

Dossiê

II Congresso Internacional de Direito e Inovação

Contratualização da conjugalidade: validade e eficácia

SILVIA MARZAGÃO*

* Advogada especializada em Direito de Família e Sucessões, Mestre em Direito Civil pela PUC-SP. Presidenta da Comissão Especial da Advocacia de Família e Sucessões da OAB-SP. Atuação em grandes litígios, procedimentos consensuais, mediações e arbitragem. Atuante em sociedades de classe e em institutos ligados ao Direito de Família e Sucessões.

Silvia Marzagão

Bom dia a todas as pessoas. Gente, que prazer, que emoção de estar aqui nesse Congresso. Daniel, a gente tem que te agradecer muito, não só na pessoa física, mas também em nome da associação As Civilistas, porque, para nós, concretizar essa associação já foi motivo de grande orgulho e grande alegria, diante de várias dificuldades inerentes às questões femininas. E hoje eu tenho a alegria de ter acabado de receber a notícia de que a OAB de Pernambuco – não sei se vocês estavam acompanhando a votação da lista sétupla da OAB de Pernambuco – foi feita com a criação de uma cota de gênero para homens. Porque, com a instituição de uma ação afirmativa de que é necessária paridade na escolha dos nomes, interpretaram que, já que é necessária paridade, havendo mulheres mais votadas, elas seriam excluídas para que dois homens integrassem a lista, já que a ideia é de paridade. Engraçado que durante todos os séculos em que não houve nenhuma presença feminina em nenhuma lista, ninguém questionou paridade. Quando se cria uma ação afirmativa para que haja um avanço, ela é utilizada contra nós. E é sobre isso que a gente fala.

E quando a gente fala sobre isso, a gente tem resistências, porque para que nós tenhamos esse tipo de evento aqui, de fato, alguns homens tiveram que ceder os lugares que, por alguma razão, julgam que são deles por natureza. E tenho um recado para dizer: não é. E não voltará a ser. E especialmente porque o conteúdo técnico dessa mulherada que está aqui é uma coisa impressionante. O painel que nos antecedeu hoje, nós temos uma dificuldade significativa aqui, gente, vamos deixar bem claro. É algo impressionante. Então, ouçam, leiam, contratatem mulheres civilistas, tributaristas, todas as “istas”, não só porque nós temos que ocupar esses lugares, mas porque o nosso trabalho é excepcional. Então, isso precisa ficar muito claro.

Eu tenho uma difícil tarefa aqui de falar ao lado dessas grandes civilistas, que são a minha referência. As pessoas falam para mim assim: "Nossa, mas nos seus eventos não têm homens?" Tem, cotistas. Mas, porque a minha referência de Direito Civil é uma referência feminina. Então, eu penso nas minhas referências, eu penso nessas mulheres que me ladeiam, o que me faz me deixar nervosa de falar aqui perto de vocês. Não é algo muito comum, mas hoje, em especial, eu estou. E também falar sentada é uma coisa que não é muito fácil para mim, mas eu vou fazer esse esforço.

Eu vim tratar de contratualização do Direito das famílias. E eu tenho estudado esse tema há algum tempo e tenho percebido o quanto a gente tem falado disso e pensado do porquê a gente tem falado tanto da contratualização do Direito das famílias. A gente tem falado disso primeiro porque nós estamos partindo de discussões que tratam de transformar realidade em situações que possam, de fato, ser trazidas para o mundo jurídico, com validade e eficácia. O que eu quero dizer com isso? Eu quero dizer que nós estamos aqui conversando de uma situação, a contratualização, que existe há muito tempo. Ela só não está formalizada.

E nós estamos avançando, inovando, para pensar em alternativas de como fazer com que essas situações que se perpetuam nas relações sejam de fato validadas e passíveis de exigência quando aqueles combinados, que às vezes duraram décadas, já não têm mais a mesma graça, a mesma eficácia, a mesma segurança de serem vivenciados por aquela família, porque às vezes uma ruptura se aproxima, porque uma crise se aproxima. Nós partimos de uma situação em que as pessoas buscam comunhão plena de vida. Isso é a intenção do casamento. Elas buscam a comunhão plena das próprias vidas. O que para mim é comunhão plena de vida não é necessariamente o que é pra Carol, pra Marília, pra Dani, pra Jennifer e para todos vocês que estão sentados aí.

