Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Renata Vilela Multedo

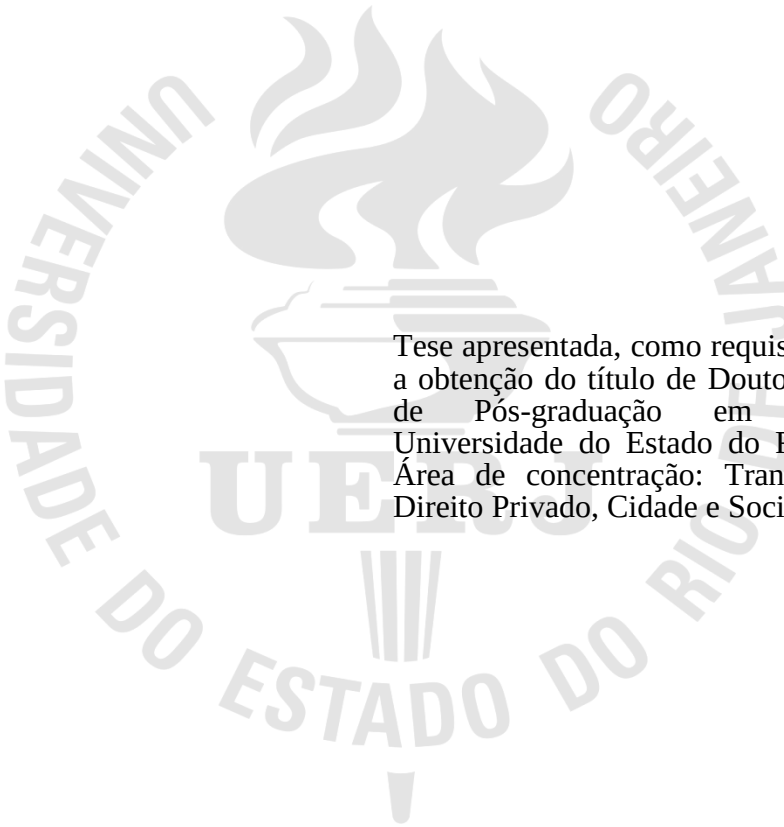
A intervenção do Estado nas relações de família: limites e regulação

Rio de Janeiro

2016

Renata Vilela Multedo

A intervenção do Estado nas relações de família: limites e regulação



Tese apresentada, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Transformações do Direito Privado, Cidade e Sociedade.

Orientadora: Prof.ª Dr.ª Maria Celina Bodin de Moraes

Rio de Janeiro

2016

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

M961 Multedo, Renata Vilela.

A intervenção do Estado nas relações de família : limites e regulação / Renata Vilela Multedo. - 2016.
230 f.
Orientadora: Profa. Drª. Maria Celina Bodin de Moraes.

Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Direito de família - Teses. 2. Direito civil - Teses. 3. Intervenção estatal – Teses. 4. Família – Teses. I. Moraes, Maria Celina Bodin de. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.6

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

_____ _____

Assinatura Data

Renata Vilela Multedo

A intervenção do Estado nas relações de família: limites e regulação

Tese apresentada, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Transformações do Direito Privado, Cidade e Sociedade.

Aprovada em 04 de março de 2016.

Banca Examinadora:

_____

Prof.ª Dr.ª Maria Celina Bodin de Moraes (Orientadora)

Faculdade de Direito - UERJ

_____

Prof. Dr. Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho

Faculdade de Direito - UERJ

_____

Prof.ª Dr.ª Rose Melo Vencelau Meireles

Faculdade de Direito - UERJ

_____

Prof.ª Dr.ª Joyceane Bezerra de Menezes

Universidade de Fortaleza

_____

Prof.ª Dr.ª Ana Carolina Brochado Teixeira

Centro Universitário UNA

Rio de Janeiro

2016

É la coscienza individuale, con i suoi tormenti, a dover essere rispettata da un legislatore al quale si addice la sobrietà e, nei casi limite, il silenzio.

