XXX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI FORTALEZA - CE

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

JANAÍNA MACHADO STURZA

MARIA CREUSA DE ARAÚJO BORGES

FABRÍCIO VEIGA COSTA

Copyright © 2023 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU – São Paulo
Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Fernando Passos – UNIARA - São Paulo
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia
Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal
Comunicação:
Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão
Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM – São Paulo
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará
Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI – Santa Catarina
Eventos:
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo
Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina
Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP – Pernambuco

D597

Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] Organização CONPEDI

Coordenadores: Fabrício Veiga Costa; Janaína Machado Sturza; Maria Creusa De Araújo Borges. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-809-7
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Saúde: Acesso à justiça, Solução de litígios e Desenvolvimento

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos. 3. Garantias fundamentais. XXX Congresso Nacional do CONPEDI Fortaleza - Ceará (3; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI FORTALEZA - CE

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

Apresentação

No quadro do XXX Congresso Nacional do CONPEDI (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito), realizado entre os dias 15 e 17 de novembro de 2023 na cidade de Fortaleza/CE, teve lugar um profícuo debate no campo da pesquisa dos Direitos e Garantias Fundamentais com a apresentação de trabalhos de professores, doutorandos e mestrandos. Destaca-se o avanço da pesquisa nesse campo com a inserção de temas que resultam dos impactos das configurações da sociedade digital contemporânea, os quais demandam inovação e o exame crítico das consequências da utilização da inteligência artificial. Essas novas configurações impactam na seara dos direitos fundamentais, exigindo uma produção da pesquisa, de modo crítico, desenvolvida na pós-graduação e demandam o posicionamento na seara dos Direitos Fundamentais, como os temas das BIG TECHS, da proteção de dados, da defesa da democracia e da liberdade de expressão. Enfatiza-se, também, as articulações interdisciplinares entre campos do saber, como o Direito Constitucional, o Direito Internacional dos Direitos Humanos, que tiveram lugar nas abordagens utilizadas nos textos, destacando as articulações multiníveis nessa seara. Nessa perspectiva, se inserem os textos aqui apresentados, os quais expressam essa inovação e as articulações interdisciplinares. É indiscutível a qualidade dos artigos apresentados que resultam de pesquisas realizadas no campo da pós-graduação em Direito no Brasil. Os textos aqui apresentados expressam essas articulações e a significativa contribuição para a Ciência Jurídica.

CONTRATUALIZAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA: A MÍNIMA INTERVENÇÃO ESTATAL FRENTE AO PRINCÍPIO DA LIBERDADE

CONTRACTUALIZATION OF FAMILY LAW: THE MINIMUM STATE INTERVENTION IN FRONT OF THE PRINCIPLE OF FREEDOM

Mariana Galvan dos Santos [1]
Adriana Fasolo Pilati [2]

Resumo

O presente estudo tem como foco analisar a possibilidade de contratualizar o Direito de Família, sob a ótica da mínima intervenção estatal. De forma inicial, estuda-se o conceito de família, desde a família patriarcal romana, até a família contemporânea, com suas diversas concepções, e as inovações trazidas pela Constituição Federal de 1988. Seguindo, entende-se o conceito de mínima intervenção estatal no Direito de Família, levando em consideração os princípios constitucionais e familiares, tal como liberdade, igualdade e a autonomia privada. Logo, o objetivo da presente pesquisa é estudar a respeito da contratualização do direito de família diante da autonomia de vontade e da perspectiva da mínima intervenção estatal, partindo de uma investigação que envolve os diferentes conceitos, entendimentos doutrinários e previsão legal acerca do tema em foco. Serão utilizados argumentos dedutivos visando a obtenção do melhor juízo de valor possível no que tange a problemática, respeitando a visão de diversos autores e relacionando o que há de consenso na matéria com as ideias aqui formuladas. Assim, como forma de metodologia, foi utilizada neste trabalho a revisão bibliográfica, através de fontes primárias e secundárias. Por fim, através de uma abordagem dedutiva, verifica-se os requisitos necessários para a realização de contratos de forma geral e, especificamente, as possibilidades de pactuação dentro do Direito de Família.

Palavras-chave: Autonomia privada, Contratualização do direito de família, Direito de família mínimo, Princípio da liberdade, Princípio da igualdade

Abstract/Resumen/Résumé

The present study focuses on analyzing the possibility of contractualizing Family Law, from the perspective of minimal state intervention. Initially, the concept of family is studied, from the Roman patriarchal family, to the contemporary family, with its various conceptions, and the innovations brought by the Federal Constitution of 1988. Family Law, taking into account constitutional and family principles, such as freedom, equality and private autonomy. Therefore, the objective of this research is to study about the contractualization of family law

[1] Mestranda em Direito. Pós-graduanda em Direito de Família e Sucessões. Pós-graduanda em Direito Civil e Processo Civil. E-mail: marianagalvansantos@gmail.com.

