
A (IM)POSSIBILIDADE DE PREFIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR DANOS OCORRIDOS NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES FAMILIARES

THE (IM)POSSIBILITY OF PREFIXING THE INDEMNITY FOR DAMAGES OCCURRED IN THE CONTEXT OF FAMILY RELATIONS

CARLOS EDUARDO SILVA E SOUZA

Pós-Doutorando em Direito pela PUC/RS. Doutor em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo. Mestre em Direito Agroambiental pela Universidade Federal de Mato Grosso UFMT. Professor Adjunto e Diretor da Faculdade de Direito da UFMT. Orcid: <http://orcid.org/0000-0001-6243-0135>.

MAÍSA DE SOUZA LOPES

Pós-Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso - UFMT. Doutora e Mestre em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo. Especialista em Direito Civil pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professora da Pós-Graduação da UFMT.

RESUMO

Objetivo: o presente trabalho tem como proposta problemática a análise da possibilidade ou não da prefixação de indenização por danos ocorridos nas relações decorrentes da união estável ou do matrimônio. A presente pesquisa objetiva analisar a contratualização dos interesses familiares e, por consequência, da responsabilidade civil contratual nessa seara.

Metodologia: a pesquisa é predominantemente bibliográfica e documental, guiada pela metodologia da pesquisa hipotético-dedutiva.

Resultados: como resultados da presente pesquisa, nota-se que a negociação no âmbito do Direito de Família é válida e lícita e, por essa razão, viável a prefixação de



indenização dela decorrente, devendo ser priorizada, sempre que possível e respeitados os limites legais, a autonomia privada.

Contribuições: o estudo traz como contribuição a discussão sobre a ocorrência de situações lesivas no âmbito das relações jurídico-familiares, que infelizmente não se apresenta como novidade, eis que vários casos se apresentam na atualidade, variando em inúmeras possibilidades.

Palavras-chave: Contratualização; Relações familiares; Danos; Responsabilidade civil; Prefixação.

ABSTRACT

Objective: *the present paper has as a problematic proposal an analysis of the possibility or not of prefixing indemnity for damages occurred in the relationships resulting from the stable union or from the marriage. This research aims to analyze a contractualization of family interests and, consequently, of contractual civil liability in this area.*

Methodology: *the research is predominantly bibliographical and documentary, guided by the methodology of hypothetical-deductive research.*

Results: *as a result of this research, it was noted that negotiation within the scope of Family Law is valid and valid and, precisely for this reason, the prefixing of indemnity arising from it is viable, and should be prioritized, whenever possible and respecting the legal limits, the private autonomy.*

Contributions: *The study brings as a contribution the discussion on the occurrence of hypotheses in the scope of legal-family relationships, which unfortunately is not new, as several cases are presented today, varying in possibilities.*

Keywords: *Contracting; Family relationships; Damages; Civil liability; Prefixation.*

1 INTRODUÇÃO

A ocorrência de situações lesivas no âmbito das relações jurídico-familiares infelizmente não se apresenta como novidade, já que vários casos se apresentam na atualidade, variando em inúmeras possibilidades. De casos de infidelidade no relacionamento até os casos que envolvam o descumprimento de diferentes outros



deveres conjugais, convivenciais ou familiares se apresentam com frequência mais habitual do que se possa imaginar.

Entretanto, pouco se discute sobre o assunto da possibilidade ou não de se prefixar uma possível indenização em documento escrito por um casal unido por matrimônio ou união estável em relação a possíveis situações lesivas ocorridas no âmbito de tais relações.

Como foco nessa perspectiva, o presente trabalho apresenta como problema central a possibilidade ou não de se prefixar, no âmbito das relações conjugais ou convivências, indenização por danos nelas ocorridos, por meio da celebração de um documento escrito com previsão expressa sobre tal possibilidade.

Apreciar essa situação problemática implica necessariamente em investigar a temática da autonomia privada e da contratualização das relações familiares em contrapartida com as especificidades que envolvem o ramo do Direito de Família e suas respectivas normas.

Objetiva-se, assim, apreciar a aplicabilidade de instrumentos contratuais no âmbito das relações familiares, inclusive na sua vertente compensatória, como expressão da autonomia privada que envolvem os sujeitos nela inseridos, assim contribuindo para a pacificação de possíveis conflitos nela estabelecidos.

Para o enfrentamento do problema aqui proposto, buscou-se, em três seções distintas, apreciar as seguintes inquietações: é possível cogitar a contratualização do Direito de Família diante das suas singularidades? Quais os contornos de um possível contrato familiar? É viável a incidência da responsabilidade contratual no âmbito das relações familiares e a prefixação de uma eventual indenização por danos em documento escrito pelo casal?

A superação dessas questões é essencial para a solução do problema aqui apresentado, cujo estudo, eminentemente bibliográfico e documental, foi realizado com a utilização da metodologia da pesquisa hipotético-dedutiva, pois se objetivou apreciar, sob a hipótese da contratualização dos interesses familiares, a viabilidade de uma prefixação da responsabilidade civil nela inserida.



2 É POSSÍVEL COGITAR A CONTRATUALIZAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA DIANTE DAS SUAS SINGULARIDADES?

Para saber se a prefixação de uma indenização é possível no âmbito das relações conjugais ou convivenciais é imprescindível superar uma questão preliminar que é a viabilidade ou não da contratualização do Direito de Família diante das suas singularidades. É justamente o que se propõe para essa seção inicial do presente trabalho.

O Direito de Família, assim como os demais ramos do Direito, não escapou da incidência de transformações e evolução do tratamento jurídico da matéria, a qual decorreu não somente de alteração do texto normativo, mas também pelo posicionamento jurisprudencial sobre a matéria.

