



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO**

**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**LUCIANA GONDIM ÁVILA SANTOS**

**DIREITO DE FAMÍLIA MÍNIMO**

Salvador

2013

**LUCIANA GONDIM ÁVILA SANTOS**

**DIREITO DE FAMÍLIA MÍNIMO**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Cristiano Chaves de Farias

Salvador

2013

## TERMO DE APROVAÇÃO

**LUCIANA GONDIM ÁVILA SANTOS**

### **DIREITO DE FAMÍLIA MÍNIMO**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito,  
Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Salvador, \_\_\_\_/\_\_\_\_/ 2013

A

Moacyr Gondim Ávila (*in memoriam*),  
porque sei que estaria mais do que feliz em  
ver a minha vitória, as minhas conquistas.  
Por todo amor e carinho sempre dedicados.  
Minha eterna saudade.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, à minha família, Eugênia, João e Carol, por que sei que os dias de construção desta pesquisa não foram fáceis. Por aguentar meus dramas e as crises de desespero, pela paciência, amor e carinho e pelos conselhos quando mais precisei. Agradeço também ao meu namorado, Vitor, pela compreensão e amor dedicados a mim.

Principalmente, agradeço ao meu orientador, Cristiano Chaves de Farias, sem o qual não seria possível a realização deste trabalho. Pela excelente orientação realizada, pela paciência e cuidado em ler e corrigir todo o material, ainda que nos fins de semana e feriados ou na hora do almoço e por passar o seu conhecimento de modo tão facilitador, pela tranquilidade que me passou, mesmo com todo o meu nervosismo. Por sempre acreditar que tudo seria possível, meu muito obrigada, você é, com certeza, o melhor orientador que eu poderia ter escolhido.

Aos colegas e amigos de faculdade, por sempre terem a palavra de estímulo que precisei, pela ajuda na construção da monografia e pelas risadas, que, muitas vezes, ajudaram a amenizar um momento de cansaço. Especialmente, agradeço à Diego Sarmiento, Fabiana Aragão e Celene Olímpia pela reunião de esforços e companheirismo nesta empreitada. Obrigada por todo o apoio de vocês.

À todos os funcionários da Biblioteca da Faculdade Baiana de Direito, pela paciência e agilidade em encontrar todos os livros que precisei para a construção desta pesquisa, e foram muitos! Obrigada pela compreensão!

*“Hoje, apesar de pensarmos saber bastante, não aprendemos ainda algo que seja eficiente e possa substituir o simples "muito obrigado".*

(Rui Barbosa)

## RESUMO

Esta pesquisa tem como objetivo discutir e entender o movimento Direito de Família Mínimo, que, apesar de recente, já conquistou grande parte da doutrina brasileira. Este movimento recebe esta denominação, porque defende a afirmação da intervenção mínima do Estado nas relações familiares através da consagração da liberdade para o exercício da autonomia privada dos indivíduos. Como a nova concepção de família traz o afeto como sua base fundadora, e não mais o casamento, símbolo da imposição estatal para conferir proteção às pessoas, as relações familiares se tornaram cada vez mais privadas e íntimas, se tornando desnecessária a ingerência do Estado no que diz respeito às decisões sobre os projetos de vida de pessoas livres e capazes. A intervenção do Estado deve se limitar às garantias mínimas, para que os indivíduos possam exercer essa autonomia, devendo o Estado intervir também quando para a exclusiva proteção dos componentes de cada núcleo familiar, nunca devendo o seu interesse ser maior do que o interesse individual. A atuação estatal deve ainda, respeitar o princípio da dignidade da pessoa humana, de modo a não impor certas condutas que mitiguem a liberdade de cada ser humano. Desta forma, são diversos os exemplos escolhidos para serem utilizados nesta pesquisa, elucidando essa desnecessidade, bem como para afirmar os novos modelos de comunhão de vida trazidos com a Constituição Federal de 1988, que com o seu artigo 226 consagrou a nova concepção de família. Assim, esta pesquisa estuda a aplicação do movimento Direito de Família Mínimo às relações familiares e ao modelo de sociedade vivido atualmente.

Palavras-chave: Direito de Família Mínimo; Autonomia Privada; Intervenção do Estado; Família; Afeto; Casamento.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
STJ	Superior Tribunal de Justiça
LMP	Lei Maria da Penha
REsp.	Recurso Especial
Min.	Ministro
Rel.	Relator

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO</b>	10
<b>2. A FAMÍLIA E A AUTONOMIA PRIVADA</b>	13
2.1 CARACTERIZAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA	13
2.2 DIFERENCIAÇÃO ENTRE AUTONOMIA PRIVADA E AUTONOMIA DA VONTADE	16
2.3 O CÓDIGO CIVIL DE 1916 E A AUTONOMIA PRIVADA	19
2.4 A FAMÍLIA	22
<b>2.4.1 Definição e Caracterização</b>	23
<b>2.4.2 Função social da Família</b>	25
<b>2.4.3 A Família no Código Civil de 1916</b>	27
<b>2.4.4 Nova concepção de família – após a Constituição Federal de 1988</b>	29
<b>3 DIREITO DE FAMÍLIA MÍNIMO</b>	33
3.1 DIREITO DE FAMÍLIA: CONCEITO, OBJETO E NATUREZA JURÍDICA	33
3.2 INTERVENCIONISMO ESTATAL E AUTONOMIA PRIVADA	36
3.3 CONCEITUAÇÃO E ORIGEM DA VARIAÇÃO DIREITO DE FAMÍLIA MÍNIMO	40
3.4 APLICAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA NO DIREITO DE FAMÍLIA	43
3.5 ANÁLISE DO ARTIGO 1.513 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002	47
3.6 ARGUMENTAÇÃO CRÍTICA	48
<b>4 APLICAÇÃO PRÁTICA DA INTERVENÇÃO E DA NÃO INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DIREITO DE FAMÍLIA</b>	50
4.1 LIBERDADE PARA NÃO CASAR E PARA CONSTITUIR FAMÍLIA	50
<b>4.1.1 União Estável</b>	52
<b>4.1.2 União Homoafetiva</b>	56
4.2 MUTABILIDADE DO REGIME DE BENS DO CASAMENTO	61
4.3 PATERNIDADE SOCIOAFETIVA	64
4.4 A CULPA NA DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO	67

4.5	LIMITAÇÃO ETÁRIA NO REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS	69
4.6	DEVERES DO CASAMENTO	71
<b>5</b>	<b>CONCLUSÃO</b>	<b>75</b>
	<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>78</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem o intuito de debater acerca de um tema relativamente novo, mas de muita relevância para o Direito de Família: o Direito de Família Mínimo.

Direito de Família Mínimo é a denominação que recebeu um movimento crescente dentro do campo do Direito de Família e que se presta a defender uma menor intervenção do Estado nas questões relativas às relações familiares. Sua melhor compreensão é extraída através de exemplos retirados do dia-a-dia da sociedade, desta forma, seu estudo deve ser direcionado para uma aplicação prática.

Uma menor intervenção do Estado significa uma maior liberdade para o exercício da autonomia privada dos indivíduos. Como as questões relativas à família são questões de foro íntimo, ligadas ao cotidiano de cada pessoa, esse movimento entende por necessária uma preservação da liberdade de agir dos membros de cada núcleo familiar, no que diz respeito à resolução dos conflitos decorrentes daquele núcleo.

Visando alcançar um entendimento pleno acerca do tema tratado, deve-se fazer um retrocesso ao Código Civil de 1916 e a família como àquela época se apresentava, bem como ao modo de intervenção do Estado no Direito de Família daqueles tempos. Por isso, esta pesquisa se inicia com um estudo sobre a autonomia privada e também sobre a família. O capítulo segundo traz o significado da expressão autonomia privada, a diferenciação entre ela e a autonomia da vontade, já que muitos doutrinadores ainda utilizam as duas expressões como sinônimos, e trata sobre a autonomia privada no Código Civil de 1916, para que se possa compreender a evolução desse instituto dentro do Direito.

Além disso, ainda no capítulo segundo, há a análise sobre a família, sua significação, evolução, função social e nova concepção. A família passou por diversas modificações ao longo dos anos e somente com o estudo de como ela se apresentava antigamente e de como se apresenta agora, será possível compreender o porquê da necessidade de um Direito de Família Mínimo, menos intervencionista. Os valores fundantes da família se modificaram, hoje, o afeto é o centro de sua existência e permanência, sendo o campo familiar expressão clara da relação jurídica privada, devendo ser submetida a autonomia privada dos indivíduos.

O capítulo terceiro vem, então, intitulado Direito de Família Mínimo. Neste capítulo, discute-se acerca do Direito de Família como um todo, sua significação e objeto de estudo. Além disso, parte-se do entendimento acerca do intervencionismo estatal, não somente no campo familiar, mas a intervenção do Estado em um sentido amplo.

Discute-se ainda, acerca da conceituação e a origem do movimento Direito de Família Mínimo, onde passa-se a compreender sobre o porquê da sua criação, e sobre a sua relevância para os dias atuais. Assim, passa-se a discutir a aplicação da autonomia privada no Direito de Família, onde concentra-se importante parte deste trabalho, pois pode-se perceber o quão substancial é a liberdade de exercício dessa autonomia no que diz respeito as relações familiares.

Por fim, o capítulo terceiro ainda traz uma breve análise sobre o artigo 1.513 do Código Civil de 2002. Esse artigo consagra o Direito de Família Mínimo, através da expressa proibição da intervenção de pessoas de direito público ou privado na comunhão de vida que é estabelecida pela família. Esse artigo merece destaque, visto ser importante marco concretizador do princípio da mínima intervenção que aqui se pretende defender. Segue-se a ele a argumentação crítica sobre o tema.

O capítulo quarto vem então no sentido de demonstrar a intervenção exacerbada do Estado no Direito de Família, através de exemplos de como isso ocorre. As hipóteses escolhidas para abordar o tema são: liberdade para não casar e a liberdade de constituir família, e aqui é adequado uma breve passagem pelo tema da união estável e união homoafetiva, a mutabilidade do regime de bens do casamento, a paternidade socioafetiva, a culpa na dissolução do casamento, a limitação etária no que diz respeito a separação obrigatória de bens e, por fim, o débito conjugal e o dever de coabitação.

Estes exemplos foram escolhidos por serem atuais e relevantes para o Direito, em especial para o âmbito familiar, além de se mostrarem de fácil percepção no tocante ao intervencionismo ou não por parte do Estado.

Este ainda é um tema controvertido na doutrina brasileira. É certo que alguns autores não concordam com um intervencionismo mínimo, acreditam que o Estado tem agido corretamente quanto as suas imposições às questões familiares, e que devem

continuar desta forma. Porém, a parte da doutrina que defende o Direito de Família Mínimo já se tornou majoritária no sistema jurídico brasileiro.

Não se tenta aqui defender a total abstenção da ingerência do Estado neste campo do Direito, pelo contrário, deve o Estado intervir, porém essa intervenção só deve acontecer quando tiver por objetivo proteger os sujeitos de direito, principalmente aqueles tidos por vulneráveis. Não faz sentido o Estado intervir para impor à pessoas livres e capazes o modo de regulamentar aspectos íntimos de suas vidas.

A família é importante marco organizacional da sociedade, devendo ser protegida e, conseqüentemente, conservada. Desta forma, é necessária nova postura por parte do Estado, para que de uma forma mais branda consiga abranger sob seu manto protetor todos os tipos de família existentes.

## 2 A FAMÍLIA E A AUTONOMIA PRIVADA

O conhecimento acerca dos institutos da família e da autonomia privada se faz necessário para a futura compreensão de como e por quê ocorre a intervenção do Estado no campo do direito de família, bem como em que momentos essa ingerência passa de necessária à excessiva e dispensável, visto que o Estado-Juiz sempre interviu firmemente neste campo do direito civil, impondo assim restrições e limitações à dinâmica familiar.

As relações familiares são compostas, em sua maioria, por relações existenciais, onde o exercício da autonomia privada deve ser preferencial, de modo a garantir a liberdade dos indivíduos que delas fazem parte.

Esses dois institutos possuem uma complexa ligação que resulta na possibilidade de o indivíduo agir autonomamente para escolher com quem se relacionar afetivamente, visando, o que, na verdade, todos buscam em suas vidas, a felicidade.

### 2.1 CARACTERIZAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA

Indiscutível é a importância da conceituação, caracterização e estudo sobre a autonomia privada no contexto desta pesquisa, já que a intervenção mínima do Estado no Direito de Família baseia-se na valorização da própria autonomia privada, em face da influência e do poder que o Estado exerce sobre a vida das pessoas.

O Direito de Família, como hoje se apresenta, simboliza a expressão de uma relação jurídica privada, submetida assim ao exercício da autonomia privada das pessoas. Desse modo, pode-se perceber que toda intervenção do Estado só teria uma justificativa quando tiver por seu fundamento a proteção dos sujeitos de direito. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 157).

A palavra autonomia no dicionário significa “1. *Faculdade de se governar por si mesmo.* 2. *Direito ou faculdade que tem uma nação de se reger por leis próprias.*” (AURÉLIO, 2010, p. 81), o que torna possível, por analogia, a compreensão da expressão *autonomia privada* como sendo um arbítrio do ser humano em relação as

suas atividades de cunho privado, de modo que possa adotar todas as medidas para regulá-las, ou seja, é a faculdade de se autogovernar.

Neste sentir, a autonomia privada pode ser considerada como um poder normativo, já que quando o indivíduo a exerce acaba por estabelecer quais normas jurídicas serão aplicadas às suas relações privadas.

A autonomia privada, em princípio, pode ser definida como “o poder concedido ao sujeito para criar a norma individual nos limites deferidos pelo ordenamento jurídico”. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 141). Assim, tem-se que o exercício da autonomia privada encontra sua limitação no próprio ordenamento, já que é fonte direta deste, só podendo ser considerada se não ultrapassar as regras e princípios que já foram previamente impostos pelo mesmo, bem como devendo respeitar as sanções pelo seu descumprimento.

Uma vez que se concebe a autonomia privada como poder atribuído aos particulares pelo ordenamento jurídico para regular seus próprios interesses, esse poder só será reconhecido se for exercido dentre os tais limites. Dessa forma, os sujeitos não tem poder de excluir os elementos de existência nem os requisitos de validade do negócio, assim como não podem afastar sanções negativas previstas legalmente. Residem aí, sobretudo, os limites à autonomia privada dos particulares. (BORGES, 2005, p. 58).

Desse modo, a autonomia privada é uma autorização concedida pelo Estado para que o indivíduo possa administrar e gerir a sua vida íntima como melhor achar, realizando certas ações que o Estado protege, pois é o próprio indivíduo que fixa as suas consequências e efeitos. (ALVES, 2010, p. 5-6).

Seguindo esta linha conceitual, a autonomia privada é ainda o poder que os particulares têm de regular as relações de que participam, por meio de sua própria vontade, mediante o estabelecimento de uma disciplina jurídica própria e do seu conteúdo, sendo ainda uma das mais significativas representações da liberdade como valor jurídico. Expressa-se no Texto Constitucional através do artigo 170 (ordem econômica) e no Código Civil por meio do artigo 421 (liberdade contratual). (AMARAL, 2008, p. 77).

Boa parte da doutrina considera a autonomia privada como um sinônimo de liberdade negocial, visto que o negócio jurídico é, sem dúvidas, o maior campo de aplicação da autonomia privada no direito civil brasileiro. O que ocorre, em verdade, é que o negócio jurídico é o instrumento de realização dessa autonomia privada, já que ela

reflete a liberdade de escolha do contratante, do objeto do negócio e, quando possível, até a forma do ato. Ou seja, é um poder de auto-regulamentação que tem o indivíduo para modificar relações jurídicas.

“A autonomia privada não designa toda a liberdade, nem toda a liberdade privada, nem sequer toda liberdade jurídica privada, mas apenas um aspecto desta última: a liberdade negocial.” (PRATA, 2000, p. 13)

Um exemplo de como há essa equiparação do que seja autonomia privada com o que seja liberdade negocial, é o pensamento clássico de Ana Prata (2000, p. 11), que aduz que:

A autonomia privada ou liberdade negocial traduz-se pois no poder reconhecido pela ordem jurídica ao homem, prévia e necessariamente qualificado como sujeito jurídico, de juridicizar a sua actividade (designadamente, a sua actividade económica), realizando livremente negócios jurídicos e determinando os respectivos efeitos.

A autonomia privada se forma a partir do reconhecimento de um âmbito particular de atuação do indivíduo, com eficácia normativa. Esse princípio tem, como pressuposto, a liberdade individual, que, do ponto de vista filosófico, seria a possibilidade de opção, como, por exemplo, a liberdade de fazer ou não fazer; e ainda, do ponto de vista sociológico, a ausência de condicionamentos materiais e sociais. Do ponto de vista jurídico, a liberdade é o poder de praticar ou não, ao arbítrio do sujeito, todo ato não ordenado ou não defeso em lei, e, de modo positivo, é o poder que tem os indivíduos de escolher entre o exercício ou não exercício dos seus direitos subjetivos. (AMARAL, 2008, p. 78).

“Em sentido amplo, autonomia jurídica individual coincide com o conceito de liberdade jurídica, significando a faculdade de atuar licitamente. A licitude da conduta reside, nesse aspecto, na ausência de sua proibição”. (BORGES, 2005, p. 46). E em sentido restrito, a autonomia privada corresponderia ao poder de se realizar negócios jurídicos, ou seja, liberdade negocial. (BORGES, 2005, p. 46).

Para realizar negócios jurídicos, e, conseqüentemente, para exercer a autonomia privada, o ordenamento jurídico concede às pessoas o poder de criar, modificar e extinguir as relações jurídicas, previstas no próprio ordenamento. Ao regulamentar os seus interesses, as pessoas fazem coincidir a sua autonomia com os interesses que o ordenamento jurídico escolheu proteger. Ou seja, o poder de auto-regulamentação

dos sujeitos, que a autonomia privada representa, encontra o seu fundamento no próprio ordenamento jurídico.

E ainda sobre a liberdade contratual, assevera Mário Figueiredo Barbosa (1979, p. 41):

O contrato nasce da vontade livre, como decorrência da própria autonomia da vontade. A ordem jurídica, que assegura aos indivíduos a faculdade de criar direito e estabelecer uma vinculação efetiva, não se contenta com isso, e lhes concede a liberdade de contratar. Repousa na faculdade de contratar e de não contratar, com arbítrio de decidir, conforme interesses e conveniências dos contratantes. Consiste, igualmente, na livre escolha da pessoa com quem quer contratar, bem como do tipo de negócio a efetivar-se. O princípio, *in genere*, dessa autonomia da vontade, consiste na faculdade que têm as pessoas de concluir os seus contratos.

Apesar de todo o exposto, a autonomia privada não se restringe aos negócios patrimoniais, e nem se resume à iniciativa econômica e a autonomia contratual, mas abrange também situações subjetivas existenciais, como é o exemplo dos transplantes, da cessão de uso de imagem, dentre outros. Os atos da autonomia privada acontecem em áreas diversas, quando a negociação é sobre interesses não patrimoniais. Esses atos geralmente se ligam aos direitos da personalidade.

É especialmente no Direito de Família, campo onde a maioria das relações jurídicas possuem caráter existencial, que os direitos da personalidade se tornam predominantes; podendo-se ter como exemplo, o direito de acrescentar o sobrenome do marido após o casamento, sendo este, ato de exercício da autonomia privada no tocante aos direitos da personalidade.