Dentro dessa parcela de subjetividade da conjugalidade e dentro dessa parcela do que cada um dos casais estabelece como possível para si, nós não temos instrumentos hoje capazes de atender o que essas pessoas pensam para as suas próprias vidas, porque nós temos limitações nos pactos antenupciais e nos pactos pós-nupciais, que são significativas quando a gente pensa nessa possibilidade de contratualização. A primeira grande limitação do pacto antenupcial é que ele é feito antes do casamento. E antes do casamento, antes da existência da conjugalidade, não se sabe o que de fato vai se enfrentar ao longo dele. E mais, ele é feito no momento em que as pessoas estão naquele apaixonamento, não é? Eu vi desses dias um vídeo rodando no Instagram superinteressante da Viola Davis dizendo assim: você só descobre que você ama o seu parceiro, a sua parceria quando você olha para a cara dele e diz assim: "Eu quero matar você." Só que você repensa e diz assim: "Não, mas eu não quero matar porque eu gosto, né?" É assim, é assado, tem coisas que são boas. E aí você estabelece, volta para o corpo e consegue pensar nessa conjugalidade, nesse lugar da construção da parceria de fato.

Então, isso não existe no momento da lavratura de um pacto antenupcial, porque não existe conjugalidade, não há junção de escovas de dentes naquele momento ainda. E mesmo para pactos pós-nupciais, quando a gente tem toda uma dificuldade, inclusive na feitura deles – por exemplo, em São Paulo, eu só consigo fazer um pacto pós-nupcial com um alvará judicial, que eu apresento, ainda que eu não faça alteração do regime de bens, eu não consigo fazer um pacto pós-nupcial, sem que o juiz me autorize para que seja feito em cartório. Eu não consigo fazer um pacto substituindo o anterior. Então isso significa movimentar a máquina pública, o Judiciário, expor razões num documento público, uma escritura pública do que

a gente está pactuando, inclusive na nossa intimidade. Então, há limitações significativas.

Outra questão que a gente enfrenta é o fato de que nós temos deveres hoje, dentro do casamento, que não são mais coercitivos. Não há coercibilidade, por exemplo, no dever de fidelidade, no sentido de que, havendo infração a esse dever, a consequência que nós temos hoje é quase que insignificante. A gente imagina que – e isso não é uma crítica no sentido de que eu acho que a gente tem que pensar em discutir culpa, por exemplo –, mas fez com que, em alguma medida, virassem deveres quase que morais, no sentido de que são observados dentro daquele pacto, mas não necessariamente têm reflexos efetivos se nós tivermos o descumprimento deles. E aqui fica, inclusive, uma crítica, porque não podia deixar de fazer, ao anteprojeto com relação a terem sido reproduzidos todos os deveres do casamento, exatamente como estavam no Código de 1916, como estão no Código agora de 2002 e estão incluídos no mesmo rol, a mesma ordem e ainda com a inclusão de um novo inciso trazendo questões de parentalidade ligadas aos deveres do casamento. Não faz sentido nenhum isso. Especialmente quando a gente tem uma suposta intenção de adequar o Código a uma nova realidade familiar, a uma nova realidade, inclusive conjugal.

Então, era preciso que se olhasse também com essa intenção, se nós vamos fazer algum tipo de alteração para adequar a nova conjugalidade, talvez não fizesse sentido repetir fidelidade. Poderíamos pensar em lealdade. Eu acho que faz muito mais sentido dentro dessa dinâmica, inclusive de enfrentamento de modelos não tradicionais. Há pessoas hoje que têm pensado num casamento com uma conjugalidade diferente do que era há vinte, trinta, quarenta anos atrás.