Voltado para a regulação de relações pessoais e patrimoniais singularmente estabelecidos no seio de um núcleo familiar, pode-se dizer que o Direito de Família é um ramo inevitavelmente peculiar, pois, ao mesmo tempo, prioriza o exercício da autonomia privada, mas – de igual forma – não deixa de sofrer a interferência do Estado no âmbito das relações familiares sob premissa de uma necessária proteção de seu conteúdo essencial.

É imprescindível, entretanto, se anotar que não se justifica mais uma interferência do Estado em patamares como outrora justificado. É preciso se compreender que a autonomia necessita ser conjugada e, em boa parte das situações, priorizada, a fim de que se compreenda a atuação livre dos sujeitos envolvidos em relação as escolhas que são realizadas no âmbito das relações familiares.

É de igual forma imprescindível se recolher que, no âmbito das relações familiares, existe um espaço “ajurídico”, no qual a intimidade e privacidade da família e de seus membros precisa ser compreendida e respeitada (LOPES, 2020, *passim*).

Justamente pelas singularidades aqui compreendidas, em que pese as discussões ainda realizadas sobre o tema, o Direito de Família se reafirma cada vez mais como um ramo do Direito Privado, na qual precisa ser reconhecida a



necessidade intervenção estatal em alguns pontos, mas que – há muito tempo – se faz incidir a plena liberdade de contratar, como se evidencia, apenas a título ilustrativo, pela escolha de regime de bens em relação ao matrimônio (GOMES, 2002, p. 7). Analisando pontualmente a questão do Direito de Família e a sua evidente associação com o Direito Privado, Otavio Luiz Rodrigues Júnior ressalta que “nos dias correntes, quando declinam elementos metajurídicos como a moral e a religião no plano da família e do casamento, este último é cada vez mais admitido como um negócio jurídico privado, com baixo interesse estatal pelo modo como os cônjuges o conduzem, conservam ou extinguem” (RODRIGUES JR, 2019, p. 69-70).

Assim, a escolhas contratuais precisam ser compreendidas como realidade incidente no âmbito do Direito de Família, as quais obviamente precisam observar os limites da inviabilidade da renúncia de direitos existenciais de ordem familiar ou de diretrizes que emanam proteção à pessoa no âmbito das relações familiares, sob pena de serem consideradas nulas (PEREIRA, 2017, p. 34; MADALENO, 2020, e-book).

É justamente por essa percepção que contratos de namoro têm sido compreendidos como nulos, sobretudo quando representam ofensa a figura da união estável, porque – a um só tempo – implicaria em fraude à lei imperativa e ofensa ao objeto ilícito, conforme prescrição do artigo 166, em seus incisos II e VI, do Código Civil brasileiro (TARTUCE, 2019, e-book).

Imprescindível também anotar que os direitos familiares se apresentam em duas ordens: (i) extrapatrimoniais, que possuem a natureza de direito personalíssimo; e (ii) patrimoniais, que podem também serem alcançados por algumas reservas.

Em relação aos direitos familiares, sejam eles patrimoniais ou extrapatrimoniais, é bom ainda se anotar que estes se mostram como intransferíveis, inalienáveis e intransmissíveis mortis causa, o que evidencia ainda mais a singularidade do Direito de Família.

Não fosse ainda suficiente, muitos dos direitos incidentes no âmbito do Direito de Família, apresentam-se ainda como irrevogáveis, inderrogáveis e



irrenunciáveis, além de se caracterizarem, em grande parte, como direitos imprescritíveis ou fora da incidência da decadência, bem como direitos potestativos (como seria o caso do divórcio ou da contestação de paternidade).

Ter em mente todas as singularidades do Direito de Família é absolutamente relevante para se evidenciar que a contratualização das relações familiares tem espaço inquestionável, mas igualmente limitado pelas peculiaridades que se apresentam e arregimentam o núcleo essencial das normas ali incidentes.

Justamente por essa razão é que não se pode admitir a incidência de elementos acidentais dos negócios jurídicos no âmbito das relações familiares, pois a força e pretensão da lei nesse campo perderia a sua essência.

Uma percepção aguçada do Direito de Família faz observar que ele apresenta teoria de nulidades própria, não apenas pela localização geográfica no Código Civil, mas sobretudo pelas peculiaridades, quando comparada para a teoria da nulidade do negócio jurídico, prevista no âmbito da parte geral daquele *Codex*.

Exemplos disso é que o casamento nulo pode convaler, o que não se evidencia como possível no âmbito da teoria geral dos negócios jurídicos, bem como que o defeito de idade torna o casamento anulável, quando na previsão normativa geral implicaria em solução diversa, isto é, seria nulo (WALD, 1990, p. 19).

Outra nota relevante é que interesses tidos como eminentemente patrimoniais se evidenciam como certo grau de disponibilidade, como é o caso do regime de bens para regulação de relações matrimoniais e convivenciais, o que faz evidenciar a prevalência da autonomia do âmbito das escolhas realizadas na seara das relações familiares.

Entretanto, não se pode igualmente observar que há situações no âmbito do Direito de Família em que o princípio da não intervenção ou da liberdade, que se evidenciam a autonomia, cede espaço para a imprescindível e justificável da proteção (e conseqüente intervenção), como é o caso da obrigação alimentar e do estatuto de bens dos incapazes.

Para a compreensão das singularidades do Direito de Família e de uma possível conciliação da contratualização de relações, não se pode esquecer que o



ramo em questão se apresenta – em vários pontos – como formal e solene, como se evidencia nas hipóteses do casamento e do reconhecimento de filhos, na qual se impõe a necessidade de se observar os parâmetros legais e que demandam registro para que o ato alcance a plena validade.