[2] Docente Graduação em Direito/UPF. Docente Mestrado do PPGD/UPF. Doutora em Direito/UFSC. Mestre em Direito PUC/RS. Artigo realizado na linha de pesquisa Jurisdição Constitucional e Democracia. E-mail: apilati@upf.br.

in the face of autonomy of will and the perspective of minimal state intervention, starting from an investigation that involves the different concepts, doctrinal understandings and legal prediction about the theme in focus. . Deductive arguments will be used in order to obtain the best possible value judgment regarding the issue, respecting the views of different authors and relating what there is consensus on the matter with the ideas formulated here. Thus, as a form of methodology, a bibliographic review was used in this work, through primary and secondary sources. Finally, through a deductive approach, the necessary requirements for the execution of contracts in general and, specifically, the possibilities of agreement within Family Law are verified.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Private autonomy, Contractualization of family law, Minimum family law, Principle of liberty, Principle of equality

1 INTRODUÇÃO

Com as diversas mudanças da contemporaneidade, o conceito de família, anteriormente patriarcal e patrimonial, passa por inúmeras alterações, as quais trazem para a sociedade pós-moderna diversas definições para o vocábulo família. Há, desde a concepção de família eudemonista, até o sentido de família unipessoal, multiespécie, poliafetiva, ou outras que existem de faticamente. Também, existem as formas de família que ainda passarão a existir, tendo em vista a mutabilidade deste conceito.

Consequentemente, pela família atual pautar-se na afetividade e a felicidade de seus membros, cabe somente a ela estipular os preceitos pelos quais os membros do seio familiar vão seguir, de forma a minimizar a atuação do Estado, uma vez que este somente é necessário dentro da relação familiar quando esta violar princípios e direitos fundamentais de seus membros.

Nesse sentido, o objetivo da pesquisa é estudar a contratualização do Direito de Família frente ao Direito de Família Mínimo sob a perspectiva da mudança conceitual da família. E dessa forma, através do método dedutivo, pretende-se responder à problemática: de que forma a diminuição estatal pode auxiliar nas relações familiares contemporâneas? Com intuito de responder ao dilema, é necessário entender que contratualizar o direito de família é uma das formas de afastamento do Estado das relações familiares e, contratualizando o Direito de Família, é possível assegurar que a vontade dos integrantes do seio familiar seja efetivada, fundamentada nos princípios do direito de família, nos direitos fundamentais e na democracia.

2 DA FAMÍLIA PATRIARCAL À FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA: A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA

A família, seja qual forma ela possua, é a base da sociedade desde os primórdios. Dessa forma, é de suma importância entender o conceito de família, desde o passado até a contemporaneidade. Assim, serão estudados os significados da palavra família em alguns períodos distintos, para que seja possível entender e conceituar a família na sociedade pós-moderna.

De forma inicial, serão abordadas as estruturas gregas e romanas de família, e sob essa perspectiva, é necessário evidenciar os estudos do historiador francês Numa Denys Fustel de Coulanges (1961), em sua obra originalmente intitulada de "*La Cité Antique – Étude sur Le*

Culte, Le Droit, Les Institutions de la Grèce et de Rome", de 1864. Neste trabalho, o autor realizou um vasto estudo acerca da sociedade antiga grega e romana, de forma a entender a sociedade despindo-se das compreensões da época em que vivia, mas sim verificando o que ocorria naquela era.

Na antiguidade, as famílias se fundamentavam na religião doméstica[1], de forma que o afeto nada importava para aquelas relações, de forma que "ele pode existir no fundo dos corações, mas nada representa em direito". Outra questão importante é que o parentesco também não valia muito, de forma que a filha que casava não mais fazia parte daquela família, e sim fazia parte da família do marido (COULANGES, 1964, p. 57-58).

O casamento, apesar de geralmente ser indissolúvel, nada mais era do que um culto de iniciação para a esposa cultuar os deuses do marido, sendo agora parte da família do homem com qual casou, sendo que juntos deveriam zelar para que a família fosse perpétua. Assim, os filhos consanguíneos tinham como preceito a continuação daquela família, dessa forma, se a mulher não pudesse ter filhos, poderia o casamento ser anulado. Assim, o casamento possuía um objetivo que era unir "dois seres no mesmo culto doméstico, dar origem a um terceiro, apto a perpetuar esse culto" (COULANGES, 1964, p. 61-73).

O homem da casa era o pontífice de todas as suas relações familiares, a mulher "nada possui que lhe dê autoridade na casa", já "os filhos continuam unidos ao lar paterno, e, por consequência, submetidos à sua autoridade enquanto ele viver", dessa forma então, a família antiga se estruturava e existia (COULANGES, 1964, p. 128-131).

Séculos depois, com as mudanças ocorridas no direito e na política, a religião doméstica também começou a perder forças. Dessa forma, a religião com base no cristianismo começou a se desenvolver, principalmente por não se tratar de uma religião particular, ou de poucos, mas sim anunciada a todos (COULANGES, 1964, p. 628-632).

