



A IMPORTÂNCIA DA AUTONOMIA PRIVADA NA CONTRATUALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES FAMILIARES

Gisely Luize Ristow LUCINDA¹
Bianca da Rosa BITTENCOURT²

RESUMO: O presente trabalho aborda a importância da autonomia privada na contratualização das relações familiares, bem como, as responsabilidades das partes advindas dessa questão. Demonstra-se como a autonomia da vontade, a autonomia privada e o negócio jurídico estão intimamente ligados a contratualização das relações familiares. Expõe de maneira sucinta a extrema importância do viés contratual e obrigacional do direito das famílias, e não somente o viés afetivo, colocando o contrato de convivência numa esteira de expressão das vontades entre as partes pactuantes dessa relação, fazendo valer o princípio “pacta sunt servanda”, porém, caso o mesmo não seja cumprido, as consequências contratuais e obrigacionais sejam aplicadas, auxiliando assim o judiciário a dirimir as demandas familiares que poderiam ser resolvidas com a formalização do contrato de convivência.

Palavras-chave: Contratualização das Famílias; Pacta Sunt Servanda; Negócio Jurídico; Autonomia Privada.

1 INTRODUÇÃO

Os aspectos envolvendo as relações familiares da maneira como são, importa destacar dois vieses: aquele relacionado ao direito material, ora o afeto e o direito obrigacional que comportam os direitos, os deveres e a relação contratual,

¹ Especializanda do Curso Internacional sobre Compliance pelo Instituto de Ciências Criminais e a Universidade de Coimbra (IBCCRIM-COIMBRA); Membro do projeto de pesquisa “Contratualização das relações familiares e das relações sucessórias” pela Universidade Estadual de Londrina (UEL); Graduada em Direito pela Universidade Norte do Paraná (UNOPAR). E-mail: luizegisely@gmail.com.

² Advogada. Docente na Universidade do Norte do Paraná (UNOPAR) e Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR). Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL); Especialista em Direito Civil e Processual Civil pelo Instituto de Direito Constitucional e Cidadania – (IDCC-UNIBRASIL); Especialista em Direito Ambiental pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER); Graduada em Direito pelo Centro Universitário Filadélfia (UNIFIL). Membro da Comissão de Defesa dos Animais OAB-Londrina. E-mail: biancabittencourt4@hotmail.com. Orientadora do trabalho.

Artigo vinculado ao Projeto de Pesquisa nº 12475 “Contratualização das Relações Familiares e das Relações Sucessórias” da Universidade Estadual de Londrina, coordenado pela professora Doutora Daniela Braga Paiano.

tudo o que trata das questões patrimoniais, regime de bens e a responsabilidade civil como um todo dessas relações familiares.

Partindo desse sentido, o contrato de convivência é de suma importância, é nele que se estipula as regras de convivência, o que se deve ou não ser permitido naquela relação familiar, as peculiaridades dos contratantes, as questões patrimoniais, as especificidades da prole, cláusulas a respeito de traição, fidelidade, comunhão, divisão de tarefas, entre tantas outras. O contrato de convivência é um instrumento especial, que tem como núcleo a vontade das partes e como o efeito a relação familiar e o convívio efetivo equiparado a um casamento.

O presente trabalho tem como objetivo abordar a problemática do instituto da autonomia privada no cerne das relações familiares. E demonstrar a importância da contratualização do ramo especial do direito civil, ora o direito das famílias. Bem como, eixo obrigacional.

Após, se expos os significados da autonomia privada para uma reflexão do real sentido da mesma nessa questão da contratualização das relações familiares.

A problemática a ser examinada consiste em como as relações familiares precisam ser inseridas no contexto obrigacional bem como na contratualização efetiva da mesma.

O método utilizado será o dedutivo, o qual corresponde à extração discursiva do conhecimento a partir de premissas gerais aplicáveis a situações concretas. Será analisado o instituto da contratualização das relações familiares e da importância da autonomia da vontade para tanto. As técnicas utilizadas serão de levantamento de bibliografias, jurisprudências e legislações.

Ao final, procurou-se discutir como a efetiva pactuação entre as partes dessa contratualização das relações familiares podem auxiliar a dirimir problemas sem direcioná-los ao judiciário.