Outra anotação nessa perspectiva é que há campo para uma necessária evolução do espaço que autonomia pode alcançar no âmbito do Direito de Família, como é o caso em que ela é tolhida, subjugando a plena capacidade das pessoas em livremente realizar as suas escolhas, como é o caso da imposição de regime de bens para pessoas com mais de 70 anos (MADALENO, 2020, e-book), ou até mesmo para a viabilidade de se legitimar escolhas que precedem a configuração de relações familiares e que não possuam o interesse de fraudar a lei, como é o caso do próprio contrato de namoro quando respeitados os seus próprios limites.

Como se vê, ainda que seja admissível, justificável e necessária a incidência da proteção de interesses familiares (o que viabiliza a incidência de uma interferência estatal em limitados campos), é preciso que sejam – além desse campo – respeitadas as escolhas individuais, a aquisição e administração livre do patrimônio familiar, priorizando o princípio da liberdade (LOBO, 2019, p. 68) e, por consequência, da autonomia na configuração das escolhas realizadas no âmbito das relações familiares. Em palavras mais diretas, é preciso que a autonomia ceda espaço para interferência apenas quando a incidência da proteção se evidencie como imprescindível e insuperável.

Isso se faz notar, inclusive, diante do indiscutível declínio do predomínio das normas imperativas no Direito de Família, pela evolução legislativa que se mostrou neste importante ramo, como se evidencia pela possibilidade de alteração de regime de bens, do divórcio extrajudicial, do planejamento familiar, da aceitação do parto anônimo, da liberdade do filho recusar reconhecimento voluntário de paternidade, da impugnação do reconhecimento de paternidade pelo filho menor pode impugnar nos quatro anos seguintes da sua maioridade (SOUZA & LOPES, 2021, p. 441).

Não se nega, como se viu, que haverá espaço tanto para a autonomia, quanto para a interferência estatal, mas – quando não se justifique a imprescindível



proteção por razões justificadas, como é o caso de interesses de menores – deve sempre se priorizar e valorizar a liberdade no âmbito das relações familiares.

E aqui obviamente não está a se tratar da autonomia da vontade, em que a liberdade se dá de forma irrestrita, mas sim da autonomia privada, na qual – respeitados os limites legais – as pessoas possam realizar as escolhas que julgarem pertinentes nas relações jurídicas que possam firmar (KONDER, 2020, e-book).

Assim, é imprescindível se ter em mente que os negócios jurídicos familiares, no âmbito do legítimo exercício autonomia privada, podem viabilizar que “cada um tenha sua família conforme sua aspiração de afeto e realização pessoal” (BENACCHIO, 2020, p. 205).

Como se vê, a autonomia privada precisa ser prestigiada no âmbito das relações familiares, o que evidencia espaço inquestionável para que a contratualização também legitime e viabilize as escolhas realizadas pelos sujeitos que se unem por tais vínculos (jurídicos).

A contratualização das relações familiares, respeitados os limites de incidência possível da autonomia privada, é medida mais do que necessária diante da crise da norma legislada do Direito de Família, em que situações contemporâneas acabam não sendo contempladas pelas disposições legais que se apresentam (SOUZA & LOPES, 2021, p. 441).

Não somente por ser adequada, possível e legal a incidência da contratualização das relações familiares, essa também precisa ser estimulada, pois representa importante mecanismo que pode contribuir para a desjudicialização de conflitos que ali se instauram e cuja resolução poderia ser facilmente alcançada se fosse viabilizada e priorizada a solução negociada.

É necessário também se compreender como imprescindível a incidência da contratualização das relações familiares como uma forma de se desburocratizar o Direito de Família, afastando a “inflação legal” aí incidente e “supervalorizando” as convicções individuais no âmbito das relações jurídicas aí incidentes (CARVALHO, 2020, on-line).



Com tais considerações, é que se pode afirmar para a inquietação inicial aqui posta, é que – mesmo diante das singularidades do Direito de Família, sobretudo a da justificável incidência de interferência estatal pela imprescindível proteção – a autonomia privada precisa ser prestigiada nas relações jurídicas ali firmadas, viabilizando-se por meio da contratualização dos interesses familiares.

3 QUAIS OS CONTORNOS DE UM POSSÍVEL CONTRATO FAMILIAR?

Superada a questão preliminar e já se tendo em mente que – mesmo diante das singularidades do Direito de Família e respeitados os limites da incidência da autonomia privada, a contratualização das relações familiares é possível, é necessário agora analisar quais seriam os possíveis contornos de pacto dessa natureza.

O contrato familiar é um pacto firmado por um casal ou por um grupo familiar, com o objetivo de definir as regras próprias a regulamentação das relações a eles inerentes, conforme a manifestação de vontade dos sujeitos que a elas integram, respeitados os limites legais que definem o alcance do exercício da autonomia privada.

A contratualização das relações familiares pode incidir durante todo o ciclo familiar, isto é, antes, durante e depois da constituição dos vínculos familiares, estando limitada – não somente pela imposição legal, como já se disse – mas também pelos princípios máximos do direito, como são o caso da dignidade da pessoa humana, igualdade, vedação de discriminações de gênero, vedação da afronta a vulneráveis, como é o caso das crianças, adolescentes e pessoas com deficiência (SOUZA & LOPES, 2021, p. 443).