Stefano Rodotà

RESUMO

VILELA MULTEDO, Renata. *A intervenção do Estado nas relações de família*: limites e regulação. 2016. 230 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

O tema desta tese é a intervenção do Estado no âmbito das relações de família. O objetivo central foi delinear espaços de não regulamentação e estabelecer limites e regras para a heteronomia estatal. Como marco teórico, foi adotada a metodologia do direito civil constitucional. Inspirou-se, ainda, nas propostas do paternalismo libertário norte-americano sem se descurar de sua compatibilização com a principiologia constitucional pátria, a fim de que se traçassem parâmetros para intervenção legislativa no âmbito das relações familiares por meio de uma regulamentação padrão compatibilizada com o exercício da liberdade de escolha. Para tanto, buscou-se investigar a legitimidade e as justificativas das intervenções legislativas e judiciais nas relações parentais e conjugais, com base no cotejo entre ordem pública e autonomia privada. No âmbito das relações parentais, considerando que o legislador conferiu aos pais o pleno exercício do poder familiar, foram analisadas as justificativas para o intervencionismo estatal na autoridade parental, sobretudo para restringir a autonomia da criança e do adolescente em suas escolhas existenciais quando em consonância com o consentimento dos pais. Foi também tratada a heteronomia legislativa, optando-se pela análise de duas principais hipóteses de intervenção do Estado no direito de convivência familiar da criança e do adolescente: a adoção da guarda compartilhada como regra e o direito de visitação dos avós. Por fim, ainda no contexto das relações parentais, foi analisada a intervenção judicial que reconheceu a parentalidade socioafetiva no direito brasileiro. No eixo das relações conjugais e convivenciais, concluiu-se que se deve privilegiar a autonomia das partes e que, portanto, o Estado deve intervir apenas para garantir a igualdade e a dignidade daqueles que resolvem unir-se para constituição de família. Com base em uma regulamentação minimalista na condução dos pactos conjugais e convivenciais e de uma revisão crítica dos deveres conjugais, propuseram-se, simultaneamente, uma maior liberdade em relação às escolhas íntimas das pessoas e uma permanência das intervenções que se baseiam na solidariedade familiar, tal qual os alimentos. Nesse contexto, percebe-se que a necessidade de uma regulação se dá no sentido de promover o bem-estar e a solidariedade, sem limitação da autonomia existencial das pessoas, levando-se em conta as peculiaridades do caso concreto. Isso porque do fenômeno jurídico não é possível subtrair a complexidade da factualidade, componente essencial da normatividade. Identificou-se que, no âmbito das relações de família, há espaços que devem ser preservados, pois dizem respeito às escolhas íntimas. Também se identificou que, se por um lado, é justificada uma regulação que norteie e promova a dignidade de seus membros, por outro, é igualmente fundamental uma heteronomia estatal que salvaguarde os direitos fundamentais, bem como as partes que se encontrem em situação de vulnerabilidade. Concluiu-se que uma regulação básica em direção ao bem-estar – por meio da promoção de direitos e da proteção dos vulneráveis, sem eliminar a liberdade de escolha – está em consonância com o pluralismo e com o exercício da liberdade conformada pela solidariedade familiar e, portanto, de acordo com os ditames constitucionais.

Palavras-chave: Família. Relações familiares. Autonomia Privada. Heteronomia Estatal. Solidariedade. Intervenção do Estado. Autoridade Parental. Regulação. Paternalismo libertário. Privatização do casamento.

ABSTRACT

VILELA MULTEDO, Renata. *State intervention in family relationships*: limits and regulation. 2016. 230 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