Deste modo, percebe-se que o instituto consagrado como autonomia privada encontra seu fundamento na liberdade que tem o ser humano de gerenciar os atos da sua própria vida, de forma a deliberar, por exemplo, sobre com quem irá firmar os seus negócios jurídicos, bem como com quem irá se relacionar no âmbito de suas relações existenciais.

## 2.2 DIFERENCIAÇÃO ENTRE A AUTONOMIA PRIVADA E A AUTONOMIA DA VONTADE

Os conceitos de autonomia da vontade e autonomia privada não raro se confundem, até mesmo para doutrinadores do Direito. Porém, não são conceitos idênticos,

havendo, em verdade, uma enorme distância entre a autonomia da vontade e o que hoje se apresenta como autonomia privada.

Embora já seja pacífico na doutrina que a teoria da autonomia privada superou de vez a teoria da autonomia da vontade, muitos autores ainda se utilizam das duas expressões como sinônimos, erroneamente, como já afirmado, já que a autonomia da vontade foi pensada sob o antigo paradigma do voluntarismo ou do individualismo exacerbado e ainda sob a crença de que apenas a vontade fosse força criadora de direitos. (BORGES, 2005, p. 51).

Muito se fala acerca da autonomia da vontade associada ao princípio da autonomia privada, e à capacidade de os entes privados estabelecerem acordos bilaterais ou manifestações unilaterais de vontade. São, no entanto, conceitos distintos, muito embora interligados interessando ao ponto, esclarecer ligar-se a autonomia de vontade ao exercício pleno da liberdade da pessoa, corolário natural de sua dignidade humana e não apenas restrita à capacidade de estabelecer acordos. (MADALENO, 2008, p. 62).

Em linhas gerais, a autonomia da vontade liga-se a uma concepção egoística e individualista do Direito Civil, onde apenas a declaração de vontade seria suficiente para a realização de negócios jurídicos. É consequência do contexto histórico do século XIX, período em que a burguesia se consolidou no poder, devido a implementação do Estado Liberal e dos valores patrimonialistas e individualistas. Na teoria da autonomia da vontade, a vontade, por si só, já seria considerada como fonte de direitos. (ALVES, 2010, p. 10).

A expressão autonomia da vontade levava a consolidação de que a vontade de um indivíduo, sozinha, seria fundamento de direitos, e sua hegemonia se deu na França (1880), através de construções doutrinárias, porém como é de conhecimento geral, nenhum indivíduo é capaz de agir de forma completamente livre ou autônoma, conforme a própria vontade, já que sempre estará influenciado pela ideologia e/ou pelo seu próprio inconsciente. (BORGES, 2005, p. 51).

Na teoria da autonomia da vontade, diferentemente do que foi abordado até agora sobre a autonomia privada, a simples declaração de vontade já seria suficiente para que se estabelecessem os negócios jurídicos, independentemente do ordenamento jurídico, como se essa vontade criasse, sozinha, efeitos jurídicos.

Além disso, a autonomia da vontade era tida como um instituto onipresente e absoluto, não se submetendo a qualquer limite, indiferente ao próprio ordenamento jurídico,

desde que o objeto do negócio fosse lícito. Era um reflexo da expressão psíquica do indivíduo e estava inserida em um contexto de valorização da liberdade individual, fruto de uma reação da burguesia contra tudo que era imposto pelo Estado Absolutista. (ALVES, 2010, p. 10).

Na concepção trazida por Paulo Nader (2009, p. 22), a autonomia da vontade seria um poder criador que consistiria na faculdade de poder contratar como, onde e com quem se quisesse, encontrando os seus limites apenas nas leis de ordem pública e nos bons costumes. “A ordem pública como conjunto de normas que regulam e protegem os interesses fundamentais da sociedade e do Estado [...] E os bons costumes são as regras morais da sociedade, as regras morais que formam a mentalidade de um povo.” (AMARAL, 2008, p. 82-83).

Para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2012, p. 142), a autonomia da vontade poderia ser concebida da seguinte forma: “na órbita do direito, a autonomia da vontade, fruto do voluntarismo dos oitocentos, concebia o vínculo contratual como resultado de simples fusão entre manifestações de vontade. A autonomia do querer era o único fundamento da vinculatividade”.

Muitos autores chegaram ao ponto de conceituar o negócio jurídico como sendo um acordo entre duas vontades. “Assim, conforme o princípio do consensualismo, reconhecia-se força jurígena a um acordo de vontades, como se tais vontades pudessem criar efeitos jurídicos, sem ter consciência do ordenamento jurídico em que estivessem inseridas” (BORGES, 2005, p. 52).

Em virtude desse ponto de vista, os autores tinham na vontade o próprio fundamento do negócio jurídico, e por isso ela seria o objeto essencial de sua interpretação. Ocorre que, enquanto a vontade não é exteriorizada pelo ser humano, tanto as outras pessoas quanto o ordenamento jurídico não tem como reconhecê-la, a partir disso, passa-se a falar sobre a expressa manifestação de vontade ou declaração de vontade, na qual a vontade externada passa a ter relevância jurídica, ou seja, não basta a pessoa querer, ela deve realizar condutas para concretizar o negócio jurídico.

Um dos maiores problemas práticos do dogma da vontade foi que, dentro de sua visão, a vontade individual era onipotente, gerando como consequência a ideia de que não haveria limites jurídicos para o exercício da liberdade negocial. A ausência dessa noção de limites é o que torna importante distinguir a teoria da autonomia da vontade da teoria da autonomia privada. (BORGES, 2005, p. 53).

A teoria da autonomia privada, em contraponto, rompe com esse paradigma da autonomia da vontade, já que, para ela, a simples declaração de vontade não é suficiente para se construir um negócio jurídico, é preciso uma análise sobre se a vontade que fora expressa está em conformidade com o ordenamento jurídico, e somente deve ser considerada se atender aos requisitos de validade impostos: a capacidade e a legitimação do sujeito, a forma e o conteúdo do negócio. Embora se reconheça que a vontade é um dos elementos formadores do negócio jurídico, ela sozinha não o valida, sendo necessário atentar-se para os limites impostos pelo ordenamento jurídico (ALVES, 2010, p.12).

Esses dois institutos não se confundem, a autonomia da vontade tem conotação subjetiva, psicológica, enquanto que a autonomia privada exprime o poder que a vontade tem no Direito, de um modo objetivo, concreto e real. Desse modo, a autonomia da vontade se mostra como a causa do ato jurídico, enquanto que a autonomia privada é a causa do negócio jurídico. (AMARAL, 2008, p. 77-78).

A teoria da autonomia privada veio de forma a contestar o dogma estabelecido pela autonomia da vontade, afirmando que o puro consenso não seria capaz de criar direitos, apenas o consenso que for legítimo no ordenamento jurídico ou aquele que não o contrariar.

### 2.3 OS CÓDIGOS CIVIS DE 1916 E 2002 E A AUTONOMIA PRIVADA

O Código Civil de 1916 vigeu em nosso país durante aproximadamente 90 anos, tendo uma enorme importância sobre os diversos acontecimentos da nossa sociedade e sobre o modo como muitos institutos foram interpretados e concebidos em nosso ordenamento jurídico.

Apesar de ser um Código do início do século XX, a sua preparação e elaboração datam do século XIX, o que culminou para a sua rápida desatualização, em verdade, já tendo chegado ao ordenamento com pensamentos de um século outrora superado.

O ponto de partida para a elaboração do nosso primeiro Código Civil foi em 1823, quando ordenou-se a manutenção da legislação vigente no país, de modo a criar uma codificação que reunisse o que estava disposto nas Ordenações Filipinas e o que mais era aplicado à sociedade. Após isso, vários projetos foram elaborados, desde o ano

de 1845 até o ano de 1902. Destacam-se alguns projetos importantes como o de Francisco Inácio de Carvalho Moreira em 1845, primeiro a ser proposto, e o de Teixeira de Freitas, apresentado em 1865, mas rejeitado pelo governo brasileiro, por ser longo e prolixo. Em 1902, o Professor Cearense Clóvis Beviláqua encaminha o seu projeto ao Senado para ser objeto de apreciação. O projeto foi sancionado somente em 1916, em virtude da proposta de uma revisão semântica rigorosa do código, feita pelo Senador Ruy Barbosa, e pelo embate criado com o Professor Ernesto Carneiro Ribeiro, autor da revisão gramatical do projeto. (ALVES, 2010, p. 37-38).

Tendo em vista o momento em que foi criado, no Estado Liberal, onde o Estado possuía apenas deveres de abstenção, no sentido de não interferir na autonomia privada, a intervenção era vista como um entrave ao desenvolvimento do capitalismo que impulsionava o mercado brasileiro. Esse Código então representa uma garantia legal da elite econômica do país contra as ingerências do Estado. (ALVES, 2010, p. 39).

O Código Civil, bem se sabe, é fruto das doutrinas individualista e voluntarista que, consagradas pelo Código de Napoleão e incorporadas pelas codificações do século XIX, inspiraram o legislador brasileiro quando, na virada do século, redigiu o nosso Código Civil de 1916. Àquela altura, o valor fundamental era o indivíduo. O direito privado tratava de regular, do ponto de vista formal, a atuação dos sujeitos de direito, notadamente o contratante e o proprietário, os quais, por sua vez, a nada aspiravam senão ao aniquilamento de todos os privilégios feudais: poder contratar, fazer circular as riquezas, adquirir bens como expansão da própria inteligência e personalidade, sem restrições ou entraves legais. Eis aí a filosofia do século XIX, que marcou a elaboração do tecido normativo consubstanciado no Código Civil. (TEPEDINO, 2001, p. 2).

Desta forma, constata-se que a propriedade considerada como o maior valor da sociedade, era algo necessário para que as pessoas se realizassem. É a partir daí que o sujeito passa a ser considerado como alguém capaz de realizar negócios jurídicos de cunho patrimonial, onde sua essência e dignidade são postos em segundo plano. A intenção do Código Civil de 1916 era, então, estabelecer o direito irrestrito à propriedade, mais especificamente com a propriedade imobiliária, que movia muito mais dinheiro à época do que os bens mobiliários. (ALVES, 2010, p. 40-41).

Não era, contudo, apenas nas relações de direitos reais que a patrimonialização exacerbada do Direito Civil estava inserida. O Direito das Obrigações, campo de vasta aplicação da autonomia da vontade no direito, também sofria do mesmo mal. A

vontade era, na verdade, considerada além da própria linguagem exteriorizada, era a intenção que realmente valia, sendo expressa no princípio da liberdade contratual, amplamente difundido naquele Código. A liberdade contratual é, sem dúvidas, onde a autonomia da vontade mais prevalecia, de modo a proporcionar aos indivíduos a auto-regulamentação dos seus interesses, o que tornava o contrato vinculante, já que a vontade era livre e autônoma. E foi assim, com essa valorização tão profunda da autonomia da vontade, que o Código acabou por bloquear quase todas as possibilidades de interferência estatal nas relações jurídicas entre particulares. (ALVES, 2010, p. 42-44).

O que ocorria é que o Código Civil de 1916 valorizava a autonomia privada, não permitindo uma grande atuação estatal, no que dizia respeito aos Direitos Reais e aos Direitos Obrigacionais. Eram nesses dois campos, de caráter eminentemente patrimonial, que o Estado não podia intervir. Porém, no Direito de Família, que possui caráter eminentemente existencial, não havia valorização da autonomia privada, pelo contrário, neste campo do Direito a intervenção do Estado era notável e incisiva.

Assim, percebe-se que o Código supramencionado tratava, como se constata das leituras acima, a autonomia privada como sinônimo de autonomia da vontade, impedindo que o Estado pudesse interferir nas relações jurídicas privadas patrimoniais, mas apenas nas existenciais.

Noutro giro, em 11 de janeiro de 2003, entrou em vigência no ordenamento jurídico brasileiro, o novo Código Civil, que veio na intenção de superar o Código antigo, disciplinando inúmeros institutos de maneira mais “atual” e condizente com o pensamento que a sociedade exteriorizava à época.

Apesar de a sua vigência ter se dado em 2003, seu projeto original data de 1975, sendo anterior à própria Constituição Federal, bem como à lei do divórcio que é de 1977, e, por este motivo, o projeto necessitou de diversas modificações em sua redação. O próprio Direito de Família teve que sofrer sérias mudanças, quando da inclusão da sua nova concepção dada pela Constituição. (DIAS, 2011, p. 31).

O antigo Código Civil era a expressão da autonomia patrimonial, como já afirmado, às relações patrimoniais era dado o direito de agir autonomamente sem grandes atuações por parte do Estado. Hoje, o Código Civil de 2002 vem, no sentido de ressaltar a autonomia existencial, com atuação principalmente no Direito de Família,

de forma que este sofra um pouco menos de intervenção, caminhando no sentido contrário do que ocorria em 1916.

A proteção à autonomia nas questões existenciais é muito mais intensa, já que as decisões neste campo situam-se numa esfera que deve ser protegida de intervenções externas. Nosso ordenamento transige muito mais com as restrições à liberdade contratual do que com aquelas impostas a outras liberdades mais fundamentais, ligadas às opções e aos projetos de vida de cada pessoa humana. Diversamente da autonomia contratual, as liberdades existenciais não são meros instrumentos para a promoção de objetivos coletivos, por mais valiosos que os sejam, afinal cabe ao ordenamento tutelar a esfera de autonomia privada do cidadão na sua dimensão mais relevante: o poder da pessoa humana de se autogovernar; de fazer escolhas existenciais e viver de acordo com elas, desde que não lese direitos de terceiros. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 149-150).

Muito embora o Código Civil de 2002 preserve mais a autonomia privada no campo familiar do que fazia a antiga codificação, trazendo, inclusive, um artigo que afirma o princípio do intervencionismo mínimo, ainda existem muitos exemplos positivados, de ingerências indevidas do Estado, neste campo do Direito e que serão analisadas conforme o avanço deste estudo.

## 2.4 A FAMÍLIA

Todo ser humano já nasce inserido em algum tipo de família, de onde se espera, que ele vá aprender a conviver em sociedade e que vá ter os ensinamentos básicos sobre os diversos acontecimentos da vida.

A família é o elemento propulsor de nossas maiores felicidades e, ao mesmo tempo, é com ela que vivenciamos as nossas maiores angústias, frustrações, traumas e medos. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 36).

Inúmeras são as influências do ambiente social para a formação da personalidade humana. Inegavelmente, a família é a mais importante de todas. É ela que proporciona as recompensas e punições, por cujo intermédio são adquiridas as principais respostas para os primeiros obstáculos da vida. É instituto no qual a pessoa humana encontra amparo irrestrito, fonte da sua própria felicidade. (ALVES, 2010, p. 46).

A família, segundo Maria Berenice Dias (2011, p. 27), é considerada como um agrupamento informal, que acaba por se formar espontaneamente no meio social, onde a sua estruturação se dá por meio do Direito.

Como bem se sabe, ela é e sempre foi o núcleo que estrutura o ser humano, é a base da nossa sociedade e por isso merece especial proteção do Estado. É uma construção social e biológica, mantida através do comportamento humano.

Para compreender o que é família, o que é fazer parte de uma família, e quais os principais aspectos dessa relação, devemos buscar estudos não somente relativos ao Direito em si, mas também em outras disciplinas que nos ajudarão a enxergar de maneira correta esse instituto, como a sociologia, a psicologia, a antropologia e outras, consagrando, dessa forma, a interdisciplinaridade que possui o Direito de Família.

Muito por conta disso, ainda há certa dificuldade na conceituação do que de fato vem a ser família. Isso se dá em virtude da natureza especial do núcleo familiar, por isso devemos tomar como parâmetro a dignidade da pessoa humana, princípio central e que norteia o ordenamento jurídico em si. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 39).

Por seu caráter tão importante para a organização social é que a família merece a proteção que o Estado a ela dispensa, devendo, em virtude disto, ter os seus direitos e garantias assegurados através de uma melhor aplicação da legislação a ela conferida.

#### **2.4.1 Definição e Caracterização**

A família, como outros institutos apreciados pelo Direito, sofreu diversas mudanças com o passar do tempo. De sua concepção extremamente restrita, onde tudo era pautado nos vínculos biológicos existentes e nos laços matrimoniais firmados, passou-se a uma concepção muito mais ampla, onde família passa a englobar uma diversidade maior de pessoas, ligadas não somente por laços biológicos e matrimoniais, mas também por laços de afeto e amor.

Talvez por esse motivo haja até hoje certa dificuldade em se estabelecer um conceito de família. Com todas as modificações sofridas ao longo do tempo, é difícil para algumas pessoas acompanharem a evolução do mundo moderno, a constituição de tantos tipos diferentes de família, como hoje existem, e a desvinculação matrimonial, que aos poucos vem se tornando um sentimento comum entre as pessoas.

Embora haja essa dificuldade de conceituação, cabe à família três diferentes sentidos gradativos, que ajudarão a delimitar o alcance do seu objeto. São eles, o sentido restrito, o amplo e o amplíssimo.

O sentido amplíssimo vem no propósito de afirmar que fazem parte da família todas aquelas pessoas que compõem um mesmo núcleo afetivo, podendo abarcar inclusive terceiros agregados, como, por exemplo, os empregados domésticos.

O sentido amplo já vem na orientação de que compõem a família, duas pessoas que se uniram afetivamente, sua prole e ainda os parentes de cada uma delas.

E finalmente, o sentido restrito dispõe que fazem parte da família as pessoas que se uniram afetivamente, seja pelo casamento, união estável ou outro tipo de união, como a homoafetiva, e sua eventual prole, não cabendo aqui terceiros. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 51).

Segundo conceito estabelecido por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2012, p. 49), “família é o lugar adequado em que o ser humano nasce inserido e, merecendo uma especial proteção do Estado, desenvolve a sua personalidade em busca da felicidade e da realização pessoal”.

No mesmo sentido, Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 17) afirma que a família é uma realidade sociológica e que em virtude disso constitui a base de nossa sociedade, núcleo fundamental da organização social.

Percebe-se que para todos os doutrinadores de direito, a família é o núcleo de formação da personalidade humana, é o pilar que estrutura a vida dos indivíduos e dá o suporte necessário quando em tempos de dificuldade.

Maria Berenice Dias (2011, p. 42-44) traz um conceito atual de família, onde há a visível confirmação de que a família, sua estruturação e concepção, sofreram diversas mudanças com o tempo. Há assim, uma maior flexibilização e também maior intensidade no que diz respeito aos laços afetivos criados entre os seus indivíduos. Ainda é muito dificultoso para a sociedade pensar em família sem ter uma visão claramente patriarcal, heteroafetiva e pautada no casamento. Quando a maioria das pessoas pensam em família, o que vem à tona é uma estruturação mais ou menos igual: o homem representando o centro da família, casado com a mulher e tendo a sua prole constituída.

A emancipação feminina, a diminuição dos componentes dentro de uma família e o afrouxamento dos laços entre Igreja e Estado, podem ser considerados como prováveis causas das mudanças ocorridas nessa antiga visão. A mulher passou a ingressar no mercado de trabalho, deixando o homem de ser o único provedor da família. Além disso, com a possibilidade maior do planejamento familiar e com a dificuldade econômica de se manter uma família, houve uma diminuição no número de filhos de cada núcleo. Esse afrouxamento das relações entre Igreja e Estado, acarretou uma profunda evolução social, sendo esse o grande impulso para que a pluralidade de famílias começasse a se tornar cada vez mais presente no nosso cotidiano. Ademais, a sociedade também está caminhando no sentido de uma maior tolerância e aceitação do que até pouco tempo era considerado diferente. (DIAS, 2011, p. 42-43).