O contrato pré-nupcial, cuja previsão reside nos artigos 1.640 e 1.711 do Código Civil, é a evidência maior da contratualização das relações familiares. O referido pacto geralmente é lembrado apenas em relação ao regime de bens, mas seu alcance pode ir muito além pela simples intelecção dos comandos normativos



retro citados, como é o caso da possibilidade de previsão a administração do patrimônio comum do casal, regulamentação das doações entre o casal e terceiros, previsão a respeito de pensão alimentícia em caso de futuro divórcio ou dissolução de união, estipulação de bem de família (SOUZA & LOPES, 2021, p. 444).

Entretanto, o alcance por ser ainda mais amplo, como se nota do enunciado 635 da VIII Jornada de Direito Civil, realizada pelo Conselho de Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, cujo teor evidencia que “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, 2020, on-line).

O pacto antenupcial pode tratar igualmente de regras e estipulações no que referem a escolha do nome dos filhos, a educação religiosa ou não a ser destinada para prole e “todos os assuntos que poderiam gerar a desavença de um casal” (PEREIRA, 2020, e-book).

Há quem sustente a possibilidade de que o pacto antenupcial tratar sobre cláusulas de conteúdo moral, como seria o caso da dispensa do dever de fidelidade, pois o seu conteúdo revela questões de intimidade do casal, que a esse apenas competiria tratar e cujo interesse não diz respeito ao Estado (PEREIRA, 2020, e-book).

A questão da dispensa da fidelidade (ou da admissibilidade da infidelidade) em relações matrimoniais ou conjugais não é questão tão simples, pois há quem igualmente defenda a ineficácia do contrato, diante dos deveres impostos pela lei a respeito da hipótese em questão (MADALENO, 2020, e-book).

É preciso se compreender a questão no sentido de que a família, enquanto instituição, merece ser amparada e protegida, mas igualmente não se mostra aceitável a imposição da compreensão existencial de cada pessoa, bem como o desejo íntimo de cada um dos casais. A estipulação de cláusulas morais pode eventualmente sim contribuir para a legitimação de tais escolhas, propiciando a estabilização e harmonização das relações familiares e, por consequência, dos



próprios núcleos familiares que assim restam compostos, com suporte na transparência e dinamicidade das opções realizadas por cada casal.

As escolhas, por sua vez, que venham eventualmente ser realizadas pela via da contratualização das relações familiares, nunca é demais lembrar, precisam respeitar os limites que são impostos ao exercício da própria autonomia privada e da imprescindibilidade da proteção.

Outra previsão igualmente possível no âmbito dos pactos antenupciais é a convenção de arbitragem, a qual – no entanto – ficaria limitada às questões de ordem patrimonial, em razão das limitações impostas pela própria lei (PEIXOTO, 2019, p. 9).

No âmbito das impossibilidades, tem-se que o respeito aos preceitos absolutos de lei é premissa elementar para a incidência da contratualização das relações familiares. A inobservância de tais preceitos absolutos por qualquer contrato implicam na respectiva nulidade de cláusulas ou convenções que assim os transgridam, pela simples intelecção do artigo 1.655 do Código Civil.¹

Em que pese a hipótese do pacto nupcial escancarar a inegável contratualização das relações familiares, não se pode esquecer que as referidas

¹ Como hipóteses de violação a preceitos absolutos de lei, Flávio Tartuce (2019, e-book) recorda das seguintes possibilidades: “– Previsão contratual que estabelece que o marido, nos regimes da comunhão universal ou parcial de bens, possa vender imóvel sem outorga conjugal, afastando o art. 1.647, I, do CC. – Cláusula que determina a administração dos bens de forma exclusiva pelo marido, pois a mulher é incompetente para tanto, afastando a isonomia constitucional. – Cláusula que estabeleça a renúncia prévia aos alimentos, infringindo a regra do art. 1.707 do CC. – Cláusula que regulamenta previamente as regras referentes à guarda dos filhos, para o caso de divórcio do casal. – Cláusula que afaste o regime da separação obrigatória de bens nas hipóteses descritas pelo art. 1.641 do CC (TJMG, Apelação Cível 0095286-21.2008.8.13.0023, Alvinópolis, 5.ª Câmara Cível, Rel. Des. Manuel Bravo Saramago, j. 16.06.2011, *DJEMG* 11.07.2011; e TJRJ, Apelação Cível 9014/2004, Rio de Janeiro, 3.ª Câmara Cível, Rel. Des. Antonio Eduardo F. Duarte, j. 26.10.2004). – Cláusula que estabelece regras sucessórias no pacto antenupcial, criando um regime denominado de “separação total de bens, com efeitos sucessórios” (TJMT, Apelação 15809/2016, Capital, Rel. Des. Sebastião Barbosa Farias, j. 21.06.2016, *DJMT* 24.06.2016, p. 82). – Cláusula que exclui expressamente o direito sucessório do cônjuge sobrevivente, afastando as regras da sucessão legítima (ver: STJ, REsp 954.567/PE, 3.ª Turma, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 10.05.2011, *DJE* 18.05.2011). Anote-se que a própria codificação veda a renúncia a direitos da personalidade (art. 11 do CC/2002), o que igualmente se aplica à autonomia privada do casamento. Entretanto, é fundamental deixar claro que eventual nulidade de cláusula do pacto antenupcial não pode prejudicar o restante do ato, o que é a aplicação do princípio da *conservação dos negócios jurídicos*, que visa à manutenção da autonomia privada, também em sede de casamento. Assim, a parte útil não fica viciada pela inútil, aplicando-se a máxima *utile per inutile non vitiatur* (art. 184 do CC)”.



escolhas também podem ser ilustrada pela regulamentação do regime de convivência que se estabelece no âmbito das uniões estáveis.