The theme of this thesis is the State intervention in the context of family relationships. The main goal was to delineate non-regulation spaces and set limits and rules for the State heteronomy. As a theoretical framework we adopted the methodology of civil constitutional law. We were also inspired by the proposals of the North American libertarian paternalism without neglecting its compatibility with the constitutional principles, in order to set parameters for legislative intervention in the context of family relationships through default rules made compatible with the freedom of choice. To this end, we sought to investigate the legitimacy and justification of the legislative and judicial interventions in parental and marital relationships, based on the collation between public policy and private autonomy. In the context of parental relations, considering that the lawmakers assigned the full extent of the parental power to the parents, we analyzed the reasons for State intervention within parental authority, especially when it comes to restricting the autonomy of children and adolescents in their existential choices even when granted parental consent. We also regarded legislative heteronomy, opting for the analysis of two of the main hypotheses of State intervention in the child and adolescence's rights to family coexistence: adoption of joint custody as a rule and grandparent's visitation rights. Finally, still regarding the parental relationship, we analyzed the judicial intervention that recognized the socioaffective parenting in Brazilian law. Within the axis of marital and partnership relations, based on minimalist regulations when it comes to the terms of marital prenuptial, and pre civil partnership agreements, and on a critical review of marital duties, we proposed simultaneously a greater freedom when it comes to people's intimate decisions and the permanence of the interventions that are based on family solidarity, like alimony. We concluded that, in this scope, the autonomy of the parties should be favored and, therefore, the State should intervene only to ensure the equality and dignity for those who decide to join in a familial relationship. In this context, it is clear that there is a need for regulation in order to promote the welfare and solidarity, without limiting people's existential autonomy, taking into account the peculiarities of each case, since the legal phenomenon cannot subtract from the complexity of factuality, an essential component of normativity. We found that in the context of family relationships there are spaces of non-intervention that must be preserved because they regard intimate choices. We also believe that, on one hand, it is justifiable to warrant regulations that guide and promote the dignity of its members, but on the other hand, it is also essential that State heteronomy ensures fundamental rights as well as the protection of the parties who stand in vulnerable positions. We concluded that a basic regulation towards the well-being - through the promotion of rights and protection of people in vulnerability - without eliminating freedom of choice is in line with the pluralism and the exercise of freedom shaped by family solidarity, in consonance with constitutional imperatives.

Keywords: Family. Family Relationships. Private Autonomy. State Heteronomy. Solidarity. State Intervention. Parental Authority. Regulation. Libertarian Paternalism. Privatizing Marriage.

RIASSUNTO

VILELA MULTEDO, Renata. *L'intervento dello Stato nei rapporti familiari*: limiti e regolazione. 2016. 230 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

Il tema di questa tesi è l'intervento dello Stato nell'ambito delle relazioni familiari. Lo scopo centrale è stato delineare spazi di non regolamentazione e stabilire limiti e regole per l'eteronomia statale. Come cippo teorico, è stata adottata la metodologia del diritto civile costituzionale. Si è ispirato, ancora, nelle proposte del paternalismo libertario nordamericano, senza trascurarsi la sua compatibilità con i principi costituzionali patri, allo scopo di delineare parametri per l'intervento legislativo statale nell'ambito dei rapporti familiari per mezzo di una regolamentazione padrone, compatibile con l'esercizio della libertà di scelta. Per ciò, si è buscato investigare la legittimità e le giustificazioni dei interventi legislativi e giudiziali nelle relazioni parentali e coniugali, basato nel confronto tra l'ordine pubblico e l'autonomia privata. Nell'ambito delle relazioni parentali, considerandosi che il legislatore ha conferito ai genitori il pieno esercizio della potestà genitoriale, sono state analizzate le giustificazioni per l'intervento statale nell'autorità dei genitori, soprattutto per restringere l'autonomia del bambino e dell'adolescente nelle sue scelte esistenziali quando in conformità con il consenso dei genitori. È stata anche trattata l'eteronomia legislativa, optandosi per l'analisi di due principali ipotesi d'intervento dello Stato nel diritto di convivenza familiare del bambino e dell'adolescente: l'adozione dell'affidamento condiviso come regola e il diritto di visita dei nonni. Infine, ancora nel contesto delle relazioni parentali, si è analizzato l'intervento giudiziale che ha riconosciuto la genitorialità socio-affettiva nel diritto brasiliano. Sulla base dei rapporti coniugali e dei rapporti di convivenza, fondandosi in una regolamentazione minima nella guida dei patti coniugali e di convivenza, e di una revisione critica dei deveri coniugali, si è proposto, simultaneamente, una maggiore libertà rispetto alle scelte intime delle persone e una permanenza degli interventi che si basano nella solidarietà familiare, come tale gli alimenti. Si è concluso che, l'autonomia delle parti deve essere privilegiata e che, dunque, lo Stato deve intervenire appena per garantire l'uguaglianza, privilegiando la libertà di scelta di quelli che risolvono unirsi per l'esecuzione di un progetto comune di costituzione di famiglia. In questo contesto, si percepisce che il bisogno di una regolazione accade nel senso di promuovere il benessere e la solidarietà, senza limiti all'autonomia esistenziale delle persone, tenendo conto le peculiarità di ogni caso. Ciò perché il fenomeno giuridico non può sottrarre la complessità della fattualità, una componente essenziale della normatività. Si è identificato che, nell'ambito delle relazioni familiari, ci sono spazi che devono essere preservati, dato che riguardano alle scelte intime e che, se di una parte è giustificata una regolazione che guida e promuove la dignità dei suoi membri, dall'altra, è anche vitale un'eteronomia statale che salvaguardi i diritti fondamentali, oltre le parti che si trovano in una situazione di vulnerabilità. Si è concluso che una regolazione basilare verso al benessere – a mezzo della promozione dei vulnerabili, senza eliminare la libertà di scelta – sta in consonanza con il pluralismo e con l'esercizio della libertà conformata per la solidarietà familiare, e, quindi, secondo i dettami costituzionali.

