o filho do adotante; VI - as pessoas casadas; VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte (BRASIL, 2002).

⁴⁹ Art. 1.523. Não devem casar: I - o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros; II - a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal; III - o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal; IV - o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou

respectivamente: “no tocante ao plano da eficácia, antecipe-se que as causas suspensivas do casamento (art. 1.523 do CC) não afetam em sua validade, mas em sua eficácia, valendo o mesmo para o pacto antenupcial” (FRANK, 2017, p. 93).

Em que pese o pessoalismo característico do pacto antenupcial, é possível que ele seja feito por procurador com poderes especiais para isso, assim como é possível na realização do casamento, de acordo com os artigos 1.542, 1.525 e 1.533 do Código Civil. Ora, “se a lei admite a representação para o ato solene do casamento, ato que dá eficácia ao pacto, não haveria motivo para proibir a representação da parte no pacto antenupcial” (SANTOS, 2006, p. 203).

Quanto ao objeto do pacto antenupcial, em que pese ser analisado no plano da validade, excepcionalmente ele pode interferir na própria existência do negócio jurídico, como ocorre em relação ao objeto ilícito. De acordo com Felipe Frank, o objeto,

trata-se, portanto, de verificar se o conteúdo preceptivo do negócio jurídico, como expressão da autonomia privada que está, ou não, em consonância com o ordenamento jurídico para saber se ele será existente, válido e eficaz, restando aí incluída a percepção da livre manifestação de vontade dos personagens negociais, em contraste com os limites e possibilidade da ordem jurídica constitucional (FRANK, 2017, p. 81).

Em termos de validade, a delimitação do objeto do pacto antenupcial deve seguir os limites impostos pela lei, previstos no art. 1.655: “é nula a convenção ou cláusula dela que contravenha disposição absoluta de lei” (BRASIL, 2002). Em outras palavras, o conteúdo do pacto antenupcial deve respeitar as normas cogentes impostas pela lei.

Em relação ao negócio jurídico, “qualquer declaração de vontade que contravenha disposição cogente de lei carece de validade, pois é justamente no plano da validade em que há o diagnóstico de conformidade da declaração negocial com a ordem jurídica positiva” (BIAZI, 2016, p. 252).

Em que pese o cuidado do legislador em positivar norma específica para o pacto antenupcial, não houve inovação, pois o respeito às disposições cogentes é inerente a qualquer negócio jurídico.

Nesse contexto, é plenamente permitido incluir no pacto antenupcial, além do regime de bens, outras disposições patrimoniais que vigorarão entre os cônjuges, porque estão em

curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas. Parágrafo único. É permitido aos nubentes solicitar ao juiz que não lhes sejam aplicadas as causas suspensivas previstas nos incisos I, III e IV deste artigo, provando-se a inexistência de prejuízo, respectivamente, para o herdeiro, para o ex-cônjuge e para a pessoa tutelada ou curatelada; no caso do inciso II, a nubente deverá provar nascimento de filho, ou inexistência de gravidez, na fluência do prazo (BRASIL, 2002).

conformidade com a ordem jurídica positivada no art. 1.639 do CC/2002. Por outro lado, a possibilidade de incluir no conteúdo do pacto antenupcial questões de ordem pessoal não encontra previsão expressa no ordenamento jurídico que a consubstancia, o que gera discussões.

Assim, resta saber se as cláusulas não patrimoniais violam o disposto no art. 1.655 (se são nulas ou não), pois é o único limite encontrado no que diz respeito ao objeto do pacto antenupcial, o que será analisado em capítulo próprio.

5.2.3 Do plano da eficácia do pacto antenupcial

“O plano da eficácia é a parte do mundo jurídico na qual os fatos jurídicos produzem os seus efeitos. Naturalmente, fala-se não de toda e qualquer eficácia prática do fato, mas tão somente da eficácia jurídica, isto é, da eficácia referente aos efeitos jurídicos típicos desse fato” (AZEVEDO, 2013, p. 49).

Vale ressaltar a estrita relação entre validade e eficácia porque o negócio jurídico inválido não deve produzir efeitos jurídicos⁵⁰, motivo pelo qual os dois planos muitas vezes se confundem.

De modo geral, a eficácia do pacto antenupcial e também de qualquer negócio jurídico é que a vontade dos nubentes esteja adstrita aos limites da lei cogente, conforme já explicitado no plano da validade, como, por exemplo, nos parágrafos primeiro e segundo do art. 1.639 do CC/2002⁵¹.

Diz-se que o pacto antenupcial é negócio jurídico acessório ao casamento, cujos efeitos só se aperfeiçoam a partir da celebração do matrimônio: “a eficácia do pacto antenupcial está sujeita à condição suspensiva (§1 do 1.639 e *in fine* do 1.653, ambos do CC): vigora a partir da data do casamento, ou seja, só terá eficácia depois do matrimônio. Quer dizer, o pacto existe, tem validade, faltando-lhe apenas a eficácia que vem depois, com o casamento” (DIAS, 2001, p. 227).

A condição de eficácia do pacto antenupcial é o casamento, visto que a própria legislação traz essa previsão, sem a qual ele não produz efeitos. Uma constatação óbvia, mas

⁵⁰ Nesse sentido, cite-se o art. 182 do Código Civil de 2002, que estabelece, sem sequer distinguir nulidade de anulabilidade, que “anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente (BRASIL, 2002)”.

⁵¹ Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver. §1 O regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento. §2 o É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros (BRASIL, 2002).

importante: como os efeitos do pacto só irradiam no mundo jurídico após a concretização das núpcias, naturalmente não há retroação dos seus efeitos. Em outras palavras, não se verificam efeitos *ex tunc*, mas sim *ex nunc* (CARDOSO, 2009, p. 150).

Como já enunciado no tópico anterior, as causas suspensivas do casamento se enquadram como fato de eficácia do pacto antenupcial, pois “não há qualquer sanção de invalidade por sua não observância” (LÔBO, 2011, p. 111). Há, portanto, uma limitação quanto ao regime de bens adotado.

Ademais, “a eficácia do pacto antenupcial, realizado por menor, fica condicionada à aprovação de seu representante legal, salvo as hipóteses de regime obrigatório de separação de bens” (art. 1.654 do CC). Mais uma vez, frisa-se que a ausência da assistência do representante legal para a realização do casamento o invalida. Já a ausência de aprovação em relação ao pacto antenupcial torna-o ineficaz.

Ainda, é importante destacar a diferença entre a validade e a eficácia do pacto antenupcial, pois “é nulo o pacto antenupcial se não for feito por escritura pública, e ineficaz se não lhe seguir o casamento” (art. 1.653 do CC).

Em outras palavras, se o pacto antenupcial foi feito por escritura pública e o casamento não se realizar, tem-se um pacto válido, porém ineficaz. Contudo, após a realização do pacto, quanto tempo se deve aguardar para a realização do casamento?

Quando as partes não estabelecem no pacto antenupcial a data de realização do casamento, essa indefinição faz surgir algumas teorias sobre o assunto, já que o Código Civil não estabelece nenhum prazo de caducidade desse instrumento. Nesse contexto, alguns autores defendem que o pacto deverá adotar o prazo de noventa dias aplicado à certidão de habilitação do casamento, conforme dispõe o art. 1.532 do CC/2002.

Essa interpretação extensiva não merece prosperar, pois não há nenhuma semelhança ou indício entre o prazo da habilitação e o prazo que se busca no pacto antenupcial. O prazo de noventa dias só se justifica nos casos em que há impedimento matrimonial que antes não existia, não podendo ser confundido com o prazo para os nubentes se casarem.

Em outras palavras, tendo em vista que não há prazo determinado em lei, não se podem admitir presunções quanto a ele. Assim, entende-se que o pacto terá validade “eterna” em relação àqueles nubentes que o realizaram, e apenas produzirá efeitos caso estes mesmos nubentes se casem.

Mas, a partir do momento em que o casamento não se realiza, é recomendado e até mesmo normal que os nubentes retifiquem ou ratifiquem o conteúdo inserido no pacto antenupcial idealizado e confeccionado para dado casamento, porque, principalmente nos

casos em que entre a confecção do pacto antenupcial e a realização do casamento transcorrer muitos anos, pode ser que a vontade manifestada naquela época não mais represente a vontade “querida” atualmente.

Nesse sentido, a solução mais adequada seria indeterminação do prazo para se casar e, por consequência, indeterminada a sua eficácia.

Os doutrinadores Farias e Rosenvald (2015), ressaltam, no entanto, que, se o casamento não ocorrer, mas os pactuantes passarem a conviver em união estável, as regras firmadas no pacto antenupcial serão eficazes, pois o negócio realizado será considerado contrato de convivência, proclamando, para tanto, o art. 170 do CC/2002, que prevê o aproveitamento da vontade manifestada, de forma a permitir a conversão substancial do negócio jurídico (FARIAS; ROSENVOLD, 2015).

No art. 170 do CC/2002, o legislador prevê que, se “o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade” (BRASIL, 2002), o que se denomina de Teoria da Conversão Substancial do Negócio Jurídico.

A Teoria da Conversão Substancial do Negócio Jurídico até poderia ser aqui defendida se não fosse aplicada apenas aos negócios jurídicos patrimoniais, visto que o pacto antenupcial também abarca questões não patrimoniais.

No entanto, posicionamento contrário é o de Maria Berenice Dias: “afinal, se trata de manifestação de vontade que só adquire eficácia com o casamento. Se este não ocorrer, o pacto caduca e não produz qualquer efeito” (DIAS, 2017, p. 330). Também assim entendem Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Junior (2010) conforme se vê:

cabe ressaltar que feito o pacto antenupcial e se no lugar do casamento os contraentes constituírem uma união estável, aplicar-se-á a regra do artigo 1.725 do Código Civil e o regime de bens será o da comunhão parcial, mesmo que no referido pacto tenha sido estabelecido outro regime, pois a eficácia do pacto antenupcial, por disposição expressa em lei (art. 1.653 do CC), depende é da realização de casamento e não de união estável (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 181).

É claro que, após o casamento, os efeitos surgem em relação aos cônjuges. Mas, para que os efeitos também tenham eficácia perante terceiros, é necessário o registro no Cartório de Registro de Imóveis do domicílio do casal⁵², independentemente da existência ou não de

⁵² A Lei de Registros Públicos (art. 167, II, 1 da Lei n. 6015/73) ainda exige que, caso exista bem imóvel em nome de qualquer um dos cônjuges ou em nome de ambos, é necessária a averbação do pacto antenupcial nos registros de cada um deles (IANNOTTI, 2019, p. 35).

bens⁵³. Sem o devido registro, o pacto antenupcial não produzirá efeitos, motivo pelo qual se aplicarão as regras do regime legal em relação a terceiros.

Por fim, conforme já enunciado, os efeitos do pacto antenupcial têm início a partir da celebração do casamento e permanecem até o fim da sociedade conjugal, seja pelo divórcio⁵⁴, separação⁵⁵ ou morte de um dos cônjuges ou, ainda, pela nulidade ou anulação do casamento.

Portanto, este estudo se justifica, pois é necessário reconfigurar a natureza jurídica e a função do pacto antenupcial, analisando-o também como espaço propício à discussão e disposição de questões existenciais. No intuito de confirmar essa hipótese, as discussões a seguir se apresentam.

5.3 O pacto antenupcial como negócio jurídico de Direito das Famílias: instrumento de exercício da autonomia privada

O pacto antenupcial tem natureza jurídica de negócio jurídico e, quanto a isso, não há dúvidas. Nesse ponto, a discussão é parecida com a discussão travada a respeito da natureza jurídica do casamento, tendo em vista a sua estrita relação.

Há, no entanto, incertezas sobre qual é a espécie de negócio jurídico na qual o pacto se enquadra, porque alguns autores acreditam se tratar de um contrato ou contrato acessório; outros, uma convenção, ou ainda como um negócio jurídico de Direito das Famílias. O negócio jurídico acolhe tanto os pactos quanto as convenções, os contratos e acordos.

O contrato é uma espécie de negócio jurídico destinado estritamente às relações jurídicas patrimoniais. Quando da discussão sobre a natureza jurídica do casamento, restou claro que o casamento não pode ser considerado como um contrato, pois, definitivamente, não versa apenas sobre questões patrimoniais.

Todavia, quando se trata do pacto antenupcial, essa percepção não é tão clara, pois ele sempre foi tratado como um instrumento que servia apenas para que os nubentes estipulassem o regime patrimonial que viesse a reger o seu casamento e, por conseguinte, sempre foi tratado como contrato.

Como já explanado, a maioria dos doutrinadores conceitua o pacto antenupcial como instrumento de planejamento patrimonial e de fato o é. O legislador não conceituou esse

⁵³ Art. 1.657. As convenções antenupciais não terão efeito perante terceiros senão depois de registradas, em livro especial, pelo oficial do Registro de Imóveis do domicílio dos cônjuges (BRASIL, 2002).