A contratualização parte, e eu quero repetir isso com vocês, porque me parece, toda vez que a gente fala dela, que só se pensa na

intenção de alguém ser necessariamente lesado. Ou um pensamento tacanha de coisas do tipo “pra que que você vai contratualizar quem vai lavar a louça?” Isso eu já escutei várias vezes: “E você vai fazer um contrato para que?” Para saber quem vai lavar a louça? Ou números de relações sexuais. Gente, há uma infinidade de possibilidades para esse tipo de pactuação e para esse tipo de ajuste. E, mais, ele reflete, como eu disse para vocês, uma realidade posta. Moldando um pouquinho aqui a ordem, esses combinados existem. As pessoas pactuam entre si realidades com relação aos seus deveres conjugais que estão postas no dia a dia da relação. Eles existem e eles são cumpridos porque o cumprimento de contratos é regra, não é exceção. Tanto é que quem advoga sabe que quando a gente faz um divórcio consensual, por exemplo, eu faço alguns, eu diria que 90% deles são cumpridos. As pessoas fazem, assinam, vão embora e não voltam nunca mais, porque elas pactuaram aquilo, ajustaram. Então, os contratos são feitos para serem cumpridos e são cumpridos. E a terceira questão é: a boa-fé no nosso ordenamento é presumida e não o contrário. Parte-se do pressuposto que a má-fé é presumida. Todo mundo está fazendo isso para prejudicar alguém. Então, esses três pontos são primordiais para a gente avançar e pensar quais são as possibilidades e os pontos passíveis de contratualização e ajuste.

O primeiro deles que é passível de pensarmos em alternativas, é a própria pactuação da fidelidade. Primeiro, com uma modulação do que é fidelidade para aquele casal, com a possibilidade de afastamento da fidelidade, com a possibilidade de limitadores de ação até para dizer que atos tidos como comuns, por exemplo, conversas de WhatsApp, o “Oi sumida” no WhatsApp, é traição? Para alguns casais, é. Curtir foto no Instagram para alguns casais é. Um foguinho no Instagram é traição? Depende da visão daquela realidade conjugal. E aí as pessoas perguntam: “Mas para que vai contratualizar esse tipo de situação?” E aqui eu quero só fazer um

parêntese dizendo que eu sou uma advogada que estuda. Então, eu fiz um caminho inverso, eu fiz vinte anos de advocacia e a partir daí fui para a academia e a minha pesquisa vem muito do que aparece na minha vida do escritório, nas consultas do escritório.

E há casos, por exemplo, e um caso específico interessante com relação a essa questão da fidelidade, em que um casal vivia junto há bastante tempo e um deles falece. E quando falece, um filho que não era do casal, era só do que faleceu, encontra o celular dessa pessoa que faleceu e começa a mexer no celular da pessoa que faleceu. Tenso, né? É melhor levar junto com a gente, às vezes, não? E no celular encontra umas fotos desse que faleceu com o outro e com outras pessoas, numa situação, vamos dizer assim, no mínimo animada. Uma vida, digamos, animada. E essas fotografias foram utilizadas para descharacterizar a existência de uma vida conjugal hígida entre este casal originário, para dizer que há X tempo aquelas pessoas estavam separadas de fato, tentando afastar direitos do que ficou vivo em razão de uma vida sexual tida como não protocolar, digamos assim. Com uma vida que não é entendida pela sociedade como a única possível para um casal. Se eu tivesse um documento demonstrando que existia ali um pacto de que a existência de vida, de relações sexuais com terceiros, por exemplo, não atacava em nada a higidez da existência daquele núcleo de parceria, esse argumento não poderia sequer ser utilizado para qualquer fim no processo. E ainda que fosse utilizado, porque às vezes as pessoas não se filiam muito ao cassino, enfim, pelo menos trariam uma imagem bastante significativa para demonstrar o que aquela pessoa tenta em juízo afastar os deveres que foram existentes durante a relação. Então, algo que parece absolutamente desnecessário pode ser bastante interessante.