Parole-chiave: Famiglia. Rapporti familiari. Autonomia. Solidarietà. Intervento dello Stato. Eteronomia. Limiti. Regolazione. Paternalismo libertario.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	9
1	**FAMÍLIA, ESTADO E AUTONOMIA PRIVADA**	20
1.1	**A constitucionalização da família brasileira**	27
1.2	**O exercício da autonomia privada existencial e o reconhecimento de espaços de não regulamentação no âmbito da família**	35
1.3	**A heteronomia estatal e a contribuição do paternalismo libertário**	46
1.4	**O papel da jurisprudência na construção do direito de família brasileiro e a importância da fundamentação das decisões judiciais**	54
1.5	**A judicialização das relações familiares e a busca de formas alternativas para solução de conflitos**	66
2	**A HETERONOMIA ESTATAL NO EXERCÍCIO DA AUTORIDADE PARENTAL**	75
2.1	**A intervenção estatal no exercício da autoridade parental nas situações subjetivas existenciais dos filhos**	82
2.2	**A guarda compartilhada como imposição: a necessidade de um ponto de equilíbrio**	94
2.3	**O direito de visitação avoenga em contrariedade à vontade de ambos os pais e de relação socioafetiva preexistente**	106
2.4	**A intervenção judicial e o reconhecimento da parentalidade socioafetiva**	114
3	**UMA PROPOSTA DE PRIVATIZAÇÃO DAS RELAÇÕES CONJUGAIS**	130
3.1	**A pluralidade dos modelos jurídicos de família**	137
3.2	**Revisão crítica dos deveres conjugais**	149
3.3	**Regime de bens e a condução para uma regulamentação minimalista**	156
3.4	**A disciplina dos alimentos pela ótica da solidariedade familiar**	166
3.5	**Contratos de direito de família e merecimento de tutela**	177
	CONCLUSÃO	186
	REFERÊNCIAS	206

INTRODUÇÃO

Em 1950, no encerramento de sua palestra na *Nursery School Association*, sobre crescimento e desenvolvimento da criança na fase imatura, Donald Winnicott proferiu as seguintes palavras:

> Todos rumamos na mesma direção. Todos queremos tornar possível que cada indivíduo encontre e estabeleça sua identidade de maneira tão sólida que, com o tempo, e a seu próprio modo, ele ou ela adquira a capacidade de tornar-se membro da sociedade – um membro ativo e criativo – sem perder sua espontaneidade pessoal, nem desfazer-se daquele senso de liberdade que, em boa saúde, vem de dentro do próprio indivíduo.[1]

Hoje, cerca de 70 anos depois, a busca da garantia da liberdade individual para proteger o livre desenvolvimento da personalidade – principalmente em respeito às escolhas pessoais no âmbito das relações familiares – protagoniza a arena político-jurídica mundial. Com a expansão do conceito de privacidade – e, principalmente, com seu reconhecimento como um direito fundamental[2] –, faz-se sempre mais necessário estender os espaços para o exercício da autonomia existencial como um dos aspectos da tutela da dignidade da pessoa humana.

Como se sabe, o desenvolvimento do Estado social, em contrapartida ao modelo liberal anterior, caracterizou-se pela intervenção nas relações privadas e pelo controle dos poderes econômicos com objetivo de tutelar os indivíduos mais vulneráveis, ao mesmo tempo em que proporcionou a transformação do próprio significado de privacidade. A concepção liberal de privacidade, baseada no modelo dicotômico público/privado, serviu para separar o espaço doméstico do espaço público, encobrindo relações hierárquicas e desiguais no âmbito familiar. A referida separação no que se refere à esfera privada[3] da unidade familiar, deu ensejo a injustiças sociais, à violência doméstica e de gênero, à dependência econômica das mulheres e à discriminação dos filhos, em uma completa confusão entre as relações conjugais e as

---

1 WINNICOTT, Donald W. *A família e o desenvolvimento humano*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p.40.

2 Art. 5.º, X, da Constituição Federal de 1988: "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;".

3 A respeito, v., por todos, SENNETT, Richard. *O declínio do homem público*: as tiranias da intimidade. Tradução de Lygia Araújo Watanabe. São Paulo: Companhia das Letras, 2001. p.117 e segs.

parentais. De fato, as referidas instituições encontravam-se, até aquele momento, praticamente imunes a qualquer interferência estatal.