A diferença mais significativa se dá pela via da forma documental para a realização das escolhas no âmbito das uniões estáveis, por serem livres, razão da possibilidade de se estabelecer inclusive por meio de instrumentos particulares, enquanto o pacto antenupcial se estabelece pela via obrigatória da formalidade, inclusive para o não comprometimento da sua validade (SOUZA & LOPES, 2021, p. 444).

Em que pese a liberdade na forma eleita para o contrato de convivência, tem-se que isso não impede a compreensão de preceitos igualmente aplicáveis ao casamento, como é o caso da vedação de efeitos retroativos às escolhas formalmente realizadas pela via negociada, não se admitindo, portanto, efeitos retroativos do pacto de união estável, conforme vem decidindo, mais recentemente, o Superior Tribunal de Justiça, a exemplo do que se decidiu no Recurso Especial nº 1.383.624/MG (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2020, on-line).

Ainda sobre o pacto antenupcial, é preciso se reconhecer – como já se disse nas linhas anteriores – que ele possui a natureza de contrato, lembrando que as escolhas aí realizadas podem ser inclusive revisadas, como se nota da possibilidade de mudança de regime de bens eventualmente escolhido pelo casal (NADER, 2016, p. 77). Nesse ponto, observação importante é que a desburocratização que se espera do Direito de Família e a priorização da autonomia privada no âmbito das suas relações impera se rogar o avanço no tema viabilizando a mudança de forma extrajudicial (e não obrigatoriamente extrajudicial), pois se o pacto antenupcial pode ser assim feito, não há razão para que a mudança e alteração das escolhas nele realizadas se faça obrigatoriamente de forma judicial (SOUZA & LOPES, 2021, p. 445).

Não se deve ter dúvida, diante da afirmada natureza contratual do pacto antenupcial, que ele deve observar rigorosamente todos os requisitos exigidos pelo Código Civil no âmbito dos negócios jurídicos familiares, quais sejam: “a) capacidade das partes (art. 1.654, do CC); b) que o conteúdo seja lícito, não constitua fraude à



lei ou violação à norma cogente (art. 1.655, do CC); c) que a manifestação da vontade seja íntegra e sem vícios; d) que seja observada a forma prescrita em lei (art. 1.640, do CC); o que não difere do artigo 104, do Código Civil, que disciplina a validade dos negócios jurídicos em geral” (SOUZA & LOPES, 2021, p. 446).

Outra possibilidade de contrato no âmbito das relações familiares é o contrato “intramatrimonial” (CARVALHO, 2020), pós-nupcial ou repactuação, que, em regra, pode ser direcionado, para questões de ordem patrimonial, mas também poderiam lançar mão de questões não patrimoniais e que sejam passíveis de negociação. A sua celebração dessa modalidade negocial deve ser formal, no caso de casamento e livre, em se tratando de união estável.

Nesse ponto, vale desde já observar que os contratos familiares não se mostram com a frequência desejada no Brasil, pois o tema talvez não seja objeto de conhecimento pelas partes, pela despreocupação com situações de conformidades ou objeções com preocupações ligadas a circunstâncias patrimoniais, como é o caso do popular “golpe do Baú” (SOUZA & LOPES, 2021, p. 445).

O referido contrato, assim, como o anterior, poderia, por exemplo, regular a viabilidade de cláusula penal no caso de divulgação de vídeos íntimos por algum dos sujeitos da relação matrimonial ou convivencial, bem como versar sobre a educação dos filhos, a destruição das tarefas do lar, as horas que devem ser dedicadas para a família, bem como o rateio das despesas para a manutenção do lar (SOUZA & LOPES, 2021, p. 446).

As soluções negociadas, já estimuladas pelo próprio Código de Processo Civil de 2015 (a exemplo dos artigos 308, § 3º e 334) e pela Lei de Mediação (Lei 13.140/2015), precisam também ser estimuladas no âmbito das relações familiares, pois, como propõe Fernanda Tartuce (2021, *passim*), aquelas propiciam a resolução cooperativa das circunstâncias conflituosas eventualmente instaladas beneficia a comunicação, o reconhecimento da legitimidade do outro e estimula a consensualidade.

Numa terceira etapa temporal dos vínculos familiares, tem-se a possibilidade de contratos pré-divórcio ou pré-dissolução, como são os casos dos negócios



jurídicos processuais, previstos expressamente pelo Código de Processo Civil de 2016 (RIBEIRO, 2019, e-book; SOUZA & LOPES, 2021, p. 445).

Sobre o tema, igualmente relevante observar que as convenções processuais, conforme estipulação do Enunciado 18 da I Jornada de Direito Civil, podem ser conteúdo de pactos antenupcial, bem como de contratos de convivência (CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL, on-line; THEODORO JÚNIOR, 2020).

Avançando ainda mais na linha temporal, pode-se afirmar que outra modalidade negocial é o contrato pós-divórcio ou pós-dissolução, os quais podem trazer ajustes diante de novas possibilidades ou necessidades que se apresentem para aqueles que já romperam os vínculos matrimoniais ou convivenciais, como seria o caso de pendências em relação a partilha de bens, por situações ligadas aos filhos ou até mesmo por conta de vínculos diversos daqueles eventualmente mantidos pelo casal (SOUZA & LOPES, 2021, p. 445).

Todos as modalidades contratuais aqui destacadas são importantes e relevantes e merecem ser estimuladas, mas demandam conhecimento e maturidade dos sujeitos das relações familiares, a fim de que vínculos tão singulares como são os construídos nessa modalidade de relação possam também permitir a construção das melhores soluções – em caráter preventivo ou não – para as peculiaridades e escolhas realizadas pelo casal.