2 A IMPORTÂNCIA DA AUTONOMIA PRIVADA NA CONTRATUALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES FAMILIARES

A existência de vínculo afetivo é algo inerente aos seres humanos no geral, partindo dessa premissa, a família é, portanto, “o primeiro agente socializador do ser humano”. E, por isso, esse vínculo é fundado em afeto, essencialmente entre

seus membros, a doutrina majoritária vem posicionando-se pela menor intervenção possível do Estado nessas relações familiares, inclusive, Maria Berenice Dias, considera que a família “há muito tempo deixou de ser uma célula do Estado, e é hoje encarada como uma célula da sociedade”. (DIAS, 2016, página 127)

Dessa forma, é necessário definir a família com um perfil contemporâneo, o que é o mais correto, haja vista esse ramo do direito, se atualizou, por isso a abordagem como relações familiares. Sobretudo, esse relacionamento vai além, daquele entre homem e mulher, exemplo disso é a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340.06), a Lei que visa coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, a mesma identifica como família qualquer relação íntima de afeto, com o advento da referida Lei, estabeleceu-se um contorno significativo da definição de família para todos os outros ramos do direito, não somente para o direito penal.

É de suma importância que se tenha uma visão pluralista da família, os arranjos familiares são compostos por elos de afetividade, independentemente de sua formação, bem como são envolvidas obrigatoriamente e abarcadas com o núcleo da vontade, inserindo-se assim, ao direito das famílias. Essa é a linha tênue entre o direito obrigacional e o familiar: os negócios têm substrato exclusivamente à vontade, enquanto o direito da família é o afeto (LÔBO; PEREIRA, 2015), nascendo assim um tipo de obrigação que advém da autonomia da vontade podendo ser exercida por meio da autonomia privada.

A vontade aparece, assim, como um motor, impulsionando e dirigindo o movimento em todo o reino das faculdades, como asseverou Bernard Windscheid (WINDSCHEID, 1999). Essa faculdade chamada vontade, é uma possibilidade que o indivíduo tem de atuar de acordo com sua vontade, ou seja, de acordo com a chamada liberdade, e que no direito, tem grande importância, inclusive prevista como um princípio Infraconstitucional. Sendo assim, Francisco Amaral define precisamente a liberdade jurídica como:

A possibilidade de a pessoa atuar com a vontade de criar, modificar ou extinguir nas relações jurídicas; é o poder de regular juridicamente tais relações dando-lhes conteúdo e eficácia determinada, reconhecida e protegida pelo direito. Essa esfera de liberdade de que o agente dispõe no âmbito do direito privado, chama-se de autonomia, direito de reger-se por suas próprias leis. Autonomia da vontade é, portanto, o princípio de direito privado pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos. (NETO, 1989, página 207-230)

Dessa forma, a autonomia privada significa então, que o ordenamento estatal deixa esse espaço livre para que as partes tenham liberdade para contratar o que acham necessário dentro da esfera jurídica com as particularidades próprias, corroborando com a mesma e a relação de direito privado de ambas as partes, não infringindo as normas jurídicas pátrias, mas ajustando da melhor forma. Nessa acepção, vale destacar o que diz João Baptista Villela, “*o amor está para o direito de família assim como o acordo de vontade está para o direito dos contratos.*” (VILLELA; PEREIRA,1999)

Partindo da premissa que as relações familiares se tratam de um contrato especial, por ter como objeto o núcleo da vontade das partes bem como cláusulas peculiares, dentre elas regras de convivência, especificidades acerca de bens, patrimônios, divisões de tarefas, filhos e até mesmo a religião da prole. As partes acordando com a autonomia da vontade que lhes é conferida, podendo-se valer da autonomia privada também, compactuam e contratam o seu contrato de convivência da maneira que lhes for cabível, atentando-se somente à norma vigente.