No entanto, as constituições europeias promulgadas em seguida à Segunda Guerra Mundial explicitam justamente a noção de liberdade como um dos instrumentos de promoção da dignidade da pessoa humana em face de imposições autoritárias, dando relevância à sua especial condição da existência (humana) em si.[4] A privacidade passa a ser vista, então, não mais como o direito de estar só, mas, principalmente, como o direito de autodeterminar-se e de traçar os rumos da própria existência, de manter o controle sobre as próprias informações.[5] Em consequência, o próprio princípio da liberdade pessoal passa a se consubstanciar em uma perspectiva de privacidade, de intimidade, de modo a garantir o exercício das próprias escolhas individuais.

O problema não mais se limita a tutelar a pessoa diante de interferências externas, mas também a não atribuir a outros um poder de construção da personalidade, do projeto de vida e da gestão de suas informações. Torna-se assim necessário reconhecer espaços de autodeterminação reservados às pessoas sem que haja interferência estatal, tendo em vista o sistema de direitos fundamentais concebido pela ordem constitucional. Trata-se, na denominação de Stefano Rodotà, de espaços *indecidibili per il legislatore*,[6] como se refere o autor sobre as áreas "indecidíveis" para o legislador e remetidas às decisões individuais cujos valores considerados são inegociáveis.

Os institutos de direito privado – tais como a família, o contrato e a propriedade privada – passam a só ser tutelados na medida em que funcionalizados à promoção da dignidade da pessoa humana, princípio regedor das mencionadas constituições do pós-guerra. Juridicamente, percebe-se com nitidez que o reconhecimento da normatividade e a incidência direta dos princípios constitucionais nas relações privadas acarretaram a superação das fronteiras entre o público e o privado, fazendo aflorar novos debates em torno do cotejo entre autonomia privada e intervenção estatal.

---

4 RODOTÀ, Stefano. *Dal soggetto alla persona*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2011. p.32.

5 BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Na medida da pessoa humana*: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p.141.

6 RODOTÀ, Stefano. *Politici, liberateci dalla vostra coscienza.* Disponível em: <http://daleggere.wordpress.com/2008/01/13/stefano-rodota-%C2%ABpolitici-liberateci-dalla-vostra-coscienza%C2%BB/> Acesso em 19 set. 2015.

Não por acaso, a família é uma das searas em que se percebe de forma mais latente aquela constante tensão. No Brasil, mantida por mais de 300 anos como uma instituição à margem de qualquer interferência externa, a família, reduto exclusivamente privado, foi alvo, nas últimas décadas, de substanciosa regulamentação. Foi a Constituição de 1988 que iniciou essas transformações na família brasileira, modificando o paradigma sobre o qual se assentava o conceito jurídico em tela. A família estava, até o advento do texto constitucional, fundada exclusivamente no casamento e preservada a qualquer custo como instituição acima dos interesses de seus integrantes. Entretanto, a partir de 1988, a família deixa de ter um valor intrínseco, passando a ser merecedora de tutela apenas se e quando for instrumento de promoção da dignidade de seus membros. Como é evidente, também no direito de família um novo cenário axiológico foi delineado pelo texto constitucional. O processo de transformação foi seguido de perto pela jurisprudência, que teve um papel atuante na construção de um novo padrão familiar, ora chamado de 'democrático'.[7] Com efeito, os órgãos judicantes, como os primeiros a serem sempre chamados a se manifestar frente às novas demandas sociais, são instados a tutelar interesses de uma realidade que se encontra à margem da legislação infraconstitucional.