Abordagem igualmente relevante depois de consideradas as possibilidades contratuais no âmbito das relações familiares é a de que os pactos são firmados para serem efetivamente cumpridos, mas é imprescindível deduzir a possibilidade do descumprimento das convenções construídas entre as partes contratantes numa modalidade negocial totalmente singular, como são os contratos incidentes no Direito de Família.

Assim, caso não haja a execução normal e extinção normal com o cumprimento do contrato (RIZZARDO, 2019), é preciso se considerar as demais possibilidades de extinção negocial, sem deixar de considerar que, no âmbito das relações familiares, há uma predominância de obrigações de trato sucessivo (MIRAGEM, 2018, p. 99).



Como se sabe, as modalidades de extinção de um contrato pode ser dar nas hipóteses de: (i) rescisão (isto é, quando se dá por iniciativa de uma ou de ambas as partes); (ii) resolução (pelo inadimplemento do pactuado por uma ou ambas as partes, sendo esse um direito potestativo do credor); (iii) rescisão (que estaria reservado para situações de nulidade); (iv) pelo falecimento de uma das partes negociantes; e, por fim, (v) nas hipóteses de caso fortuito ou força maior (GAGLIANO & PAMPLONA FILHO, 2019, p. 234).

O descumprimento do contrato pode ser absoluto ou relativo, o que se evidencia, na primeira hipótese, diante da impossibilidade de cumprimento das obrigações ou, na segunda hipótese, no caso de – ainda que parcialmente – serem possíveis o cumprimento das obrigações estipuladas (MIRAGEM, 2015, p. 92).

Sobre a específica situação de extinção do contrato por caso fortuito ou força maior, tem-se a importância de lembrar que a hipótese não traz consequências para as partes negociantes, conforme assinala o artigo 393 do Código Civil.

A hipótese de descumprimento do contrato precisa igualmente ser relacionada com a possibilidade de revisão contratual, sempre considerando a manutenção e conservação dos negócios jurídicos merece, quando possível for, ser prestigiada, objetivando retornar o equilíbrio contratual entre as partes envolvidas (TARTUCE, 2020, e-book; TEPEDINO, 2021).

A chance de não resolução, trazida pelo artigo 479 do Código Civil, é hipótese merecedora de anotação, pois diretamente relacionada a questão de uma possível extinção do pacto, mas não parece equitativa a ideia de que essa fica limitada a vontade e decisão de apenas uma das partes envolvidas (GAGLIANO & PAMPLONA FILHO, 2015, p. 92).

Ainda sobre a perspectiva de uma revisão contratual, no que se refere especificamente aos pactos familiares, é importante se anotar que, ainda que não seja desaconselhável a revisão, até porque a modificação pode decorrer da própria vontade dos sujeitos negociantes, tem-se que a sensibilidade do magistrado que assim imponha tal obrigação merece ser aguçada, pois é imprescindível que sejam enaltecidas e prestigiadas, na análise e eventual imposição, a confiança



estabelecida entre os integrantes de um núcleo familiar, a manifestação da vontade significativa maior da autonomia privada, bem como o pleno exercício dos direitos da personalidade envolvidos (SOUZA & LOPES, 2021, p. 446).

Paralelamente, a hipótese do descumprimento contratual deve ainda conduzir igualmente para a ideia de responsabilidade civil contratual, abrindo espaço para discussão de perdas e danos, em decorrência de possíveis prejuízos constatados (sejam eles considerados emergentes, lucros cessantes ou morais), bem como para a incidência de juros, correção monetária e honorários advocatícios (nos termos do que prescrevem os artigos 389 a 395 do Código Civil).

Ainda no âmbito da responsabilidade civil contratual, a cláusula penal ganha relevância significativa, pois ela permite a prefixação de uma possível reparação no caso de descumprimento de contrato.

Nesse ponto, torna-se necessário superar a inquietação quando se vincula a cláusula penal aos contratos familiares, qual seja: seria possível a sua incidência no âmbito de tais negociações e, por consequência, prefixar os danos daí decorrentes? Essa pergunta será objeto de enfrentamento na próxima seção do presente trabalho.

4 É VIÁVEL, NA INCIDÊNCIA DA RESPONSABILIDADE CONTRATUAL, A PRÉ-FIXAÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS EM DOCUMENTO ESCRITO PELO CASAL?

Bem compreendida não só a possibilidade da contratualização dos interesses familiares, mas também todas as singularidades que se apresentam em relação aos contratos aí especificados, resta saber, como se aguçou na seção anterior, se é possível incidir a prefixação de uma indenização por danos incidentes em conflitos familiares no âmbito de tais pactos. É o que se propõe enfrentar na seção final deste trabalho.



Vale inicialmente ressaltar que a questão problemática evidencia tema, além de instigante, muito rico, pois une três ramos diferentes do Direito Civil, qual seja a Responsabilidade Civil, o Direito dos Contratos e o Direito de Família.

Ademais, trata-se de tema pouco estudado, razão pela qual a contribuição da investigação sobre o assunto pode ser evidenciada na difusão e conhecimento, viabilizando a sua utilização na prática, bem como com a desmistificação das dúvidas indevidas sobre o instituto.

Igualmente relevante é se notar que a ocorrência de danos no âmbito do Direito de Família pode suceder decorrentes de ilícitos, bem como por conta de danos contratuais, aptos a ensejar, respectivamente, a incidência da responsabilidade civil extracontratual e contratual.