As pessoas passaram a ter um poder de escolha maior sobre como querem levar as suas próprias vidas, não há mais uma obrigação de permanecer naquele núcleo familiar se na verdade não há ali harmonia e felicidade.

Família é, então, o agrupamento de pessoas, ligadas por vínculos afetivos, em que se insere o indivíduo, biologicamente ou não, e que serve como base para a formação de seu caráter e personalidade, primeira fonte de aprendizagem e referência de toda uma vida.

#### **2.4.2 Função Social da Família**

Estudar a função de algum instituto é estudar justamente para que aquele instituto serve, por que ele é relevante, por que merece proteção ou não. Enfim, é estudar o sentido daquilo no meio, nesse caso, jurídico.

Seguindo as três diretrizes básicas do Código Civil, que são operabilidade, eticidade e socialidade, este último afirma que todo instituto deve cumprir uma função social.

Com o Texto Constitucional torna-se não passível de dúvidas que a ciência jurídica, e assim o direito de família, constitui um sistema aberto de valores, baseado em princípios que buscam a efetivação da dignidade do homem, solidariedade, igualdade e liberdade. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 155).

Nesse novo modelo jurídico que está se construindo, é certo que todo e qualquer instituto deve cumprir uma função, uma finalidade, que precisará ser observada quando da sua aplicação. Sendo assim, a aplicação das normas de direito de família devem estar sintonizadas com o tom garantista e solidário da Constituição Federal, de maneira a garantir a funcionalidade de seus institutos. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 155).

Numa perspectiva constitucional, a função social da família significa atentar ao seu caráter eudemonista, enquanto pano de fundo para a realização do projeto de vida e de felicidade dos indivíduos que a compõem, respeitando-se, com isso, a dimensão existencial de cada pessoa. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 97).

O agrupamento familiar tem a sua função social e determina-se pelas necessidades sociais, assim os membros que integram a família acabam por moldar o ser humano. Esse grupo deve garantir o provimento das crianças, para que quando estas cheguem na idade adulta, possam exercer atividades produtivas para a sociedade, bem como deve-se dar a elas toda a educação necessária, para que cresçam cercadas de valores e da moral compatíveis com a cultura e sociedade em que vivem. (ALVES, 2010, p. 46).

Para Carlos Roberto Gonçalves (2013, p. 35) as alterações ocorridas no direito de família, demonstram e ressaltam a função social da família no direito brasileiro, a partir de certos pontos específicos, como a igualdade absoluta dos cônjuges e dos filhos, a educação, guarda e manutenção dos filhos, reconhecimento do direito à alimentos, levando em consideração as condições socioeconômicas de quem os fornece, dentre outros.

A função social da família é dizer para que serve a família, é a proteção dos membros que a compõem, é a própria solidariedade. Está consagrada no artigo 1.513 do Código Civil, que diz: “Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.” (BRASIL, 2002).

Esse artigo visa proteger o núcleo familiar da inadequada ingerência de terceiros, onde implicitamente o legislador tenciona que terceiros e o Estado não devem interferir tanto no âmbito familiar, mas isso será tratado de forma mais adequada nos tópicos adiante.

### 2.4.3 A Família no Código Civil de 1916

Para a compreensão do modelo de família concebido hoje pela sociedade brasileira, é necessário o entendimento acerca da estruturação da família tratada pelo Código Civil de 1916, seus fundamentos e limitações. A estrutura familiar atravessou um processo de modificações até ter o afeto como seu fundamento existencial e é este processo que deve ser entendido.

A família brasileira, como a concebemos, sofreu diversas influências até chegarmos aos dias de hoje. Não só influências quanto a sua percepção diferenciada, mas de outras famílias, como a romana, a germânica e a canônica. (WALD; FONSECA, 2009, p. 11).

Em Roma, era tida como família aquele conjunto de pessoas que se submetiam ao *patria potestas*, do ascendente comum mais velho vivo. Ela era, concomitantemente, uma unidade religiosa, política, econômica e jurisdicional. (WALD; FONSECA, 2009, p.11). Era a família patriarcal, onde tudo girava em torno do *paterfamilias*, até a chegada de sua morte. O vínculo que se estabelecia então, não era biológico em si, e sim de respeito e submissão a autoridade, tanto o é que a palavra *paterfamilias* não significa pai e sim, chefe. (SANTOS, 2005, p. 84).

Os historiadores do direito romano, tendo justamente notado que nem o afeto, nem o parentesco eram o fundamento da família romana, julgaram que tal fundamento devia residir no poder do pai ou do marido. Fazem desse poder uma espécie de instituição primordial, mas não explicam como se formou, a não ser pela superioridade de força do marido sobre a mulher, ou do pai sobre os filhos. (COULANGES, 2006).

No âmbito do direito de família, o direito germânico considerava o matrimônio como um vínculo sagrado, visão semelhante ao direito canônico, onde era inconcebível a dissolução do matrimônio, que antes de ser um acordo de vontades entre as partes era um sacramento realizado entre duas pessoas. Para eles a dissolubilidade do casamento era atentar contra a própria família e contra os interesses dos filhos. (WALD; FONSECA, 2009, p. 14-15). O que realmente nos influenciou, já que o Brasil foi um dos últimos países a aceitar e normatizar o instituto do divórcio.

A família pode ser considerada então, como uma entidade que projeta os valores do contexto histórico que está inserida naquele determinado momento. Constata-se que o Código Civil de 1916 consagrou-a a partir de uma visão extremamente

patrimonializada e hierarquizada, em virtude deste código ser o instrumento legislativo que consagrou os ideais burgueses do século XIX. (ALVES, 2010, p. 47).

No Brasil, em virtude de tantas influências sofridas por outras formas de se enxergar e pensar a família, também se apoiava na ideia de ser o homem centro dela, de que o matrimônio era a única maneira de constituí-la, de que o núcleo era necessariamente homem, mulher e filhos, sem mencionar o seu viés patrimonial, no que a família era também força de trabalho.

O Código Civil de 1916 traz, então, um conceito de família carregado de influências do século anterior, além de trazer diversas formalidades inerentes a todos os atos relacionados as relações familiares. Nesse pensamento, está a concepção de que para constituir família, necessariamente precisava-se estar casado, e esse casamento deveria ser entre pessoas de sexos diferentes.

Ressalta-se, que o casamento à essa época era, na verdade, com finalidades econômicas, já que dele decorriam inúmeras consequências patrimoniais, como o regime de bens, o dever de mútua assistência, o dever de manter a prole, entre outros. Além disso, os deveres de coabitação e procriação só asseveram a falta de interesse pessoal na família, bem como os institutos da tutela e curatela, que se configuravam como uma administração de bens e não como institutos de proteção à pessoa. (ALVES, 2010, 47-48).

Além do matrimônio, a hierarquização e a patrimonialização também tem recorrente aparição quando se tratava de relações familiares.

Em uma sociedade conservadora, os vínculos afetivos, para merecerem aceitação social e reconhecimento jurídico, necessitavam ser chancelados pelo que se convencionou chamar de matrimônio. A família tinha uma formação extensiva, verdadeira comunidade rural, integrada por todos os parentes, formando unidade de produção, com amplo incentivo a procriação. Sendo entidade patrimonializada, seus membros eram força de trabalho. O crescimento da família ensejava melhores condições de sobrevivência a todos. O núcleo familiar dispunha de perfil hierarquizado e patriarcal. (DIAS, 2011, p. 28).

De uma maneira sintética, o Código Civil de 1916 regulamentava uma família do início do século passado, que só poderia ser constituída pelo matrimônio, trazendo assim a concepção discriminatória de que família se limitaria ao núcleo advindo dele. Não era possível a dissolução do casamento, trazendo qualificações igualmente

discriminatórias para aquelas pessoas unidas sem ele, e aos filhos advindos dessas uniões, restringindo-lhes diversos direitos. (DIAS, 2011, p. 30).

Embora houvesse o modelo imposto pelo Estado de que toda família deveria ter como seu pressuposto de existência o matrimônio, a realidade demonstrava um cenário muito diferente, as famílias reais que foram se formando em nada se assemelhavam com o modelo trazido pelo Estado.

A concepção de família trazida pelo antigo Código mostrava uma visão diametralmente oposta à que hoje se tenta construir da família, é uma visão que demonstrava uma sociedade muito diferente da que tem-se hoje, baseada em velhos e ultrapassados valores que aos poucos vão dando lugar a essa nova concepção muito mais igualitária e justa de um instituto tão essencial como é a família para a vida das pessoas.

#### **2.4.4 Nova Concepção de Família – após a Constituição Federal de 1988**

A família é um instituto que sofreu profundas mudanças com o passar do tempo e com o avanço da sociedade. A concepção trazida pelo Código Civil de 1916 já não era mais suficiente para atender a anseios da sociedade contemporânea, que também vinha se transformando ao longo dos anos.

De um histórico marcado pela “obrigatoriedade” matrimonial, onde objetivava-se alcançar a proteção do Estado e a procriação, pela forte hierarquização, tornando o instituto extremamente patriarcal, onde apenas o homem poderia ser o centro da família em seus diversos aspectos, não só o econômico, pela heterossexualidade das relações estabelecidas, pela patrimonialização da família e tantos outros aspectos, já aqui tratados, que limitavam um instituto tão amplo quanto é a família, viu-se a necessidade de dar uma nova diretriz à sua concepção, estruturação e até legislação.

Nesse passo, desse avanço tecnológico, científico e cultural, decorre, inexoravelmente, a eliminação de fronteiras arquitetadas pelo sistema jurídico-social clássico, abrindo espaço para uma família contemporânea, plural, aberta, multifacetária, susceptível às influências da nova sociedade, que traz consigo necessidades universais, independentemente de línguas ou territórios. Impõe-se, pois, necessariamente traçar o novo eixo fundamental da família, não apenas consentâneo com a pós-modernidade, mas, igualmente, afinado com os ideais de coerência filosófica da vida humana. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 42).

A Constituição Federal de 1988 tem especial participação como marco histórico das modificações ocorridas na família. Privilegiou o tratamento da dignidade da pessoa humana, o que revolucionou o direito de família, visto que princípio básico da relação entre qualquer indivíduo e seu semelhante.

A Constituição verificou, por exemplo, a necessidade de se reconhecer a existência de outras entidades familiares, consagrando o princípio da pluralidade das relações familiares, não mais limitando-as ao casamento. Desta forma, cedeu a “especial proteção do Estado” às uniões estáveis, como dispõe seu artigo 226, §3º, bem como à família monoparental, aquela formada por qualquer dos pais e seus descendentes, como dispõe o artigo 226, §4º. (DIAS, 2011, p. 41).

Claro está que o rol do artigo 226 da Constituição Federal é meramente exemplificativo, visto que existem hoje mais tipos de família do que apenas os dois trazidos pelo artigo, como exemplo pode-se citar a família composta por avós e netos, denominada família avoenga, por irmãos, que é a família anaparental, a formada por casais do mesmo sexo, que embora à ela se aplique, por analogia, as normas da união estável, constitui instituto diverso, denominado união homoafetiva.

Nos dias de hoje, o que identifica a família não é nem a celebração do casamento nem a diferença de sexo do par ou o envolvimento de caráter sexual. O elemento distintivo da família, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um vínculo afetivo a unir as pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns, gerando comprometimento mútuo. Cada vez mais a ideia de família afasta-se da estrutura do casamento. A família de hoje já não se condiciona aos paradigmas originários: casamento, sexo e procriação. (DIAS, 2011, p. 42).

A Constituição Federal de 1988 rompeu com o paradigma da família patrimonializada através da consagração de preceitos fundamentais, entre os quais destaca-se a dignidade da pessoa humana e a solidariedade familiar e rompeu ainda, o paradigma da hierarquização através dos princípios da igualdade, pluralidade das entidades familiares, liberdade de dissolução do casamento e do melhor interesse do menor. (ALVES, 2010, p. 111-112).

Sem dúvidas, este novo direcionamento dado às relações de família, relativo ao vínculo afetivo estabelecido entre seus membros, consegue, de uma maneira geral, abranger todos os núcleos familiares que se formam em decorrência das mais

variadas situações, tendo em vista a nova amplitude do seu conceito e sua estruturação.

Um bom exemplo deste novo conceito que agora a família possui é a Lei 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha, que, em seu artigo 5º, III<sup>1</sup>, a define como sendo qualquer relação de afeto.

Além da Constituição Federal, o Código Civil de 2002 veio para estabelecer certas mudanças no ordenamento. Embora datado de 2002 seu projeto tramita desde antes da Constituição, começando em 1975, daí a explicação de porquê sofrera tantas emendas, para adequar-se as próprias inovações pós 1988. O Código Civil assim procurou atualizar os aspectos essenciais do direito de família, apesar de ter mantido a estrutura do Código de 1916 incorporou boa parte das mudanças legislativas que tinham sido trazidas através de legislação esparsa.

Maria Berenice Dias (2011, p. 32), no entanto, faz uma crítica ao Código, no sentido de que ele não deu o “passo mais ousado”, deixando de tratar sobre certas famílias existentes desde sempre, embora ignoradas pelo legislador infraconstitucional. Além disso, é exaustiva sua regulamentação do casamento, muito embora as relações conjugais tendam cada vez mais a repudiar a interferência em sua esfera de privacidade.

Talvez o grande ganho tenha sido excluir expressões e conceitos que causavam grande mal-estar e não mais podiam conviver com a nova estrutura jurídica e a moderna conformação com a sociedade. Foram sepultados todos os dispositivos que já eram letra morta e que retratavam ranços e preconceitos discriminatórios. Assim as referências desigualitárias entre o homem e a mulher, as adjetivações da filiação, o regime dotal, etc. (DIAS, 2011, p.32).

A despeito do aqui abordado sobre o Código, também vê-se um novo conceito de família se formando, quando, seguindo a linha pré-estabelecida pela Constituição, ele trata da família além do matrimônio, reconhecendo também outros tipos de família, retirando a separação e a culpa do seu texto, dentre outras manifestações.

---

<sup>1</sup> LMP - Art. 5º: Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. (BRASIL, 2006).

A medida que a sociedade se transforma e evolui, tem-se por consequência natural a substituição de velhos pensamentos por novos, bem como seus costumes e hábitos, é uma mudança já esperada e aclamada por todos. Essas mudanças acabaram por refletir diretamente no direito de família, através da modificação do conceito central desse ramo do direito. Mudança essa muito acertada, mas que ainda tem um caminho a percorrer, através de uma maior aceitação da própria sociedade.

### 3 DIREITO DE FAMÍLIA MÍNIMO

*Direito de família mínimo* é a expressão utilizada para denominar o movimento de afirmação da intervenção mínima do Estado nas relações familiares, ou seja, no âmbito do Direito de Família.

Para uma compreensão exata sobre o tema, deve-se observar como o Estado agia nas relações familiares em tempos passados. Sua interveniência era farta, de modo a garantir a edição de normas jurídicas visando a limitação da vida dos indivíduos, com a consequente padronização de comportamentos. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 156-161).

Esse movimento de intervenção mínima vem no sentido de libertar as pessoas para conduzirem suas vidas do modo que melhor lhes aprouver, podendo ser considerada como ilegítima, a intervenção do Poder Estatal em relações familiares entre pessoas livres e iguais. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 156-161).

Sendo o Direito de Família composto, em sua maioria, por relações existenciais, travadas entre os membros de uma família, a interveniência de terceiros em tais questões de foro íntimo parece ser por demais invasiva, principalmente quando o Estado tenta formalizar tais relações.

O que se tenta fazer com este novo movimento afirmativo de não intervenção é exatamente propiciar aos indivíduos a possibilidade de agir conforme a sua vontade, sem a necessidade dos comandos do Estado.

#### 3.1 DIREITO DE FAMÍLIA: CONCEITO, OBJETO E NATUREZA JURÍDICA

O Direito de Família deve ser analisado de modo a abarcar todas as modalidades de família existentes, que hoje se apresentam sob formas variadas, já que, retirando-se as formalidades trazidas pelo antigo ordenamento, consagrou-se o afeto como ponto de partida para sua formação, bem como tutelar as relações familiares da melhor maneira possível, atendendo aos anseios da sociedade contemporânea, para que essas relações, base da nossa sociedade, não acabem comprometidas.

O Direito possui como uma de suas funções básicas, harmonizar as relações sociais entre os indivíduos, e a família é o ambiente mais importante onde elas, de fato, ocorrem. Com essa importância social, é de fácil percepção sobre o porquê o direito dela se ocupa, tutelando-a e conferindo a ela especial proteção, definida constitucionalmente através do seu artigo 226. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p. 1).

O Código Civil de 1916 limitava o campo do Direito de Família para tratar das disposições aplicadas ao casamento, bem como as suas consequências, como validade, efeitos, procriação, educação da prole, entre outros. O que não é mais possível atualmente, visto que o Direito de Família se rege pelo princípio da pluralidade das entidades familiares, onde o casamento é completamente dispensável para a devida constituição de uma entidade familiar. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 49-50).

Ainda hoje, existem doutrinadores clássicos que alimentam um pensamento atrelado aos valores dispostos no Código Civil de 1916, fazendo do casamento o fator central tratado pelo Direito de Família, quando na verdade, seu foco deveria ser os membros da família, bem como as relações existenciais travadas entre eles. Colocar o casamento como fator central de preocupação deste ramo do Direito, significa limitá-lo a um âmbito muito mais patrimonialista, bem como aceitar as suas formalidades desnecessárias.

Como exemplo disso, preleciona Maria Helena Diniz (2011, p. 18-19) que o casamento é, sem dúvidas, de onde decorrem as normas básicas do Direito de Família, já que o Código Civil de 2002 em seu livro IV – Do Direito de Família, traz a maioria dos seus artigos para tratar sobre casamento, dentre os quais impedimentos matrimoniais, habilitação para casamento, celebração, prova, nulidade e anulabilidade do casamento.

Desta forma, o Direito de Família constitui o ramo do Direito Civil que disciplina as relações familiares em suas diversas modalidades de constituição, não se devendo fazer limitações a elas.

O Direito de Família deve, portanto, ser considerado como o conjunto de normas que tutelam as relações familiares, porém, estas devem ser enxergadas, não em um aspecto engessado, levando em consideração apenas o casamento, mas sim

abrangendo todos esses novos dispositivos que de uma maneira ou de outra constituem os antigos e novos modelos de família.

O objeto central dos estudos e normas do Direito de Família é - fazendo jus a própria nomenclatura - a família.

Embora haja ainda um contraponto de visões sobre a real dimensão do Direito de Família, devemos reconhecer que como a Constituição Federal trata família de maneira aberta, considera-se todo e qualquer tipo de família os agrupamentos de pessoas baseados e unidos pelo afeto e pela solidariedade e é disso que o Direito de Família trata.

A família contemporânea, como também já se teve a oportunidade de analisar em tópico anterior, é construída sob a égide da satisfação e da realização das individualidades. Sua constituição se pauta na realização de uma comunhão de vida entre seus membros, e caso ela não exista, os indivíduos tem a liberdade para pactuar o seu desfazimento. É a liberdade que se estabelece modernamente. (TEIXEIRA; RODRIGUES, 2010, p. 105).

Com relação à natureza jurídica desta disciplina tão importante do Direito Civil, tem-se que, costumeiramente, o Direito objetivo positivado divide-se em Direito privado e Direito público. E para muitas pessoas ainda paira a dúvida sobre onde o Direito de Família estaria inserido, já que, embora esteja em sua essência localizado dentro do Direito privado, muitas normas de Direito público, que disciplinam os interesses gerais da coletividade, o cerca.