No palco das relações familiares, são significativas as decisões judiciais reconhecendo a autonomia das pessoas, vindo a conceder a cada um maior liberdade de escolha para realizar seu projeto de vida, seu espaço de "autoconstituição existencial"[8] tanto nas relações conjugais e convivenciais, como nas parentais. A título exemplificativo, vale citar duas decisões que se basearam em princípios constitucionais: a do Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a união entre pessoas do mesmo sexo,[9] e a do Superior Tribunal de Justiça, que possibilitou que

---

7 V., por todos, GIDDENS, Anthony. *A terceira via*: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia. Rio de Janeiro: Record, 2000 e *A transformação da intimidade*: sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas. São Paulo: UNESP, 1992. A expressão "família democrática" de Anthony Giddens foi analisada no Brasil por Maria Celina Bodin de Moraes (A família democrática. In: _____. *Na medida da pessoa humana*: estudos de direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p.207-234).

8 FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil*: sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p.163.

9 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 4277*. Relator: Min. Ayres Britto. Julgamento: 05.05.2011. Órgão Julgador: Pleno; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 132*. Relator: Min. Ayres Britto. Julgamento: 05.05.2011. Órgão Julgador: Pleno; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.183.378/RS*. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Julgamento: 25.10.2011. Órgão Julgador: 4.ª Turma. Resolução n.º 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça, que determinou ser "vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo".

um filho alterasse seu registro para constar seu pai biológico, mesmo diante da posse de estado de filho consolidada de seu pai socioafetivo.[10]

Ainda estão presentes, por todo canto, os reflexos de um modelo familiar baseado numa instituição erigida sobre o matrimônio, o patrimônio e o pátrio poder,[11] mas também, vivencia-se a relativização do conceito de família e a alteração dos próprios pressupostos do casamento, tanto na experiência cotidiana como nas decisões dos tribunais superiores.

O papel contramajoritário e a função representativa desempenhados pelo Judiciário através da atuação das supremas cortes – que, como o Supremo Tribunal Federal, atendem a demandas sociais relevantes[12] – contrapõem-se a um Parlamento que pretende reintroduzir valores religiosos unilaterais na ordem jurídica das relações familiares brasileiras, em clara violação ao Estado laico disposto expressamente na Constituição da República de 1988.[13]

Sob essa perspectiva é que surgiram as principais questões que motivaram a situação problema da pesquisa desta tese. Quais as justificativas para a normatização das relações familiares no que tange às escolhas íntimas das pessoas em relação a seu projeto de vida familiar? A Constituição Federal tutela espaços de não regulamentação no âmbito da família? A vulnerabilidade da criança e do adolescente é suficiente para justificar a intervenção do Estado na autoridade parental, tendo em vista que a própria Constituição[14] e a legislação infraconstitucional[15] delegam aos pais a criação, a educação e a assistência de seus filhos? Em que situações caberia ao Estado intervir? De acordo com a principiologia constitucional, ainda se justificam as normas previstas na legislação infraconstitucional que regulamentam deveres e

---

10 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1167993/RS*. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Julgamento: 16.12.2012. Órgão Julgador: 4.ª Turma.

11 FACHIN, Luiz Edson. Famílias: entre o Público e o Privado. Problematizando espacialidades à luz da fenomenologia paralática. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, v.23, 2011. p.6.

12 Como esclarece Luís Roberto BARROSO, "o Estado inimigo das minorias, protagonista da repressão e da imposição da moral dominante, como se fosse a única legítima, tem cedido passo, historicamente, ao Estado solidário, agente da tolerância e da inclusão social". (BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC, n.17, p.105-138, jan./jun. 2011. p.113.)

13 LÔBO, Paulo Luiz Netto. Estado laico é conquista de todos e das famílias. *Revista Consultor Jurídico*, 06, dez. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-dez-06/processo-familiar-estado-laico-conquista-todos-familias>. Acesso em: 13 dez. 2015.

14 Art. 229, CF/88.

15 Art. 1.634, CC/2002.

modelos conjugais sob o paradigma do casamento e da monogamia, os quais, por sua vez, ainda podem induzir à escolha de um modelo de família, como se houvesse uma hierarquia entre as entidades familiares?

Observa-se ainda, na trajetória do direito de família brasileiro, o reconhecimento do parentesco socioafetivo, ao lado do biológico e do jurídico, permitindo a tutela de uma série de estruturas parentais e conjugais pela atividade pretoriana, como a posse de estado de filho, fundamental para a concretização do princípio da paternidade responsável. Da mesma forma, o avanço tecnológico, com as modernas técnicas de reprodução assistida, contribuiu de forma decisiva para o livre planejamento familiar, possibilitando arranjos familiares anteriormente inimagináveis, bem como uma expansão da autonomia decisória sobre o projeto parental que cada indivíduo traça para si. A separação entre conjugalidade e parentalidade é nota dominante do direito das famílias na contemporaneidade.