Adentrando ao catolicismo, as famílias buscavam que seus filhos se casassem com indivíduos que possuíssem classe social igual ou superior a sua, tendo em vista entrar em um período em que o casamento por conveniência econômica emerge, tendo em vista que os cidadãos eram divididos de forma hierárquica conforme suas posses. Nessa fase, a família

[1] "Havia uma perpétua troca de favores entre os vivos e os mortos de cada família. O ancestral recebia dos descendentes a série de banquetes fúnebres [...]. O descendente recebia do antepassado a ajuda e a força de que necessitava neste mundo. O vivo não podia abandonar o morto, nem o morto ao vivo. Por esse motivo, estabelecia-se poderosa união entre todas as gerações de uma mesma família, constituindo assim um corpo inseparável. [...] Cada família tinha seu túmulo, onde seus mortos vinham descansar um após outro, sempre juntos. Todos os que descendiam do mesmo sangue aí deviam ser enterrados, e nenhum homem de outra família podia ser nele admitido [...] Para essa religião doméstica não havia nem regras uniformes, nem ritual comum. Cada família tinha a mais completa independência. [...] A religião doméstica não se propagava senão de varão para varão". (COULANGES, 1964, p. 46-54)

continua sendo comandada pelo homem, o qual era quem detinha as posses, a esposa e os filhos (ENGELS, 1984).

Com base no direito canônico, a família baseava-se na imagem da sagrada família (CARVALHO, 2023, p. 14), e fundava-se a partir do sacramento do casamento, o qual foi "reconhecido como o único mecanismo legítimo de criação da família", e nesse formato perdurou da Antiguidade, à Idade Média e até à Idade Moderna (Século XIX). Assim, todas as demais formações familiares eram entendidas como inadequadas, e o homem ainda era o detentor de todo o poder dentro da família, sendo sua esposa e seus filhos submissos à sua vontade (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2023, p. 22-46).

Apoiada nas mudanças a partir do Século XVIII, com a globalização se dilatando e com a ocorrência de diversas revoluções em âmbito mundial, as famílias começaram a se configurar de modo diverso, de forma que a mulher iniciou no mercado de trabalho, compartilhando a subsistência da família com o marido. Então, se inicia o fim da era do direito canônico (GAGLIANO; PAMPLONA, 2023, p. 22).

No Brasil, a mudança ocorreu mais morosamente, de forma que no Código Civil de 1916 ainda discorria em seu art. 229, que a família era legítima quando formada pelo casamento. Ainda, no art. 233, dispõe que "o marido é o chefe da sociedade conjugal" e que a ele compete "prover a manutenção da família". Além de que, no art. 242 preconiza que "a mulher não pode, sem autorização do marido" diversas situações, até mesmo "exercer profissão".

Por fim, no art. 380 do mesmo diploma legal, trata-se da concepção de pátrio poder, o qual deveria ser exercido pelo marido, tendo em vista ser ele o chefe da família. Este artigo foi posteriormente alterado e foi incluído um Parágrafo Único, o qual propõe que havendo divergências dos genitores "quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai", podendo a mãe recorrer judicialmente para a resolução da discordância.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a publicação do Código Civil de 2002, muitas concepções anteriormente defendidas acabaram sendo extintas do direito brasileiro, e outras foram criadas. De imediato, a Carta dispõe que "todos são iguais perante a lei" e que "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações".

Ainda, a Constituição Cidadã, inovou e trouxe a concepção de novas constituições familiares além do casamento, o que gera uma demasiada evolução no âmbito jurídico, onde qualquer relação que não fosse matrimonializada era considerada ilegítima. Além de que, os direitos e deveres, tanto da união, quanto em relação aos filhos deve ser exercido de forma igual entre os cônjuges (art. 226 e incisos).

O Código Civil de 2002, em seu art. 1.511 considera que “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”, nesse conceito, abarca-se também as outras formas de constituição familiar. Além de que, o art. 1.565, caput e § 2º, discorrem que os cônjuges “assumem mutuamente a condição de [...] responsáveis pelos encargos da família” e que cabe ao casal o livre planejamento familiar. Outrossim, reafirma no art. 1.568, que cabe a ambos os cônjuges/companheiros “o sustento da família e a educação dos filhos”. E, finalmente, o supracitado diploma legal disserta no sentido em que o poder familiar (dantes denominado pátrio poder) compete a ambos os pais, conforme o art. 1.634.

A partir disso, a sociedade familiar começa a pautar-se na afetividade para as suas relações, de forma igualitária e com a busca da realização pessoal de ambos os cônjuges/companheiros. Ricardo Calderón (2017, p. 18) preceitua que: “A percepção da família como espaço para a livre realização pessoal dos seus integrantes é de importância singular, [...] As pessoas buscam uma realização efetiva em cada uma das relações que travam socialmente, e a satisfação é o que justifica a sua permanência”.