O conceito de família é plural, vem sempre atrelado a ideia de uma coletividade de pessoas reunidas em um mesmo núcleo familiar, sendo este, inclusive, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que através da súmula 364, já se posicionou no sentido de que não existe família de uma só pessoa, ou seja, a pessoa sozinha não é considerada família de si mesmo, todavia, também é merecedora de especial proteção estatal, já que é pessoa humana e já que o Direito de Família, hoje, se preocupa com o sujeito componente da mesma, e não com o instituto em si.

A súmula 364 do Superior Tribunal de Justiça trata da impenhorabilidade do bem de família, e com isso afirma que mesmo o bem de uma pessoa sozinha é considerado como bem de família e assim tem a sua impenhorabilidade garantida, demonstrando ser a pessoa sozinha merecedora de especial proteção do Estado.

Súmula 364 STJ: O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas. (DJe 03/11/2008). (BRASIL, 2008).

O Direito de Família é um ramo estruturado dentro do Direito privado, porém dentro dessas normas de Direito privado existe um interesse público, que faz com que a maioria de suas normas sejam cogentes e de ordem pública, ou seja, tenham caráter imperativo, deixando pouca margem à autonomia privada. (GONÇALVES, 2011, p. 26-27).

Isso faz com que alguns doutrinadores queiram retirar o Direito de Família do campo privado para colocá-lo dentro do Direito público, outros preferem colocá-lo como uma situação *sui generis* ou como um “Direito Social”. (GONÇALVES, 2011, p. 26-27).

A partir desta discussão, verifica-se que o lugar mais adequado para o Direito de Família é, na verdade, junto ao Direito privado, em razão das relações que pretende tutelar, visto que o Direito privado regula as relações dos indivíduos entre si, e embora tenha grande atuação do Estado, não deixa de estar inserido dentro do âmbito privado.

E ainda, o fato de pertencer ao ramo do direito privado não significa que todas as normas componentes do sistema sejam de cunho individual. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 60).

O Direito de Família é, então, ramo essencial do Direito, composto, em sua maioria por relações existenciais, tendo sofrido diversas mudanças em decorrência da evolução da família.

### 3.2 INTERVENCIONISMO ESTATAL E AUTONOMIA PRIVADA

O intervencionismo estatal é ponto central da problemática apresentada nesta pesquisa, de que sua aplicação exacerbada no Direito de Família, limitaria a liberdade de agir dos seus membros, atingindo especificamente a liberdade de escolha sobre os rumos dados às suas vidas.

Necessário se faz o entendimento da evolução do intervencionismo estatal, desde a forma como era concebido no Estado Liberal, até a sua forma atual no Estado Democrático de Direito. <sup>2</sup>

O vocábulo intervenção significa uma atuação do Estado para além da esfera das atividades públicas, que já são de titularidade do próprio Estado, onde, este mantém total ingerência sobre elas. Ou seja, a intervenção seria uma atuação estatal no âmbito das atividades de cunho privado, já que significa atuação em área de outrem. Desta forma, a utilização da expressão intervenção, se revela até mais correta do que falar somente em atuação, embora as duas expressões sejam utilizadas da mesma forma, como sinônimos. (GRAU, 2012, p. 90).

Em apertada síntese de como esse processo evolutivo aconteceu, tem-se que na Idade Moderna, com todas as transformações econômicas e sociais que ocorriam, e com o conseqüente surgimento do capitalismo, uma nova camada social acabou por se formar, a burguesia. Como consequência do seu surgimento, ela reduziu a hegemonia nobre, que vigia à época, em seus diversos aspectos, como econômico e social. Entretanto, o modelo adotado pelo Estado, constituía um empecilho à realização de seus anseios políticos, já que nesse período histórico, o Estado intervia diretamente nas relações particulares, o que culminou na desaceleração do movimento burguês.

Como forma de quebrar esse paradigma imposto pelo regime vigente na Idade Moderna, a burguesia tratou de combater os ideais absolutistas que impediam o seu desenvolvimento. Assim, surge um novo marco temporal, o Estado Liberal.

Tendo, o Estado, como função originária, a satisfação das necessidades coletivas, é evidente haver um longo processo evolutivo por trás do comportamento estatal frente à iniciativa privada. No começo, sua atuação era distante, como um espectador, não

---

<sup>2</sup> Segundo entendimento de Paulo Bonavides (2012, p. 65-66), o Estado, ordem política da sociedade, é conhecido desde a Antiguidade. Todavia, o que se modifica é a sua realidade e sua denominação ao longo dos anos. Na Grécia tinha-se a *polis* e em Roma a *res publica*, ambas representavam a ideia de Estado, principalmente por que expressavam os conceitos de cidadania, vínculo comunitário e ordem política. Na Idade Média, a concepção de Estado fica ainda mais clara, denominando-se *laender*, quando da delimitação de territórios. Mas foi Maquiavel que estabeleceu a nomenclatura “Estado”, utilizada até os dias modernos. Estado é, pois, a reunião de um povo, delimitada em um território, com poder de mando.

possuindo ingerências sobre as atividades de cunho privado, essa era a posição adotada pelo Estado Liberal. (OLIVEIRA, 2002, p. 138).

O modelo liberal partia da concepção de que os indivíduos deveriam ter ampla liberdade para a realização de seus interesses, e que essa seria a chave para o desenvolvimento humano. Por isso, parte-se da prerrogativa de que o sistema liberal era fundado em direitos negativos, opostos frente ao Estado e aos outros indivíduos, possibilitando a realização desses interesses livre de intervenções estatais. (TEIXEIRA; RODRIGUES, 2010, p. 91).

Com o passar do tempo, o exagero da autonomia da vontade não mais se compatibilizava com as necessidades expostas pela sociedade, visto que a liberdade individual ilimitada passou a se converter em arbítrio, e isso acabava por afetar a liberdade das outras pessoas, e o Estado não tinha o poder coercitivo para modificar a situação. Assim, começou-se a sentir uma necessidade de formação de um novo modelo de autonomia privada, sendo impostos limites a livre atuação dos indivíduos, de modo a formar o Estado Social, tendo como característica básica a intervenção do Estado nas relações privadas e na ordem econômica. (TEIXEIRA; RODRIGUES, 2010, p. 92-93).

O Estado social desenvolveu-se ao longo do séc. XX, caracterizando-se pela intervenção nas relações privadas e no controle dos poderes econômicos, tendo por fito a proteção dos mais fracos. Sua nota dominante é a solidariedade social ou a promoção da justiça social. (LÔBO, 2004, p. 247).

Assim como o Estado Liberal não se sustentou com a abstenção total do Estado sobre as relações privadas e ordem econômica, o Estado Social também não conseguiu se manter com um intervencionismo exacerbado, onde privilegiava-se somente a vontade coletiva em detrimento da vontade individual.

O Estado Democrático de Direito vem então, como um meio termo entre a não intervenção e a intervenção exagerada do Estado. Ele define que todo direito subjetivo deve a sua existência à uma ordem jurídica objetiva.

Dentre todas as mudanças ocorridas desde o sistema liberalista até o sistema democrático, a família também acompanhou de perto, sofrendo modificações, visto que a influência do Estado sobre a família sempre foi muito notável.

Com o Estado Liberal, apesar de a lei impor o matrimônio à sociedade, após este selado, ao Estado não era dado intervir na comunhão de vida estabelecida, ainda que

esta fosse arbitrária, como de fato o era. Porém, a autonomia da vontade era apenas dada à figura do marido, o que ocasionou profundos desequilíbrios sociais, deixando a noção de igualdade formal em xeque, e essa igualdade formal era o que conduzia a sociedade à desnecessidade da intervenção do Estado. Assim o Estado passou a intervir firmemente na família, já no Estado Social. (TEIXEIRA; RODRIGUES, 2010, p. 92-93).

[...] O intervencionismo também alcança a família, com o intuito de redução do quantum despótico dos poderes domésticos, da inclusão e equalização de seus membros, e na compreensão de seu espaço para a promoção da dignidade humana. No Brasil, desde a primeira Constituição social, em 1934, até a Constituição de 1988, a família é destinatária de normas crescentemente tutelares, que assegurem a liberdade e a igualdade materiais, inserindo-a no projeto da modernidade. (LOBO, 2004, p. 247).

Essa realidade exteriorizou-se principalmente através do Código Civil de 1916, onde o Estado assumia uma posição de interventor nas relações familiares, uma intervenção que minava a autonomia privada dos indivíduos. O Estado entendia que o seu interesse superava o interesse individual, portanto, não media esforços quando a questão se referia a sua atuação no campo familiar.

Esse pensamento se traduz nas palavras de Silvio Rodrigues (2000, p. 11), que assevera:

[...] O interesse do Estado pela família faz com que o ramo do Direito que disciplina as relações jurídicas que se constituem dentro dela se situe mais perto do Direito Público do que do Direito Privado. Dentro do Direito de Família o interesse do Estado é maior do que o individual. Por isso, as normas de Direito de Família, quase todas, de ordem pública, insuscetíveis, portanto, de serem derogadas pela convenção entre particulares.

No Estado Democrático, no entanto, o ideal seria que os membros da família tivessem liberdade suficiente para realizarem atos de autorregulação, com o Estado atuando de forma a proteger os interesses fundamentais dos indivíduos, apenas quando estes necessitarem de verdadeira proteção. Hoje, ainda há intervenção estatal onde não existe uma real necessidade, e isso acaba por cercear a liberdade individual das pessoas.

### 3.3 CONCEITUAÇÃO E ORIGEM DA VARIAÇÃO DIREITO DE FAMÍLIA MÍNIMO

A família, como já analisada, sendo considerada como uma entidade plural e democrática, que visa antes de qualquer coisa à valorização da dignidade de cada um dos seus membros, deve ter a autonomia privada como uma regra, já que desta forma permite-se uma maior liberdade das relações afetivas travadas entre eles.

Em um contraponto lógico, tem-se que o Estado deve então, se abster de intervir nas relações íntimas dos seres humanos, só devendo agir quando houver real necessidade de proteção de um indivíduo, como forma de garantir assim, a sua própria liberdade.

No tocante a proteção constitucional dada, através do princípio fundamental da dignidade, como dispõe o art. 1º da Constituição Federal de 1988, à pessoa humana, observa-se um movimento que visa limitar a intervenção do Estado nas relações familiares, é - como já dito - a afirmação da autonomia privada no Direito de Família. Onde, a atuação do Estado deverá sempre estar pautada no respeito a essa dignidade, não devendo assim limitar a liberdade dos indivíduos. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 156-158).

Essa intervenção, tão visível e marcante no Código Civil de 1916, pode ter causado, inclusive, consequências irremediáveis à sociedade, devendo ser considerada, algumas vezes, como uma violação aos próprios direitos fundamentais dos seres humanos. Esse é exatamente o princípio do *Direito de Família Mínimo* que preleciona que a intervenção do Estado só deve ocorrer em situações excepcionais, quando visar à efetivação de uma melhora para os componentes da família, devendo, assim, prevalecer a autonomia de seus membros. (ALVES, 2010, p. 141-144).

Com isso, o Estado não deve se imiscuir no âmago familiar, mantendo incólume o espaço de autodeterminação afetiva de cada pessoa humana componente do núcleo, permitindo a busca da realização plena e da felicidade, através das opções e comportamentos. É o que se convencionou chamar de *família eudemonista*, com os seus membros buscando a felicidade plena. Até porque a presença excessiva estatal na relação familiar pode asfixiar a autonomia privada, restringindo a liberdade das pessoas. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 158).

Família eudemonista é uma denominação nova para aquelas famílias identificadas pelo seu envolvimento afetivo, que buscam a felicidade individual. É nesse sentido que a Constituição Federal desloca a sua proteção da instituição para os sujeitos,

consagrando a busca para realização pessoal de cada indivíduo. (DIAS, 2011, p. 54-55).

[...] Um modelo eudemonista, em que o interesse dos membros está acima da instituição, ou seja, em que o organismo preordenado a fins externos deu lugar a um núcleo de companheirismo a serviço das próprias pessoas que o constituem. É o caráter privado do Direito de Família, que determina que a família deve ser tutelada apenas e na exata medida em que contribui para a dignidade de seus membros e para a realização de sua personalidade, devendo, sem exceção alguma, ser vocacionada para a promoção do indivíduo. (NAMUR, 2006, p. 471-472).

A expressão utilizada para dar nome a este movimento, *Direito de Família Mínimo*, foi retirada do Direito Penal, onde é possível a percepção de um fenômeno parecido, chamado de *Direito Penal Mínimo* (princípio da intervenção mínima). A expressão decorre do princípio da intervenção mínima ou *ultima ratio*, é utilizado para indicar os bens que são de maior relevância para a sociedade e desta forma os que merecem maior atenção do Direito Penal, bem como para a descriminalização de certos fatos típicos que hoje já não se amoldam mais como crime. O Direito Penal deve, assim, interferir da menor forma possível na vida em sociedade, só devendo-se recorrer a ele quando os demais ramos do Direito não forem capazes de proteger tais bens. (GRECO, 2013, p. 47).

É exatamente o que acontece no Direito de Família, onde o Estado só deve atuar em situações excepcionais, quando os membros da família não tiverem condições de regular, sozinhos, as situações que a eles se apresentam.

O Estado deve então atuar como garantidor do desenvolvimento pleno dos membros da cada família, de modo que consiga efetivar o disposto no *caput* do artigo 226 da Constituição Federal, quando diz que a família merece especial proteção do Estado.

“A Constituição de 1988 proclama que a família é a base da sociedade. Aí reside a principal limitação ao Estado. A família não pode ser impunemente violada pelo Estado, por que seria atingida a base da sociedade a que serve o próprio Estado”. (LÔBO, 2004, p. 248).

Um dos dispositivos que expressamente consagra o movimento do *Direito de Família Mínimo* é o Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 100, parágrafo único, VII, tendo sua redação dada pela Lei 12.010/09 (Lei de adoção):

Art. 100. [...] Parágrafo único: São também princípios que regem a aplicação das medidas:

VII - Intervenção mínima: a intervenção deve ser exercida exclusivamente pelas autoridades e instituições cuja ação seja indispensável à efetiva promoção dos direitos e à proteção da criança e do adolescente. (BRASIL, 2009).

Da mesma maneira, como exemplos dessa intervenção mínima, a Emenda Constitucional 66/10 estabeleceu que o divórcio pode ser concedido independentemente de qualquer lapso temporal, e de qualquer indagação do motivo de ter-se rompido a relação matrimonial. Assim, resguarda-se a liberdade dos indivíduos de casarem e também de não continuarem casados. E, ainda, o artigo 226, §7º da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece que esse planejamento decorre de uma livre decisão do casal e que o Poder Público, de outro lado, deverá propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, de modo a evitar a formação de núcleos familiares sem condições de sustento e manutenção. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 159-160).

O Estado aqui não está violando a autonomia privada dos membros da família, mas deixando que os mesmos possam decidir sozinhos sobre o planejamento familiar, onde ele irá atuar para garantir, mais uma vez, o pleno desenvolvimento desse núcleo.

Com o exposto, percebe-se que o movimento do *Direito de Família Mínimo* tenta modificar, aos poucos, um cenário abarrotado de formalidades e resquícios de um tempo já superado, onde a autonomia privada dos membros de cada família sofria diversas limitações com a conseqüente privação da liberdade dos indivíduos em decidir sobre suas próprias vidas, através de ingerências exacerbadas, que se acentuam em vários exemplos trazidos no ordenamento jurídico.

Ainda há tantas situações precisando de regulamentação ou apenas de uma regulamentação melhor do que a existente hoje, e o Direito ainda se ocupa com intervenções desnecessárias, onde bastava uma atuação subsidiária do Estado, para garantir o exercício dos direitos fundamentais e a liberdade dos indivíduos, de modo a deixar que as pessoas escolhessem os rumos das relações jurídicas e não jurídicas travadas entre elas mesmas.

### 3.4 APLICAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA NO DIREITO DE FAMÍLIA

Partindo da concepção de que a autonomia privada é tida como pressuposto das relações familiares, a sua atuação nesse campo deve ser ou deveria ser a mais ampla possível, de modo a deixar os indivíduos lidarem a sua maneira, com as mais diversas situações ligadas à essas relações. O antagonismo que se faz a essa perspectiva é justamente a intervenção estatal no Direito de Família, mais especificamente nas relações familiares entre seus membros, onde se pode perceber que uma intervenção exacerbada teria como consequência o cerceamento da atuação da autonomia privada.

Não há como isentar as relações familiares de uma atuação do Estado, todavia, deve ser ela excepcional, quando estritamente necessária à proteção dos indivíduos, o que culmina para o alcance da isonomia material, tão perseguida pelo Estado Democrático de Direito.

Há uma clara tensão entre os espaços destinados à ordem pública e a autonomia privada dentro do Direito de Família, que vem se propagando desde a vigência do Estado Liberal, período onde o Estado menos interviu nas relações privadas travadas entre os indivíduos. Hoje, com o Estado Democrático de Direito, o que se deve analisar é a medida dessa intervenção, já que não restam dúvidas sobre a sua ocorrência. É necessário analisar qual o limite da autonomia privada e ao mesmo tempo quais são as questões de ordem pública no Direito de Família, que merecem atuação específica do Estado. (TEIXEIRA; RODRIGUES, 2010, p. 89-91).

Como analisado alhures, a autonomia privada é o poder concedido aos particulares para, através da sua própria vontade, regular as relações de que participam, de modo a estabelecer o seu conteúdo e disciplina jurídica. A autonomia representa assim a liberdade como um valor jurídico. (AMARAL, 2008, p. 77). “Com esse poder que ordenamento jurídico atribui ao sujeito, este se torna apto a estabelecer “mini ordenamentos jurídicos” para situações específicas de sua vida.” (BORGES, 2005, p. 47).

Essa vontade, meio pelo qual se expressa a autonomia privada, se qualifica pelo discernimento. É ele que faz com que o ser humano seja capaz de compreender todas as possíveis consequências que terão os seus atos, e assim ser capaz também de

entender a responsabilidade deles advinda. (TEIXEIRA; RODRIGUES, 2010, p. 49-50).

Esse discernimento se mostra essencial quando dá importância das decisões relacionadas à dinâmica familiar, de modo que se o Estado se abstém de intervir para regular essas relações, os próprios indivíduos devem por elas se responsabilizar, tendo plena consciência dos rumos que cada decisão poderá tomar, e que poderá, direta ou indiretamente, refletir na vida de outras pessoas formadoras daquele ou de outro núcleo familiar.

O princípio da autonomia privada tem como pressuposto a liberdade individual, ou seja, a possibilidade de ter opção, de fazer ou não fazer e de praticar ou não atos jurídicos.

Sobre a liberdade individual, Ana Prata (2000, p. 80-81) relata:

A liberdade é um patrimônio originário do homem que se contrapõe aos poderes do Estado, e que, no campo do direito privado, não encontra outros limites senão os resultantes da exigência de assegurar a coexistência das várias esferas da liberdade individual, todas igualmente dignas de respeito.

A *contrario sensu*, o Código Civil de 1916, como também já analisado anteriormente, estabelecia diversas limitações ao exercício dessa liberdade, por meio de normas que não permitiam que os indivíduos tivessem autonomia suficiente em suas escolhas. Determinar que o casamento fosse o único modo de se constituir uma família e não permitir que o mesmo fosse dissolvido, imputando-o o instituto da culpa pela separação, além de não reconhecer os filhos havidos fora do casamento, denotando-os, inclusive, nomenclaturas pejorativas, são apenas alguns exemplos dessas limitações. (ALVES, 2010, p. 135).