Nesse sentido, é preciso se recordar que, enquanto a responsabilidade civil extracontratual exige para sua imposição a conjugação de dano, conduta humana, nexos causal e, eventualmente, culpa, tem-se que, na responsabilidade civil contratual, os requisitos caracterizados consolidam-se na preexistência de uma relação obrigação e o consequente descumprimento do dever (BRAGA NETTO, 2019, p. 123).

O impacto probatório é também significativo. Enquanto na responsabilidade civil contratual, tem-se que a culpa é presumida, viabilizando-se o ônus da prova, basta a existência do contrato válido, a comprovação da inexecução do contrato, o dano e o nexos causal (CAVALIERI FILHO, 2019, p. 223), tem-se que na responsabilidade civil extracontratual exige-se a demonstração pela parte lesada dos elementos essenciais (dano, conduta humana e nexos causal) e, eventualmente, se o caso assim exigir, também do elemento accidental (culpa *lato sensu*).

A divisão da responsabilidade civil nas modalidades apresentadas, conquanto tenha significado e compreensão, tem igualmente sido motivo de críticas por conta da dicotomia e dualidade que evidenciam, julgando-se que o tratamento unificado do dano seria mais apropriado na contemporaneidade, inclusive considerados os aspectos de ordem normativa (TARTUCE, 2020), bem como diante de uma possível tendência de unificação pela jurisprudência no tratamento das



referidas categorias, inclusive quando se aprecia questões como o prazo prescricional (PEREIRA, 2018; TEPEDINO, 2018).

Fato é que, no estado atual da arte, o tratamento jurídico da responsabilidade civil precisa considerar o fundamento jurídico que a apresenta, isto é, se incide em decorrência da imposição contratual ou, então, se decorrem de imposição legal.

Superadas essas observações preliminares e dado o recorte temático eleito para o presente trabalho, é preciso esclarecer, desde já, que se a contratualizações dos interesses familiares é medida viável, tem-se que a responsabilidade contratual também deve ser facilmente admitida, desde que – obviamente – sejam respeitados os mesmos limites, requisitos e condições para viabilidade do próprio pacto em si.

Outra questão relevante a se observar é que certas demandas podem suscitar a ocorrência da responsabilidade civil contratual ou extracontratual, como é o caso, por exemplo, da própria infidelidade, podendo – caso haja contratualização dos interesses familiares – incidir eventual cláusula penal e – caso não se tenha cuidado da regulamentação negocial dos assuntos em questão – decorrer da ação ilícita, viabilizando o dever de reparação com suporte na lei.

Focando-se na cláusula penal, cujo propósito é “reforçar ou estimular o cumprimento dos deveres que integram a obrigação” (MIRAGEM, 2015, p. 536) e é assunto central do presente trabalho, tem-se que essa pode se apresentar em duas categorias (GAGLIANO, 2019), uma compensatória (com intuito reparatório) e outra como moratória (em decorrência do atraso no adimplemento de obrigações familiares).

A cláusula penal, também passível de ser denominada como multa (TARTUCE, 2020), pode incidir nos contratos familiares nas suas duas modalidades, bastando obviamente que haja a previsão no respectivo pacto. Para ilustrar, por exemplo, pode-se citar a circunstância da infidelidade como causa de incidência para a cláusula penal compensatória, enquanto a moratória pode ser ilustrada na hipótese de adimplemento de obrigações em relação aos filhos.



Especificamente em relação a cláusula compensatória (mais afinada com a proposta do presente trabalho), é bom se observar, como sucede nos negócios jurídicos em geral, tem-se que a ocorrência de prejuízo adicionais podem viabilizar pleito de reparação complementar respectiva, já que – nessa circunstância – ela representaria indenização mínima para a circunstância lesiva verificada (VENOSA, 2020).

Doutra quadra, importante ressaltar que a hipótese tratada pelo Código Civil no artigo 412, que versa sobre a limitação da cláusula penal ao valor da obrigação principal, o que poderia legitimar a redução equitativa, no caso de cumprimento parcial ou se for essa excessiva, diante da natureza e finalidade negócio, tem-se que a incidência em relação aos contratos familiares restaria inexecutável, dada a ausência de valores nas prestações que se estabelecem nesse tipo de vínculo, além de militar contra a autonomia privada e o consenso estabelecido na manifestação da vontade das partes (SCHEREIBER, 2020).

Compreendida como válida, lícita e adequada a negociação familiar e, por consequência, da própria responsabilidade civil contratual, tem-se que enaltecer o fato de que a prefixação de danos pode legitimar indenizações que nem sempre são reconhecidas pelas Cortes brasileiras, como é o caso da própria infidelidade já citada em algumas oportunidades neste trabalho (SOUZA & LOPES, 2021, p. 447).

Além de garantir a segurança jurídica almejada pelas partes e estabilização das relações jurídicas mantidas nessa seara, tem-se que a solução consensualmente estipulada pelas partes por previsão contratual pode-se impor sem restar necessário o juízo por terceiros. Esse aspecto enaltece a relevância da temática aqui exposta.

Outra perspectiva relevante é que a prefixação de indenização por danos ocorridos no âmbito das relações familiares permite a justa reparação, pois já consensual e negociada pelas partes quando decorrente de previsão contratual, isso porque nem sempre o *quantum* indenizatório satisfaz as partes, o que faz também igual justificar a importância do instituto estudado.



De tudo o que aqui se registrou, em jeito de síntese, tem-se que a cláusula penal, como instrumento de prefixação de danos pelo casal dos interesses familiares que julgarem relevantes de tal previsão, deve ser admitida como válida e legal, além de estimulada para utilização por viabilizar benefícios inequívocos na pacificação, harmonização e estabilizações das relações familiares, ainda que eventualmente os vínculos matrimoniais ou convivenciais não se perpetuem.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para o presente trabalho foi lançado como problema para a presente investigação a possibilidade de prefixação da indenização por danos ocorridos no âmbito das relações conjugais e convivenciais.