Sob essa perspectiva, surgem diversas formas de constituições de família que outrora não se imaginara. De forma primordial cabe ressaltar que no ano de 2011, foram legitimadas as uniões homoafetivas, ou seja, aquelas as quais fazem parte da relação pessoas do mesmo sexo. Essa legalização só se verificou após décadas de muita luta contra os preconceitos enraizados na sociedade brasileira.

Outras formas de famílias também foram reconhecidas, tal como: a família unipessoal (formada por uma pessoa sozinha), a família ectogenética (formada com filhos resultantes de reprodução assistida), a família mosaico (formada a partir de diferentes núcleos familiares, com a junção de filhos de uniões anteriores), a família simultânea (quando um dos cônjuges/companheiros possuem outra família), a família poliafetiva (formada pela união de mais que duas pessoas), a família multiespécie (formada com a presença de animais de estimação), e muitas outras, as quais legitimam a pessoa dentro de seu núcleo familiar, e a torna sujeito de direitos e deveres perante os indivíduos que fazem parte dessa relação (PEREIRA; FACHIN, 2022, p. 24-41).

3 DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA QUE LEVAM À INTERVENÇÃO ESTATAL MÍNIMA

A partir da constitucionalização do direito de família, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, muitos princípios familiares que eram implícitos passaram a ser constitucionalizados e, portanto, normas no âmbito civil/familiarista e constitucional. Entre eles, de suma importância nesta pesquisa, é estudar alguns destes princípios: o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da igualdade, o princípio da autonomia privada e o princípio da liberdade.

Nesta ótica, ressalta-se que o princípio da dignidade da pessoa humana é o princípio primordial da Carta Magna brasileira, levando em consideração que a partir deste, emanam todos os outros princípios e as regras constitucionais e infraconstitucionais. Este princípio está disposto no Art. 1º, inciso III da Constituição, e é entendido como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Dimas Messias de Carvalho discorre que este princípio beneficiou a "despatrimonialização e na repersonalização das relações de família, valorizando-se os aspectos existenciais e garantindo-se os direitos da personalidade de cada membro". (2023, p. 16).

Ingo Wolfgang Sarlet (2011, p. 28) discorre no sentido em que a dignidade da pessoa humana corresponde à

> qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

No que tange ao princípio da igualdade, muito importante é entender a evolução do conceito de família, tendo em vista que esta concepção necessitou evoluir muito para chegar,

pelo menos, a uma igualdade formal. O princípio está exposto desde o preâmbulo da Constituição, onde discorre que o Estado é "destinado a assegurar [...] a igualdade", além de que, o Art. 5º, em seu caput e no inciso I, apresenta a igualdade entre homens e mulheres perante a lei.

Neste sentido, Rolf Madaleno disserta que com a constitucionalização deste princípio, retira-se "o caráter autoritário da prevalência da função masculina" (2023, p. 56), de forma a levar às mulheres mais poderes dentro e fora das relações familiares. Entretanto, mesmo no contexto atual, cerca de trinta e cinco anos após a promulgação da Carta, esta igualdade formal ainda não passou para uma igualdade material total, de forma que a mulher, muitas vezes, ainda é discriminada em razão de seu gênero, tanto no interior do seio familiar quando em outros setores (trabalho, estudo, entre outros).

Para corroborar esta afirmação, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2021) realizou, uma pesquisa referente a estatísticas de gênero. Neste estudo é possível verificar que: somente 54,6% das mulheres com filhos possuem ocupação laboral; somente 46,8% das vagas de docência no ensino superior são ocupadas por mulheres; entre os vereadores eleitos em 2020, somente 16% são mulheres; dos cargos gerenciais em empresas no ano de 2020, somente 37,4% são ocupados por mulheres, entre outros diversos dados apresentados na pesquisa.

No sentido do direito de família, que é o intuito do estudo nesta pesquisa, de forma modesta, a igualdade tem se materializado, tendo em vista a igualdade dos cônjuges e dos companheiros em seus direitos e deveres, tanto perante a solidariedade familiar, quanto no que tange ao poder familiar deles diante dos filhos (TARTUCE, 2022, p. 37-41). O que não se pode esquecer é que ainda, em muitas situações, esta igualdade não é total, conforme anteriormente citado.

O princípio da liberdade, assim como o princípio da igualdade, faz parte do preâmbulo da Constituição de 1988, no sentido em que deve o Estado "assegurar [...] a liberdade", assim como está apontada como um dos objetivos fundamentais da República, no art. 3º, inciso I; tal qual constitui parte da relação de direitos e deveres presentes no art. 5º e incisos da referida Carta.

No que tange ao princípio da liberdade Rolf Madaleno assinala que "De liberdade necessita o homem para poder desenvolver todas as suas potencialidades, fazendo ou deixando de fazer alguma coisa por vontade própria, quando não o for em virtude de lei. [...] Portanto, também a liberdade comporta restrições, inclusive impostas por outros princípios". (2023, p. 103). Nesse sentido, no seio familiar é de suma importância a liberdade de seus membros, de

forma que estes possam realizar-se livremente, tanto pessoalmente, quanto de forma conjugal, ou ainda profissional e intelectual.