⁵⁴ Art. 1.571. A sociedade conjugal termina: I - pela morte de um dos cônjuges; II - pela nulidade ou anulação do casamento; III - pela separação judicial; IV - pelo divórcio (BRASIL, 2002).

⁵⁵ Art. 1.576. A separação judicial põe termo aos deveres de coabitação e fidelidade recíproca e ao regime de bens (BRASIL, 2002).

instituto, mas, ao determinar suas características e formalidades, relaciona-o com a adoção dos regimes de bens do casamento.

Ademais, a disposição do pacto no Código Civil de 2002 não deixa dúvidas quanto à sua característica patrimonial, pois está inserido dentro do Título II, denominado “Do Direito Patrimonial”. Assim, considerando que o contrato é um “acordo de duas ou mais vontades [...] destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial” (DINIZ, 2019, p. 32), muito comum seria conceituá-lo como tal.

Nas palavras de Débora Gozzo (1992):

nesse sentido, a característica de natureza patrimonial supratranscrita é a razão pela qual parte da doutrina insere o pacto antenupcial na esfera dos contratos, vez que, em sua origem, constituía-se como instrumento por meio do qual o casal elegia o regime patrimonial de bens que regeria a união (GOZZO, 1992, p. 30-31).

Já na perspectiva de Rolf Madaleno (2008):

no pacto antenupcial, o Direito de Família permite exercer livremente a autonomia da vontade, podendo os nubentes contratar acerca do regime que melhor entendam deva dispor sobre as relações patrimoniais de seu casamento, constituindo-se em verdadeira exceção à regra da indisponibilidade dos Direitos de Família, cujos preceitos são compostos de normas cogentes e, ‘portanto, insuscetíveis de serem derogadas pelas convenções entre os particulares’” (MADALENO, 2008, p. 528).

Em virtude da característica de patrimonialidade, a maioria dos doutrinadores entende ser o pacto um contrato, o que não apresentava problemas, pelo menos em relação à sua concepção “original”. Como adeptos dessa corrente, cita-se Silvio Rodrigues e Carlos Roberto Gonçalves⁵⁶.

Ainda, o pacto antenupcial pode ser considerado como contrato acessório ao casamento. Contudo, para isso, ele deve ser o contrato principal e, repita-se, o casamento não pode ser considerado como tal, como já exposto anteriormente.

O pacto antenupcial possui todas as características inerentes ao negócio jurídico, mas indiscutivelmente é um negócio jurídico distinto dos comuns que estão inseridos no âmbito do Direito das Obrigações, visto estar inserido nas peculiaridades do Direito das Famílias.

⁵⁶ O primeiro doutrinador (2004, p. 137) sublinha que o pacto antenupcial é contrato solene a ser realizado antes da cerimônia do matrimônio, pelo qual o casal determina acerca do regime de bens que regulará o casamento. Já o último (2016, p. 460), de maneira sintética, anota que “[...] o pacto antenupcial tem, inequivocamente, natureza contratual”.

Portanto, mais coerente seria enquadrá-lo como negócio jurídico especial de Direito das Famílias que, de acordo com Débora Gozzo (1992), deve seguir as seguintes características:

Ele é um ato jurídico (**lato sensu**) **pessoal**. Só os nubentes podem ser partes. É **formal**, sendo indispensável a escritura pública. **Nominado**, isto é, previsto em lei. E, por último, **legítimo** (típico), pois os nubentes têm a sua autonomia limitada pela lei e não podem, conseqüentemente, estipular que o pacto produzirá efeitos diversos daqueles previstos pela norma jurídica. Não poderão eles, assim, contrariar o texto legal do art. 230 do Código Civil, norma de ordem cogente, por exemplo” (grifos do original) (GOZZO, 1992, p. 34, grifos do autor).

De fato, o pacto antenupcial possui essas características. Ele está subordinado a um rigor formal, de acordo com o art. 1.653 do Código Civil; é típico, pois está disposto expressamente em lei, e também é um negócio direto, porque os nubentes podem fazer uso dele para a elaboração e eleição do regime de bens.

Nesse sentido, Fabiana Domingues Cardoso (2009) assevera que:

o pacto antenupcial é um *negócio jurídico de Direito de Família*, pois, assim, as divergências doutrinárias quanto à sua natureza podem ser contempladas, sendo que essa conceituação abarca as demais conceituações elencadas, e ainda acresce denominação mais apropriada ao ato e conteúdo do instituto. (CARDOSO, 2009, p. 112).

Carolina de Castro Iannotti (2019) também defende essa corrente ao salientar que o pacto antenupcial, “embora seja um negócio jurídico, deve-se reconhecer sua especialidade, tratando-se, dessa maneira, de negócio jurídico de Direito de Família, que se caracteriza por ser acessório e facultativo” (IANNOTTI, 2019, p. 32).

Para Paulo Luiz Netto Lôbo (2004), “o pacto antenupcial é um 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” (LOBO, 2004, p. 138). Ou seja, a definição do pacto antenupcial está atrelada à própria conceituação da autonomia privada.

Assim, como um instrumento clássico de autonomia privada, é importante garantir, dentro do pacto antenupcial, o respeito ao espaço de autonomia existencial, pelo qual cada indivíduo deve ter a liberdade de realizar o seu próprio projeto de vida, sem interferências indevidas do Estado.

Como negócio jurídico que ele é, aplica-se o princípio da autonomia privada, o que significa dizer que a liberdade conferida aos nubentes não se limita à manifestação de vontade em querer ou não se casar, como também não se limita à escolha dos regimes de bens. Essa

liberdade abrange a possibilidade de se estipular o estatuto pessoal que irá reger a entidade familiar, podendo estabelecer um estatuto próprio que eles mesmos comunguem e decidam como fazer.

A natureza jurídica se refere a um conceito dinâmico, condicionado a um momento histórico e jurídico vivenciado por determinada sociedade. Diante disso, é incompatível com a contemporaneidade admitir que o pacto antenupcial abarque apenas as questões patrimoniais concernentes ao casamento.

Portanto, em relação ao conteúdo, tratar o pacto antenupcial como negócio jurídico de Direito das Famílias é reconhecer a sua especialidade, pois, em que pese seu caráter patrimonial, é evidente que as convenções visitam também matéria de cunho pessoal conforme se pode ver:

Os contratos que se estabelecem antes do casamento ou, no caso da união estável, antes ou na constância da união, têm o escopo de regular as relações patrimoniais entre os cônjuges ou companheiros, da forma mais adequada ao seu projeto de vida. Assim, não obstante estejamos a falar de questões de natureza eminentemente patrimonial, não se pode descurar que elas servem a um projeto existencial, de vida em conjunto, de construção de uma família. A escolha do regime de bens pode vir a refletir, inclusive, os esforços – conjuntos ou não – dos membros da entidade familiar em prol da construção da realidade – financeira e emocional – daquele núcleo. Uma escolha errada pode se tornar, inclusive, causa motivadora de divórcio ou de dissolução de união estável, por estarem intrinsecamente vinculados os aspectos patrimoniais ao equilíbrio psicológico dos membros da família. Estamos diante, portanto, de inegável situação jurídica patrimonial de eficácia também na órbita existencial (TEIXEIRA; KONDER, 2019, p. 147).

Nesse sentido, de acordo com as mudanças ocorridas no âmbito do Direito das Famílias, como já amplamente exposto neste trabalho, alguns autores passaram a conceituar o pacto antenupcial, de forma acertada, também como espaço propício de disposição de questões existenciais e discussão sobre elas. Observe-se o que salienta tanto Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior (2010) quanto Carolina de Castro Iannotti (2019) sobre o assunto:

O pacto antenupcial é um negócio jurídico solene, pois para ser válido deve ser feito em Cartório de Notas por meio de escritura pública. Serve para disciplinar as questões patrimoniais e não patrimoniais entre os cônjuges, bem como as responsabilidades dos cônjuges perante terceiros (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 180).

O pacto antenupcial é negócio jurídico a ser realizado pelos futuros cônjuges, com o intuito de acordarem o estatuto patrimonial que irá reger a futura sociedade conjugal, além de definir regras de convivência pessoal entre eles e também em relação aos filhos, desde que em observância à legislação em vigor (IANNOTTI, 2019, p. 31).

O pacto antenupcial, portanto, se insere nos negócios jurídicos de Direito das Famílias, uma vez que poderão constar nele, além das temáticas patrimoniais dos contratos (eleição do regime de bens e outras questões patrimoniais), também questões pessoais, inerentes ao direito existencial, desde que não contravenham disposição absoluta de lei, o que será tratado mais detalhadamente no próximo capítulo.

Nesse sentido, é preciso compreender e discutir a abrangência dos termos e cláusulas que poderão constar dessa convenção, o que, conseqüentemente, leva à necessidade, também, de se determinar a natureza jurídica do pacto antenupcial.

Por fim, e o mais importante em atribuir ao pacto antenupcial natureza de negócio jurídico de Direito das Famílias, é preciso destacar a finalidade desse instrumento, qual seja, a finalidade familiar. Nas palavras de Débora Gozzo (1992):

diferentemente do contrato, que busca tutelar uma relação exclusivamente econômica, o negócio jurídico de Direito de Família pode sim assumir feições patrimoniais, mas sua **finalidade direta deve estar relacionada com um escopo próprio da constituição familiar** (GOZZO, 1992, p. 34-35, grifo nosso).

Isso quer dizer que o pacto antenupcial é um instrumento essencial à constituição familiar, ou seja, ele destina-se à satisfação do interesse familiar. Nesse contexto, é preciso reconfigurar, também, a sua função, atribuindo-lhe *status* de elemento constitutivo do casamento, conforme o faz Teixeira e Rodrigues (2015):

considerar o pacto antenupcial como espaço propício de realização de direitos fundamentais dos nubentes, para que possam através de sua liberdade e conveniência de articular de forma plena suas personalidades e identidades, significa a possibilidade de articular mais um mecanismo de tutela prospectiva da personalidade humana. (TEIXEIRA; RODRIGUES, 2015, p. 27).

Portanto, o pacto antenupcial é um negócio jurídico de Direito das Famílias, pois abrange todas as demais conceituações e ainda acresce denominação apropriada ao ato e ao conteúdo deste instrumento na atualidade.

5.4 Pacto antenupcial e casamento: instrumentos de realização existencial

Como amplamente exposto nesta pesquisa, a família tem função de fornecer aos indivíduos que dela fazem parte um espaço propício ao seu desenvolvimento pessoal, concretização de direitos, ampla possibilidade de expressão da sua autonomia privada, principalmente para instituir um projeto de vida em comum. Mas concretizar um projeto de

vida e possibilitar a realização pessoal do indivíduo não perpassam apenas por questões econômicas. Portanto, nada mais natural do que a inserção de questões existenciais nesse contexto.

Questão existencial diz respeito àquela que “realiza direta e imediatamente a dignidade humana por meio do livre desenvolvimento da personalidade. Fazendo um contrapondo, se a realização da dignidade humana é mediata, visando, em primeiro plano, a efetivação da livre iniciativa, trata-se de situação patrimonial” (TEIXEIRA; KONDER, 2012, p. 24).

Diante dessa nova concepção de família, o casamento e o pacto antenupcial, por serem institutos aplicados ao Direito das Famílias, também carregam a mesma função. Ademais, não há mais dúvidas quanto à natureza jurídica do casamento e do pacto antenupcial, quais sejam, são negócios jurídicos de Direito das Famílias.

No casamento deve prevalecer a autonomia privada das partes, não apenas em relação à opção de se casar ou à escolha do regime de bens, mas também em relação à definição de um estatuto pessoal, compatível com os interesses subjetivos dos cônjuges (IANNOTTI, 2019, p. 35). Por meio do pacto antenupcial, o projeto de vida idealizado no casamento se materializa, pois é nesse instrumento que serão inseridas as cláusulas que regerão a vida do casal, sejam elas patrimoniais ou existenciais.

Assim, nas palavras de Ana Carolina Brochado Teixeira e Renata de Lima Rodrigues (2015):

nesse sentido, na medida em que os nubentes se apoderam da possibilidade de eles mesmos construírem as regras matrimônias segundo o projeto de vida em comum, o casamento assume verdadeiramente a feição de negócio jurídico e o pacto antenupcial se transforma em elemento essencial para a constituição do casamento, porque será através dele que as verdadeiras regras que refletem os ideais de vida boa e de comunhão de vida poderão ser planejadas de forma livre e genuína pelos membros da entidade familiar, de modo que ela efetivamente se revele como família instrumentos, voltada para a realização plena de seus membros, e reflita a tendência hodierna de funcionalização e privatização da família ao ser humano que a compõe (TEIXEIRA; RODRIGUES, 2015, p. 31)

Não se pode dizer que o pacto antenupcial é elemento constitutivo do casamento, pois este não precisa daquele para se realizar, até porque, tendo em vista as formalidades exigidas por lei, o pacto é negócio jurídico acessório ao casamento. Portanto, quando se fala que o pacto antenupcial é “elemento essencial para a constituição do casamento”, conforme preceituam Teixeira e Rodrigues (2015) na citação acima, deve ser entendido que o pacto passa a integrar o conjunto de normas que rege o casamento.