Como forma de enfrentamento dessa inquietação central, algumas questões preliminares, aqui reafirmadas, foram lançadas para a identificação de possível resposta para o problema proposto, quais sejam: é possível cogitar a contratualização do Direito de Família diante das suas singularidades? Quais os contornos de um possível contrato familiar? É viável a incidência da responsabilidade contratual no âmbito das relações familiares e a prefixação de uma eventual indenização por danos em documento escrito pelo casal?

Apresentadas as razões aqui colhidas no presente texto, foi possível notar que as singularidades que o Direito de Família efetivamente apresenta, inclusive pela relação jurídica peculiar que regula, não afasta a incidência da contratualização das relações familiares. Muito pelo contrário. Aliás, a incidência da contratualização no âmbito do Direito de Família não é algo recente, bastando para tanto se lembrar do pacto antenupcial e de todas as suas possibilidades.

Evidentemente que a contratualização no âmbito desse ramo deve observar certos limites e possibilidades de interferência estatal, especificamente quando essa efetivamente assim se justifica, isto é, quando há circunstância legitimadora da incidência da proteção estatal ou de prescrições legais insuperáveis.



Entretanto, como se viu, a autonomia privada, que compreende tais limites, deve sempre ser prestigiada no âmbito das negociações jurídicas, inclusive aquelas que envolvem relações familiares, pois representam as escolhas desejadas entre os sujeitos envolvidos e o exercício amplo dos direitos de personalidade.

No tocante aos contratos familiares, tem-se que – consideradas obviamente as suas peculiaridades – estes se mostram adequados, válidos, lícitos e possíveis em todo o ciclo que envolvam relações matrimoniais ou convivenciais, isto é, antes, durante e depois da sua própria existência (ou dissolução), o que revela também o significativo alcance do instituto colocado para análise.

Se as negociações jurídicas no âmbito do Direito de Família merecem admissibilidade, tem-se que igualmente deve ser admitida a incidência da responsabilidade contratual, legitimando-se por meio da cláusula penal e viabilizando, portanto, a prefixação de indenização por meio do referido documento.

Como se viu, a aceitação da contratualização das relações familiares e, por consequência, da própria responsabilidade civil contratual, pode ser instrumento desburocrizador dos conflitos familiares e que tem inúmeros potenciais, sobretudo o de garantir segurança jurídica, pacificação no curso e após extinção de tais vínculos, bem como de harmonização e estabilização das relações jurídicas de tal natureza.

REFERÊNCIAS

BENACCHIO, Marcelo. **Autonomia privada e Direito de Família**: Contratualização da família? Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/anais/36/10_1379.pdf. Acesso em: 28.dez.2020.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto, et. al. **Novo tratado de responsabilidade**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. **VIII Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/viii-enunciados-publicacao-site-com-justificativa.pdf>. Acesso em: 25.dez.2020.



CARVALHO, Dimitre Braga Soares. **Contratos familiares**: cada família pode criar seu próprio Direito de Família. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/artigos/1498/Contratos+familiares%3A+cada+fam%C3%A9Dlia+pode+criar+seu+pr%C3%B3prio+Direito+de+Fam%C3%ADlia>. Acesso em: 25.dez.2020.

BRASIL, STJ. **REsp 1.383.624/MG**. Disponível em: [www.stj.jus.br > informativos > RTF > Inf0563](http://www.stj.jus.br/informativos/RTF/Inf0563). Acesso em: 26.dez.2020.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, volume 4: contratos. 2. ed. unificada. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, volume 2: obrigações. 20. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

KONDER, Carlos Nelson, *et. al.* **Contratos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: volume 5: famílias. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LOPES, Maísa de Souza. **Da Responsabilidade civil do terceiro ofensor nas relações de família**. Curitiba: CRV, 2020.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MIRAGEM, Bruno. **Direito civil**: direito das obrigações. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito civil**: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2015.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**, v. 5: direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PEIXOTO, Fabiano Hartmann, IANELLI, Vivian Salomão. Pacto antenupcial e a cláusula de arbitragem: limites e possibilidades. **Civilistica.com**, a. 8, n. 2, 2.2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil** – Vol. V / Atual. Tânia da Silva Pereira. 25. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.



PEREIRA, Caio Mário da Silva, TEPEDINO, Gustavo. **Responsabilidade Civil**. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

RIBEIRO, Marcelo. **Processo Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RODRIGUES JR, Otavio Luiz. **Direito Civil contemporâneo**: estudo epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2 ed. rev, atual, e ampl, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019.

SCHREIBER, Anderson. **Obrigações**. Org. Gustavo Tepedino. 1. ed. - Rio de Janeiro : Forense, 2020.

SOUZA, Carlos Eduardo Silva e & LOPES, Maisa de Souza. “Contratualização” de interesses familiares e a prefixação de danos em instrumento escrito pelo casal. In: SOUZA, Carlos Eduardo Silva e & ONUMA, Tatiana Tomie. **Direito civil contemporâneo e direitos fundamentais**: questionamentos, reflexões e novas propostas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2021.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: direito de família – v. 5. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TARTUCE. Flávio. **Direito Civil**: teoria geral dos contratos e contratos em espécie, v. 3. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TEPEDINO, Gustavo, *et al.* **Fundamentos do direito civil, vol. 3 – Contratos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Código de processo civil anotado**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: obrigações e responsabilidade civil. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

WALD, Arnaldo. **Direito de Família**. 7ª ed. rev. ampl e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