A tudo o que foi dito, incorpora-se o entendimento do filósofo Hegel, que assevera que o indivíduo é por si mesmo em definição, deve sempre ter liberdade nas suas escolhas para que possa realizar-se plenamente como ser humano. Isso quer dizer que essas escolhas devem ser feitas do modo mais adequado possível, sempre preservando a personalidade individual e dando espaço para o seu desenvolvimento rumo a efetivação desse conceito. (HEGEL, 1991)

Ademais, o exercício da subjetividade atua em diferentes esferas e de diferentes modos, incluindo então, a escolha livre da parte da relação familiar. O contrato garante seu lugar, mesmo na Eticidade, porque ele vem a abrigar e preservar os direitos das pessoas, e agora membros da relação familiar, no que diz respeito ao seu patrimônio, regras de convivência, bem como, a contribuição para o ambiente de confiança e de acolhimento, todas as características de uma esfera familiar. (HEGEL, 1991)

Imperioso destacar, que o artigo nº 1.577 do Código Civil Português (Decreto-Lei nº 47344) define o casamento como “o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida”. A doutrina majoritária Portuguesa entende que o casamento é caracterizado pela contratualidade, ademais, os doutrinadores Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira afirmam que o consentimento da relação conjugal, são o núcleo

essencial do casamento - relação familiar - e essa noção de contrato serve para dar sentido a esta ideia de núcleo essencial da vontade das partes, razão pela qual o casamento/relação familiar é um contrato. (PEREIRA COELHO; OLIVEIRA, 2014)

O Direito de família positivado e modernizado durante o tempo apenas fotografa a realidade mutante (FACHIN,2003). Daí decorre a consideração das entidades familiares previstas na Constituição Federal como exemplificativas, admitindo-se a liberdade da pessoa adulta de constituir o tipo de família que melhor corresponda a seus anseios e projetos. Uma vez engajada por ato de autonomia da sua vontade com a finalidade de constituir família, cada pessoa se torna responsável pela manutenção do vínculo de solidariedade familiar com a outra: conviver e escolher permanecer juntos, em expressão da liberdade, origina a solidariedade familiar, pois faz do outro alguém especial a ser cuidado. (BROCHADO TEIXEIRA; LIMA RODRIGUES, 2010)

Por outro lado, ao congregar essa solidariedade que une os integrantes dessa relação familiar no propósito da vida em comum e o respeito à individualidade que permite o desenvolvimento pessoal de cada um como um ser singular, renova-se o conceito de ordem pública, no Estado Democrático de Direito atrelado à realização da Dignidade da Pessoa Humana, viabilizando assim, as partes da relação pactuarem e eventualmente recombina-ram durante a relação familiar a regras que regerão a sua relação conjugal, independentemente de essas disposições coincidirem com as disposições legais. (MULTEDO; BODIN DE MORAES,2016)

Partindo do mesmo entendimento aqui as questões de autonomia da vontade, autonomia privada, bem como, a importância do contrato de convivência entre as partes, a doutrina brasileira e jurisprudência divergem no sentido indenizável da questão contratual desse tipo de contrato, porém, o que merece atenção nesse ponto é a justamente a relação negocial entre as partes, além da questão familiar que envolve uma relação conjugal, é necessário se ater que ao longo do tempo essa relação se transforme em negócio jurídico também.

O problema das relações familiares é justamente o envolvimento afetivo que acabam conflitando com a relação obrigacional, que só é lembrada quando essa relação familiar se acaba, e aí que fica totalmente difícil em muitos casos em resolver, pois como a velha canção diz: *o anel que tu me deste, era vidro e se quebrou, o amor que tu me tinhas era pouco e se acabou (...)*. Infelizmente, a

responsabilidade que advém das relações afetivas não tem mais a base com a conhecida frase de Saint-Exupéry: *“Tu deviens responsable pour toujours de ce que tu as apprivoisé.”* Traduzindo: *“Tu te tornas eternamente responsável por aquilo que cativas.”* É só isso que o amor deveria gerar: o direito de ser feliz e o dever de fazer o outro feliz. Mas, não é bem assim que funciona na prática.

