

EDITORIAL

O VALOR JURÍDICO DO AFETO E A CONTRATUALIZAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA

Ao analisar as profundas transformações do direito de família, o professor italiano Francesco Prospero, nos anos oitenta do século passado, aludiu a certo *gusto del paradosso*. Sabor paradoxal caracterizado pela inclemente crítica ao vetusto paradigma matrimonial ao lado da proliferação de arranjos familiares que, em certa medida, tinham por modelo o casamento.

Mais recentemente, acordos de convivência tornaram-se frequentes, rompendo dogmas do passado e, em meio à afirmação do valor jurídico do afeto, que flexibiliza a estrutura formal dos vínculos familiares, intensifica-se, paradoxalmente, o fenômeno da contratualização. Vale dizer, regras convencionais de convivência, a cada dia mais abrangentes, procuram assegurar, mediante instrumentos escritos, a vontade de seus integrantes. Tal tendência, embora aparentemente contraditória, reflete provavelmente o fortalecimento da autonomia para a constituição de vínculos afetivos, sem padrões predefinidos. Aprofundam-se, desse modo, nas relações familiares, tanto a afetividade quanto a contratualização, como expressão da liberdade.

Em tal perspectiva, fortalece-se a dicção do art. 1.511, do Código Civil, segundo a qual o casamento “estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres”. O desenvolvimento da autonomia na comunidade familiar, com a tutela das vulnerabilidades e assimetrias, respeitando-se a igualdade de direitos e deveres, talvez seja o maior desafio que, a um só tempo, justifica e legitima a contratualização, como instrumento de concretização da comunhão de vida. Destaca-se, em tal perspectiva, a necessidade de se assegurar a liberdade nas escolhas existenciais que, na intimidade do recesso familiar, possam propiciar o desenvolvimento pleno da personalidade de seus integrantes. Esse, de resto, é o propósito do art. 1.513 do Código Civil: “É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”.

Na mesma esteira, especial atenção deve ser direcionada à tutela das vulnerabilidades e das assimetrias econômicas e informativas, para que a comunhão plena de vida se estabeleça em ambiente de igualdade de direitos e

deveres (art. 226, §5º, da CR), com o efetivo respeito à liberdade individual. Em tal cenário, adquirem nova função os contratos nas relações de família e sucessões. O pacto antenupcial, que praticamente não era utilizado, muitas vezes por preconceitos culturais ou religiosos, torna-se útil para a garantia da autonomia de cada cônjuge ou companheiro.

Além disso, matérias não exclusivamente patrimoniais, mas também de cunho existencial, contidas nas regras de convivência, passam a ser adicionadas a tais pactuações. Tem-se admitido, nessa linha de entendimento, que até mesmo a divisão de atribuições domésticas seja previamente estabelecida. Quando relativas ao modo de vida a dois, especialmente quanto à fidelidade e à coabitação, as cláusulas não de ser examinadas casuisticamente. Desde que não violem a dignidade das partes e o princípio da isonomia, não parece haver, *a priori*, óbice de ordem pública para a sua admissão.

Ao lado dos pactos antenupciais, contratos atípicos de união estável e de namoro passaram a ser concebidos como forma de assegurar os espaços de autonomia e os desejos de cada um de seus integrantes. No caso do contrato de namoro, que procura, em regra, ressaltar a inexistência de comunicação patrimonial e sucessória, embora não se trate de proteção definitiva, já que a força das evidências fáticas, que venham a caracterizar a formação da família, supera evidentemente a mera previsão contratual, tem-se ali relevante início de prova da intenção das partes. Nessa direção, o contrato de namoro constitui presunção relativa de inexistência de união estável, além de compromisso ético que poderá ser eficaz, do ponto de vista social e mesmo jurídico, no momento da extinção do vínculo.

Com a ampliação de modelos atípicos de afetividade, alude-se há mais de uma década à chamada poliafetividade, ou união entre mais de duas pessoas com vida em comum. Em junho de 2018, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ proibiu os cartórios brasileiros de registrarem escrituras declaratórias de união poliafetiva, ao argumento de que tal documento, como ato de fé pública, implica o reconhecimento do relacionamento como tipo de família, gerando repercussões jurídicas semelhantes às do casamento e da união estável. Componentes de ordem moral parecem ter influenciado tal deliberação, já que, a rigor, no âmbito da autonomia existencial, as uniões assim concebidas não ferem direitos de terceiros e muito menos a ordem pública interna. De fato, duas ou mais pessoas podem regular suas formas de vidas como lhes aprouver, desde que respeitem as escolhas individuais e a dignidade de cada integrante, mesmo sem que, necessariamente, a sociedade reconheça em tais arranjos as características e a dimensão afetiva de verdadeira e própria comunidade familiar.

Ainda na expansão da contratualização, cláusulas escalonadas de mediação e arbitragem previstas para a extinção dos vínculos e partilha patrimonial têm sido

estipuladas. Tais cláusulas traduzem acordos, inseridos em pactos antenupciais e de convivência, em testamentos e em convenções específicas, nos quais a solução de conflitos deve ser submetida, necessariamente, a etapas escalonadas de negociação, de mediação e de solução extrajudicial de modo escalonado ou sequencial, mediante a combinação de meios consensuais e adjudicatórios. A cláusula escalonada deverá ser redigida em linguagem clara, para que não haja dúvida quanto ao real interesse das partes, sendo admissível, a princípio, desde que não haja desigualdade substancial entre as partes. Tal valoração há de ser efetuada seja no momento da contratação seja no momento da ruptura do vínculo. Ao lado de todos esses mecanismos, ampliam-se as previsões de planejamento sucessório, mediante sofisticados contratos que, superando a vetusta restrição imposta pelo art. 426 do Código Civil, incrementam as possibilidades da autonomia privada na sucessão hereditária.

Confirma-se, em todas essas manifestações, que o valor jurídico do afeto pode ser compatível com a contratualização nas relações de família. Afinal, para além da espontaneidade, a afetividade supõe compromisso e responsabilidade; e, no plano contratual, a vontade substancialmente declarada prevalece sobre o aspecto formal da manifestação. Tal linha evolutiva prestigia a autonomia para a definição das fronteiras entre relações patrimoniais e existenciais na vida privada e redimensiona, em matéria de família e sucessões, a aplicação do princípio da solidariedade. Este se desprende de modelos impositivos preconcebidos e se associa à liberdade individual para a definição, com igualdade e simetria informativa, do modo de vida e das configurações afetivas na legalidade constitucional.

Gustavo Tepedino