Mas, na atualidade e sob o viés da privatização do Direito das Famílias e da mudança da sua função, não dá para negar que o pacto deve assumir protagonismo no casamento, como instrumento ideal de autodeterminação dos nubentes.

Desse modo, o pacto antenupcial assume estrutura e função contemporânea de instrumento realizador da livre personalidade dos nubentes no âmbito familiar, pois é por meio dele que os nubentes poderão estabelecer democraticamente uma ampla comunhão de vida e, por conseguinte, concretiza a nova concepção de família, qual seja, a eudemonista.

No capítulo a seguir, discute-se a possibilidade de inclusão de disposições não patrimoniais no pacto antenupcial: fundamentos, possibilidades e limites.

6 INCLUSÃO DE DISPOSIÇÕES NÃO PATRIMONIAIS NO PACTO ANTENUPCIAL: FUNDAMENTOS, POSSIBILIDADES E LIMITES

Por todo o exposto, não há dúvidas de que o pacto antenupcial é um negócio jurídico de Direito das Famílias e, portanto, pode ser realizado pelos cônjuges no intuito de abordarem o estatuto patrimonial que irá reger a sociedade conjugal, bem como estabelecer diversas cláusulas que versem sobre questões existenciais, conforme salientam Teixeira e Konder (2019):

cada vez mais se fortalece a possibilidade desses pactos servirem como instrumentos que formalizam tanto os acordos pessoais quanto os patrimoniais dos companheiros ou futuros cônjuges. No âmbito de um Estado Democrático de Direito, em que se renova o conceito de ordem pública de modo a atrelá-lo à realização da dignidade humana, vem sendo possível se discutir a possibilidade de o próprio casal construir a ordem pública familiar, segundo o que para eles são os valores mais importantes para uma relação amorosa bem-sucedida. Isso se dá a partir da possibilidade de os cônjuges ou companheiros pactuarem – e recombinares no curso do casamento – as regras que regerão sua relação conjugal, independente de coincidirem ou não com as disposições legais (TEIXEIRA; KONDER, 2019, p. 148).

Essa possibilidade se dá em virtude de, atualmente, o conceito de família estar atrelado a uma função instrumentalizadora, que é a realização plena da personalidade, da felicidade e da dignidade daquele que faz parte de determinado grupo familiar. Assim, a realização da dignidade do indivíduo que de uma família faz parte compreende o pleno exercício da sua autonomia privada, no sentido de estabelecer o seu próprio projeto pessoal.

Portanto, impossibilitar que as partes façam disposições existenciais no pacto antenupcial é permitir a violação da própria dignidade do indivíduo. Essa possibilidade tem como fundamento não só a autonomia privada, “mas também no fato de a família constitucionalizada se caracterizar como eudemonista, cabendo a seus membros estipularem as regras que os privilegiem enquanto sujeitos de direito, amparados pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana” (IANNOTTI, 2010, p. 38).

Ademais, não se pode esquecer de que o próprio Código Civil dispõe que “é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família” (art. 1.513 do CC). Assim, é inconcebível a interferência do Estado se for legítima a vontade das partes em dispor sobre questões existenciais no âmbito da sua vida privada, principalmente quando há paridade entre as partes.

Tendo em vista que o conceito de negociabilidade pressupõe tanto situações jurídicas patrimoniais quanto existenciais, é importante estabelecer as condições

para se pactuar as regras da vida em comum que, a princípio, estão ligadas à simetria (aqui entendida como igualdade substancial) entre os acordos entabulados e não regras heterônomas e interventivas do Estado (MORAES; TEIXEIRA, 2019, p. 4-5).

É importante salientar que desde a Constituição de 1988 a mulher alcançou paridade formal em relação ao homem, tendo em vista o princípio da igualdade constante no *caput* do art. 5º desse diploma. Da mesma forma, o §5º do art. 226 do Texto Constitucional dispõe que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher” (BRASIL, 1988).

A conquista da igualdade formal entre os cônjuges pressupõe, em regra, que ambos têm condições de estabelecer livremente as cláusulas que regerão a vida comum do casal. Mas é claro que, no caso concreto, se houver qualquer tipo de vulnerabilidade na pactuação, devidamente comprovada, o Estado poderá intervir.

É necessária a intervenção do Estado, para a tutela dos hipossuficientes, principalmente no âmbito da família, onde os membros devem se responsabilizar uns pelos outros, quando existe algum tipo de vulnerabilidade. Essa responsabilidade independe do afeto, pois se trata de deveres de conduta objetivos, cuja fonte é a filiação, o parentesco, a conjugalidade. E, quando os deveres não são exercidos de forma espontânea, o Estado interfere e imputa tal responsabilidade, para que a pessoa vulnerável tenha garantida uma vida digna (TEIXEIRA; RODRIGUES, 2010, p. 107).

Verifica-se, portanto, que os espaços de negociabilidade no ambiente familiar pressupõem igualdade entre os envolvidos, sendo a vulnerabilidade um fator que chama pela intervenção do Estado em prol da proteção e promoção daquele que não se encontra, de alguma forma, em posição desigual, de inferioridade (MORAES; TEIXEIRA, 2019, p. 14).

Além da necessidade de igualdade material entre os cônjuges na estipulação das cláusulas do pacto antenupcial, as partes devem agir dentro dos limites da lei e do seu próprio espaço de atuação. Sendo assim, devem respeitar as normas de ordem pública ou que contenham direitos fundamentais dos indivíduos.

No art. 1.655 do Código Civil de 2002, o legislador é claro ao dispor que “é nula a convenção ou cláusula dela que contravenha disposição absoluta de lei” (BRASIL, 2002). Sobre o assunto, foi aprovado o Enunciado n.º 635 na VIII Jornada de Direito Civil, ocorrida em abril de 2018 no Conselho da Justiça Federal: “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” (BRASIL, 2018).

Observados esses limites, não há nenhum óbice no ordenamento jurídico que impeça a aceitação válida e legítima de conteúdo existencial no pacto antenupcial. A sua pouca utilização se deve por questões culturais e resistência da jurisprudência, ou seja, não há nenhuma proibição em lei.

No âmbito de um ordenamento que prevê o pluralismo jurídico, que é categoria normativa inserida em um mundo multicultural, é possível se pensar em forma de produção autônoma e heterônoma do Direito, visto sob a perspectiva do indivíduo. Isso implica considerar, em sua máxima relevância, o potencial de o indivíduo, por meio de suas escolhas elaboradas na seara de seu projeto de vida, também produzir direito (TEIXEIRA; RODRIGUES, 2010, p. 112).

Cabe a ressalva de que não há necessidade de alteração legislativa para permitir a inclusão de matéria pessoal no pacto antenupcial, porque, em que pese o art. 1.639 fazer menção apenas em relação aos bens dos nubentes, não há proibição expressa em relação às cláusulas extrapatrimoniais.

Dessa forma e de acordo com a hermenêutica jurídica, não pode o intérprete restringir onde a lei não excepciona, sob pena de violação do dogma da separação dos poderes. Em outras palavras, não se admite interpretação extensiva de dispositivo que limita direito, sob pena de afronta à segurança jurídica.

Com efeito, não há norma no texto legal que proíba a inclusão de cláusulas existenciais no pacto antenupcial, motivo pelo qual não pode o intérprete fazê-lo. Essas decorrerão dos princípios gerais do Direito, dos atos considerados lícitos, da boa-fé, das normas e garantias constitucionais, da ordem pública, ou seja, nascem do sistema jurídico como um todo.

Outro fundamento importantíssimo na defesa da ampliação do conteúdo do pacto antenupcial é que, quando se dá aos nubentes a possibilidade de construir o seu próprio projeto de vida com a inclusão de diversas cláusulas patrimoniais ou existenciais, o pacto se torna também um instrumento de prevenção de conflitos entre os cônjuges na constância do casamento ou até mesmo no momento de eventual rompimento do relacionamento.

Principalmente no que diz respeito às questões familiares, a morosidade do Poder Judiciário representa sérios desgastes às relações, comprometendo a vida pessoal e profissional do casal e, ainda, até mesmo a vida dos filhos, por exemplo. Nas palavras de Fabiana Domingues Cardoso (2009):

para aqueles que militam na área de Direito de Família, ou qualquer que tenha experimentado uma separação familiar, pode atestar as inúmeras mazelas e prejuízos

emocionais, psicológicos e materiais que um litígio pode provocar aos cônjuges, à prole e à família como um todo, levando a crer que um pacto que permita a convenção sobre o maior número de questões possíveis relacionadas ao casamento, fará com que o instrumento exerça a função preventiva de litígios, ou ao menos facilitador da resolução de desavenças que eventualmente o casal venha a enfrentar, especialmente nos momentos críticos da dissolução do casamento (CARDOSO, 2009, p. 196).

Mas, uma vez existentes esses conteúdos, como executá-los?

É claro que, ao se admitir a pactuação dessas cláusulas, pelo menos a princípio, se admite também a sua execução, seja extrajudicialmente ou judicialmente.

O descumprimento de algumas cláusulas acarretará apenas o rompimento da sociedade conjugal, seja pela impossibilidade de se exigir o seu cumprimento ou por que as partes não estipularam nenhuma sanção ou multa para isso. Nesse sentido, é preciso “verificar, no caso concreto, o merecimento de tutela da avença, evitando-se evidentemente qualquer tipo de precificação da liberdade existencial ou a submissão dessa à remuneração pecuniária” (TEPEDINO, 2016, p. 488-489).

Mas, mesmo inexistindo a possibilidade de exigir o cumprimento de determinadas cláusulas, ao menos como acordo entre os cônjuges, as cláusulas terão validade, o que representa uma relação mais pacificada quanto ao tema estipulado entre eles.

Ademais, ainda que os cônjuges necessitem executar as cláusulas não cumpridas ou aplicar as sanções impostas por meio de uma ação judicial, é claro que o julgamento se dará de forma mais célere e menos conflituoso, principalmente se estiver diante de um negócio realizado entre duas pessoas maiores, capazes e inseridas em um contexto de igualdade material.

Conforme Cardoso, “sendo clara a vontade das partes pactuadas, parece prudente a análise cautelosa do julgador sobre as cláusulas extrapatrimoniais se existentes em pacto *sub judice*, até mesmo para se alcançar com agilidade e mais facilidade a composição entre as partes” (CARDOSO, 2009, p. 197). Nesse sentido, percebe-se a relevância social e jurídica do pacto antenupcial como instrumento de disposição de cláusulas patrimoniais e existenciais.

Exatamente neste ponto que parece muito adequado o debate a respeito de cláusulas pactícias que versem sobre conteúdo extrapatrimonial e fixem as “regras do jogo”, tendo em vista que o “jogo” é um casamento que envolve matéria patrimonial, pessoal e doméstico-familiar, portanto de extrema relevância social, além da jurídica (CARDOSO, 2009, p. 196).

Infelizmente, o pacto antenupcial é um instrumento pouco utilizado pela sociedade brasileira, motivo pelo qual é extremamente relevante o seu estudo, como feito neste trabalho e, por conseguinte, a sua divulgação e o estímulo à sua prática, dada à sua grande importância.

Nessa perspectiva, destaca-se a função preventiva de litígios que o pacto antenupcial exerce. Assim, cumpre delinear algumas possibilidades de conteúdos extrapatrimoniais no pacto antenupcial, sem o objetivo de esgotá-las, afinal as possibilidades são diversas e mais ainda a criatividade dos seres humanos, motivo pelo qual é impossível vislumbrar hipóteses taxativas. O importante é que as cláusulas estejam limitadas sob o viés de que a autonomia privada é premissa da dignidade da pessoa humana.

6.1 Cláusula de disposição das obrigações pessoais entre os cônjuges

Conforme discutido anteriormente, as relações familiares conjugais produzem diversos efeitos em relação aos cônjuges, aos filhos e a terceiros. Mas a maioria do debate gira em torno dos deveres previstos no art. 1.566 do CC/2002 (I - fidelidade recíproca; II - vida em comum, no domicílio conjugal; III - mútua assistência; IV - sustento, guarda e educação dos filhos; V - respeito e consideração mútuos); inclusive sobre a possibilidade de estipularem indenizações e multas ante o descumprimento de alguns dos deveres ou pelo fim do casamento; instituição de crédito por tempo de casamento, etc.

Diante da inegável aplicabilidade da autonomia privada na realização do pacto antenupcial, discute-se a possibilidade de suas cláusulas versarem sobre questões afetas aos direitos e deveres pessoais recíprocos dos cônjuges.

6.1.1 Cláusula de não manutenção do patronímio do outro

A inclusão do sobrenome do cônjuge é uma possibilidade facultada aos nubentes no momento da celebração do casamento. Por esse motivo, não há necessidade de constar no pacto antenupcial a opção pelo uso do nome.