No presente estudo, o que nos importa é a liberdade no planejamento familiar, no que concerne ao princípio da autonomia privada, uma vez que cabe ao casal, e somente a ele, as decisões no sentido da sua família, tendo em vista que somente aqueles possuem a percepção daquilo que necessitam ou não. Dessa forma, penetramos no princípio da autonomia privada.

A concepção de autonomia privada corresponde a "uma esfera de atuação do sujeito, um espaço que lhe é concedido para exercer sua autonomia jurídica. É a vontade não meramente subjetiva, mas de um modo concreto, objetivo e real" (EHRHARDT JUNIOR; TORRES, 2018, p. 344). No mesmo sentido analisam Conrado Paulino da Rosa e Leonardo Barreto Moreira Alves (2023, p. 22-23), de forma que a autonomia privada advém de uma permissão dada pelo Estado ao indivíduo, para que este possa gerenciar suas aspirações pessoais, tanto no que se refere ao patrimônio, quanto ao que concerne às questões existenciais.

Em vista disso, a liberdade do planejamento familiar possui forte ligação com o princípio da autonomia da vontade, de forma que trata de um assunto tão particular do indivíduo (PEREIRA; FACHIN, 2022, p. 95). Assim sendo, a liberdade de planejamento familiar está prescrita no art. 226, § 7º da Constituição Federal de 1988, e no art. 1.565, § 2º do Código Civil de 2002, os quais preceituam que "o planejamento familiar é livre decisão do casal". Dessa forma, o que se entende é que ao Estado não é permitida a intervenção no âmbito do planejamento familiar (CARVALHO, 2023, p. 39), sendo vedada, conforme o Código Civil, a "coerção por parte de instituições privadas ou públicas" no que se refere à delimitação da família.

Por esse ângulo, a intervenção estatal "deve estar limitada ao interesse social" (ROSA; ALVES, 2023, p. 191), de forma que as decisões familiares não precisam tolerar interferências concretas do Estado, uma vez que cabe a ele somente defender os direitos dos cidadãos:

> [...] sob uma nova roupagem e um novo papel, a família contemporânea não admite mais a ingerência do Estado, sobretudo no que se refere à intimidade de seus membros. O sistema jurídico tem de se adequar a essa realidade e, reconhecida a existência de limites para a intervenção estatal na vida privada, respeitar a autonomia dos titulares de direitos para a sua própria autodeterminação. (ROSA, 2023, p. 63-64).

Ressalta-se, nesse sentido, o art. 1.513 do Código Civil, o qual preconiza que "é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família". Este artigo possui o objetivo de demonstrar, de forma clara e inequívoca, que somente os indivíduos pertencentes ao seio familiar dispõem de legitimidade para gerir suas preferências. Assim, "repugna admitir interferências externas nas posturas, nos hábitos, no trabalho, no modo de ser ou de se portar, desde que não atingidos interesses e direitos de terceiros" (RIZZARDO, 2019, p. 15).

Sob esta ótica, chegamos ao conceito de Direito de Família mínimo, uma concepção retirada do Direito Penal, no que tange ao princípio da intervenção mínima, o qual significa que o Estado só pode intervir em situações extremas, como a última saída (*ultima ratio*). Essa concepção nasceu com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, para proteger o cidadão, de forma que o Estado somente está apto para agir quando absolutamente imprescindível (ESTEFAM, 2022, p. 178). Conforme preconizam Conrado Paulino da Rosa e Leonardo Barreto Moreira Alves na concepção do direito de família mínimo,

> o Estado somente deve interferir no âmbito familiar para efetivar a promoção dos direitos fundamentais de seus membros [...] e, contornando determinadas distorções, permitir o próprio exercício de sua autonomia privada, o desenvolvimento de sua personalidade e o alcance da felicidade pessoal de cada um deles, bem como a manutenção do núcleo afetivo. Em outras palavras, o Estado apenas deve utilizar-se do Direito de Família quando essa atividade implicar uma autêntica melhora na situação dos componentes da família. (2023, p. 158).

Logo, conforme entendem Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2023, p. 43), não compete ao Estado brasileiro interferir nas relações familiares, de forma que possa destruir seu fundamento afetivo, devendo sim, o Estado intervir quando houver alguma ameaça ou lesão a interesse jurídico de qualquer dos integrantes da estrutura familiar. Como exemplo da correta intervenção estatal, ressalta-se os direitos da criança e dos adolescentes, de forma que cabe ao Estado salvaguardar os direitos dos mais vulneráveis, regulando aspectos referentes à liberdade destes.

4 CONTRATUALIZAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA VINCULADO AO CONCEITO DE DIREITO DE FAMÍLIA MÍNIMO

Diante da autonomia privada, conforme acima trabalhada, cabe entender a função social do contrato sob a perspectiva da liberdade contratual. Estes conceitos estão dispostos no art. 421 do Código Civil brasileiro, conforme segue: “a liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato”.