Dada essa relevância à autonomia da vontade e a autonomia privada, ressalta-se o que Emilio Betti diz acerca do negócio jurídico:

Não é possível existir negócio jurídico sem comunicação. Isso porque a própria realidade social depende de atos comunicativos para a criação de estruturas sociais de sentido. Sem comunicação, não se criam sistemas sociais nem estruturas aptas a enlaçar expectativas normativas. (BETTI, 1969, página 108)

Destarte, com as questões obrigacionais do contrato de convivência, mais conhecidos como direitos e deveres que são asseverados pela legislação vigente, surge como consequência destes a responsabilidade civil pelos atos de cada um. Oportuno colocar nesse contexto mais uma vez, as definições abarcadas por Emílio Betti acerca do negócio jurídico e suas consequências:

O negócio é um acto humano de importância social, e, portanto, fruto de liberdade, de iniciativa consciente. É um acto a cujas consequências, ainda que onerosas, o autor deve submeter-se no mundo social, e, por conseguinte, é fonte de auto-responsabilidade. Liberdade e auto-responsabilidade são termos correlativos, que no mundo social se pressupõem e se evocam alternadamente. Liberdade, ou seja, iniciativa consciente, antes do acto; auto-responsabilidade, ou seja, necessidade de suportar as consequências, depois de realizado o acto vinculativo, sem outro limite e correctivo além da boa-fé. (BETTI, 1969, página 316)

Observa-se que todos os temas citados acima estão estritamente ligados, sendo que ambos acabam no resultado parecido, se não o mesmo, o fim da relação familiar, ou seja, a busca pelo culpado dessa relação, bem como a extinção do contrato. Elementar se faz no atual direito das famílias, a elaboração do contrato de convívio com todas as diretrizes necessárias para uma boa resolução de conflitos e até mesmo um bom pacto entre as partes. Sempre observando a todos os princípios constitucionais, a boa-fé e acima de tudo as regras de convivência de cada uma das partes. O contrato de convivência não serve somente para as deliberações de natureza patrimonial e sim para deliberações da forma de condução de vida e as suas especificidades.

Como narrado anteriormente, a questão contratual de uma relação familiar é muito importante de ser tratada, e ainda é vista como um tabu, até mesmo por se tratar de muitas peculiaridades e de um ramo do direito tão especial. Entretanto, os princípios basilares valem para todos os ramos, principalmente o *pacta sunt servanda*, que é o princípio da força obrigatória, segundo o qual o contrato faz lei entre as partes, bem como o contrato obriga as partes nos limites da lei. Os contratos existem para serem cumpridos, embora exista esse princípio, muitas vezes, dependendo da cláusula constante no contrato a mesma não é considerada válida por vários motivos apontados pela jurisprudência.

Por fim, o Estado deve cumprir o seu papel e tutelar os direitos dos indivíduos, para que não implique necessariamente, em intervenção. Como dito anteriormente, a genialidade estaria em “diminuir o coeficiente de direito – leia-se: de autoridade, invasão e arbítrio – e elevar o de família – leia-se: de liberdade e de criação”. (VILLELA, 1985, página 12)

3 CONCLUSÃO

Devida a importância da autonomia da privada aplicando-se ao negócio jurídico, percebe-se que o contrato de convivência nas relações familiares, tem o viés obrigacional e contratual no direito das famílias, que com o passar dos anos, tem sido uma peculiaridade tão imprescindível a ser cuidada pelo ordenamento jurídico.

Vislumbra-se a magnitude do instituto da autonomia privada para celebrar o negócio jurídico haja vista, o direito das famílias, ao passar do tempo se modernizou e cada vez mais vem se contratualizando, a questão da afetividade é indiscutível, e sempre será abordada. Apesar disso, a importância da contratualização das relações familiares merece a devida atenção e pertinência, pois podem auxiliar a dirimir muitas questões pontuais que não precisam ser levados ao judiciário, bem como levando em consideração as teorias e entendimentos trazidos aqui relativos à autonomia privada, respeitando o contrato celebrado entre as partes, e entendendo que o mesmo precisa ser cumprido, e caso não seja, terá suas respectivas consequências contratuais estipuladas anteriormente pelas próprias partes.

A intenção dessa livre pactuação entre as partes, mesmo que seja no direito das famílias, não tem a finalidade indispor direitos ou deveres dos vulneráveis, pelo contrário, essa autonomia, tem um o propósito de dar voz as partes, para que estabeleçam as cláusulas de acordo com a efetiva realidade de cada um, e não somente que estipulem algo padronizado para eles.