Da mesma forma, também é uma opção dos nubentes em manter o sobrenome do cônjuge após o término do casamento, conforme dispõe o art. 1.578⁵⁷ do Código Civil. Quanto a esse artigo, é importante esclarecer que

⁵⁷ Art. 1.578. O cônjuge declarado culpado na ação de separação judicial perde o direito de usar o sobrenome do outro, desde que expressamente requerido pelo cônjuge inocente e se a alteração não acarretar: I - evidente

o cônjuge culpado não perde o direito de usar o “sobrenome do outro”, porque, na realidade, o sobrenome é seu mesmo, já que passou a integrar o seu nome quando do casamento. A perda do sobrenome em decorrência da culpa é anacronismo, que revela afronta ao direito de personalidade, e que chegará ao fim em boa hora. Assim, a questão do sobrenome não será obstáculo ao fim do debate da culpa em ação de extinção de vínculo conjugal (SIMÃO, 2010).

É importante salientar também que a retirada do nome ao fim do casamento é opção daquele que inseriu o sobrenome, pois esta passa a integrar os seus direitos de personalidade. Tendo em vista que essa possibilidade é apenas do cônjuge que inseriu o sobrenome, surge, então, a possibilidade de ambos os cônjuges discutirem sobre isso antes da realização do casamento e estipularem no pacto antenupcial como ficará essa questão.

Repita-se, o sobrenome passa a integrar os direitos de personalidade do nubente que o inseriu, motivo pelo qual não poderá ser obrigado a retirá-lo ao fim do casamento. Diferentemente ocorre quando os cônjuges, em consenso e previamente estipulado, estabelecem que, no caso de divórcio, o sobrenome deverá ser retirado.

Assim, defende-se a possibilidade de pactuação em relação ao patronímio inserido por um dos cônjuges, por ser pura manifestação de vontade. Contudo, devido à sua natureza jurídica, não é possível estipular multa, por exemplo, pelo descumprimento dessa cláusula, o que dependerá exclusivamente da boa-fé dos sujeitos envolvidos.

6.1.2 *Cláusula de disposição dos deveres conjugais*

Os deveres conjugais são exemplos de efeitos pessoais que decorrem da celebração do casamento. De acordo com o art. 1.566 do Código Civil, são deveres dos cônjuges: I – fidelidade recíproca; II – vida em comum, no domicílio conjugal; III – mútua assistência; IV – sustento, guarda e educação dos filhos; V – respeito e consideração mútuos, os quais são apenas os mais importantes reclamados pela ordem pública e pelo interesse social, visto que o legislador não poderia cogitar todos os deveres inerentes aos consortes, conforme expõe Nahas (2015):

na discriminação desses deveres, contenta-se o legislador com um mínimo de recomendações; mas fora do seu campo de ação existem ainda outros numerosos deveres morais, imprescindíveis à boa harmonia conjugal, à felicidade doméstica, à paz familiar, como o mútuo amor, a confiança e o recíproco respeito, que dependem

prejuízo para a sua identificação; II - manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida; III - dano grave reconhecido na decisão judicial (BRASIL, 2002).

de cada cônjuge individualmente, de sua cultura, educação, sensibilidade e temperamento (NAHAS, 2015, p. 235).

A discussão sobre os deveres conjugais iniciou-se no tópico no qual se discute o casamento, momento em que restou clara a sua incompatibilidade com a hermenêutica atual, pois na família democrática não mais se justifica a ingerência do Estado nas suas relações privadas. Por conseguinte, descabida é a regulamentação dos deveres conjugais.

Contudo, essa regulamentação se deve pelo fato de que o Código Civil de 2002 foi idealizado antes da Constituição de 1988. Por isso, repetiu a mesma norma do Código Civil de 1916. Mas, como estão expressamente previstos, é necessária a sua discussão sob o novo enfoque.

Assim, o Estado não impõe mais regras a serem seguidas pelos cônjuges. Quando o legislador traz os direitos e deveres conjugais, não o faz de forma a obrigar os cônjuges a segui-los, salvo em relação àquelas previsões de normas cogentes, ou seja, de ordem pública ou aquelas que dizem respeito a direitos fundamentais: respeito, assistência mútua, guarda, sustento e educação dos filhos. Os deveres passam a ser entendidos como diretrizes, que podem ou não serem seguidas pelos cônjuges.

Caso os cônjuges optem por regular um estatuto pessoal próprio, diverso daquele constante na ordem civilista, o Estado não poderá aplicar sanção, por não se tratar mais de uma imposição. Nesse contexto, o principal debate sobre a possibilidade de inclusão de cláusulas existenciais no pacto antenupcial envolve justamente os deveres conjugais, pois são deveres atribuídos exclusivamente aos cônjuges e, por conseguinte, os seus efeitos também. Contudo, é necessário fazer uma divisão interna entre eles.

Nota-se que os deveres de sustento, guarda e educação dos filhos não representam deveres decorrentes da conjugalidade e, sim, do poder familiar. O poder familiar independe do estado civil dos pais.

A inclusão desse dever é um nítido exemplo de que algumas normas foram inseridas ou mantidas de acordo com os objetivos do Código de 1916, nesse caso, concernente ao antigo objetivo do casamento na geração de filhos legítimos. Ademais, o sustento, a guarda e educação dos filhos são deveres de ordem pública, motivo pelo qual não poderão ser objeto de disposição no pacto antenupcial.

De acordo com Luciana Faísca Nahas (2015):

a mútua assistência configura-se no dever de solidariedade familiar, entre os cônjuges, e pode ser afetiva ou financeira. A mútua assistência afetiva significa o dever de cuidado, atenção, afeto e companheirismo entre os cônjuges. A mútua

assistência financeira significa o suporte econômico familiar de um cônjuge pelo outro (NAHAS, 2015, p. 239).

Sobre o dever de respeito e consideração mútuos, “em razão do casamento, os cônjuges tornam-se um núcleo familiar, do qual um dos deveres primordiais é manter o respeito e a consideração entre si, seja nas relações domésticas privadas ou no convívio social” (NAHAS, 2015, p. 239).

Assim, o dever de mútua assistência, respeito e consideração é inerente a qualquer entidade familiar e está abarcado pelos princípios da solidariedade familiar e do livre desenvolvimento da personalidade, respectivamente, motivo pelo qual é norma de ordem pública e, porquanto, indisponível.

Esse é o entendimento de Ana Carla Harmatiuk Matos e Ana Carolina Brochado Teixeira (2019):

Quanto aos incisos III (mútua assistência), IV (sustento, guarda e educação dos filhos) e V (respeito e consideração mútuos), o limite da autonomia tem sua justificativa na solidariedade familiar: o de mútua assistência visa a não deixar o outro cônjuge em desamparo material e o respeito e considerações mútuos pretendem preservar uma relação de cordialidade familiar mínima (solidariedade conjugal); já o dever de sustento, guarda e educação dos filhos decorre mais especificadamente da autoridade parental, estando posicionado no artigo como reforço legal de hermenêutica sistemática ao exercício desse poder jurídico e não, propriamente, como situação que decorre da conjugalidade. Indisponíveis, portanto, esses três últimos deveres (MATOS; TEIXEIRA, 2019, p. 243).

Assim, o debate versará sobre a fidelidade, a convivência e coabitação no lar conjugal⁵⁸.

O dever de fidelidade, inicialmente, estava atrelado também ao objetivo de gerar filhos legítimos. Assim, esse dever garantia a presunção de que o filho gerado da esposa era do marido⁵⁹. Por esse motivo, o adultério estava sempre ligado às relações sexuais e, ainda, com pessoa de sexo diferente.

⁵⁸ Entrementes, não são apenas esses deveres elencados pelo Código Civil que compõem o leque de observâncias entre os cônjuges, pois outros encontrados no sistema jurídico como um todo podem ser considerados, a exemplo dos princípios de direito, dos bons costumes e da boa-fé, além dos princípios constitucionais relacionados à vida e à dignidade da pessoa, podem gerar nulidade da cláusula prevista em pacto, em caso de infração a esses (ex. cláusula que veda o retorno da esposa ao lar após às 21h00) (CARDOSO, 2009, p. 191).

⁵⁹ Os canonistas e os juristas educados no Direito Eclesiástico consideravam necessidade o exigir-se maior correção à mulher que ao homem, não através de preconceito, mas por sugestão da função mesma da mulher. A infração por parte da mulher, asseguravam, tem caráter mais grave: primeiro, porque ela, em razão de seu sexo, e das ideias recebidas, é obrigada a maior recato e, pois, a sua falta fere mais pronunciadamente a moral e os costumes públicos; segundo, porque sua infidelidade pode motivar o nascimento de filhos adulterinos e, destarte, introduzir no seio da família elementos de sangue estranho, provocadores de desordem conjugal, complicações de parentesco e incertezas constantes da paternidade. Assim compreendiam os romanos. E o próprio Constantino puniu com a morte a mulher adúltera. (MIRANDA, 2012, p. 177-178).

Conforme explica Washington de Barros Monteiro (1976), a violação do dever de fidelidade atenta contra a moral e os interesses da sociedade:

O primeiro e mais importante dos deveres recíprocos dos cônjuges é o de fidelidade mútua. No dizer de Clóvis, representa a natural expressão da monogamia, não constitui, ela, tão somente, dever moral; o direito a exige, igualmente, em nome dos superiores interesses da sociedade. (MONTEIRO, 1976, p. 99).

Com a mudança do objetivo do casamento, conforme amplamente já exposto neste trabalho, muda-se também a compreensão da fidelidade, que poderia se dar não só por meio de relação sexual com outra pessoa, mas também por uma relação virtual ou até mesmo pela ruptura do afeto, por exemplo, compreensão essa que só cabe aos sujeitos da relação.

Outro dever é a vida em comum no domicílio conjugal ou, se preferir, o dever de coabitação dos cônjuges, os quais deveriam formar um lar conjugal. No Código Civil de 1916, era prerrogativa do marido essa escolha, como chefe da família⁶⁰.

Com a igualdade conjugal consagrada pela Constituição, esse dever passou a ser estabelecido por ambos. Ainda, o próprio legislador mitigou esse dever ao dispor no art. 1.569 que “o domicílio do casal será escolhido por ambos os cônjuges, mas um e outro podem ausentar-se do domicílio conjugal para atender a encargos públicos, ao exercício de sua profissão, ou a interesses particulares relevantes” (BRASIL, 2002).

Os deveres de fidelidade recíproca (inciso I) e vida em comum, no domicílio conjugal (inciso II), dizem respeito ao modo de vivenciar a conjugalidade, ao modo de se concretizar a comunhão plena de vida. Por esse motivo, é incompatível com o Estado Democrático de Direito a possibilidade de o Estado impor esses deveres aos cônjuges.

Dessa forma e baseado na autonomia privada dos indivíduos, é plenamente possível que os cônjuges possam estabelecer cláusulas no pacto antenupcial que dispensam a vida em comum no lar conjugal, bem como relacionamentos exclusivos. Repita-se: a ingerência estatal no âmbito da autonomia existencial dos cônjuges não mais se justifica.

[...] No que tange às formas de vida a dois, especialmente quanto à fidelidade e à coabitação, há de se examinar, caso a caso, a seriedade do pacto, de modo que, caso

⁶⁰ Art. 36. Os incapazes têm por domicílio o dos seus representantes. Parágrafo único. A mulher casada tem por domicílio o do marido, salvo se estiver desquitada (art. 315), ou lhe competir a administração do casal (art. 251). Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal. Compete-lhe: I. A representação legal da família. II. A administração dos bens comuns e dos particulares da mulher, que ao marido competir administrar em virtude do regime matrimonial adaptado, ou do pacto antenupcial (arts. 178, §9º, n.º I, c, 274, 289, n.º I, e 311). III. Direito de fixar e mudar o domicílio da família (arts. 46 e 233, n.º IV). IV. O direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do tecto conjugal (arts. 231, n.º II, 242, n.º VII, 243 a 245, n.º II, e 247, n.º III). V. Prover à manutenção da família, guardada a disposição do art. 277.

não violem a dignidade da pessoa dos cônjuges e o princípio da isonomia, não parece haver, *a priori*, óbice na ordem pública para a sua admissão (TEPEDINO, 2008, p. 119).

Ante a impossibilidade de imposição da fidelidade e da coabitação por parte do Estado, o que não poderia ser diferente, não há nenhuma sanção prevista no ordenamento para o caso de descumprimento⁶¹ disso, sendo, portanto, considerados juridicamente inócuos. Por outro lado, cabe apenas às partes avaliarem se a conduta contrária é o suficiente para ocasionar o término da relação ou se é algo suportável.

Ainda que tente a lei impor obrigações e assegurar direitos, o descumprimento de qualquer dos deveres não gera a possibilidade de ser buscado seu adimplemento em juízo. Como os imperativos previstos na lei não têm como ser impostos por decisão judicial, é *mister* concluir que tais previsões servem tão-só e eventualmente para fundamentar uma ação de separação (DIAS, 2002, p. 303).