O contrato, antes das inovações do Código Civil de 2002, se baseava no princípio da *pacta sunt servanda*, ou princípio da obrigatoriedade dos contratos, o qual tem fundamento no direito canônico, e foi inicialmente positivado pelo Código Francês. Esse princípio julgava que o contrato devia ser seguido, de forma obrigatória, uma vez que este estipula a vontade das partes e as vincula ao que foi estipulado (AQUINO, 2021).

Nasce então, com a publicação do Código de 2002, a concepção de função social do contrato, a qual dispõe que além de alcançar os propósitos dos contratantes, o contrato deve ter fins sociais e coletivos, não somente em seu momento inicial, mas também durante seu andamento (GOMES, 2009, p. 68). Nesse sentido, entende o Desembargador Paulista Carlos Alberto Garbi:

> No mundo atual de complexas e múltiplas relações privadas contratuais, entrelaçadas, coligadas e conexas, os contratos fazem parte de uma gigantesca engrenagem social e dela não podem se separar. Qualquer movimento das partes tem reflexos em outras relações. Não fosse o bastante a evidenciar a função social do contrato, a sua natureza de instrumentalização nas relações de trocas e na produção e circulação de riquezas faz recair sobre ele os interesses do Estado promocional e a atenção para a incidência dos valores maiores do sistema nas relações privadas. Conservar e disciplinar o contrato é interesse social. (2014, p. 142).

Assim, para que exista a possibilidade de contratar há a necessidade de que estejam presentes algumas condições, além da função social do contrato, as quais podem ser gerais ou especiais, conforme poderá ser visto a seguir. Os pressupostos gerais estão dispostos no art. 104 do Código Civil, o qual dispõe acerca dos três pressupostos necessários para que o negócio

jurídico seja válido, sendo eles: o agente contratante possuir capacidade, o objeto do contrato ser "lícito, possível, determinado ou determinável", e ter forma prescrita ou não defesa em lei.

Ainda, para a validade da celebração do contrato, são necessários alguns requisitos especiais, requisitos estes que dependem da natureza do contrato que desejam pactuar, como exemplo os requisitos para a celebração de um contrato de compra e venda não são os mesmos de um contrato de locação. Nesse sentido, é importante esclarecer alguns desses elementos. Em especial, ressalta-se a vontade das partes, a qual é requisito essencial para a validade do contrato, havendo a necessidade de pelo menos duas vontades, em se tratando de um contrato bilateral, ou mais, quando se tratar de um contrato plurilateral. E nesse sentido, salienta-se que os contratos somente podem vincular as partes contratantes, ou seus sucessores, mas não terceiros (VENOSA, 2023, p. 97-98).

Quando se trata da capacidade dos contratantes, não há de se falar somente em capacidade civil. Nesse caso, é importante assinalar a legitimidade das partes, a qual é verificada de acordo com o caso em concreto. Um exemplo de incapacidade para contratar é o caso de venda de bens do ascendente ao descendente: nesse caso o genitor não possui legitimidade de vender o bem sem que haja a anuência dos demais descendentes (VENOSA, 2023, p. 98).

Em se tratando do objeto contratado, além de ser lícito, possível, determinado ou determinável, ele ainda necessita ser idôneo, pois não é válida a contratação de um contrabando, ou a negociação de uma herança de uma pessoa que ainda esteja viva, por exemplo. Também, deve haver uma possibilidade de apreciação pecuniária do objeto a ser contratado, uma vez que até contratos existenciais podem se tornar patrimoniais. Ainda, há a necessidade de que haja um vínculo contratual como elemento objetivo, uma vez que o mesmo bem pode ser objeto de mais de um vínculo contratual, por exemplo: um imóvel pode ser objeto de um contrato de compra e venda, de um contrato de locação, de uma doação, entre outros (AQUINO, 2021, p. 245-246).

No que se refere à forma, "vigora o princípio da forma livre. Os contratos formais ou solenes constituem exceção, mas, como é óbvio, os que devem ser estipulados por forma prescrita na lei não valem se não for observada". E nesse sentido, mesmo não havendo obrigação de forma escrita para todos os contratos, esta é preferível, tendo em vista que no caso de contenda, a prova já está constituída (GOMES, 2009, p. 62).

Examinando os aspectos acima citados do direito contratual sob a ótica do direito de família mínimo, compreende-se que pautando-se na autonomia privada, é possível a contratualização do direito, uma vez que "sendo o ajuste realizado por pessoas maiores e

capazes, o respeito a seus anseios, em que estejam ausentes vícios de qualquer natureza, deverá ser protegido frente a toda e qualquer imposição de elementos exteriores (ROSA; ALVES, 2023, p. 174).