Atualmente, pode-se ainda constatar, uma intervenção grande do Estado no contexto do Direito de Família, na medida em que esta vem sendo tutelada, além de por normas de Direito privado, por normas de Direito público, tendo a Constituição Federal tratado do tema em um capítulo à parte. (LEITE, 2006, p. 39).

O Direito de Família, dessa maneira, possui um vasto número de normas imperativas, em face do comprometimento do Estado em proteger a família, são essas as normas que impõem limitações às pessoas. Essas são normas cogentes, que incidem independentemente do consentimento dos indivíduos, são as normas de interesse da

ordem pública, que visam à tutela do interesse geral, de uma coletividade. (DIAS, 2011, p. 34-35).

Com a Constituição de 1988, parte desse cenário começou a se modificar, fazendo com que a característica da patrimonialização da autonomia privada deixasse de ser tão forte e acentuada, através da incidência dos direitos fundamentais, onde se passou a aplicá-la também nas relações extrapatrimoniais, como ocorreu no próprio Direito de Família. Além disso, o novo conceito de família traçado pela Constituição permitiu uma maior aplicação da autonomia privada no âmbito familiar. (ALVES, 2010, p. 136).

Ao conferir ao indivíduo a liberdade, através dos direitos fundamentais estabelecidos no artigo 5º, seu conteúdo e sua aplicação, a Constituição Federal assegura a própria existência da família, bem como assegura a sua própria autonomia privada.

Como a família definida pelo Código Civil de 1916 não era pautada no afeto, mas em outros valores, a exemplo do matrimônio, da hierarquia e da patrimonialização, e era esse o conceito de família que imperava, era claramente difícil que os indivíduos pudessem exercer autonomia com relação as suas próprias vidas, já que sempre atreladas às formalidades e própria visão de que “deve ser assim para ser aceito” da sociedade.

O que ocorria, em verdade, é que a autonomia da vontade tinha a sua incidência nas relações jurídicas patrimoniais, então as relações existenciais, ou seja, a maioria das relações familiares não tinha ingerência sobre os aspectos econômicos da burguesia emergente à época, então, não houve uma grande preocupação do legislador, no Código Civil de 1916, em disciplinar o exercício dessa autonomia. (ALVES, 2010, p. 50).

Com o advento desse novo conceito de família, são reconhecidos então novos agrupamentos familiares sem vínculo jurídico formal, sem solenidade, apenas famílias, onde o exemplo que mais se sobressaiu até hoje foi o reconhecimento da União Estável. Nesse sentido, deve-se fazer menção ao reconhecimento do afeto, marco da família moderna. (ALVES, 2010, p. 137).

[...] Na vigência do modelo patriarcal, o direito tinha como norte a proteção da propriedade e o resguardo à aquisição de bens. A família era concebida como centro produtor de riquezas. Atualmente, há verdadeira mudança de foco. Resguarda-se a família por ser esta o ambiente adequado ao pleno desenvolvimento emocional e afetivo da pessoa. O afeto foi reconhecido

como elemento central do grupo familiar, em substituição ao patrimônio amealhado. (LEITE, 2006, p. 40).

Mesmo a Constituição não tendo colocado em seu texto expressamente a palavra afeto, pode-se concluir, pelo rumo que a família tomou nessa crescente modificação de conceito, que ele decorre da própria valorização do direito fundamental da dignidade da pessoa humana, esse sim, consagrado expressamente pela Constituição.

O exercício da autonomia privada então seria fruto da autorização do reconhecimento do afeto, já que só há de se reconhecer a formação de uma família quando houver tal pressuposto, ou seja, sem afeto não há família. Dessa forma, há uma liberdade de formação e de extinção da família, contanto que o afeto esteja presente ou ausente, respectivamente. Cada indivíduo deve poder, no seu âmbito familiar, ter a liberdade para a realização de sua própria dignidade, por isso que o afeto permite o exercício dessa autonomia por cada um dos membros de uma família. (ALVES, 2010, p. 138-139).

Apesar de todo o esforço para se consagrar a prevalência da autonomia privada no âmbito das relações familiares, deve-se, também, perceber que não é sempre que o Estado pode se abster de interferir no campo privado.

Em se tratando da existência de sujeitos vulneráveis envolvidos no campo familiar, as circunstâncias já se modificam. Assim, pode-se fazer necessário o envolvimento do Estado, visando garantir a dignidade da pessoa que se apresenta submetida a condições de vulnerabilidade. A Constituição Federal tutela as pessoas presumidamente vulneráveis, através dos artigos 227 e 230, como crianças, adolescentes e pessoas idosas. Em se tratando dessas pessoas, a responsabilidade independe do afeto, visto que se trata de deveres de conduta objetivos, e quando esses deveres não são exercidos de forma espontânea, o Estado interfere para imputá-los. (TEIXEIRA; RODRIGUES, 2010, p. 105-107).

Desta forma, percebe-se que a intervenção do Estado se relaciona com o âmbito da autonomia privada, atingindo, assim, o poder de disposição que os indivíduos têm de realizar e ditar as suas próprias atividades, devendo, portanto, ser limitado a uma intervenção mínima, de maneira a concretizar cada vez mais essa autonomia dos indivíduos de poderem decidir os rumos da própria vida, porém não se pode deixar de

lado a problemática dos indivíduos considerados como vulneráveis, visto que estes precisam de atenção do Estado, para que seja sempre garantida a sua dignidade.

### 3.5 ANÁLISE DO ARTIGO 1.513 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Para consagrar sem deixar dúvidas a teoria proposta pelo movimento denominado Direito de Família Mínimo, o Código Civil de 2002 trouxe em seu corpo legal, o artigo 1.513, que expressamente dispõe acerca da não autorização do Estado em intervir no âmbito das relações familiares, dando uma autonomia própria à família.

Assim estabelece o artigo: “Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”. (BRASIL, 2002).

Esse dispositivo legal, com certeza, prioritariamente, se dirige ao Poder Público, dispondo assim que ele não está autorizado a intervir no seio familiar. Mas, esse artigo não se limita a tratar do Estado, ele fala em “qualquer pessoa, de direito público ou privado”, ou seja, essa proteção dada pelo Código às relações familiares é a mais ampla possível, só sendo a intervenção legítima, quando objetivar a proteção de direitos fundamentais, desde que expressamente autorizado por lei. (ALVES, 2010, p. 147-148).

Essa é, sem dúvidas, a maior e mais clara expressão do Direito de Família Mínimo no Código Civil, mas não é a única. O artigo 1.513 se liga diretamente com o artigo 226, §7º da Constituição Federal que trata da liberdade do planejamento familiar e que também, de forma indireta, traz a intervenção mínima do Estado, e conseqüente valorização da autonomia quando diz que o planejamento familiar é de livre decisão do casal, sendo o Estado responsável apenas por propiciar os recursos educacionais e científicos para o seu exercício.

Neste novo exemplo, vê-se que a atuação do Estado não viola a autonomia privada dos membros da família, apenas estabelece garantias mínimas para que eles próprios exerçam os seus direitos. O Estado aqui assume um papel promocional, de modo a garantir a autonomia do casal. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 160).

A Constituição Federal, neste sentido, legitima os membros da família como o ponto central da entidade familiar, sendo eles a única justificativa para a construção da

família. Isso se vê claramente no artigo 226, §8º da Constituição que diz: “Art. 226, § 8º. O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram [...]” (BRASIL, 1988). A família só existe enquanto representa a vontade dos seus membros, por isso parece até ilegítima a intervenção de terceiros em uma matéria tão pessoal quanto essa, principalmente em se tratando de pessoas livres e iguais. (TEIXEIRA; RODRIGUES, 2010, p. 98-99).

Por tudo isso, claro está que o ordenamento jurídico brasileiro está caminhando no sentido de consagrar e positivar o movimento de intervenção mínima do Estado na família, pois que já é um movimento amplamente difundido entre os doutrinadores do Direito, bem como aceito pela sua maioria. É importante que se delimite o papel do Estado e sua atuação frente à família, para que ele possa garantir a liberdade e o exercício de direitos, além de informar as pessoas o modo de exercer esses direitos, não ultrapassando assim o limite entre sua atuação e o poder de escolha dos indivíduos.

### 3.6 ARGUMENTAÇÃO CRÍTICA

O movimento do Direito de Família Mínimo vem ganhando espaço na doutrina brasileira e hoje já é considerado como entendimento dominante em Direito de Família. É certo que também há quem defenda que, a intervenção do Estado, como hoje se apresenta, não é invasiva e nem fere a autonomia privada dos cidadãos, que o Estado intervém de uma maneira adequada no campo do Direito de Família. Porém, este posicionamento configura uma doutrina mais clássica, que vem perdendo sua força à medida que o princípio da intervenção mínima cresce no Direito.

O entendimento adotado nesta pesquisa, no entanto, é no sentido de que há um intervencionismo exacerbado por parte do Estado, há uma violação a autonomia privada, onde os indivíduos deveriam ter mais liberdade para a realização de certos atos que dizem respeito às suas relações familiares e que deveriam ser resolvidos apenas pelos membros daquela família, e não por imposições estatais.

As relações familiares são relações de foro íntimo, por isso muitas das controvérsias surgidas no Direito de Família merecem ser debatidas e resolvidas pelas pessoas nelas envolvidas, exercitando a sua autonomia, e não pelo Estado, que não participa

do dia a dia daquele núcleo familiar. É por este motivo que hoje em dia se defende a aplicação da mediação para as causas de família, onde um terceiro imparcial tenta promover o entendimento entre as partes, para que elas próprias resolvam o conflito.

No projeto de novo Código de Processo Civil, as ações de família terão um procedimento híbrido entre os meios alternativos de solução de conflitos e o poder judiciário. O réu será citado por oficial de justiça, que irá sem a contrafé. Ele será citado apenas para comparecer ao Judiciário, de modo que seja encaminhado a uma conciliação ou à um procedimento de mediação, assim ele não saberá quais são as razões apresentadas pelo demandante, logo, ele não vai para a conciliação com o espírito de que está indo para um litígio. Esse método foi pensado para que os conflitos decorrentes de relações familiares possam ser resolvidos entre seus próprios membros, sem intervenção/imposição estatal.

A verdade é que, o Direito se ocupa da regulamentação de questões que poderiam ser resolvidas sem o seu envolvimento, sem a sua atuação, quando poderia se ocupar de tantas matérias passíveis de positivação ou de uma melhor regulamentação apenas. A discussão que se traz aqui não é sobre a total abstenção do Estado no campo familiar, até por que nenhuma regulamentação, como demonstrado no Estado Liberal, também gera prejuízos para a sociedade. Desta forma, deve-se propor um Estado com certo caráter intervencionista, mas que não ultrapasse a linha do exercício da autonomia privada dos cidadãos.

Assim, o capítulo seguinte traz as hipóteses em que há de fato intervenção desnecessária do Estado no campo familiar. Hipóteses práticas do que vem acontecendo hoje em dia na sociedade.

## 4 APLICAÇÃO PRÁTICA DA INTERVENÇÃO E NÃO INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DIREITO DE FAMÍLIA

Para a melhor compreensão do que foi exposto nesta pesquisa até o presente momento, este capítulo se dirige à apresentação das hipóteses de cabimento dentro do Direito de Família, onde a intervenção estatal ocorre de forma exacerbada. São demonstradas aqui apenas algumas situações em que se deve prevalecer o exercício da autonomia privada em detrimento da atuação estatal, não esgotando nestes exemplos as hipóteses de exercício desta.

### 4.1 LIBERDADE PARA NÃO CASAR E PARA CONSTITUIR FAMÍLIA

A Constituição Federal elegeu cinco princípios específicos para regerem o Direito de Família. São eles: a pluralidade das entidades familiares, igualdade entre homem e mulher, igualdade entre os filhos, facilitação da dissolução do casamento e responsabilidade familiar (planejamento familiar).

Para este tópico em especial, vale a pena tratar da pluralidade das entidades familiares, que se apresenta através do *caput* do artigo 226 da Constituição e consiste na variedade de formas para o estabelecimento de uma família, é a liberdade para a formação da família, que não seja aquela sacramentada pelo casamento.

O Estado e a Igreja, sob o argumento de manter a ordem social, passaram a regular as relações afetivas e assumiram uma posição conservadora, visando a preservação da moralidade. A Igreja consagrou a união entre pessoas de sexos diferentes como sendo algo indissolúvel, atribuindo ao casamento diversas funções. Essa cultura de conservadorismo levou o legislador, no início do século passado, a dar juridicidade somente à união decorrente do casamento. (DIAS, 2011, p. 44-45)

Até a Constituição Federal de 1988, o único meio de se constituir família, como já apresentado aqui, era através da contração do matrimônio, era assim que os indivíduos conseguiam a, tão almejada, proteção do Estado. Todavia, essa não era sua única imposição, o casamento deveria ser entre pessoas de sexos diferentes, bem

como eram impostas certas finalidades ao mesmo, como a legalização das relações sexuais, a procriação e a educação da prole.

O artigo 266 da Constituição Federal de 1988, no entanto, trouxe a expressão “família” em sua redação, em detrimento da expressão “casamento” que era utilizada. Agora é a família, considerando os seus membros, que merece especial proteção do Estado e não mais a instituição do casamento.

Em virtude desta nova visão, o artigo 226 passa a ser a positivação do princípio da pluralidade das entidades familiares. Hoje, não há mais a obrigatoriedade do matrimônio, consistindo o afeto na base fundadora da família.

Neste sentido, pautando-se no princípio supracitado, deve-se entender por cabível às pessoas a decisão de como construir a sua família, tenha ela o modelo que tiver. As pessoas são livres para constituírem seus próprios núcleos familiares através da manifestação de suas vontades.

Essa liberdade para a constituição da família é o exemplo mais forte do exercício da autonomia privada dentro do campo familiar e, conseqüentemente, do Direito de Família Mínimo. No Direito de Família, passou a se entender que existia um garantismo que, na verdade, seriam as garantias constitucionais. A família merece proteção pelas pessoas que a compõem e não mais pela instituição da família, não tendo mais esse viés institucional.

Essa liberdade demonstra o exercício da autonomia privada dos indivíduos, quando depende da sua vontade se relacionar com determinadas pessoas e construir com elas uma relação baseada no afeto, concretizando assim o princípio da afetividade.

Ademais, em um contraponto lógico à liberdade para a formação da família, essa liberdade também implica no poder de extinção do vínculo familiar, caso o afeto (pressuposto existencial da mesma) já não mais se faça presente na relação.

O princípio da liberdade diz respeito ao livre poder de escolha ou autonomia de constituição, realização e extinção de entidade familiar, sem imposição ou restrições externas de parentes, da sociedade ou do legislador; à livre aquisição e administração do patrimônio familiar; ao livre planejamento familiar; à definição dos modelos educacionais, dos valores culturais e religiosos; à livre formação dos filhos, desde que respeitadas suas dignidades como pessoas humanas; à liberdade de agir, assentada no respeito à integridade física, mental e moral. (LÔBO, 2010, p. 62).

Assim, se há liberdade para a constituição da família, há também a liberdade de simplesmente não casar. Nenhum indivíduo pode ser obrigado a casar, em nenhuma situação, tendo o casamento, inclusive, como pressuposto de existência a manifestação da vontade, desse modo, deve aquela pessoa querer o casamento. Nem o noivado, quando os indivíduos fazem uma “promessa de casamento”, pode obrigar alguém a firmar os laços do matrimônio. A quebra dos esponsais está - como todos os atos da vida humana - sujeita a acontecer por qualquer motivo que seja, não devendo assim, incorrer em prejuízo aos nubentes, muito menos em sua obrigatoriedade. (ALVES, 2010, p. 152-153).

Desta forma, constata-se que a liberdade de não casar e a liberdade de constituir família são exemplos do exercício da autonomia privada, sendo, conseqüentemente campo de forte aplicação do Direito de Família Mínimo.

#### **4.1.1 União Estável**

Reforçando a ideia de liberdade para constituir família, é válida a análise da união estável, que representa a mais forte consagração desta possibilidade, tendo em vista ser a entidade familiar mais regulamentada pelo Código depois do casamento, se tornando uma realidade na sociedade atual.

Grande expressão do exercício da autonomia privada no Direito brasileiro, a união estável consiste em uma união tipicamente fática, reconhecida pelo Estado, entre um homem e uma mulher, que não são casados, e está consagrada na Constituição Federal, em seu artigo 226, §3º, e no Código Civil de 2002, em seu Título III – Da União Estável – artigos 1.723 à 1.727.

Como constatado alhures, no Código Civil de 1916 toda família era constituída obrigatoriamente pelo casamento, ou seja, não existiam famílias desmatrimonializadas. Como consequência dessa visão, este Código ignorou a existência de uma união estável, fazendo apenas raras menções ao concubinato. Todavia, é inerente à natureza humana se relacionar com outras pessoas sem o casamento. Assim, os concubinos eram pessoas que não queriam ou não podiam casar, já que o casamento era indissolúvel àquela época.

Em um país predominantemente católico, o termo concubinato foi encarado, desde sempre, com restrições. As uniões entre homens e mulheres fora do contexto do matrimônio eram enxergadas como uniões ilegítimas e por isso passíveis de sanção. (LEITE, 2005, p. 417). A doutrina, então, passou a dividir o concubinato em duas espécies: puro e impuro. O concubinato puro era aquele formado por pessoas que podiam, mas não queriam casar, e o impuro era o formado por pessoas que já eram casadas e não podiam casar novamente. Mesmo assim, eram os dois considerados como mera sociedade de fato, ou seja, os seus efeitos eram meramente patrimoniais e a competência para dirimir os conflitos daí advindos era da vara cível comum, e não da vara especializada de família.

O que ocorreu, então, foi a crescente formação de uniões concubinárias sem a observância de nenhuma lei, e esse fenômeno social cresceu tanto que o Supremo Tribunal Federal passou a analisar a matéria, fixando três entendimentos: a possibilidade de caracterização do concubinato mesmo com os indivíduos vivendo em diferentes residências, o que foi consagrado através da súmula 382<sup>3</sup> do Supremo; o direito à partilha do patrimônio comum, disposto em sua súmula 380<sup>4</sup> e fixou o direito à indenização por serviços domésticos e sexuais prestados. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 502-503). Essa foi uma tentativa de concessão de direitos ao concubino, que à época era alguém que não tinha direito algum.

Esta situação perdurou durante muitos anos, e essa jurisprudência do Supremo ganhou fôlego na década de 70, tendo como consequência a influência do legislador brasileiro. Assim, algumas leis, como a de Registros Públicos e a da Previdência Social, foram editadas conferindo direitos à concubina.

Em 1988 então, a Constituição Federal em seu artigo 226, § 3º reconheceu a natureza de entidade familiar do concubinato, mas apenas o puro. Essa foi a razão da mudança terminológica, onde a Igreja Católica passou a utilizar o termo união estável.

Com isso, passou-se a considerar a união estável como sendo uma realidade jurídica, e não somente como um fato social. Colocou-a sob a especial proteção do Estado,

---

<sup>3</sup> Súmula 382 do STF: A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato.

<sup>4</sup> Súmula 380 do STF: Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

dando a ela um caráter de entidade familiar, disposta no capítulo referente à família, retirando assim os resquícios condenatórios dessa prática. (PEREIRA, 2010, p. 578).

Com essa disposição, a Carta Magna incorre na correção de um equívoco histórico, quando disciplina a união estável como entidade familiar, retirando-a do campo das relações meramente obrigacionais. A partir dessa nova concepção, todo tratamento dado a matéria se alterou, passando a ser tutelado, corretamente, pelas normas do Direito de Família. (LEITE, 2006, p. 43).