Em que pese o ordenamento não incluir nenhuma sanção pelo descumprimento desses “deveres”, nada impede que os próprios cônjuges assim estabeleçam no pacto antenupcial. Em outras palavras, cabe apenas às partes o julgamento quanto à possibilidade de incluir indenizações ou multas em caso de violação de alguma cláusula, o que será avaliado no próximo tópico.

6.1.2.1 Cláusula indenizatória pelo desrespeito aos deveres conjugais

Relembrando, discutem-se nesta pesquisa apenas os deveres conjugais da fidelidade e da coabitação, visto que os demais são indisponíveis. Ao final, tenta-se delimitar critério para a inclusão de cláusulas indenizatórias para deveres que podem ser criados pelos cônjuges.

No que concerne ao dever de fidelidade, sem dúvida, é o mais discutido e estudado pelos doutrinadores, pois é considerado por muitos como o dever mais importante do casamento. Dessa forma, afirma-se que, embora seja a forma mais importante e corriqueira, o adultério, para alguns autores, não é a única forma de violação do dever de fidelidade.

Juliana de Sousa Gomes Lage (2010) discorre sobre o assunto:

⁶¹Servem apenas como causa de separação judicial litigiosa, enquanto perdurar no Direito brasileiro a imputação da culpa, repelida pela consciência jurídica, em virtude de seu afrontoso desrespeito à dignidade humana e da ausência de fundamento na Constituição, que dela não trata quando assegura a liberdade de separação ou divórcio (art. 226, §6 do CC). A verificação judicial da culpa atenta contra a tutela constitucional da intimidade e da vida privada dos cônjuges (art. 5.º, X, da Constituição), que são direitos da personalidade invioláveis (LÓBO, 2004, p. 17).

No entanto, a maior ameaça ao dever de fidelidade, não está no relacionamento sexual, mas, sim, na traição da confiança, que gera suspeita, insegurança e desconfiança pela possível e temerária perda do parceiro, aumentando o senso de desvalorização da pessoa atingida pela traição, uma vez que rompe acordos que variam de casal para casal, de cultura para cultura e da própria condição social dos cônjuges (LAGE, 2010, p. 458).

No sentido de que a infidelidade pode prejudicar o próprio desenvolvimento da personalidade dos seus componentes, é possível reconhecer que a violação do dever de fidelidade ensejaria o dever de indenizar? A autora salienta que:

o referido dever de fidelidade, possuindo conteúdo mais amplo, é gênero do qual o adultério é apenas uma das espécies de infração. Importante aqui é demonstrar a diferença do que seria o descumprimento do dever de fidelidade capaz de gerar possíveis danos morais a serem indenizados no âmbito das relações familiares (LAGE, 2010, p. 457).

No contexto da responsabilidade civil nas relações conjugais, existem três correntes doutrinárias: Teoria Positiva, Teoria Negativa e Teoria Intermediária. A primeira posição entende que as relações conjugais, de maneira geral, por força do descumprimento dos deveres, deveriam ensejar a responsabilização e indenização pelos danos causados⁶².

A Corrente Negativa nega qualquer tipo de reparação de dano entre os cônjuges. Juliana de Sousa Gomes Lage discorre sobre essa corrente:

Dois argumentos contrários à aplicação das regras de responsabilidade civil dentro das relações familiares são trazidos agora à colação, a saber: o primeiro deles diz respeito à especialidade do Direito de Família; o segundo refere-se à afirmativa de que a extensão da responsabilidade civil às relações familiares é improdutiva, uma vez que sem possibilidade de uma solução só contribuiria com novos conflitos familiares (LAGE, 2010, p. 454).

Já a Corrente Intermediária defende a inaplicabilidade da responsabilidade nas relações conjugais, mas reconhece que, em caso de ocorrência do princípio geral da responsabilidade civil⁶³, os danos devem ser indenizados independentemente se o fato ocorreu dentro ou fora do casamento. Em outras palavras, a violação do dever conjugal não gera dano indenizável, por si só, e sim caso ocorra violação de direito de personalidade.

⁶² A prática do ato ilícito pelo cônjuge, que descumpra dever conjugal e acarreta dano ao consorte, ensejando a dissolução culposa da sociedade conjugal, gera a responsabilidade civil e impõe a reparação dos prejuízos, com o caráter ressarcitório ou compensatório, consoante o dano seja de ordem material ou moral (SILVA, 1999, p. 184).

⁶³ São elementos da responsabilidade civil no Direito brasileiro: o ato ilícito ou dano injusto decorrente de conduta humana, o dano e o nexo de causalidade (LAGE, 2010, p. 453).

Não se pode afirmar que o descumprimento de qualquer dever do casamento irá gerar a obrigação de reparação civil. Dissabores existem em qualquer tipo de relacionamento e, nem por isso, fundamentam uma reparação moral. Entretanto, quando os atos praticados no âmbito familiar extrapolam a normalidade, desrespeitam o conteúdo normativo eleito livremente pelo casal e atingem a dignidade de um membro familiar, caracterizado estará o ato ilícito e, por isso, perfeitamente plausível é a responsabilização do causador do dano (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 574).

De acordo com o entendimento majoritário da jurisprudência, para que a violação de um dever conjugal possa gerar dano indenizável geralmente ele deve estar acompanhado de exposição pública e vexatória. Parece, portanto, que a Corrente Intermediária é o único entendimento possível diante das mudanças ocorridas no Direito das Famílias, visto que rechaça a possibilidade de discussão de culpa na separação do casal⁶⁴, bem como a interferência estatal na vida do casal.

As considerações sobre a possibilidade de responsabilização civil em decorrência de violação dos deveres conjugais são importantes para que não se confunda a inclusão de cláusula no pacto antenupcial prevendo dano moral em caso de infidelidade, por exemplo, com a Teoria Positiva. Portanto, caso o casal opte por incluir cláusula no pacto antenupcial prevendo indenização por infidelidade ou para o caso de término da relação conjugal, o faz por liberalidade, porque, no exercício da sua autonomia privada, entendem que esse ato é reprovável o suficiente para ensejar determinado dano moral.

Também é possível se vislumbrar atitude contrária, no sentido de premiar o cônjuge fiel. Por exemplo, o casal poderá incluir cláusula concedendo ao outro cônjuge valor pecuniário para cada ano de casamento.

Prevista a indenização pela separação espontânea e sem causa imputável ao outro, no exercício da liberdade de rompimento, a indenização poderá ter caráter meramente compensatório, para contrapesar a frustração da expectativa criada quando da formação da entidade familiar (tanto no aspecto afetivo como no tocante a eventuais vantagens econômicas advindas do regime patrimonial adotado); ou poderá ter feição reparatória, para recompor eventuais prejuízos experimentados em função do ingresso no relacionamento, como renúncia à atividade profissional exercida ou ascensão na carreira (CAHALI, 2002, p. 244).

⁶⁴ Verifica-se, portanto, que o descumprimento dos deveres conjugais não deveria gerar os efeitos tradicionalmente impostos, uma vez que não se mostram compatíveis com os novos paradigmas constitucionais inseridos no Direito de Família, atinentes à dignidade da pessoa humana e proteção dos direitos da personalidade, à igualdade entre os cônjuges e entre os filhos, dentre outros. Se à luz da Constituição a unidade da família não se identifica mais com a unidade do casamento, não há como relacionar a aplicação de sanções referentes a efeito jurídicos existenciais, como, por exemplo, alimentos, guarda dos filhos, sobrenome da mulher à atribuição de culpa pela simples ruptura do vínculo matrimonial (LAGE, 2010, p. 465).

Fabiana Domingues Cardoso ressalta o cuidado que se deve ter ao estabelecer o valor pecuniário das indenizações, para que não traga efeitos contrários, como, por exemplo, desavenças familiares, o que desvirtuaria a finalidade do casamento e da comunhão plena de vida, o que é corroborado por Cahali (2002):

por isso, bastante prudente não ser o *quantum debeatur* da indenização excessivo, mas coerente ao padrão social do casal e à capacidade econômico-financeira de ambos, sob pena de a relação representar “um contrato de risco ou jogo econômico entre seus partícipes, devendo ser repudiada, nas relações familiares, a expectativa de sua formação apenas como potencial fonte de riquezas (CAHALI, 2002, p. 245).

Em relação ao dever de coabitação, pelo fato de ter sido mitigado pelo próprio legislador, como ressaltado anteriormente, não é um assunto comumente versado pelo pacto antenupcial, mas é plenamente possível. Por exemplo, o casal pode estabelecer que, na constância do casamento, ambos deverão residir em casas separadas.

6.1.3 Cláusula de privacidade entre os cônjuges

Em um mundo totalmente virtualizado, a inclusão de cláusula de privacidade entre os cônjuges precisa ser discutida no que concerne à fixação de limites da exposição da vida conjugal nas redes sociais, por exemplo.

Fatos cotidianos são publicados na rede todos os dias. São fotos, vídeos e textos que expõem a vida dos indivíduos de alguma maneira. Por isso, não são poucos os casais a terem problemas mostrados na *Internet* ou casados por ela, o que incentivou a criar novos acordos, os quais têm chamado atenção de noivos e especialistas na área.

Sobre o assunto, citam-se algumas cláusulas viáveis que imponham limites ao casal, como, por exemplo, estabelecer que o casal pode escolher não se expor e proibir que se publiquem fotos de viagens nas redes sociais; estabelecer que não se pode comentar nada relacionado ao trabalho nas redes sociais; proibir o armazenamento de documentos sigilosos em servidores nas nuvens; estabelecer multa no caso de cadastro em *sites* de namoro/traição; decidir se o perfil das redes sociais será mantido ou apagado em caso de eventual falecimento; proibir a publicação de fotos dos filhos (quando bebês e crianças) nas redes sociais.

Dessa forma, é preservada a privacidade dos dados, o que vem ganhando especial relevo na atualidade.

6.2 Cláusula de fixação e renúncia antecipada de alimentos

Outra possibilidade de negociação entre os cônjuges diz respeito à estipulação de cláusula sobre fixação ou renúncia de alimentos. Para analisar essa possibilidade, é imprescindível discorrer sobre o conceito, as espécies, a natureza jurídica, o fundamento e os critérios de concessão dos alimentos.

A obrigação alimentar pode decorrer da lei, da vontade ou de ato ilícito. Os alimentos indenizatórios do ato ilícito visam ao ressarcimento de um dano, conforme dispõem os artigos 948, inciso II⁶⁵ e 950⁶⁶ do Código Civil.

Os alimentos oriundos do ato ilícito são devidos pelo que agiu em desacordo ao permitido, ao lícito, àquele que sofreu o dano proveniente dessa conduta. Têm sede no art. 186 do Código Civil, sendo bons exemplos o homicídio ou mesmo a lesão corporal de natureza gravíssima (que impossibilita a vítima trabalhar), dentre outros ilícitos (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 469).

É importante salientar que os alimentos indenizatórios não são tópicos deste trabalho. Os alimentos decorrentes da lei são chamados de alimentos legítimos e são devidos em virtude do vínculo de parentesco consanguíneo, por decorrência do casamento ou constituição de união estável, ou seja, todos derivados do Direito das Famílias⁶⁷.

Entende-se como alimentos necessários aqueles destinados à sobrevivência da pessoa. Assim, “o crédito alimentar é o meio adequado para alcançar os recursos necessários à subsistência de quem não consegue prover a sua manutenção pessoal, em razão da idade, doença, incapacidade, impossibilidade ou ausência de trabalho” (MADALENO, 2017, p. 403).

De acordo com Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior (2010):

os alimentos, em sentido amplo, correspondem a tudo aquilo que é necessário para que uma pessoa tenha uma existência digna. Não se limitam à alimentação, pois vida digna requer mais do que isso. Os alimentos devem proporcionar a satisfação das necessidades física, psíquica e intelectual do ser humano (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 415).

⁶⁵ Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações: I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família; II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima (BRASIL, 2002).

⁶⁶ Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu (BRASIL, 2002).

⁶⁷ Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação (BRASIL, 2002).

Quanto ao seu fundamento, discorre Luciana Fáisca Nahas (2015) que

a obrigação alimentar tem como fundamento dois princípios: o princípio da dignidade da pessoa humana, pois tem como objetivo garantir a subsistência digna de alguém incapaz de se prover sozinho (alimentado) e o princípio da solidariedade familiar, pois a responsabilidade é imposta a um dos familiares (alimentante) (NAHAS, 2015, p. 255).

Sabe-se que “os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada” (§1º do art. 1.694 do CC/2002), critérios que devem ser auferidos no momento da estipulação da obrigação alimentar. O binômio possibilidade/necessidade é confirmado pelo art. 1.694, §1º do CC/2002⁶⁸.

Ainda, doutrinariamente, é possível identificar o critério da proporcionalidade ou razoabilidade, na medida em que a “quantificação não pode gerar enriquecimento sem causa. Por outro lado, os alimentos devem servir para a manutenção do estado anterior, visando ao patrimônio mínimo da pessoa humana” (TARTUCE, 2016, p. 524).