A essência da contratualização nas relações familiares está na possibilidade de que os integrantes do seio familiar dispõem de definirem sobre certos aspectos da vida íntima da família, a qual o Estado não possui legitimidade nenhuma para gerenciar. Obviamente, este contrato não pode estabelecer cláusulas que induzam contra as normas e princípios (MARQUES; NASCIMENTO, 2022, p. 1675).

Nesta perspectiva, Conrado Paulino da Rosa e Leonardo Barreto Moreira Alves preconizam que "o contrato não pode dispor de cláusulas que atinjam negativamente os direitos fundamentais" (2023, p. 176-177), mas que em caso de colisão da autonomia privada e um direito fundamental deve haver uma ponderação para determinar, de acordo com o caso concreto, qual deles será utilizado na situação em apreço.

Assim, no que tange aos contratos familiares em espécie, é possível dividi-los em cinco espécies, conforme entende Dimitre Braga Soares de Carvalho (2020): contratos pré-nupciais, contratos intramatrimoniais ou repactuação de convivência, contratos pré-divórcio ou prévios à dissolução da união estável, contratos pós-divórcio ou pós-dissolução de união estável, e outros contratos. Estudaremos, brevemente, cada um desses gêneros de negócios jurídicos familiares.

De imediato, é interessante perpassar a concepção de contrato de namoro, o qual não está exposto nas hipóteses do autor supracitado, contudo é uma forma de pactuação possível dentro do Direito de Família contemporâneo. Esse pacto realizado entre namorados nada mais é do que uma declaração realizada por ambos, a qual dispõe que a relação deles não possui objetivo de constituição familiar, e, portanto, não se adequa aos requisitos de uma união estável. Essa prática "é absolutamente compreensível, já que os namoros contemporâneos [...] são bastante complexos, podendo vir a ser confundidos com uniões estáveis (NIGRI, 2021, p. 16).

Em se tratando do pacto antenupcial ou do contrato pré-nupcial, ele tem como cláusula principal a estipulação de regime de bens diverso ao legal, ou seja, da comunhão parcial de bens. Além disso, é possível que o casal pactue questões além das patrimoniais, sendo "perfeitamente válidas e eficazes entre os cônjuges as cláusulas que disponham sobre a vida interna da família" (BAPTISTA, 2007, p. 7-8).

Nesse sentido, há a possibilidade de pactuar, por exemplo: divisão do trabalho doméstico, divisão de cuidado dos filhos, frequência de relações sexuais entre o casal, cláusula de fidelidade, relacionamento aberto, entre outras muitas pactuações individuais da relação em

si (CARVALHO, 2020). Sob esta perspectiva, ressalta-se que é possível equiparar o contrato de convivência com o pacto antenupcial, sendo que o que os diferencia é que o primeiro pode ser realizado, ou não, no caso de uniões estáveis, e o segundo pode ser realizado antes do casamento (ROSA; ALVES, 2023, p. 206-219).

Quando se trata em contratos intramatrimoniais ou repactuação de convivência, diz-se respeito a um relacionamento que já decorre no tempo, e que, por vontade das partes, deve ser alterado algum sentido da relação. Eles ocorrem da mesma forma dos pactos antenupciais, e podem conter cláusulas de cunho patrimonial ou existencial, mas em tempo distinto. Todavia, é importante ressaltar que quando se tratar de questões patrimoniais, não devem este auxiliar na concretização de qualquer fraude (CARVALHO, 2020).

Ainda, há de se tratar de contratos pré-divórcio ou prévios à dissolução da união estável, quando a relação não mais se sustenta e o fim é inevitável. Nesse caso, é possível pactuar questões atinentes ao processo de divórcio ou de dissolução da união estável, tal como a consensualidade, sociedade em empresas, valores referentes à alimentos à prole ou ao cônjuge/companheiro desfavorecido, regramentos acerca de alienação parental, guarda, convivência, entre outras (CARVALHO 2020).

Ademais, existem também os contratos pós-divórcio ou pós-dissolução de união estável, também conhecidos como pós-nupciais ou pós-convivenciais os quais tem respaldo em questões atinentes ao fim do casamento ou da união estável as quais são de suma importância para o casal. Dessa forma, é possível que a formalização desse pacto leve "maior conforto aos envolvidos" (ROSA; ALVES, 2023, p. 235).

Além destas possibilidades, outros pactos podem ser realizados de acordo com a realidade pessoal e a necessidade de cada casal (CARVALHO, 2020). Como exemplo, a possibilidade de implementação da autocuratela, na qual a pessoa indicaria as formas de curatela, determinando como deverá ser caso ela esteja em situação de incapacidade (ROSA; ALVES, 2023, p. 256).

Portanto, sob estas análises Conrado Paulino da Rosa e Leonardo Barreto Moreira Alves discorrem no sentido em que:

> A privatização da família pressupõe a tutela da liberdade dos seus membros na medida em que cumpre sua função de realização da comunhão plena de vida. Se a família serve, na contemporaneidade, para a felicidade de seus membros, o Estado deve apenas chancelar suas

> escolhas, sob pena de violação aos direitos fundamentais de seus integrantes. (2023, p. 237).