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. (BRASIL, 1988).

O ordenamento jurídico permitiu que a vontade dos membros da união estável tivesse força para finalmente constituí-la, e isso independentemente da constituição de um vínculo matrimonial. Isso impõe um reconhecimento da autonomia privada, como elemento básico para a formação da união estável. (ALVES, 2010, p. 156).

O artigo 226 fala, ainda, em seu §3ª que a lei facilitará a conversão da união estável em casamento. Isso não quer dizer que haja a superioridade de uma entidade familiar em detrimento da outra. Todas as entidades familiares estão submetidas ao princípio da igualdade entre as formas de família, não existindo prioridade à nenhuma delas.

Para além da Constituição, a Lei 8.971/94<sup>5</sup> definia como companheiros o homem e a mulher solteiros, que mantenham uma união comprovada por mais de 05 anos ou com filhos, sejam eles separados judicialmente, viúvos ou divorciados. Essa era a positivação da união estável na legislação infraconstitucional, que já foi, porém, revogada. Em 1996 então, a Lei 9.278<sup>6</sup> alterou esse conceito, retirando o tempo mínimo de 05 anos para a sua configuração, bem como a não necessidade de existência de prole. (GONÇALVES, 2013, p. 609). O que marca o intervencionismo estatal de forma positiva para este ponto, tendo em vista a proteção dos direitos fundamentais dos companheiros.

---

<sup>5</sup> Lei 8.971/94 – Art. 1º: A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade.

<sup>6</sup> Lei 9.278/96 – Art. 1º: É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.

[...] O primeiro diploma causou sérias polêmicas, trazendo intranquilidade a muitos. Foi, com justa razão, acoimado de inconstitucional [...]. Com o advento do segundo diploma, lei 9.278/96, a união estável passou a prescindir de qualquer espaço temporal mínimo. Imprescindível apenas que seja duradoura, nos termos preconizados, segundo um critério razoável. (REIS, 2000, p. 165).

Como o Código Civil de 1916 não regulamentou a matéria, o Código Civil de 2002 é a primeira norma codificada a tratar da união estável, visto que a Constituição apenas reconheceu sua existência e a consagrou como entidade familiar. Assim, o artigo 1.723 dispõe ser a união estável “A relação entre homem e mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. (BRASIL, 2002). Desta forma, não se configuram como união estável as relações homoafetivas, o mero namoro ou os relacionamentos rápidos. (LEITE, 2006, p. 19).

Contudo, a regulamentação destinada à união estável pelo Código Civil de 2002, se mostra por demais intervencionista, tendo, inclusive, caráter prejudicial aos companheiros, violando seus direitos fundamentais, dentre eles a autonomia privada. (ALVES, 2010, p. 158).

Quando uma pessoa decide por se unir em união estável e não por meio do casamento, significa que ela está optando, através da sua manifestação de vontade, por uma união livre da interferência do Estado, então quando o Estado regulariza demais essa união, ele está, ao mesmo tempo, violando a autonomia privada daquele casal.

Além disso, o Estado, através do Código Civil, termina por direcionar a escolha das pessoas para o casamento, tendo em vista a diferenciação que se faz entre as duas entidades familiares. Exemplo marcante disto é o que ocorre no Direito das Sucessões<sup>7</sup>, onde são dados ao cônjuge maiores benefícios sucessórios do que ao companheiro, em certas situações, principalmente quanto as disposições do artigo 1.790 do Código Civil.

Ainda há que se observar que, a Carta Magna, em seu artigo 226, §3º, determina a facilitação da conversão da união estável em casamento, contudo, o artigo 1.726 do

---

<sup>7</sup> Para maiores considerações acerca das diferenças entre a sucessão do cônjuge e do companheiro ver Manual das Sucessões (2011), da autora Maria Berenice Dias – páginas 71 e seguintes – e Sucessão no Casamento e na União Estável (2004), do autor Aldemiro Rezende Dantas Junior – páginas 535 e seguintes.

Código Civil, condiciona essa conversão a um pedido que deve ser feito pelos companheiros ao juiz, impondo assim, que o casal tenha que recorrer ao judiciário, arcando com as despesas desse procedimento. Esse dispositivo dificulta a situação dos conviventes, sendo mais fácil até, casar diretamente do que fazer a conversão.

Por todos os motivos expostos, é que se verificam as intervenções estatais feitas à união estável, que não possuem a intenção de proteger os direitos fundamentais dos conviventes, mas dificultam a opção do casal por esta entidade familiar, ferindo assim a sua autonomia privada.

#### **4.1.2 União Homoafetiva**

É coerente, do ponto de vista desta pesquisa, tratar a respeito da união homoafetiva. Primeiramente, em virtude da controvérsia que gira em torno deste novo tipo de família, e da dificuldade de sua aceitação por parte da sociedade. Segundo, porque expressão clara da autonomia privada no Direito. A união homoafetiva, além de afirmar a liberdade de constituição de família, vem no sentido de também afirmar que são a vontade e o afeto que fazem com que nasça uma nova família.

A Constituição Federal em seu artigo 226, §4<sup>o</sup> preleciona que a entidade familiar pode ser formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Nesse sentido, a família passa a ter uma amplitude quando diz respeito a sua constituição, sendo esta uma concepção abrangente, sem limitações de qualquer ordem, onde deve prevalecer o afeto como base para sua formação.

O Texto Constitucional brasileiro assegura a liberdade, a igualdade sem distinção de qualquer natureza e a inviolabilidade da intimidade e vida privada, sendo esta a base jurídica para a construção de um direito a orientação sexual, este como sendo um direito personalíssimo, inerente a pessoa humana. Desse modo, surge uma espécie de prolongamento dos direitos da personalidade, indiscutíveis para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. (FACHIN, 2003, p. 121).

---

<sup>8</sup> Art. 226, §4<sup>o</sup> CF: Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

As uniões homoafetivas só se afirmaram como família após muitas discussões ao longo dos anos. Muitos estudiosos ainda insistiam sobre o caráter apenas de sociedade de fato dessas uniões, cabendo-lhes a resolução de seus problemas visivelmente familiares à justiça comum, e não às varas especializadas em Direito de Família.

O que fundamenta as uniões homoafetivas, assim como ocorre nas demais entidades familiares, é o afeto, é a vontade de dividir com o outro os seus projetos de vida. A comunhão de vidas, expressão utilizada atualmente, está aqui presente como em qualquer outra relação apresentada entre pessoas de sexos diferentes. E por que não reconhecê-las logo como família?

Deve-se basear esse novo entendimento, de que de fato há uma família homoafetiva, detentora da mesma proteção especial do Estado, de que fala o artigo 226 da Constituição Federal, principalmente no direito fundamental à dignidade da pessoa humana, não sendo possível a exclusão de nenhuma pessoa humana do âmbito dessa proteção, resguardadas por um mandamento constitucional. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 89-91).

Apesar da Constituição Federal não falar expressamente em famílias homoafetivas, utilizando uma visão unitária e sistêmica do nosso ordenamento jurídico, chega-se, claramente, a essa conclusão. Devem ser considerados aqui, além do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, o princípio da igualdade substancial, da não discriminação, incluindo-se, portanto, aqui a não discriminação em virtude de orientação sexual, e o pluralismo familiar de que tratamos. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 91).

Ademais, não se deve pensar que a união homoafetiva poderia vir a se confundir com a família pautada no casamento e nem mesmo com a união estável, o que ocorre mais comumente, já que a união estável, por exemplo, para constituir-se, deve ser entre pessoas de sexos diferentes. A união homoafetiva é um modelo autônomo de família, onde, apenas por uma falta de regulamentação específica, se utiliza das regras aplicadas à união estável por analogia.

Na visão de Maria Berenice Dias (2011, p. 47), foi por puro preconceito que a Constituição Federal deu juridicidade apenas as uniões estáveis entre pessoas de sexos diferentes, ainda que esta não se diferencie substancialmente da união

homoafetiva, por que há nenhum vínculo que tenha por base o afeto pode-se deixar de se conferir um status de família, ao qual, como já dito, merece a especial proteção do Estado também.

Não reconhecer a união entre pessoas do mesmo sexo é, por óbvio, uma violação a autonomia privada, visto que o rol do artigo 226 que dispõe sobre as entidades familiares é exemplificativo, não havendo motivos para um não reconhecimento. Para além dessa questão, a escolha da própria orientação sexual de um indivíduo cabe apenas a ele e também constitui expressão do exercício da sua autonomia privada, autonomia esta que permite a liberdade de escolha no âmbito da formação das relações familiares. Ceifar esta escolha seria também atentar contra a autonomia do indivíduo.

Necessário é encarar a realidade sem discriminação, pois a homoafetividade não é uma doença, nem uma opção livre. Assim, descabe estigmatizar a orientação homossexual de alguém, já que negar a realidade não irá solucionar as questões que emergem quando do rompimento dessas uniões. Não há como cancelar o enriquecimento injustificado e deferir, por exemplo, no caso de morte do parceiro, a herança aos familiares, em detrimento de quem dedicou a vida ao companheiro, ajudou a amealhar patrimônio e se vê sozinho e sem nada. (DIAS, 2011, p. 47).

Nas últimas décadas, passando por cima de todo o preconceito e discriminação travados com as pessoas de orientação homossexual, muitos casais homoafetivos assumiram publicamente as suas relações, pautadas, como em qualquer outra, em um sentimento de vida em comum. Dessa forma, o direito e a sociedade têm um, relativamente recente, conhecimento desses fatos, o que gera certa incerteza nas pessoas. (BARROSO, 2010, p. 661).

Infelizmente, a sociedade brasileira, que sempre foi muito influenciada pela Igreja, ainda não consegue compreender que mais importante do que todas as formalidades impostas a nós, é a felicidade e o desejo de ser feliz, que deve prevalecer de modo indistinto à todas as pessoas, que são iguais, inclusive perante a lei.

Logo, é de se notar que não há nenhuma vedação a esse novo tipo de família, bem como não há qualquer outra restrição aos seus direitos. Como todos os outros casais, aos casais homoafetivos deve ser reconhecido o direito ao casamento, o direito à adoção, entre outros, sem preconceitos.

Apesar de toda incerteza ainda gerada, em parte, na nossa sociedade quanto à aceitação e publicização da homossexualidade, e assim das uniões entre pessoas do

mesmo sexo, foi com grande lucidez que o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade e através de um controle de constitucionalidade com efeitos vinculantes, apresentou o seu posicionamento para reconhecer, sem nenhuma dúvida, o caráter de família que tem a união homoafetiva.

(...) 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO "FAMÍLIA" NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão "família", não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por "intimidade e vida privada" (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

(...) 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA "INTERPRETAÇÃO CONFORME"). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de "interpretação conforme à Constituição". Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. (STF, Ac. Unân. Tribunal Pleno, ADI 4277/DF, rel. Min. Carlos Ayres Britto, j.5.5.11, DJe 14.10.11)

Essa decisão veio para abrandar as diversas discussões acerca do tema, e para que as decisões em primeira instância não tenham entendimento diferenciado do que já é o entendimento do Supremo.

Essa decisão não irá transformar a família, tampouco estimular as pessoas a se tornarem homossexuais. A consequência disso será apenas a ajuda que se dará às

diversas pessoas que hoje vivem se escondendo, na clandestinidade, seja por medo do preconceito enfrentado, seja por medo de perder as suas garantias fundamentais, ou por qualquer outro motivo.

Todo ser humano tem direito de escolher e decidir sobre a sua própria felicidade, não sendo cabível nenhum tipo de argumentação no sentido de transformar o livre arbítrio de cada um em uma doença ou em transtorno da personalidade. Cada indivíduo é diferente e tem preferências diferentes, e é isso que nos torna verdadeiramente seres humanos.

Mesmo antes da decisão do Supremo Tribunal Federal alguns Tribunais, como o TJ do Rio Grande do Sul e do Espírito Santo, já haviam proferido decisões no sentido de conferir às uniões homoafetivas certos direitos como os previdenciários, sucessórios e o direito real de habitação. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 96).

A própria legislação infraconstitucional já possuía orientação nesse sentido, como exemplo, tem-se a Lei Maria da Penha, que em seu artigo 5º, inciso II e no parágrafo único do mesmo artigo estabelecem:

Art. 5º. Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

[...]

II - No âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

[...]

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual. (BRASIL, 2006).

Desta forma, há de se reconhecer acertada a decisão do Supremo Tribunal Federal, bem como do dispositivo infraconstitucional mencionado, de maneira a reconhecer como entidade familiar uma união que contém todos os requisitos básicos para a formação de uma família, sendo este entendimento uma demonstração de respeito à autonomia privada dos indivíduos, com o conseqüente respeito a liberdade de escolha da orientação sexual de cada um.

## 4.2 MUTABILIDADE DO REGIME DE BENS DO CASAMENTO

O Código Civil de 1916 estabelecia, em seu artigo 230<sup>9</sup>, a imutabilidade do regime de bens do casamento, onde convencionava-se que o regime de bens começava desde a data do casamento, sendo irrevogável. Porém, a imutabilidade sofria duras críticas acerca do seu posicionamento, primeiro por que ao casar, os nubentes tinham a possibilidade de escolher o regime, então não fazia nenhum sentido não poderem modificar, de acordo com a sua vontade depois, e segundo por que a mudança de regime poderia ser necessária, ao longo do tempo, para melhor tutelar seus interesses. (ALVES, 2010, p. 182).

O primeiro doutrinador a se posicionar a favor da mutabilidade foi o baiano Orlando Gomes, que mesmo sob a égide do Código Civil de 1916, já defendia a revogação do artigo 230. Assim afirmava que:

A imutabilidade do regime de bens é uma segurança para os cônjuges e para terceiros. Todavia, o princípio não é aceito por algumas legislações como a alemã e a sueca.

Não há razão para mantê-lo. O Direito de Família *aplicado*, isto é, o que disciplina as relações patrimoniais entre os cônjuges, não tem o cunho institucional do Direito de Família *puro*. Tais relações se estabelecem mediante pacto pelo qual têm os nubentes a liberdade de estipular o que lhes aprouver. A própria lei põe à sua escolha diversos regimes matrimoniais e não impede que combinem disposições próprias de cada qual. Por que proibir que modifiquem cláusulas do contrato que celebravam, mesmo quando o acordo de vontades é presumido pela lei? Que mal há na decisão de cônjuges casados pelo regime da separação de substituírem-no pelo da comunhão? (GOMES, 1993, p. 165-166).

Acatando as justas críticas, o Código Civil de 2002 veio no sentido contrário, estabelecendo a mutabilidade do regime de bens do casamento. O seu artigo 1.639, §2º assim estabelece:

Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.

§ 1º O regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento.

§ 2º É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros. (BRASIL, 2002).

---

<sup>9</sup> Art. 230: O regimen dos bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento, e é irrevogável. (BRASIL, 1916).

O casamento, assim como qualquer outra modalidade de constituição familiar, projeta suas consequências tanto no âmbito pessoal, quanto no âmbito econômico.

A comunhão de vida, estabelecida pelo Código Civil de 2002, parte da ideia de que há uma plenitude na comunhão patrimonial, logo, dela decorre uma verdadeira conjugação de aspectos emocionais e materiais, já que uma relação familiar não pode ser composta apenas por afeto. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 313).

Os regimes de bens constituem então, o controle dos efeitos patrimoniais do casamento, “são os possíveis estatutos que regem as relações patrimoniais entre as pessoas casadas” (BARBOSA, 2006, p. 151) e se submetem a três princípios, o princípio da liberdade de escolha, onde, como a própria nomenclatura já aduz, os indivíduos são livres para escolherem o regime de bens em que irão casar; o princípio da variedade de escolha dos regimes, onde os nubentes são livres para escolherem o regime mais apropriado dentre os quatro trazidos pelo Código Civil ou, é permitido ainda, criar um regime que não esteja positivado, e o princípio da mudança motivada, que prevê a indicação do motivo da mudança do regime de bens, a ser apreciada pelo magistrado.

Cabe aqui uma crítica sobre a mutabilidade do regime de bens do casamento. Ainda hoje, é requisito para esta mudança a autorização judicial, devendo ser ouvido o Ministério Público, e sendo de competência da vara de família. Mas, aqui, tem-se uma contradição, se os nubentes podem escolher o regime de bens em que irão casar sem necessidade de autorização judicial para isso, por que não podem eles o modificar sem a homologação do juiz?

Seria mais lógico admitir a possibilidade de os indivíduos irem direto ao cartório e, de acordo com a sua vontade, modificarem o regime de bens, já que quando eles decidiram casar, foram eles mesmos que o escolheram, sem necessidade de autorização judicial. Este é um exemplo em que a intervenção estatal se mostra desnecessária, não havendo sentido em limitar a autonomia privada dos indivíduos nesse caso.

No entanto, a Lei previu que o pedido deveria ser submetido à apreciação judicial. Nessa vertente, em sendo judicial o pedido, asseguro não deva competir ao Estado a análise ou mesmo o conhecimento dos motivos e razões pelas quais o casal deseja alterar o regime de bens que rege sua comunhão de vida plena. É questão de foro íntimo, privado, que diz respeito às questões subjetivas da vida daquela família. [...] Em primeiro lugar, entendemos-na ilegal, já que desrespeita o “Princípio do não

intervencionismo” (art. 1.513 CC/02). [...] Referido Princípio está inserido na parte das disposições gerais atinentes ao casamento, no Título do Direito Pessoal, sendo norma de caráter geral que deve ser observada, em prevalência, pelos demais artigos que regulam a matéria. (CANUTO, 2004, p. 153).

Para além da autorização judicial, ainda é necessário, para a realização da mudança do regime de bens do casamento que não haja a possibilidade de prejuízo a terceiros, de modo a respeitar os seus direitos, bem como que não haja a possibilidade de prejuízo aos próprios cônjuges.

Para que a autonomia privada seja conservada ao máximo neste âmbito, deve-se observar a possibilidade da modificação do regime de bens para aqueles casamentos realizados antes da vigência do Código Civil de 2002. Controverteu-se na jurisprudência essa possibilidade, visto que o problema estava no artigo 2.039 do Código Civil, que dispõe que o regime de bens celebrado no casamento anterior ao Código de 2002 permanecerá o que estava. Apesar de parecer que não haveria a possibilidade de mudança, na verdade, pode. A interpretação que se deve dar é que os regimes de bens serão aqueles dispostos no Código de 1916, mas terão a eficácia do Código atual, permitindo assim a modificação.

O Superior Tribunal de Justiça<sup>10</sup> e a maioria da doutrina, como os autores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho, e Maria Berenice Dias<sup>11</sup>, concordam com esse entendimento, encontrando oposição em Maria Helena Diniz<sup>12</sup>, que faz uma interpretação literal desse dispositivo legal, chegando a uma conclusão diversa.

---

<sup>10</sup> Posicionamento do STJ: **CIVIL - CASAMENTO - REGIME DE BENS - ALTERAÇÃO JUDICIAL – CASAMENTO CELEBRADO SOB A ÉGIDE DO CC/1916 (LEI Nº 3.071) - POSSIBILIDADE - ART. 2.039 DO CC/2002 (LEI Nº 10.406) - PRECEDENTES - ART. 1.639, §2º, CC/2002.**

I. Precedentes recentes de ambas as Turmas da 2ª Seção desta Corte uniformizaram o entendimento no sentido da possibilidade de alteração de regime de bens de casamento celebrado sob a égide do **Código Civil** de 1916, por força do § 2º do **artigo 1.639 do Código Civil** atual.