Outra possibilidade é com relação à mútua assistência. E foi uma situação também da minha prática, que me fez pensar nos

contratos dessa natureza e escrever sobre eles. Eu recebo uma moça no meu escritório, que é uma recém-casada, casada no regime de separação total de bens e ela me diz o seguinte: "O meu marido recebeu uma proposta de expatriação e vai embora do Brasil, uma superproposta, um salário incrível, uma experiência muito legal, só que significa o quê? Que eu vou ter que parar a minha carreira em definitivo, porque era uma carreira artística, interna, e ela teria que parar de trabalhar." A primeira coisa que me ocorre é dizer para ela: "Vamos fazer uma alteração de regime de bens e você vai participar pelo menos nesse incremento patrimonial que ele vai ter e de alguma maneira vai ficar segura com a situação. Ela me fala: "Eu não quero fazer isso. Primeiro porque nós combinamos que não faria, que o nosso casamento seria pautado para uma separação patrimonial, e, segundo, porque eu também tenho um patrimônio meu. Eu sei que o que é anterior não vai comunicar, enfim, dá para eu fazer restrições, mas dinheiro não tem carimbo e as coisas no dia a dia são confusas. Eu não quero."

Eu tinha duas alternativas, dizia para ela "Então vai embora, boa sorte" ou pensar em alguma possibilidade e foi o que eu fiz modulando a mútua assistência entre eles, a gente criou um documento em que ele se comprometia, de tempos em tempos, a fazer uns pagamentos para ela de uma quantia expressiva e que dependia da permanência lá e do fato de ela continuar afastada do mercado. E esse documento foi feito, assinado por ambos. Foi cumprido, foram feitos os pagamentos, eles passaram a temporada, voltaram para o Brasil. Está todo mundo supersatisfeito. E eu não consigo, de fato, encontrar nenhum tipo de ilicitude nessa situação, nenhum tipo de impossibilidade de contratualização de uma situação que eu repito: existe. São combinados que estão lá postos. Aí as pessoas dizem assim: "Ai, mas eu vou fazer isso, e os vulneráveis? Como é que eu vou tratar a questão dos vulneráveis?" Eu vou dizer

para vocês, com a experiência de quem já divorciou mais de mil pessoas, certamente, a ausência de formalização nunca protegeu vulnerável nenhum, nunca.

Se eu tivesse um papel de pão em algumas situações, como por exemplo, em modulação de coabitação, eu teria salvado um caso específico em que um casal morava numa cidade dormitório de São Paulo e um deles trabalhava no Itaim, num bairro de São Paulo, há uns 35 quilômetros de distância e todos os dias ia e vinha até que esse que trabalhava fora fala o seguinte: “Vamos fazer o seguinte, eu vou alugar um flat do lado do escritório, vou pra lá no domingo à noite, volto na sexta, depois do almoço, fico lá durante a semana, venho pra cá, no final de semana fico em casa, faço esse movimento. “Ah, não, tudo bem.” Então alugou o flat, foi, fez esse movimento, daí quando eu morava perto do escritório, a gente podia jantar terça, quarta e quinta fora, na sexta tinha que voltar, né? Agradável, no Itaim, ali em São Paulo, gostoso. Isso em janeiro, ficou legal. Ficou bem legal. Aí, quando eu cheguei em maio, esse que mudou diz assim: “Olha, sabe o que é? Eu quero me divorciar.” “Ai, mas como assim?” “Não, eu quero divorciar.” A pessoa diz: “Eu tô, assim, não tá legal a nossa relação, então vou divorciar.” “Bom, tá bom, vou me divorciar.”