Logo, o que se consuma é que a contratualização do direito de família já está sendo implementada no Brasil. Sendo que é baseada no Direito de Família mínimo, nos princípios gerais do direito e nos direitos fundamentais presentes na Magna Carta, de forma a fazer com que a sociedade realmente seja a base da sociedade.

5 CONCLUSÃO

À luz dos aspectos apresentados, fica claro que a concepção de família sofreu e continua sofrendo mutações no decorrer do tempo, tendo em vista que o conceito de família é individual e somente diz respeitos aos integrantes do seio familiar. No Brasil, muitas formações familiares já são reconhecidas, principalmente pela doutrina, que admite constituições familiares unipessoais, multiespécies, poliafetivas, mosaico, entre outras. Contudo, todos esses formatos possuem uma essência comum: a afetividade entre seus membros e o desejo de atingir a felicidade pessoal e coletiva daqueles que formam a família.

Nessa perspectiva, nasce a concepção de Direito de Família Mínimo, o qual se fundamenta no sentido da mínima intervenção estatal dentro do seio familiar. Isso porque, quando se trata de indivíduos que estão unidos pelo vínculo afetivo, e que objetivam sua felicidade, não há razão para que o Estado intervenha nessa relação, salvo em caso de violação de direitos fundamentais.

Logo, uma das formas de atingir uma menor intervenção do Estado é a contratualização do Direito de Família, uma vez que quando os membros da família se vinculam de acordo com suas próprias diretrizes, não há necessidade de interferência estatal. Dentre as possibilidades de contratualização familiar, cita-se: os pactos antenupciais ou pré-convivenciais, o contrato de namoro, os contratos intramatrimoniais ou de repactuação convivencial, pactos pré/pós-divórcio ou dissolução de união estável, e também outros pactos referentes a questões familiares, tal qual a autocuratela.

REFERÊNCIAS

AQUINO, Leonardo Gomes de. **Teoria Geral dos contratos**. Belo Horizonte: Editora Expert, 2021.

BAPTISTA, Silvio Neves. Contratos no Direito de Família. Belo Horizonte: **Anais do VI Congresso Brasileiro de Direito de Família**, 2007. Disponível em: https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/179.pdf. Acesso em: 11 ago 2023.

CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da afetividade no direito de família.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das Famílias.** 9ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2023.

CARVALHO, Dimitre Braga Soares de. Contratos familiares: cada família pode criar seu próprio Direito de Família. Belo Horizonte: **Instituto Brasileiro de Direito de Família**, 2020. Disponível em: https://ibdfam.org.br/artigos/1498/Contratos+familiares:+cada+fam%c3%adlia+pode+. Acesso em: 11 ago 2023.

COULANGES, Numa-Denys Fustel. **A cidade antiga**. Tradução: Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Editora das Américas, 1961.

EHRHARDT JUNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque; TORRES, Marcio Roberto. Direitos fundamentais e as relações privadas: superando a (pseudo)tensão entre a aplicabilidade direta e eficácia indireta para além do patrimônio. Curitiba: **Revista Jurídica**, v. 4, n. 53, 2018, p. 326-356. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Juridica-UNICURITIBA_n.53.14.pdf. Acesso em: 23 jul 2023.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado.** Tradução: Leandro Konder. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1984.

ESTEFAM, André Araújo L. **Direito Penal – Vol. 1**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022.

GAGLIANO, Pablo Stolze Gagliano; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito de família.** 13ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2023.

GARBI, Carlos Alberto. **A Intervenção Judicial no Contrato em face do Princípio da Integridade da Prestação e da Cláusula Geral da Boa-fé: uma nova visão do adimplemento contratual.** São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2014.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª ed. Atualizada por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

IBGE. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.** Estatísticas de gênero: indicadores sociais das mulheres no Brasil, Coordenação de População e Indicadores Sociais, n. 38. 2ª ed. Rio de Janeiro: IBGE, 2021. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101784_informativo.pdf. Acesso em: 23 jul 2023.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2023.

MARQUES, Lidiaria Santos; NASCIMENTO, Lavínia Oliveira do. A (im)possibilidade da contratualização na família moderna frente à intervenção do Estado. São Paulo: **Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação**, v. 8, n. 11, 2022.

NIGRI, Tânia. **Contrato de namoro**. São Paulo: Editora Blucher, 2021.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha; FACHIN, Edson. **Direito das Famílias**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2022.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019.

ROSA, Conrado Paulino da. **Direito de Família Contemporâneo**. 10ª ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023.

ROSA, Conrado Paulino da; ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de família mínimo na prática jurídica.** São Paulo: Editora JusPodivm, 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 9ª ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2011.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito de família.** 17ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2022.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Contratos**. 23ª ed. Vol. 3. São Paulo: Editora Atlas, 2023.