II. Recurso Especial provido, determinando-se o retorno dos autos às instâncias ordinárias, para que, observada a possibilidade, em tese, de alteração do regime de bens, sejam examinados, no caso, os requisitos constantes do § 2º do **artigo 1.639 do Código Civil** atual. (STJ. REsp. 1112123 / DF, rel. Min. Sidnei Beneti. Terceira Turma. DJe 13/08/2009).

<sup>11</sup> Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal expressam o seu entendimento sobre o artigo 2.039 no Livro Curso de Direito Civil: famílias, 2012, páginas 343-346. Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona dispõem sobre o mesmo artigo em seu livro Novo Curso de Direito Civil: direito de família, 2011, páginas 329-335. E, por fim, Maria Berenice Dias expressa-se sobre o artigo no seu Livro Manual de Direito das Famílias, 2011, páginas 251-255.

<sup>12</sup> “No nosso entender, por força do art. 2.039, terão *eficácia residual* os seguintes artigos do Código Civil de 1916, por serem alusivos aos *direitos patrimoniais* do casal, cujo casamento se deu durante a sua vigência: arts. 230, 256 a 314. Para os regimes de casamentos realizados sob a égide do revogado Código, aplicar-se-ão as normas por ele estabelecidas para a partilha nas hipóteses de dissolução da

O primeiro posicionamento do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido, que vem se mantendo até os dias atuais, ocorreu em 2005:

CIVIL - REGIME MATRIMONIAL DE BENS - ALTERAÇÃO JUDICIAL – CASAMENTO OCORRIDO SOB A ÉGIDE DO CC/1916 (LEI Nº 3.071) - POSSIBILIDADE - ART. 2.039 DO CC/2002 (LEI Nº 10.406) - CORRENTES DOUTRINÁRIAS - ART. 1.639, § 2º, C/C ART. 2.035 DO CC/2002 - NORMA GERAL DE APLICAÇÃO IMEDIATA.

1 - Apresenta-se razoável, *in casu*, não considerar o art. 2.039 do CC/2002 como óbice à aplicação de norma geral, constante do art. 1.639, § 2º, do CC/2002, concernente à alteração incidental de regime de bens nos casamentos ocorridos sob a égide do CC/1916, desde que ressalvados os direitos de terceiros e apuradas as razões invocadas pelos cônjuges para tal pedido, não havendo que se falar em retroatividade legal, vedada nos termos do art. 5º, XXXVI, da CF/88, mas, ao revés, nos termos do art. 2.035 do CC/2002, em aplicação de norma geral com efeitos imediatos. (STJ, Ac. 4ªT. REsp. 730.546/MG, rel. Min. Jorge Scartezini, j. 23.08.05).

Tratando especificamente do regime da separação obrigatória, que é imposto em certas situações, como já fora antes mencionado, é possível a modificação deste regime, desde que haja a cessação da causa que o originou.

Desta forma, tem-se que com relação à mutabilidade do regime de bens do casamento a intervenção estatal não deveria ocorrer em relação à necessidade de homologação judicial para sua alteração, porém com relação ao estabelecido no Código Civil de 2002 em comparação ao que havia sido estabelecido pelo Código Civil de 1916, constata-se a prevalência da autonomia da vontade, com o estabelecimento da regra da mutabilidade disposta no artigo supracitado.

#### 4.3 PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

O reconhecimento da paternidade socioafetiva é mais um exemplo do exercício da autonomia privada no âmbito das relações familiares. Isso ocorre, porque a paternidade socioafetiva consiste na constatação fática da existência de uma relação tipicamente familiar, entre pai e filho, que depende exclusivamente da manifestação

---

sociedade e do vínculo conjugal e todas aquelas (como a do art. 230) que tenham repercussões patrimoniais; e, quanto aos direitos pessoais (puros ou creditórios), cabível será a incidência das disposições do Código Civil de 2002, contidas nos arts. 1.565 a 1.570, 1.642, 1.643 a 1.652". (DINIZ, 2011, p. 181-182).

de vontade das duas partes, já que não existe entre eles nenhum tipo de vínculo, seja jurídico ou biológico, pautando-se basicamente no princípio da afetividade<sup>13</sup>.

Na conceituação feita por Paulo Lôbo (2010, p. 63) o princípio da afetividade é:

O princípio que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com a primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico. Recebeu grande impulso dos valores consagrados na Constituição de 1988 e resultou da evolução da família brasileira, nas últimas décadas do século XX.

Pode-se dizer que esta é uma situação que se assemelha a união estável, visto que as duas dependem de uma relação construída voluntariamente e que pode ser constatada através de uma análise fática. Pai e filho reconhecem e aceitam o vínculo da paternidade, no caso da união estável, a autonomia de cada um dos companheiros é exercida quando estes decidem permanecer juntos.

À época de vigência do Código Civil de 1916, prevalecia o entendimento de que a paternidade seria aquela advinda da relação entre pessoas casadas, sendo considerados estes os filhos legítimos. Somente em 1949 foi editada a Lei 883, que permitia que um homem casado reconhecesse um filho fora do casamento, porém esse reconhecimento estava atrelado à condição do consentimento da esposa. Desta forma, pode-se verificar que a paternidade aqui era aquela imposta pela lei.

Após esse momento, os avanços tecnológicos permitiram que o pai passasse a ser sinônimo de genitor, que seria aquela pessoa que biologicamente deu início à vida de outro alguém, seja por quais meios fossem. Esta é a paternidade biológica. (SOUZA, 2008, p. 90).

---

<sup>13</sup> DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO NEGATÓRIA DE **PATERNIDADE**. EXAME DE DNA NEGATIVO. RECONHECIMENTO DE **PATERNIDADE SOCIOAFETIVA**. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1. Em conformidade com os princípios do Código Civil de 2002 e da Constituição Federal de 1988, o êxito em ação negatória de **paternidade** depende da demonstração, a um só tempo, da inexistência de origem biológica e também de que não tenha sido constituído o estado de filiação, fortemente marcado pelas relações **socioafetivas** e edificado na convivência familiar. Vale dizer que a pretensão voltada à impugnação da **paternidade** não pode prosperar, quando fundada apenas na origem genética, mas em aberto conflito com a **paternidade socioafetiva**.

2. No caso, as instâncias ordinárias reconheceram a **paternidade socioafetiva** (ou a posse do estado de filiação), desde sempre existente entre o autor e as requeridas. Assim, se a declaração realizada pelo autor por ocasião do registro foi uma inverdade no que concerne à origem genética, certamente não o foi no que toca ao desígnio de estabelecer com as então infantes vínculos afetivos próprios do estado de filho, verdade em si bastante à manutenção do registro de nascimento e ao afastamento da alegação de falsidade ou erro. (REsp. 2008/0111832-2 RS, Rel. Min. Luís Felipe Salomão. T4. DJe 12/03/2012).

Com a nova concepção que se deu à família, onde se estabelece o seu caráter eudemonista, tendo por base a existência do afeto entre os seus membros, surge a paternidade socioafetiva, onde pai é quem cria e não apenas aquele que gera.

A Constituição Federal de 1988 abordou a questão da paternidade socioafetiva pela primeira vez, e proclamou, em seu texto, a igualdade entre os filhos biológicos e socioafetivos, com base nos princípios da igualdade, da não discriminação, da dignidade da pessoa humana e da afetividade. (RODRIGUES, 2007, p. 131). Além disso, também estabeleceu a proibição de designações discriminatórias aos mesmos, como incestuosos, ilegítimos, bastardos, adulterinos, entre outros.

São trazidas como formas de filiação socioafetiva a adoção judicial, o filho de criação, a adoção à brasileira e o reconhecimento voluntário ou judicial da paternidade. A paternidade socioafetiva se expressa nos casos em que um indivíduo, por sua opção, cria, educa, sustenta e dá carinho a outro, sem que este tenha com ele laços de consanguinidade. (RODRIGUES, 2007, p. 131).

A paternidade socioafetiva é expressa muito bem por um ditado popular que diz “pai é quem cria” e essa paternidade deve ser construída ao longo da relação. É o vínculo estabelecido pela convivência. Para isso a doutrina criou a expressão “posse do estado de filho”, que significa viver como se pai e filho fossem.

O Código Civil de 2002, em momento posterior, ratificou o entendimento que já demonstrava a Constituição Federal de 1988, qual seja, a possibilidade do estabelecimento da paternidade vinda de diversas origens, e não somente a advinda do critério biológico, diferentemente do que ocorria no antigo Código Civil. (RODRIGUES, 2007, p. 132).

Nesse trilhar, considera-se pai quem empresta ao seu filho o seu próprio sobrenome (*nome*), o trata como seu filho, provendo inclusive a sua educação e sustento – e este também trata àquele como seu pai (*tratamento*) -, bem como o público em geral (sociedade, família e autoridades públicas) reconhece a relação de paternidade existente entre eles (*fama*). (ALVES, 2010, p. 172).

O reconhecimento da paternidade socioafetiva também implica na afirmação do exercício da autonomia privada dos indivíduos nas relações familiares. Aqui não há um vínculo jurídico ou biológico que ligue pai e filho, apenas uma constatação fática, dependendo, inclusive, da manifestação de vontade das partes. É uma situação que se assemelha a união estável, visto que as duas dependem de uma relação construída

voluntariamente e que pode ser constatada de maneira fática, dependendo da autonomia da cada um.

#### 4.4 A CULPA NA DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO

Neste tópico, novamente, faz-se necessário mencionar a família do Código Civil de 1916.

Como esta era pautada na hierarquia entre os seus membros, na patrimonialização e, principalmente, no matrimônio, tem-se que este não se dissolvia, nunca. O matrimônio sempre possuiu uma carga religiosa muito forte, refletida no brocardo “*o que Deus uniu, o homem não separa*”.

Para os defensores do Direito Canônico, o fundamento da indissolubilidade do matrimônio é a sua própria natureza de sacramento, não sendo possível renunciar a ele, bem como não o é à outros sacramentos. Além disso, o matrimônio sempre foi uma forma de simbolizar a relação entre Cristo e a Igreja, onde não era dado aos homens o poder de intervir. (ANGELUCI, 2009, p. 79).

Neste sentido, toda relação extraconjugal era apontada como ilegítima, não produzindo os mesmos efeitos que o casamento, única fonte formadora da família. Por óbvio, então, essas relações extraconjugais não eram consideradas como família, e sim, apenas como sociedades de fato, e os indivíduos nelas envolvidos também não possuíam os mesmos direitos que as pessoas casadas. Assim, existia uma gama de pessoas que se relacionavam com outras há longos períodos, mas que não recebiam a proteção do Direito de Família. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 406).

O Estado possuía uma clara postura punitiva frente à possibilidade de dissolução dos laços matrimoniais. Todavia, as pessoas que não desejavam mais permanecer casadas tentavam imputar ao seu cônjuge um dos motivos elencados na lei para tanto. A pessoa que não tivesse nenhuma causa culposa para imputar ao seu cônjuge não conseguia se separar. Além disso, o responsável pela separação se tornava refém da vontade do outro, e a ele era imputada a culpa. (DIAS, 2011, p. 113).

Com base nesses dois sustentáculos, o Código passou a exigir a prova da culpa para o decreto de separação e, ao mesmo tempo, punir rigorosamente aquele tido (presumidamente) como culpado pela dissolução da sociedade

conjugal. [...] Ora, se o casamento, única forma de legitimar a família, era indissolúvel, seria um grande absurdo, no entender do Código, atentar-se contra a sacra instituição familiar pelo legislador desenhada. Nesse contexto, as sanções decorrentes da separação eram enxergadas como um freio, um desestímulo à desconstituição da família por parte de apenas um dos cônjuges. (ALVES, 2007, p. 98).

Esta situação se manteve durante muitos anos, todavia a concepção da família matrimonializada e indissolúvel também foi se modificando, até que em 1977 foi aprovada a Emenda Constitucional número nove permitindo o divórcio. Com essa Emenda o Direito brasileiro passou a admitir o divórcio timidamente, porque para se divorciar era preciso, primeiramente, se separar de fato do seu cônjuge, após isto ainda existia o prazo de cinco anos separados judicialmente para então divorciar. Além disso, só era possível um divórcio por pessoa.

Apesar deste avanço com relação as disposições para a dissolução do casamento, o instituto da culpa ainda permanece no ordenamento jurídico brasileiro, visto que a Lei do Divórcio (6.515/77) em seus artigos 5º, *caput*, 10, 17 e 19 trazem as possibilidades e consequências (sanções) da imputação da culpa à um dos cônjuges. (ALVES, 2010, p. 190). Ainda restam também, no Código Civil de 2002, alguns dispositivos referentes a culpa, desatualizados, como os artigos 1.578 e 1.694, parágrafo segundo. (NAMUR, 2006, p. 480-488).

Este quadro permaneceu até o ano de 1988, quando a Constituição Federal trouxe em seu artigo 226, §6º o princípio da facilitação do divórcio. A Constituição pôs fim à regra do divórcio único e diminuiu o seu prazo após a separação para um ano. Além disso, criou um novo tipo de divórcio que era um divórcio sem separação judicial, com a mera separação de fato.

Ocorre que, essas disposições sobre o divórcio ainda mantinham a problemática do prazo. Assim, a Emenda 66/10 deu um novo passo evolutivo no princípio da facilitação da dissolução do casamento. De acordo com essa Emenda, o divórcio não precisa mais de prazo, ou seja, hoje não existem mais vários tipos de divórcio, o instituto é um só.

É clara a implicância que essas mudanças no Direito trazem para a vida das pessoas e para o campo da sua autonomia. Com a imputação da culpa a um dos cônjuges para decidir sobre o fim ou não do casamento, judicialmente falando, caso ela não

conseguisse ser efetivamente provada, a decisão sobre a separação era dada como im procedente, obrigando o casal a permanecer juntos contra a sua vontade.

Totalmente impensável é esta situação nos dias atuais, onde os casais rapidamente se divorciam quando há sinais de infelicidade na relação. Obrigar duas pessoas a continuarem se relacionando sem amor, sem afeto, é ferir a autonomia privada de cada um, é atentar contra o princípio da dignidade da pessoa humana, visto que aquele casal permanecerá infeliz por tempo indeterminado. “Não cabendo mais, atualmente, a discussão acerca da culpa pelo fim do casamento, não havendo espaço para este tipo de contenda, pois não se pode responsabilizar ninguém por deixar de amar”. (ANGELUCI, 2009, p. 88).

Assim sendo, não seria correto que o Estado pudesse intervir de tal forma na intimidade das pessoas, que pudesse decidir sobre a extinção ou permanência de uma relação afetiva entre cônjuges. Ou seja, a Emenda 66/10 trouxe um avanço para a sociedade em termos de preservação da autonomia privada. A extinção do prazo para o divórcio, facilitando-o, faz prevalecer a vontade dos indivíduos em não permanecer casados e nessa questão o Estado não deve intervir.

#### 4.5 LIMITAÇÃO ETÁRIA NO REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS

O nosso ordenamento jurídico estabelece quatro regimes de bens para o casamento, quais sejam, a comunhão universal, a comunhão parcial, a participação final nos aquestos e a separação de bens. Todavia, o casal poderá optar por um regime próprio, que não estes, que melhor se adequar aos seus interesses.

O regime da separação de bens pode ser decorrente de um acordo entre as próprias partes, quando recebe a denominação de regime de separação convencional de bens, ou pode ser decorrente da imposição da lei, quando recebe o nome de regime de separação obrigatória de bens.

Em certas situações específicas, é imposto aos nubentes o regime da separação obrigatória de bens, o que restringe a autonomia privada do casal, visto que, mesmo com expressa manifestação de vontade no sentido de casar em outro regime, não podem.

Essas situações estão elencadas no Código Civil de 2002, em seu artigo 1.641 que estabelece ser de separação obrigatória, o regime de bens das pessoas que se enquadrarem em alguma causa suspensiva do casamento, a pessoa maior de sessenta anos e das pessoas que dependerem de autorização judicial para casar.

Todavia, o inciso II do mesmo artigo, que trata da limitação etária foi modificado, tendo sua redação alterada pela Lei 12.344/10, que em seu artigo 1º estabelece nova idade para a imposição do regime de separação obrigatória de bens.

Art. 1º O inciso II do **caput** do art. 1.641 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 1.641. ....

.....

II - da pessoa maior de 70 (setenta) anos;

.....” (NR) (BRASIL, 2010).

A justificativa do legislador para a previsão do artigo 1.641 do Código Civil foi somente a proteção dos nubentes e de seus familiares de um possível casamento que vise apenas o interesse material, rejeitando assim o afeto como base fundadora do enlace. A ideia, em verdade, foi impor um ônus a quem casasse na forma desse artigo, de modo a desencorajá-los a casar sob tal situação. (BRANDÃO, 2007, p. 176).

O que acontece é que o Código Civil de 2002 ao trazer essa restrição para homens e mulheres maiores de, com a nova redação, setenta anos fere a autonomia privada dessas pessoas, já que não tem o poder de escolha sobre o regime de bens em que irão casar, enquanto todas as outras pessoas podem. A decisão de manter essa limitação no texto do Código liga-se à família do Código Civil de 1916, que era compreendida como uma entidade de produção de riquezas, assim era preciso proteger o patrimônio dessas pessoas que eram consideradas como vulneráveis e de seus herdeiros. (ALVES, 2010, p. 204).

Mas não se pode olvidar que o nubente, que sofre tal *capitis diminutio* imposta pelo Estado, tem maturidade suficiente para tomar uma decisão relativamente aos seus bens e é plenamente capaz de exercer atos na vida civil, logo, parece-nos que, juridicamente, não teria sentido essa restrição legal em função de idade avançada do nubente, salvo o fato de se tornar mais vulnerável psicológica ou emocionalmente, podendo, por isso, ser alvo fácil do famoso chamado “golpe do baú”. (DINIZ, 2011, p. 208).

Os artigos que tratam da incapacidade civil são os artigos 3º e 4º do Código Civil de 2002. Com simples leitura pode-se perceber que as pessoas idosas não se encaixam em nenhuma das hipóteses de incapacidade trazidas pelo Código, seja ela absoluta ou relativa, portanto, não há uma justificativa plausível para tal imposição aos maiores

de setenta anos. Se a proteção dos herdeiros ainda persistir como argumento, deve-se lembrar da existência da legítima, que já protege o seu futuro patrimônio.

A revogação deste dispositivo já foi proposta pela I Jornada de Direito Civil em seu Enunciado 125<sup>14</sup>, trazendo a justificativa de haver preconceito quanto às pessoas idosas, que só pelo fato de atingirem determinada idade já passariam a gozar de uma presunção de incapacidade para certos atos da vida civil, como escolher o regime de bens que melhor se adegue aos seus interesses, como faz qualquer outra pessoa quando casa. (ALVES, 2010, p. 206).

Desta forma, já é majoritário o entendimento doutrinário de que este artigo deveria ser abolido do ordenamento jurídico pátrio. Aumentar a idade de sessenta para setenta anos não modifica o fato de que este é um artigo atentatório contra a autonomia privada, restringindo a possibilidade dos indivíduos maiores de setenta anos escolherem o que é melhor para si, havendo uma presunção, verdadeiramente preconceituosa, sobre a sua capacidade e discernimento que muitas vezes não correspondem à realidade.

Este é um claro exemplo da intervenção indevida do Estado no campo das relações familiares, corroborando para a construção da tese de uma intervenção mínima em tais relações.

#### 4.6 DEVERES DO CASAMENTO

Até certo tempo atrás o casamento possuía como um de seus deveres precípuos o débito conjugal, que consistia no dever que tinham os cônjuges de estabelecer relações sexuais entre si, o que geralmente compelia a mulher a prestá-lo, como se fosse um dever exclusivo dela.