Por uma dessas coincidências da vida, durante esse período, em março, essa pessoa que morava no flat recebeu uma significativa quantia em dinheiro. E na hora de fazer o acordo, disse o quê? “Nós estamos separados desde janeiro.” “Nós estamos separados desde janeiro, não. Você só estava morando lá em razão do trabalho, você ia e vinha, a gente ficava junto aqui.” “Não, estávamos separados.” Então, de um lado eu tinha uma pessoa gritando: nós estávamos juntos, você vinha em casa, nossa higidez de relacionamento existia e do outro lado eu tinha um contrato de aluguel do flat, um recibo de pedágio de ida e vinda só no final de semana. Tinha filhos em comum, então aquela pessoa que saiu e ia ver os filhos. Eu tinha uma situação

de uma pessoa que tinha uma vida independente fora de casa e eu tinha uma ruptura de regime de bens por conta de uma possível separação de fato. Foi reconhecida a separação de fato em janeiro. Eu não contei para vocês quem saiu de casa e quem ficou em casa. Vocês sabem quem foi. Se eu tivesse um documento dizendo que a inexistência de um lar comum não afasta a higidez daquele relacionamento e não significa separação de fato, eu teria salvo essa partilha que ficou prejudicada em razão de má-fé. E essa pessoa vulnerável não foi nem um pouco protegida em razão dessa situação.

E por fim, o mais polêmico deles, que eu sei que a Carol não concorda muito comigo, mas a gente ainda vai conversar mais sobre, que é a possibilidade de contratualizar cuidado de filhos. Gente, duas relações distintas: uma vertical, pai e mãe, filho e mãe, que ninguém faz nenhum tipo de acordo. Eu não posso olhar para minha filha hoje, muito embora eu queira em alguns momentos: “Filha, esse mês a mamãe não vai pagar sua escola, porque eu tenho que trabalhar, né? Se vira. Eu tenho outras intenções. Então a gente vai fazer esse combinado.” Evidente que não, essa relação vertical não pode ter nenhum tipo de ajuste, mas há uma relação trazida pelo legislador no dever da conjugalidade de cuidar do conjunto de filhos, que é horizontal. E aqui nesta relação, se um faz tudo e o outro faz nada, como dizia um psicólogo famoso: embaixo de um folgado tem sempre um sufocado. Então, se o sufocado aqui está fazendo tudo e o folgado está fazendo nada, por que eu não posso, em alguma medida, fazer ajustes compensatórios entre eles de que aquele que está fazendo nada vai pagar determinada quantia ou vai fazer um aporte mensal maior no lar por conta disso? Qual que é o impacto que isso tem na criação dos filhos? Lembrando que aquele lá não está fazendo nada e não vai fazer porque não tem um papel assinado. E se, eventualmente, tem o papel assinado, tem de alguma forma uma compensação.

A validade desse documento ao entrar no mundo jurídico, qual é? Se ele tem uma declaração livre e consciente de vontade, o objeto contratado é lícito e o agente capaz legitimizado para o ato, eu não posso dizer que não há possibilidade desse tipo de ajuste. Por fim, os efeitos que o contrato tem são de fato ligados ao que a manifestação das partes, do que as partes queriam e, mais do que isso, há possibilidade de a interpretação desse contrato se dar dentro de parâmetros estabelecidos por aqueles cônjuges e que possam atender inclusive as questões de vulnerabilidade, inclusive as questões ligadas aos considerandos do contrato. É uma coisa que quase a gente não usa quando contratualiza, que são os considerandos, são incríveis. É superimportante: considerando a possibilidade de ajustes que possam tornar melhor a busca pela comunhão plena de vidas, considerando que há uma discrepância financeira entre ambos, por exemplo, e que nós estamos reconhecendo essa vulnerabilidade e que esse reconhecimento e qualquer tipo de interpretação do contrato será feito em prol daquele reconhecido como vulnerável. Nós podemos, sim, utilizar esse instrumento de forma bastante válida. Até porque o amor é uma coisa ideal. O casamento é uma coisa real. A confusão de ambos, gente, jamais sai impune. E esse tipo de construção que a gente faz contratualizando é quase que um pouco desse desenho aqui. Os casais começam juntos, se estranham, voltam, vão para cima. O segredo é nunca soltar. E se precisar, eventualmente, em alguma medida, ajustar isso num pacto, por que nós não faremos e pensaremos na hipótese de dar a ele credibilidade, eficácia, validade.

Muito obrigada. Desculpem por ter passado um pouquinho aqui no meu tempo.