No que concerne à necessidade dos filhos menores, essa é presumida, portanto independe de prova⁶⁹. Já em relação à necessidade dos demais parentes, cônjuges e companheiros, não há presunção, necessitando-se de comprovação.

É importante destacar, ainda, que a necessidade pode ser temporária ou transitória, situação em que o cônjuge dependente financeiramente do outro, por exemplo, terá direito aos alimentos apenas pelo tempo necessário para restabelecer a sua capacidade econômica.

Os alimentos legítimos têm como características: direito personalíssimo; transmissibilidade; divisibilidade; condicionabilidade; reciprocidade; alternatividade; imprescritibilidade; irrepitibilidade; incompensabilidade; irrenunciabilidade; impenhorabilidade (MADALENO, 2017).

Os alimentos entre cônjuges e companheiros são alimentos legítimos, por estarem dispostos no citado art. 1.694 do CC/2002. Por isso, carregam todas as características acima citadas, pelo menos a princípio.

⁶⁸ Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

§1º. Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada. (BRASIL, 2002).

⁶⁹ A obrigação alimentar em relação ao descendente perdura até a existência do poder familiar, ou seja, até que o filho complete 18 anos ou seja emancipado. Contudo, ainda que não haja o poder familiar, os filhos podem necessitar de ajuda, como no caso de filhos maiores de 18 anos que estão frequentando curso superior. Nesse caso, a presunção de necessidade dura até os 24 anos.

Quanto à possibilidade de os cônjuges estipularem antecipadamente no pacto antenupcial o valor dos alimentos, “a princípio [...] não seria possível por serem desconhecidas aos futuros cônjuges suas necessidades e possibilidades, fatores indispensáveis à quantificação dos alimentos” (CARDOSO, 2009, p. 167).

Se o casal optar por estipular previamente o valor e, quando da separação ainda estiver compatível a possibilidade e necessidade das partes e, se assim concordarem, não haverá problemas. Contudo, se um dos cônjuges questionar o valor fixado, este poderá ser revisto, situação na qual não prevalecerá a cláusula estipulada.

Assim, para prevalecer o pactuado entre os cônjuges, recomenda-se que sejam incluídas cláusulas apenas fixando parâmetros a serem seguidos ou valores mínimos, como explica Fabiana Domingues Cardoso (2009):

Porém, acreditando os nubentes ser indispensável a estipulação prévia de alimentos em caso de rompimento ou dissolução da sociedade, poderão ajustar os parâmetros básicos à futura pensão, como, por exemplo, a quantia mínima até que se obtenha uma fixação judicial [...] O ideal nesses casos é o que o pacto possua parâmetros atemporais, ou sejam, que permitam, mesmo com o passar dos anos, a aferição da quantia ou ao menos das regras mínimas para o pensionamento, sob pena de conturbar ainda mais a situação litigiosa das partes e criar tumultos processuais em eventual ação famélica, ou simplesmente com a consideração da convecção como não escrita (CARDOSO, 2009, p. 168).

O problema maior seria em relação à cláusula que conste renúncia aos alimentos, porque, conforme as características citadas, os alimentos legítimos são irrenunciáveis. No art. 1.707, o legislador é claro ao prever que “pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora” (BRASIL, 2002).

Tendo em vista essa característica, Paulo Lôbo entende que “qualquer cláusula de renúncia, apesar da autonomia dos que a celebram, considera-se nula, podendo o juiz declará-la de ofício” (LÔBO, 2008, p. 348). No mesmo sentido, Francisco Cahali salienta que

tratando-se de norma de ordem pública, impondo determinada obrigação em razão do rompimento do vínculo, sem ressalva na lei permitindo fosse afastada a sua incidência pela vontade das partes, a cláusula afastando a responsabilidade alimentar caracteriza-se como ilícita, deixando assim de produzir efeitos (CAHALI, 2002, p. 259).

Contudo, tanto a doutrina quanto a jurisprudência vêm entendendo pela possibilidade de renúncia aos alimentos quando do divórcio ou da dissolução da união estável, pois, se não existe mais casamento, não mais existe o efeito da solidariedade familiar. “Defender a ideia

da possibilidade de ulterior exigência do dever alimentar representa, na verdade, retrocesso, na medida em que se retorna ao princípio da indissolubilidade do casamento e ao paternalismo havido outrora” (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 440).

Para corroborar o entendimento majoritário da doutrina, foi aprovado o Enunciado n.º 263 na III Jornada de Direito Civil com o seguinte teor: “O art. 1.707 do Código Civil não impede seja reconhecida válida e eficaz a renúncia manifestada por ocasião do divórcio (direto ou indireto) ou da dissolução da "união estável". A irrenunciabilidade do direito a alimentos somente é admitida enquanto subsistir vínculo de Direito de Família” (Enunciado n.º 263 do CJF/STJ).

Defende-se, portanto, que é plenamente possível estabelecer cláusula no pacto antenupcial renunciando aos alimentos entre cônjuges. Os cônjuges podem, ainda, acordar apenas em relação à mera dispensa dos alimentos, o que não implica renúncia, podendo esses valores ser pleiteados posteriormente.

Além disso, os alimentos voluntários decorrem da manifestação de vontade das partes, que poderá ser contratual, dos direitos das obrigações ou testamentário, se derivar de legado. Assim, é plenamente possível a fixação de alimentos de uma pessoa em favor da outra, em sede contratual, por se tratar de mera liberalidade de uma das partes, sendo parentes ou não.

Sendo assim, as características dos alimentos legítimos não se aplicam à modalidade de alimentos voluntários, motivo pelo qual não há divergência doutrinária quanto à possibilidade de inclusão ou renúncia dessa espécie de alimentos conforme se vê:

O parentesco, que é a causa jurídica alimentar naquele caso, traz implícito o dever de solidariedade familiar. Dever do qual não se pode furtar o alimentante. Ao revés, note-se que, no caso dos alimentos derivados do contrato ou do legado, não preexiste esse dever de solidariedade familiar. Os envolvidos podem nem sequer parentes serem (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 468).

Portanto, é plenamente possível que os cônjuges estabelecem no pacto antenupcial cláusula fixando alimentos voluntários, caso em que podem fixar valores exatos, não necessitando seguir parâmetros, como ocorre nos alimentos legais.

Yussef Cahali (2007) assim leciona:

Quanto aos alimentos, conquanto dispensável cláusula de renúncia ou dispensa recíproca, uma vez que, com o divórcio, como foi visto, já não mais existe a condição de marido e mulher, nada obsta a que, na ocasião, seja convencionada pensão em favor de um a ser paga pelo outro, caso em que a obrigação alimentar assume a natureza contratual (CAHALI, 2007, p. 20).

Luciana Fáisca Nahas (2015), ao discutir esse tipo de cláusula no pacto antenupcial, conclui que “não se verifica óbice na fixação prévia de alimentos, que podem ser feitos na forma de alimentos voluntários contratuais ou alimentos compensatórios, que tratam eminentemente de questões patrimoniais” (NAHAS, 2015, p. 262). Em relação aos alimentos compensatórios, a autora discorda dessa perspectiva.

Os alimentos compensatórios são frutos da legislação francesa, que defende sua aplicação para compensar, na medida do possível, a disparidade econômica surgida entre os cônjuges quando do divórcio.

Entretanto, considerando que no Brasil não há lei específica regulamentando a prestação compensatória e, principalmente, considerando a natureza jurídica dos alimentos no ordenamento jurídico brasileiro, tem-se temerário defender a aplicação do instituto nos moldes franceses. Como solução intermediária e compatível com o ordenamento jurídico brasileiro em vigor, é possível trabalhar com os alimentos transitórios (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 447).

Defende-se, portanto, a inclusão de alimentos transitórios, pois são devidos durante dado tempo específico e suficiente à conquista da própria subsistência pelo alimentado, momento em que a pensão se extingue automaticamente, sem a necessidade de ajuizar ação exoneratória. Cumpre, assim, o caráter assistencial dos alimentos.

Em relação à renúncia prévia dos alimentos, essa pode até ser feita, no entanto a eficácia dela seria em relação apenas à classe de alimentos voluntários, civis ou transitórios, não se admitindo renúncia prévia de alimentos legais, até porque não há como prever a situação fática do momento da ruptura.

6.3 Cláusulas relativas aos filhos

6.3.1 Cláusula de planejamento familiar: geração e adoção de filhos

Antes da Constituição Federal e na vigência do Código Civil de 1916, a procriação, do qual se deriva o dever de manter relações sexuais, era uma das obrigações impostas aos cônjuges. Contudo, diante das várias mudanças ocorridas ao longo do tempo, a procriação deixou de ser um dever e passou a ser um direito, motivo pelo qual a família não é mais formada com o objetivo único de gerar filhos e sim por laços de afetividade.

Diante de toda a evolução experimentada ao longo do tempo, a família também evoluiu, mudou e encontra hoje novas formas de convivência, novas configurações e novas

formas de vivenciar a experiência da paternidade e da maternidade. “Assim, não há como limitar a formação da família somente pelo casamento como outrora. Por isso, a Constituição Federal traz, no *caput* e incisos do art. 226, o princípio da pluralidade de entidades familiares” (SÁ; NAVES; MOUREIRA; SOUZA, 2018, p. 609).

O planejamento familiar é um direito assegurado pela Constituição Federal a todos os cidadãos, regulamentado pela Lei n.º 9.263 de 12 de janeiro de 1996, que o define como “o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal” (art. 2.º). Ainda, o art. 9.º dessa Lei prevê que o Estado deverá oferecer “todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção” (BRASIL, 1996).

Repita-se, cabe ao Estado apenas garantir que o casal exerça livremente o seu direito de planejamento. Assim, cabe aos cônjuges estabelecer qual tipo de família pretendem formar e, por conseguinte, incluir como cláusula no pacto antenupcial, por exemplos: sem filhos, com filhos biológicos (quantidade), com filhos adotivos (quantidade); concordância com as formas de reprodução humana assistida (inseminação artificial e fertilização *in vitro*), uso de métodos contraceptivos, etc.

Outras cláusulas que podem ser inseridas no pacto antenupcial nesse quesito dizem respeito à possibilidade de doação de embriões e doação de gametas ou, ainda, como a forma será empregada caso optem pelas técnicas de reprodução humana assistida, como a gestação por substituição, por exemplo. Ainda, indaga-se sobre a inseminação artificial *post mortem*.

Cumprir registrar que não há legislação a respeito do tema e se deve recorrer à Resolução n.º 1.358/1992 do Conselho Regional de Medicina, que, apesar de não ter força vinculativa, prevê parâmetros e normas éticas sobre as técnicas de reprodução humana artificiais. Nesse contexto, essa Resolução dispõe que,

no momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los (BRASIL, 1992).

Essa disposição foi inserida de forma acertada pelo Órgão, tendo em vista que não se pode presumir que alguém queira ser pai depois de morto. Considerando que o pacto antenupcial é um instrumento por excelência de manifestação de vontade dos cônjuges, nada mais viável e recomendável que seja também espaço para que, em caso de falecimento do

marido, este conceda expressamente autorização para que a esposa faça o procedimento, cumprindo com o determinado pelo Conselho.

São diversas as possibilidades de manifestação de vontade do casal relacionadas à Bioética e ao Biodireito. Portanto, a inclusão de cláusulas no pacto antenupcial em relação ao planejamento familiar é extremamente relevante, pois a falta de entendimento entre os cônjuges quanto à constituição, limitação ou aumento da prole pode originar verdadeira crise familiar e, inclusive, culminar no término do casamento.

O planejamento familiar constrói-se a partir de um projeto compartilhado de vida, de dois ou mais indivíduos que se reúnem com o escopo de estruturarem, conjuntamente, escolhas que orientarão o exercício de uma série de direitos, cujos efeitos serão suportados pelo núcleo familiar, como é o caso da filiação (SÁ; NAVES; MOUREIRA; SOUZA, 2018, p. 611).

Por esse motivo, o direito ao planejamento familiar inserido na autonomia do casal não é absoluto e sofre limitações as quais, de acordo com o §7º do art. 226 da Constituição Federal, devem ser fundadas nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, como forma de proteção da família e da sociedade.

O direito ao livre exercício do planejamento familiar deve necessariamente estar associado à dignidade da pessoa humana e à parentalidade responsável, pois a decisão de ter filhos importa em uma série de responsabilidades para com esta criança, que, por ser pessoa em desenvolvimento e em razão de sua fragilidade e dependência, possui uma condição especial de vulnerabilidade (SIERRA; MESQUITA, 2006, p. 148-155).

Assim, a inserção de cláusula a esse respeito é importante diretriz de solução dos problemas, tendo por base a manifestação da vontade dos interessados.

6.3.2 *Cláusula de guarda, direito de visitas e educação dos filhos menores*

Outra questão que se discute é a possibilidade de inclusão de cláusula a respeito da guarda dos filhos, tendo em vista ser atribuição do poder familiar⁷⁰ exercido pelos pais.