---

<sup>14</sup> Enunciado n. 125: Proposição sobre o art. 1.641, inc. II: Redação atual: “da pessoa maior de sessenta anos”. Proposta: revogar o dispositivo. Justificativa: A norma que torna obrigatório o regime da separação absoluta de bens em razão da idade dos nubentes não leva em consideração a alteração da expectativa de vida com qualidade, que se tem alterado drasticamente nos últimos anos. Também mantém um preconceito quanto às pessoas idosas que, somente pelo fato de ultrapassarem determinado patamar etário, passam a gozar de presunção absoluta de incapacidade para alguns atos, como contrair matrimônio pelo regime de bens que melhor consultar seus interesses. (BRASIL, 2002).

Este cenário é característico da família idealizada pelo Código Civil de 1916, onde, a visão que se tinha da mulher era de submissão em relação ao homem, tanto dentro quanto fora da relação conjugal. Assim, padecia sobre ela o ônus de servir ao marido, enquanto este, possuía a maioria dos direitos elencados pelo Código.

Um claro exemplo desta situação era a condição de relativamente incapaz que tinha a mulher até o ano de 1962, quando foi editado o Estatuto da Mulher Casada, que as tirava dessa condição.

Ainda neste sentido, também eram considerados como finalidades do casamento a legalização das relações sexuais e a procriação. A legalização das relações sexuais porque àquela época toda relação fora do casamento era tida como ilegítima, e a procriação, porque a influência da Igreja disseminava o pensamento de que a finalidade da união dos seres humanos seria, fundamentalmente, a reprodução.

O artigo 231 do Código Civil de 1916 trazia o que seriam os deveres do casamento:

Art. 231: São deveres de ambos os cônjuges:  
I – Fidelidade recíproca;  
II – Vida em comum, no domicílio conjugal (art. 233, n. IV, e 234)  
III – Mútua assistência;  
IV – Sustento, guarda e educação dos filhos. (BRASIL, 1916).

Leonardo Barreto Moreira Alves (2010, p. 212) acredita que o dever estabelecido no inciso II do artigo em questão, dever de coabitação, deve ser entendido em uma perspectiva sexual, como um dever de fornecimento da prestação sexual. Este seria o sentido subjetivo do inciso. Neste sentido, a jurisprudência<sup>15</sup> da época entendia que esse era um dever exclusivo da mulher, tendo em vista a sua submissão em relação ao marido, por isso o seu não cumprimento poderia acarretar culpa pela separação conjugal. Além disso, entende este autor que o dever de fidelidade e de mútua assistência também serviam como alicerces do dever de débito conjugal, visto que o marido só cumpriria o seu dever de assistência patrimonial à mulher, se obtivesse, por outro lado, a satisfação de sua libido.

A Constituição Federal 1988, mais uma vez, tornou-se um marco no que diz respeito a esse tema. A nova concepção que trouxe da família, que agora possui caráter

---

<sup>15</sup> **Ementa:** ACAO DE SEPARACAO JUDICIAL MOVIDA PELO MARIDO. CULPA DA MULHER, PORQUE PROVADAS A NEGATIVA DO DEBITO CONJUGAL E CONDUTA SUSPEITA, ALEM DA EXPULSAO DO MARIDO DE CASA. (Apelação Cível Nº 41268, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Galeno Vellinho de Lacerda, Julgado em 12/08/1982).

eudemonista, culminou no desaparecimento da idealização do débito conjugal do ordenamento jurídico brasileiro.

O mesmo não aconteceu com os outros deveres do casamento. Estes, ainda continuam dispostos no Código Civil de 2002, através do artigo 1.566<sup>16</sup>.

Neste tópico, vale a pena problematizar a seguinte questão: pode o casal dispor dos deveres conjugais, como, por exemplo, a fidelidade e o dever de coabitação dispostos no Código Civil atual? Isto poderia, por exemplo, estar disposto no pacto antenupcial?

Seguindo o entendimento trazido até agora pelo Direito de Família Mínimo, a resposta seria sim. O artigo em questão traz deveres gerais que se esperariam de um casamento, porém, nada impediria que ambos acordassem, por exemplo, em abrir mão do dever de fidelidade, já que isto diz respeito apenas àquelas duas pessoas, e, se abrir mão deste dever não é um mal para elas, também não o deveria ser para o Estado.

Este seria um bom exemplo de exercício da autonomia privada em detrimento da ingerência estatal nas relações familiares. Estabelecer deveres para as pessoas apenas por que elas estão casadas é intervir demais no contexto privado, é querer dispor sobre assuntos que deveriam interessar apenas aos cônjuges.

O inciso V, por exemplo, traz o dever do respeito e consideração mútuos, ora, o legislador está perdendo tempo dispondo sobre estes pontos. Respeito e consideração são valores decorrentes dos seres humanos, não há o Código que regular isso. Se o respeito e a consideração entre um casal terminarem, com ele, muito provavelmente, também terminará o casamento. Essa decisão deve ficar a cargo dos cônjuges e não do Estado.

Assim, constata-se que o artigo que dispõe sobre os deveres conjugais não possui utilidade, tendo em visto que os deveres lá expostos decorrem da relação estabelecida entre cada casal, podendo eles abrirem mão de certos deveres como o da fidelidade e coabitação em seu casamento.

---

<sup>16</sup> Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:

I - fidelidade recíproca;

II - vida em comum, no domicílio conjugal;

III - mútua assistência;

IV - sustento, guarda e educação dos filhos;

V - respeito e consideração mútuos. (BRASIL, 2002).

É claro que, a guarda, educação e criação dos filhos não fazem parte de deveres que possam os cônjuges “abrirem mão”, visto que essa posição prejudicaria terceiros vulneráveis e isso não seria possível, bem como o dever de mútua assistência.

## 5 CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho foi possível a compreensão de importantes institutos do Direito, tais quais, a família, a autonomia privada, o casamento, a união estável e homoafetiva, a paternidade socioafetiva, dentre outros, que desaguam na questão central desta pesquisa: o Direito de Família Mínimo.

Levando em consideração o conteúdo abordado no capítulo segundo, que tratou da autonomia privada e da família, consegue-se perceber a evolução pela qual esta última passou, desde o modo como era concebida pelo Código Civil de 1916, até a sua nova concepção, dada pela Constituição Federal de 1988 e largamente difundida até os dias atuais, o que culminou para a evolução do movimento da intervenção mínima do Estado, bem como valorizou ainda mais a autonomia privada nas relações familiares.

Além disso, verifica-se a importância que tem a autonomia privada no campo familiar, através do estudo de sua evolução e do seu conceito e aplicação práticos. Conclui-se, desta forma, pelo dever de afirmação dessa autonomia, e sua conseqüente valorização, cada dia mais incisivamente nas relações familiares, de modo a garantir a liberdade de seu exercício, no que diz respeito aos atos relacionados a vida familiar de cada pessoa.

Ao tratar do Direito de Família Mínimo, propriamente dito, no capítulo terceiro, percebe-se que este é o movimento que preleciona a intervenção mínima do Estado nas relações de família. Errado é pensar que o Estado deve assumir uma postura de total abstenção em relação a este campo do Direito, o que ocorre, em verdade, é uma intervenção apenas para garantir certas liberdades, bem como resguardar os direitos fundamentais dos membros da família.

Para chegar a esta conclusão, estudou-se o intervencionismo estatal através dos diversos regimes adotados pelo Brasil, desde o Estado Liberal até o Estado Democrático de Direito. Bem assim estudou-se qual seria a relação travada entre a autonomia privada e o Direito de Família, ramo do Direito que se ocupa do estudo da família e das relações e conflitos dela advindos.

Com a análise do artigo 1.513 do Código Civil de 2002, foi possível a percepção de como o movimento do intervencionismo mínimo vem tomando forma no ordenamento

jurídico brasileiro. Através desse artigo, que consagra a impossibilidade de qualquer pessoa, de direito público ou privado, intervir na comunhão de vida estabelecida no seio familiar, pode-se compreender a dimensão que essa teoria vem alcançando.

No capítulo relativo as hipóteses de aplicação prática do tema tratado, conclui-se pela desnecessidade de atuação estatal em todos os casos.

No tocante a liberdade para não casar e a liberdade para constituir família, deve-se entender por cabível às pessoas a decisão de como construir a sua família, tenha ela o modelo que tiver, casamento, união estável, família monoparental, homoafetiva, dentre outras. As pessoas são livres para constituírem seus próprios núcleos familiares através da manifestação de suas vontades.

Com relação a união estável e a união homoafetiva, que são dois exemplos concretos da liberdade para constituir família acontecendo no dia-a-dia da sociedade, conclui-se que as intervenções estatais feitas à união estável, não possuem a intenção de proteger os direitos fundamentais dos conviventes, mas dificultam a opção do casal por esta entidade familiar, ferindo assim a sua autonomia privada. Além disso, o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, declarado pelo Supremo Tribunal Federal, retirando-a do conceito de ser sociedade de fato, é uma demonstração de respeito à autonomia privada dos indivíduos, com o consequente respeito a liberdade de escolha da orientação sexual de cada um.

A possibilidade de mutação do regime de bens do casamento, também expressa bem o princípio do intervencionismo mínimo. Com relação a mutabilidade do regime, a intervenção estatal não deveria ocorrer em relação a necessidade de homologação judicial para sua alteração, onde, deveriam os nubentes terem a possibilidade de modificá-lo no próprio cartório, sem burocracia. Contudo, fazendo uma comparação com o que era disposto no Código Civil de 1916, onde não era possível a mudança de regime, já houve uma evolução no que diz respeito a este tema.

A paternidade socioafetiva se traduz no vínculo de afeto, amor e cuidado estabelecido entre pais e filhos, sem que haja, por trás disso, nenhum vínculo biológico ou jurídico. O reconhecimento da paternidade socioafetiva também implica na afirmação do exercício da autonomia privada dos indivíduos nas relações familiares, já que há apenas uma constatação fática dessa relação, dependendo, inclusive, da manifestação de vontade das partes para que se configure.

Na sequência dos exemplos, tratou-se da culpa na dissolução do casamento, onde, não seria correto que o Estado pudesse intervir de tal forma na intimidade das pessoas, que pudesse decidir sobre a extinção ou permanência de uma relação afetiva entre cônjuges. Não há que se falar mais em culpa pelo fim do casamento, já que ninguém pode ser responsabilizado por deixar de amar. Contudo, o Código Civil de 2002 ainda traz alguns artigos que tratam, de maneira desatualizada, da culpa pela dissolução do casamento.

Mais à frente, tratou-se da limitação etária no regime de separação obrigatória de bens. O artigo 1.641 dispõe acerca do regime de separação obrigatória de bens, e um de seus incisos trata da pessoa maior de 70 anos. Já é majoritário o entendimento doutrinário de que este artigo deveria ser abolido do ordenamento jurídico pátrio. Aumentar a idade de sessenta para setenta anos, como ocorreu em 2010, não modifica o fato de que este é um artigo atentatório contra a autonomia privada, restringindo a possibilidade dos indivíduos maiores de setenta anos escolherem o que é melhor para si, havendo uma presunção, verdadeiramente preconceituosa, sobre a sua capacidade e discernimento que muitas vezes não correspondem à realidade.

Por fim, os deveres do casamento. Onde, suscitou-se a possibilidade de disposição dos deveres conjugais pelos nubentes no pacto antenupcial. A resposta a esse questionamento foi positivo no que diz respeito aos deveres de fidelidade e coabitação, sendo esta possibilidade uma expressão da liberdade do exercício da autonomia privada do casal. Além disso, tratou-se acerca do débito conjugal, e concluiu-se pela extinção de sua percepção do ordenamento jurídico atual.

Ante toda exposição feita nesta pesquisa, desde o entendimento sobre a autonomia privada e a família até a compreensão sobre o que seja Direito de Família Mínimo e seus exemplos de aplicação, tem que a conclusão final deste trabalho é no sentido de afirmar o dever de aplicação desta teoria/movimento para as relações familiares nos dias atuais, tendo em vista o dever do Estado de apenas proteger os indivíduos de uma família e não de impor o modo que estes conduzirão as suas vidas.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito Civil: Famílias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de Família Mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família**. 1.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

\_\_\_\_\_. **O fim da culpa na separação judicial: uma perspectiva histórico-jurídica**. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil Introdução**. 7. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ANGELUCI, Cleber Affonso. A (há) culpa na dissolução do casamento. In: **Revista Jurídica n. 376 fev.09**. Porto Alegre: Nota Dez, 2009.

BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. **Casamento**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BARBOSA, Mário Figueiredo. A autonomia da vontade e o intervencionismo estatal. In: BORGES, Alice Maria Gonzalez; BARBOSA, Mário Figueiredo; VEIGA, Raimundo José (Coord.). **Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia**. Salvador: Procuradoria Geral do Estado da Bahia, 1979, v. 3.

BARROSO, Luís Roberto. Igualdade, Diferença e Direitos Humanos. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord). **Diferentes, mas Iguais: O Reconhecimento Jurídico das Relações Homoafetivas no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.661-693.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos Direitos de Personalidade e autonomia privada**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. (Coleção Professor Agostinho).

BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. **Regime de bens no novo Código Civil**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. (Coleção Professor Agostinho).

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. **Lei 3.071 (Código Civil)**, de 1º de janeiro de 1916. Rio de Janeiro, 1916. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm)> Acesso em: 26 de maio de 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei 6.515 (Lei do Divórcio)**, de 26 de dezembro de 1977. Vade Mecum. 16. ed. São Paulo: Rideel, 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei 8.069 (Estatuto da Criança e do Adolescente)**, de 13 de julho de 1990. Vade Mecum. 16. ed. São Paulo: Rideel, 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei 8.971**, de 29 de dezembro de 1994. Brasília, 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8971.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm)> Acesso em: 06 de junho de 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei 9.278**, de 10 de maio de 1996. Brasília, 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9278.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9278.htm)> Acesso em: 06 de junho de 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei 10.406 (Código Civil)**, de 10 de janeiro de 2002. Vade Mecum. 16. ed. São Paulo: Rideel, 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei 11.340 (Lei Maria da Penha)**, de 07 de agosto de 2006. Vade Mecum. 16. ed. São Paulo: Rideel, 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei 12.010 (Lei de Adoção)**, de 03 de agosto de 2009. Brasília, 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm)>

\_\_\_\_\_. **Lei 12.344**, de 09 de dezembro de 2010. Brasília, 2010. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12344.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12344.htm)> Acesso em: 20 de maio de 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Enunciado n. 125**: Proposição sobre o artigo 1.641, inc. II. 11 a 13 set. 2002. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=69](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=69)> Acesso em: 27 de maio de 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 730.546/MG**. Relator: Min. Jorge Scarpezzini. Brasília, DJe 23 de agosto de 2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%28%28%22JORGE+SCARTEZZINI%22%29.min.%29+E+%28%22Quarta+Turma%22%29.org.&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=932>> Acesso em: 31 mai. 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 2008/0111832-2**. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, DJe 12 de março de 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=PATERNIDADE+SOCIOAFETIVA&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=6>> Acesso em: 05 jun. 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 2009/0041144-7**. Relator: Min. Sidnei Beneti. Brasília, DJe 13 de agosto de 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp#DOC2>> Acesso em: 27 mai. 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 364**, de 03 de Novembro de 2008. Vade Mecum. 16. ed. São Paulo, Rideel, 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 380**, de 03 de Abril de 1964. Vade Mecum.16. ed. São Paulo: Rideel, 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 382**, de 03 de Abril de 1964. Vade Mecum.16. ed. São Paulo: Rideel, 2013.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277.Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Brasília, DJe 14 out. 2011. Disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4277&processo=4277>> Acesso em: 10 nov. 2012.

CANUTO, Érica Verícia de Oliveira. A mutabilidade do regime patrimonial de bens no casamento e na união estável. In: **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA**. Salvador: Faculdade de Direito – EDUFBA, 2004.

COULANGES, Numa-Denys Fustel de. **A Cidade Antiga**. Trad. Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: EDAMERIS, 1961 (versão digitalizada em 2006).

DANTAS JUNIOR, Aldemiro Rezende. Sucessão no Casamento e na União Estável. In: FARIAS, Cristiano Chaves (Coord.). **Temas Atuais de Direito e Processo de Família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v.5.

FACHIN, Luiz Edson. **Curso de Direito Civil: direito de família, elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: contratos, teoria geral e contratos em espécie**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Jus Podivm, 2012, v.4.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Civil: famílias**. 4. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Jus Podivm, 2012, v.6.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio: o dicionário da língua portuguesa**. In: FERREIRA, Marina Baird (Coord.). 8. ed. Curitiba: Positivo, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: direito de família**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. 5ª tiragem.

GONÇALVES, Calos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 8.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, v.6.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 15. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

INTERVENÇÃO. In: **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 8. ed. Curitiba: Positivo, 2010.

LEITE, Eduardo Oliveira. **Direito Civil Aplicado**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. 5.

LEITE, Glauber Salomão. A autonomia da vontade no Direito de Família: o problema da regulamentação da união estável. In: NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord.). **Função do Direito Privado no atual momento histórico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v.1.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord.). **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil: famílias**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: contratos**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v.3.

NAMUR, Samir. A irrelevância da culpa para o fim do casamento. In: **Revista da Faculdade de Direito de Campos n. 8 jun. 06**. Rio de Janeiro: FDC, 2006.

OLIVEIRA, Cecília Teixeira. A intervenção estatal na autonomia privada. In: MIRANDA, Andréa Paula Matos Rodrigues de; COUTO FILHO, Reinaldo de Souza; VALADÃO, Perpétua Leal Ivo; SOARES, Ricardo Maurício Freire (Coord.). **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA**. Salvador: Curso de Pós-Graduação em Direito da UFBA, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. 18. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 5.

PRATA, Ana. **A Tutela Constitucional da Autonomia Privada**. Coimbra: Almedina, 2000.

REIS, Nilza. A Família decorrente da União Estável. In: **Revista do IAB – Instituto dos Advogados da Bahia**. Salvador: RCJ Edições Jurídicas Ltda, 2000.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Acórdão. Apelação cível n. 41268. Terceira Câmara Cível. Relator: Galeno Vellinho Lacerda. Rio Grande do Sul, julg. 12 de Agosto de 1982. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29.Secao%3Acivel&requiredfields=OrgaoJulgador%3ATerceira%2520C%25C3%25A2mara%2520C%25C3%25ADvel.Relator%3AGaleno%2520Vellinho%2520de%2520Lacerda&as\\_q=&ini=950](http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29.Secao%3Acivel&requiredfields=OrgaoJulgador%3ATerceira%2520C%25C3%25A2mara%2520C%25C3%25ADvel.Relator%3AGaleno%2520Vellinho%2520de%2520Lacerda&as_q=&ini=950)> Acesso em: 28 mai. 2013.

RODRIGUES, Jamile Porto. A paternidade socioafetiva, seu reconhecimento e seus efeitos. In: CUNHA JÚNIOR, Dirley da; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coord.). **Temas de Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais**. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2007.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: direito de família**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v.6.

SANTOS, Severino Augusto dos. **Jus Romanum: uma introdução ao direito civil**. João Pessoa: [S.n.], 2005.

SOUZA, Ionete de Magalhães. Paternidade Socioafetiva. In: **Revista IOB de Direito de Família**. São Paulo: IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda., 2008.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. **O Direito das Famílias entre a Norma e a Realidade**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

WALD, Arnold; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. **Direito Civil: direito de família**. 17. ed. reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009, v.5.