Deve-se levar em consideração que a felicidade segue sendo uma hipótese. Mas uma hipótese real, de um mundo real. E num mundo com essas características, a norma emana da vida e não para a vida. O único sonho universalista num cenário como esse é o da constituição de um universo moral, de uma comunidade ética. Sendo assim, as partes de uma relação, principalmente onde há afeto, devem ter a sua vontade totalmente respeitada.

REFERÊNCIAS

ANTUNES VARELA, DF. **Direito da família, vol. I**, 5ª ed. Lisboa: Livraria Petrony, 1999.

BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 1969, páginas 108 e 316.

BROCHADO TEIXEIRA, Ana Carolina; LIMA RODRIGUES, Renata de Lima. **O Direito das Famílias entre a Norma e a Realidade**. São Paulo: Atlas, 2010.

CASTRO MENDES, João de. **Direito da Família**, edição revista por Miguel Teixeira de Sousa, Asfdl, 1990/1991.

Código Civil Português. **Decreto-Lei nº 47344**. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/106487514/201704010058/73408970/element/diploma#:~:text=Casamento%20%C3%A9%20o%20contrato%20celebrado%20entre%20duas%20pessoas%20de%20s exo,termos%20das%20disposi%C3%A7%C3%B5es%20deste%20C%C3%B3digo. Acesso em 27 julho.2020>

CUNHA, João Paulo. **A ética do afeto**. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord). **Direito de Família e Psicanálise: rumo a uma nova epistemologia**. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias (livro eletrônico)**. 4º ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, página 127.

DUARTE PINHEIRO, Jorge. **O direito da Família Contemporâneo**, 4ª Edição. Lisboa: Aafdl, 2013.

FACHIN, LUIZ EDSON. **Direito de Família: Elementos Críticos à luz do novo Código Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FALCÃO, Marta; PESTANA SERRA, Miguel Dinis; TENREIRO TOMÁS, Sérgio. **Direito da Família: da teoria à prática**. Coimbra: Almedina, 2016.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **O Sistema da Vida Ética**. Lisboa: Ed. 70, 1991

Lei Maria da Penha, Lei nº11.340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em 27 julho.2020.

LEITE DE CAMPOS, Diogo, MARTINEZ DE CAMPOS, Mónica. **Lições de Direito da Família**, 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2016.

LÔBO, Paulo. **Direito de família e os princípios constitucionais**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Tratado de Direito das Famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. Páginas 101-129.

MULTEDO, Renata Vilela; BODIN DE MORAES, Maria Celina. **A privatização do casamento**. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 5, n. 2, 2016. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-privatizacao-do-casamento/>>. Data de acesso: 17.ago.2020.

NETO, Francisco dos Santos Amaral. **A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional**. *Revista de Informação Legislativa*, v. 26, n. 102, p. 207-230, abr./jun. 1989. Acesso em 08.09.2020. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181930>

PEREIRA COELHO, Francisco. OLIVEIRA, Guilherme de. **Curso de Direito da Família**, Volume I, Introdução ao Direito Matrimonial. 4ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

SAINT-EXUPÉRY, Antoine de. **O Pequeno Príncipe: com aquarelas do autor;** tradução de Dom Marcos Barbosa. – 48 ed. – Rio de Janeiro: Agir, 2009.

VILLELA, João Baptista. **Repensando o direito de família.** Repensando o direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família. Repensando o direito de família.** Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

_____. **Liberdade e família. O direito de família no Senado: emendas ao projeto de Código Civil.** Belo Horizonte: UFMG, 1985, página 12.

WINDSCHEID, Bernard. **Diritto delle Pandette**, trad. Italiana de CARLO FADDA e PAOLO EMILIO BENZA, Torino UTST, 1902.

ZUNINO NETO, Nelson. **Pacta sunt servanda x rebus sic stantibus: uma breve abordagem.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/641/pacta-sunt-servanda-x-rebus-sic-stantibus>>. Acesso em: 23 julho. 2020.