A guarda é “um complexo de direitos e deveres a serem exercidos com o objetivo de proteger e prover as necessidades de desenvolvimento de outra que dele necessite, colocada sua responsabilidade em virtude de lei ou decisão judicial” (CARBONERA, 2000, p. 47-48).

⁷⁰ O poder familiar subsiste enquanto os filhos forem menores, pelo simples fato de serem filhos, ou seja, em decorrência da parentalidade, seja ela estabelecida de que forma for (TEIXEIRA, 2009, p. 105).

Sabe-se que a discussão sobre guarda e direito de visitas, principalmente, é um dos efeitos do divórcio. Em muitos casos, a ruptura conjugal representa um momento conturbado para o ex-casal e, por conseguinte, as decisões tomadas nesse momento podem ser instrumentos de vingança em detrimento do outro, por exemplo.

Dessa forma, a estipulação prévia no pacto antenupcial de cláusulas sobre a guarda, direito de visitas, educação e qualquer outro assunto que envolva os filhos menores é extremamente importante na medida em que serão discutidas pelo casal em um momento de harmonia familiar. Logo, provavelmente as decisões poderão ser tomadas em prol do seu devido fim, que é o melhor interesse da criança.

Mas a estipulação de guarda previamente à ruptura do casamento sofre as mesmas limitações da estipulação quando de acordo judicial: o respeito do melhor interesse da criança.

Entre as situações jurídicas subjetivas, o poder familiar melhor se enquadraria como poder jurídico, que se consubstancia na atribuição de competências pelo Estado, para o exercício de um poder em benefício do outro sujeito da relação jurídica. Assim, ainda subsiste a noção de poder-dever, mas não no sentido contraposto, de crédito e débito. A perspectiva, neste caso, é invertida. Na autoridade parental, tanto o poder quanto o dever são dirigidos às mesmas pessoas: os pais, que devem usá-los para a concreção do Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente (TEIXEIRA, 2009, p. 97).

Sobre a criação e educação da prole, ainda que possa haver certa negociação entre os cônjuges, não se pode perder de vista que há limitação justamente na proteção integral dos direitos da criança e indisponibilidade desses. Cabe a ressalva de que, se no momento da dissolução conjugal houver divergência em relação àquilo que ficou estipulado previamente, será necessário discutir a questão em ação própria, justamente por envolver interesse de menor.

A determinação de critérios para a educação da prole, bem como a observância de orientação religiosa a seguir por força da disposição em convenção matrimonial tem sido criticada. Sem embargo de não guardar natural pertinência com o objetivo do pacto antenupcial, a prévia fixação de tais regras ou critérios é desprovida de caráter impositivo, pois atentaria contra a dignidade da pessoa, a qual é assegurada a liberdade de escolha do credo, bem como legítimo interesse de participar do processo de sua formação (MAIA JÚNIOR, 2010, p. 157).

Nesse sentido, todas as cláusulas envolvendo a guarda, direito de visitas e educação dos filhos menores, sob a perspectiva constitucional, são de se restringir o alcance dessas estipulações, a fim de que não atinjam a liberdade e a dignidade da criança e do cônjuge. Em outras palavras, são normas que não terão caráter impositivo.

6.4 Cláusula de arbitragem

Questiona-se, por fim, a possibilidade de utilização da arbitragem nas questões de família. É importante ressaltar que não há previsão na Lei de Arbitragem (Lei n.º 9.307/96) sobre essa possibilidade, por isso o questionamento⁷¹.

A Lei n.º 9.307/96⁷², que dispõe sobre a arbitragem, é clara ao dispor que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis” (art. 1º). Assim, seria possível a utilização da arbitragem apenas em relação às questões patrimoniais.

Por sua vez, restrito o litígio a efeitos meramente patrimoniais, ainda que decorrente de relações familiares, inexistente óbice legal tanto no Direito de Família como na legislação sobre arbitragem para a utilização deste expediente na solução dos conflitos (arbitrabilidade objetiva), sempre no pressuposto de se verificar a capacidade das partes (arbitrabilidade subjetiva) (CAHALI, 2013, p. 371).

Nesse sentido, não há dúvidas quanto à sua aplicação na partilha de bens⁷³. Resta discutir a sua aplicabilidade em relação aos alimentos, mas apenas entre os cônjuges e companheiros, devido à sua disponibilidade, como já discutido anteriormente.

Adverta-se que, mesmo reconhecido o direito a alimentos como sendo indisponível, seu valor tem nítido caráter patrimonial. E, assim, tem-se que os efeitos patrimoniais derivados da obrigação alimentar, ou seja, o valor da pensão propriamente dito, e não o reconhecimento do direito de percebê-la ou a obrigação de honrá-la é matéria que pode ser objeto de arbitragem (CAHALI, 2013, p. 374).

Portanto, não há óbice quanto à inclusão de cláusula arbitral no pacto antenupcial para as questões de caráter patrimonial, mesmo para os que defendem a indisponibilidade dos alimentos entre cônjuges e companheiros, pois a discussão vai versar apenas sobre o *quantum* da pensão alimentícia.

⁷¹ Verifica-se mais comumente a aplicabilidade do Instituto da Arbitragem nas relações empresariais e comerciais, bem como naquelas que envolvem o Direito do Trabalho, todavia nada impede que seja convenionada entre os nubentes, no pacto antenupcial, a arbitragem por meio de cláusula compromissória, 448 para solução de conflitos de cunho exclusivamente patrimonial (CARDOSO, 2009, p. 172).

⁷² O texto integral pode ser acessado no site: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm.

⁷³ Por diversos motivos, acredita-se na eficácia da arbitragem para solucionar os conflitos patrimoniais do casamento, entre eles a agilidade na condução do litígio, porque em tese a arbitragem deve se findar em seis meses, o que comparado com as ações judiciais hodiernas equivale a exíguo tempo, pois raramente um processo de separação no qual a questão principal da discórdia é o patrimônio, leva menos de um ano, a depender da comarca, podendo se arrastar por longo lapso temporal (CARDOSO, 2009, p. 173).

Por fim, ressalta-se que o Projeto de Lei n.º 4.019/2008⁷⁴, que tramita no Congresso, visa a ampliar a aplicação da arbitragem também às questões existenciais envolvendo o Direito das Famílias.

A seguir, tece-se a conclusão.

⁷⁴ O texto integral pode ser acessado no site: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm.

7 CONCLUSÃO

A essência do Estado Democrático de Direito é promover e articular a dignidade da pessoa humana a despeito da pluralidade e diversidade existentes na sociedade atual, principalmente no que concerne aos múltiplos projetos familiares. Nesse contexto, tendo em vista a centralidade da pessoa humana no ordenamento jurídico brasileiro, após a Constituição de 1988, verificou-se a mudança de concepção da família.

Assim, mediante uma leitura conforme os princípios constitucionais, verificou-se que as funções pelas quais a família era protegida (função patrimonial, por exemplo) se modificaram e, atualmente, a família é protegida por ser um espaço propício de realização pessoal dos indivíduos. É a era da família eudemonista, a qual se caracteriza pela busca da felicidade dos seus membros.

É claro que é inviável e arbitrário o Estado determinar o que seria “felicidade” ou o que seria “um espaço propício para a realização dos membros familiares”. Portanto, cada indivíduo terá a sua própria concepção de felicidade e, por conseguinte, sua própria concepção de família.

Ademais, no âmbito do Direito das Famílias, a dignidade deve ser entendida como a realização existencial dos indivíduos que compõem aquele grupo familiar. Assim, da mesma forma, é o próprio indivíduo que definirá a sua concepção de dignidade, exteriorizada pelas suas escolhas e decisões exclusivas de coordenar a sua própria existência.

Por esse motivo, o princípio da dignidade da pessoa humana só pode estar inserido na ideia de liberdade e autonomia, motivo pelo qual se ampliaram os espaços de atuação dos membros familiares.

Ainda sob o fenômeno da Contratualização do Direito das Famílias, no art. 1.513 do CC, o legislador prevê que nenhuma pessoa poderá intervir no seio familiar, limitando a intervenção do Estado na seara familiar, a qual deverá ser apenas nas hipóteses de vulnerabilidade. Em regra, entre os cônjuges não há vulnerabilidade, devendo esta ser devidamente comprovada para justificar a intervenção do Estado ou de terceiros.

Em contrapartida, a ampliação das liberdades dos indivíduos deve ser acompanhada das correspectivas responsabilidades, considerando que se vive num ambiente de iguais liberdades entre as pessoas, principalmente entre aqueles que são maiores e têm condições de se autodeterminar, pelo menos no plano formal.

O casamento inaugura a comunhão plena de vida entre os cônjuges, conforme estabelece o legislador no art. 1.511 do Código Civil e é um ato existencial por excelência.

Sendo assim, o casamento não pode ser concebido como instituição, pois, se assim o fosse, o Estado poderia estabelecer de forma impositiva as regras conjugais do casal; tampouco como contrato, pois significaria que o casamento só geraria efeitos patrimoniais.

Sendo assim e de acordo com os ditames constitucionais, o casamento possui natureza jurídica de negócio jurídico de Direito das Famílias, para que os efeitos dele possam ser determinados pelas partes, não só em relação à escolha dos regimes de bens, mas também quanto à escolha de um estatuto pessoal.

Por meio do pacto antenupcial, o projeto de vida idealizado no casamento se materializa, pois é nesse instrumento que serão inseridas as cláusulas que regerão a vida do casal, sejam elas patrimoniais ou existenciais.

Por conseguinte, defende-se que o pacto antenupcial também tem natureza jurídica de negócio jurídico de Direito das Famílias, pois é um instrumento que assume relevante protagonismo no estatuto do casamento. Na contemporaneidade, sob o viés da ampliação da autonomia privada no Direito das Famílias e da mudança na sua função, o pacto deve assumir papel essencial no casamento, como instrumento ideal de autodeterminação dos nubentes.

Ademais, o mais importante em atribuir ao pacto antenupcial natureza de negócio jurídico de Direito das Famílias é destacar a finalidade do instrumento, qual seja, a finalidade familiar. Portanto, o pacto antenupcial assume estrutura e função contemporânea de instrumento realizador da livre personalidade dos nubentes no âmbito familiar, pois é por meio dele que os nubentes poderão construir um projeto que satisfaça seus anseios, tanto na órbita patrimonial quanto na existencial e, por conseguinte, concretiza a nova concepção de família, a eudemonista.

Ressalta-se que, em que pese o art. 1.639 fazer menção apenas aos bens dos nubentes, não há proibição expressa em relação às cláusulas extrapatrimoniais ou híbridas, motivo pelo qual não pode o intérprete fazê-lo. Dessa forma e de acordo com a hermenêutica jurídica, não pode o intérprete restringir onde a lei não excepciona, sob pena de violação do dogma da separação dos poderes e da segurança jurídica.

Conclui-se, portanto, pela possibilidade de inclusão de cláusulas não patrimoniais no pacto antenupcial, desde que essas cláusulas não contravenham disposição absoluta de lei, quais sejam, normas cogentes ou de ordem pública (art. 1.655 do CC); não viole os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre os cônjuges e da solidariedade familiar (Enunciado n.º 635 na VIII Jornada de Direito Civil); bem como não promova a desigualdade material entre os cônjuges.

No âmbito do art. 1.655 do Código Civil, entendem-se disponíveis os deveres de fidelidade e coabitação e indisponíveis os de mútua assistência, respeito e consideração mútuos, guarda, sustento e educação dos filhos, posto que fundados na solidariedade familiar. Respeitados esses limites, são inúmeros os assuntos possíveis de serem pactuados pelos nubentes no pacto antenupcial, sempre baseados sob o viés de que a autonomia privada é premissa de dignidade da pessoa humana.

Por fim, é importante destacar que, ao possibilitar aos nubentes que eles mesmos estabelecem as regras matrimoniais, sejam elas patrimoniais ou existenciais, o pacto se torna também um instrumento de prevenção de conflitos entre os cônjuges na constância do casamento ou até mesmo no momento de eventual rompimento do relacionamento. Nesse sentido, o estudo sobre o pacto antenupcial é de suma importância para a sociedade.

REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Poder familiar nas famílias recompostas e o art. 1.636 do CC/2002. In: **Congresso Brasileiro de Direito de Família**, 4, 2003, Belo Horizonte. Anais ... Belo Horizonte: IBDFAM, 2003.
- ALMEIDA, Gregório Assagra. **Direito material coletivo**: superação da *summa divisio* Direito Público e Direito Privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 105.
- ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de Família mínimo**: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no Direito de Família. 2009. 226f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009.
- AMARAL NETO, Francisco dos Santos. **A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional**. Revista de Direito Civil. São Paulo, ano 12, n. 46, p. 07-26, out-dez. 1988.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. 8. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BARROS, Ana Cristina Sousa Ramos. **Da possibilidade jurídica do reconhecimento de relacionamentos não monogâmicos enquanto entidades familiares**: famílias paralelas e uniões poliafetivas. 2019. 142f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019.
- BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de Família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.
- BIAZI, João Pedro de Oliveira de. Pacto antenupcial: uma leitura à luz da Teoria do Negócio Jurídico. In: **Revista Jurídica Luso Brasileira**, v. 1, a. 2, p. 229-264, 2016. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2016/1/2016_01_0229_0264.pdf. Acesso em: 02 set. 2020.
- BONAVIDES, P.; ANDRADE, P. **História Constitucional do Brasil**. 5 ed. Brasília: OAB, 2004.
- BORGES, Janice Silveira. Princípio da liberdade. In: FiuZA, César (Coord.). **Curso avançado de Direito Civil**. São Paulo: IOB, 2007, p. 81-107.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BRASIL. [**Constituição de 1988**]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 24 abr. 2020.

BRASIL. **Emenda Constitucional n.º 66, de 13 de julho de 2010.** Dá nova redação ao do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos. Brasília, DF: Sennando Federal [2010]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/EMC/emc66.htm. Acesso em: 02 jul. 2020.

BRASIL. **[Código Civil (2002)].** Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 15 mar. 2020.

BRASIL. **Lei n.º 12.004, de 29 de julho de 2009.** Altera a Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República [2009]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12004.htm. Acesso em: 15 set. 2020.

BRASIL. **Lei n.º 13.811, de 12 de março de 2019.** Confere nova redação ao art. 1.520 da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para suprimir as exceções legais permissivas do casamento infantil. Brasília, DF: Presidência da República [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13811.htm. Acesso em: 14 out. 2020.

BRASIL. **Lei n.º 4.121, de 27 de agosto de 1962.** Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Brasília, DF: Presidência da República [1962]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4121.htm. Acesso em: 15 maio 2020.

BRASIL. **Lei n.º 6.515, de 26 de dezembro de 1977.** Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República [1977]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm. Acesso em: 15 maio 2020.

BRASIL. **Lei n.º 883, de 21 de outubro de 1949.** Dispõe sobre o reconhecimento de filhos ilegítimos. Brasília, DF: Presidência da República [1949]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/l0883.htm. Acesso em: 15 maio 2020.

BRASIL. **Lei n.º 9.263, de 12 de janeiro de 1996.** Regula o §7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República [1996]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm. Acesso em: 15 maio 2020.

BRASIL. **Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996.** Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF: Presidência da República [1996]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. **[Código Civil (1916)]. Lei n.º 3.071, de 01 de janeiro de 1916.** Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República [1916]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L3071.htm>. Acesso em: 25 abr. 2020.

CAHALI, Francisco José. **Contrato de convivência e união estável**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CAHALI, Yussef Said. Separação e divórcio consensual mediante escritura pública. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 96, n. 858, abr. 2007.

CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda de filhos na família constitucionalizada**. Porto Alegre: Fabris, 2000.

CARDOSO, Fabiana Domingues. **Pacto antenupcial no Brasil: formalidades e conteúdo**. 2009. 305f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das Famílias**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM n. 1.358, de 1992. O CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, no uso das atribuições que lhe confere a Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto 44.045, de 19 de julho de 1958, e [...]. **Diário Oficial da União**, Brasília, 19 nov. 1992, Seção I, p. 1053. Disponível em: http://www.ghente.org/doc_juridicos/resol1358.htm. Acesso em: 18 nov. 2020.

COULANGES, Fustel de. **A cidade Antiga**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1998.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodvim, 2008.

DIAS, Maria Berenice. A estatização das relações afetivas e a imposição de direitos e deveres no casamento e na união estável. In: Congresso Brasileiro de Direito De Família, 3. 2001, Ouro Preto, MG; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Família e cidadania: o novo CCB e a vacatio legis: anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: IBDFAM, Ordem dos Advogados do Brasil, 2002

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 12. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. São Paulo: RT, 2007.

DINIZ, M. H. **Curso de Direito Civil brasileiro**. 20. ed. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro, volume 3: Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais**. 35. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 6. ed. rev. atual e ampl. Salvador: Juspodvim, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 7. ed. v. 6. rev. atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB**, volume 1. 13. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

FIUZA, César de Castro. **Contratos**. Coleção Direito Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

FIUZA, César de Castro. **Direito Civil: Curso Completo**. 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito Civil: atualidades III: princípios jurídicos no Direito Privado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

FRANK, Felipe. **Autonomia sucessória e pacto antenupcial: problematização sobre o conceito de sucessão legítima e sobre o conteúdo e os efeitos sucessórios das disposições pré-nupciais**. 2017. 208f. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil: Direito de Família – as famílias em perspectiva constitucional**. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2011.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato: os novos princípios contratuais**. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOZZO, Débora. **Pacto Antenupcial**. São Paulo. Saraiva, 1992.

HATEM, Daniela Soares. Os regimes de bens e o Código Civil de 2002: apontamentos gerais e breve análise sobre as consequências patrimoniais em face da ordem civil atual. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, abr. 2007.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; OLIVEIRA, Euclides Benedito de. Do Casamento. In: DIAS, Maria Berenice; CUNHA, Rodrigo Pereira da. **Direito de Família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

IANNOTTI, Carolina de Castro. Natureza jurídica do pacto antenupcial e do casamento no Direito brasileiro. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima (Org.). **Contratos, Família e Sucessões - Diálogos Interdisciplinares**. Indaiatuba: Editora Foco, 2019.

LAGE, Juliana de Sousa Gomes. Responsabilidade civil nas relações conjugais. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). **Manual de Direito das Famílias e das Sucessões**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 449-470.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de Direito de Família: origem e evolução do casamento**. v. 1. Curitiba: Juruá Editora, 1991.

LEITE, Gisele. A importância do pacto antenupcial. In: **Revista IOB de Direito de Família**, ano 09, n. 45, dez./jan., 2008.

LIMA, Taísa Maria Macena de. O estatuto da pessoa com deficiência e suas repercussões na capacidade civil. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3. Região**, Belo Horizonte, v. 60, n. 91, p. 223-234, jan./jun. 2015. Disponível em: <http://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/handle/11103/27281>. Acesso em: 03 nov. 2020.

LIMA, Taisa Maria Macena de. Princípios Fundamentais do Direito Civil Atual. In: FIUZA, César (Coord.) et al. **Direito Civil: Atualidades**. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. Cap.13, p. 241-258.

LIMA, Taisa Maria Macena de; VIEIRA, Marcelo de Mello; SILVA, Beatriz de Almeida Borges. Reflexões sobre as pessoas com deficiência e sobre os impactos da Lei n.º 13.146/2015 no estudo dos planos do negócio jurídico. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 14, p. 17-39, out./dez. 2017.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, a. 4, n. 24, p. 136-156, jun./jul. 2004.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. As vicissitudes da igualdade e dos deveres conjugais no Direito brasileiro. **Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre**, v. 6, n. 26, p. 5-17, out./nov. 2004.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil Comentado**. São Paulo: Atlas, 2003, vol. XVI.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Famílias contemporâneas e as dimensões da responsabilidade. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre: Magister; IBDFAM, a. 10, n. 12, p. 6, out./nov. 2009.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, Rolf. Alimentos e sua configuração atual. 2010, p. 393-420. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). **Manual de Direito das Famílias e das Sucessões**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MAFRA, Tereza Cristina Monteiro. Contratualização do casamento e simplificação das formas: questões relativas a estado civil e reconciliação. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, n. 41, abr./maio, p. 76, 2007.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

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 (Coord.). **Direito Civil**,

Constituição e Unidade do Sistema: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – V Congresso do IBDCivil. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico.** Plano da Existência. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MILAGRES, M. D. O. Normas cogentes e dispositivas no Direito de Família. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 35, jul. 2008.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil – Direito de Família. 15. ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1976.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de Direito Civil:** Direito de Família. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana:** uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (Coord.). **Os princípios da Constituição de 1988.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MORAIS, Clarice Paiva. **Horizontalização dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito:** uma abordagem analítica do tema no ordenamento jurídico brasileiro. 2010. 146f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2010.

NAHAS, Luciana Faísca. **A possibilidade de inclusão de cláusulas pessoais e patrimoniais na elaboração de pacto antenupcial e contrato de convivência.** 2015, 298f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **O Direito Civil pela perspectiva da autonomia privada:** relação jurídica, situações jurídicas e Teoria do Fato Jurídico na Pós-Modernidade. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2010.

NERY, Rosa Maria de Andrade. **Manual de Direito Civil:** Família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos Constitucionais de Direito de Família.** São Paulo: RT, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil:** introdução ao Direito Civil Constitucional. Trad. de Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

POLI, Luciana Costa. **Uniões homoafetivas:** possibilidade do casamento à luz do princípio da dinamicidade da família. 2012. 146f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado: parte geral. Negócios jurídicos**. Representação. Conteúdo. Forma. Prova, t. 3, Rio de Janeiro, Borsoi, 1954, p. 7-8.

RAMOS, Carmen Lúcia Silveira. A constitucionalização do Direito Privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 03-29.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ROCHA, Marco Túlio de Carvalho. **A igualdade dos cônjuges no Direito brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: direito de família**. 27. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUES, Sílvio. **Curso de Direito Civil**. 13. ed. v.6. São Paulo: Saraiva, 1987.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

RUGER, André; RODRIGUES, Renata de Lima. Autonomia como princípio jurídico estrutural. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito Civil: atualidades II: da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 03-24.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. Autonomia privada e vulnerabilidade: o Direito Civil e a diversidade democrática. In: LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna (Org.). **Autonomia e vulnerabilidades**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 01-09.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; MOUREIRA, Diogo Luna; SOUZA, Iara Antunes de. Novas famílias e reprodução humana assistida. In: CAETANO, João Pedro Junqueira; MARINHO, Ricardo Mello; PETRACCO, Álvaro; LOPES, Joaquim Roberto Costa; FERRIANI, Rui Alberto (Org.). **Medicina reprodutiva SBRH**. São Paulo: Segmento Farma: SBRH, 2018, cap. 85, p. 608-614.

SANDA, Samuel Magoji. **Ensaio sobre a família pós-moderna**. 2007. 114f. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. O pacto antenupcial e a autonomia privada. In: BASTOS, Eliene Ferreira; SOUSA, Asiel Henrique de (Coords.). **Família e jurisdição**. Belo Horizonte, Del Rey, 2006.

SANTOS, Marina Alice de Souza. **Famílias simultâneas no ordenamento jurídico brasileiro: a boa-fé no reconhecimento e na partilha de bens**. 2018. 176f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCOGNAMIGLIO, Renato. **Contribución a la Teoría del Negocio Jurídico**. Lima: Grijley, 2004.

SIERRA, V. M.; MESQUITA, W. A. **Vulnerabilidades e fatores de risco na vida de crianças e adolescentes**. *São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, v. 20, n. 1, p. 148-155, jan./mar. 2006.

SIMÃO, José Fernando. A PEC do divórcio: **A revolução do século em matéria de direito de família**. IBDFAM, artigos, 23 jul. 2010. Disponível em: www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=652. Acesso em: 10 out. 2020.

SOALHEIRO, Luiza Helena Messias. **Do reconhecimento jurídico das famílias simultâneas**: um estudo interdisciplinar. 2015. 172f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. 111. ed. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado Teixeira; RODRIGUES, Renata de Lima. O papel da autonomia privada na reconfiguração do pacto antenupcial e da natureza jurídica do casamento. In: Daniel Moreira do Patrocínio. (Org.). **Princípios Jurídicos**. 1 ed. v.1. Belo Horizonte: Lumen Iuris, 2015.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, Guarda e Autoridade Parental**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009. 239 p.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. RODRIGUES, Renata de Lima. **O Direito das Famílias entre a norma e a realidade**. São Paulo. Atlas, 2010.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Saúde, corpo e autonomia privada**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Situações jurídicas dúplices: continuando o debate controversias sobre a nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima (Org.). **Contratos, Família e Sucessões - Diálogos Interdisciplinares**. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019.

TEIXEIRA, Daniela Chaves. Autonomia privada e flexibilização dos pactos sucessórios no ordenamento jurídico brasileiro. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 463-479.

TEPEDINO, Gustavo. Controversias sobre o regime de bens no novo Código Civil. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte: Magister, a. 9, n. 2, p. 119, fev./mar. 2008.

TRIGINELLI, Wânia. Aspectos gerais dos regimes de bens. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). **Manual de Direito das Famílias e das Sucessões**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 347-370.

VELOSO, Zeno. Fato jurídico – Ato jurídico – Negócio jurídico. In: **Revista de informação legislativa**, v. 32, n. 125, p. 87-95, jan./mar. 1995. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176311>. Acesso em: 15 abr. 2020.

VELOSO, Zeno. **Invalidade do negócio jurídico**: nulidade e anulabilidade. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **Famílias poliafetivas**: uma análise sob a ótica da principiologia jurídica contemporânea. 2017. 232 f. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte, 2017.

VILLELA, João Baptista. **Liberdade versus autoridade no estatuto patrimonial do casamento**. Belo Horizonte, 1984.