São tantos novos arranjos familiares quanto são os novos problemas concretos. São dilemas que reclamam da doutrina um devido aprofundamento teórico diante de inúmeros debates, inclusive entre Legislativo e Judiciário sobre o tema. Ressalta-se o valor substancial dos sentimentos em detrimento das formalidades dos vínculos como a forte característica das relações familiares, em contraponto, destaca-se a difícil "autogestão da liberdade", na medida em que se abre mão do esteio de normas heteronômas, como o maior desafio da comunidade familiar contemporânea.[16]

A distinção tanto estrutural como funcional dos tipos de relações familiares (conjugal e parental) também não pode ser esquecida. Embora ambos os âmbitos conjugal e parental remetam à solidariedade familiar, na relação conjugal os princípios da liberdade e da igualdade se sobrepõem ao vínculo de solidariedade. De modo diverso, na relação parental, o vínculo de solidariedade familiar é o mais forte que há, juntamente com o princípio da integridade psicofísica das crianças e dos adolescentes e da vulnerabilidade destes. A distinção repercute diretamente nos critérios que se pretendem estabelecer para uma maior ou menor intervenção estatal em decorrência dos tipos de relações familiares. Contudo, mais premente se torna o exame quando se tem em conta que soluções simplistas não dão conta de suplantar as questões mais profundas que o tema envolve, tais como a incapacidade por idade, o paradigma do casamento e da monogamia, o conceito de vulnerabilidade e os próprios deveres conjugais como normas de ordem pública.

---

16 TEPEDINO, Gustavo. *Dilemas do afeto*. Disponível em: <http://jota.info/dilemas-do-afeto>. Acesso em: 31 dez. 2015.

Com base na tábua de valores disposta no texto constitucional, o problema reclama propostas que ultrapassem as hipóteses de violência doméstica no âmbito familiar ou de restrição da autonomia em razão da ausência de discernimento para a tomada de decisão. Hipóteses que, justificadamente, demandam uma atuação paternalista por parte do legislador. As inúmeras transformações da família nas últimas décadas demonstram uma gama de situações concretas que a ordem jurídica ainda não conseguiu abarcar. Os embates citados linhas atrás revelam o incipiente diálogo existente entre os poderes Legislativo e Judiciário e entre estes e a sociedade.[17]

Da mesma forma, é preciso estar atento para as propostas calcadas em argumentos moralistas, etnocentristas e intolerantes, que afrontam a axiologia constitucional. Emerge, ainda, a importância de concretizar-se a laicidade no atual contexto sócio cultural brasileiro e, ao mesmo tempo, respeitarem-se as convicções religiosas de cada pessoa dentro do seu projeto existencial, desde que não conflitem com os princípios constitucionais.[18] Por fim, os direitos de terceiros e os ditames constitucionais deverão ser sempre considerados como limites em qualquer tomada de posição. Nesse sentido, o princípio da dignidade humana como regedor de todo o ordenamento jurídico determina que a pessoa passe a ser o caminho que permite dar relevância formal e material às relações em que cada indivíduo se encontra e as relações sociais que o caracterizam.

Com base no cotejo entre ordem pública e autonomia privada, o tema abrange uma reflexão sobre o direito de família sob um prisma crítico, propondo-se analisar tal temática sob um recorte definido. Como hipótese, defende-se a delimitação dos espaços de não regulamentação estatal nas relações familiares por meio da formulação de limites para intervenção através de regras padrão, considerando a contextualização e a compatibilização entre o exercício da liberdade de escolha e as justificativas para a intervenção em determinadas situações de fato e de direito.

---

17 Basta citar a repercussão que atingiu o Projeto de Lei n.º 6.583/2013, denominado Estatuto da Família, recém-aprovado em caráter conclusivo pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados, que enuncia um conceito de família baseado unicamente na união conjugal firmada entre o homem e a mulher, em desafio ao que já foi garantido pela Corte Suprema e em total dissonância com o princípio constitucional que reconhece o pluralismo familiar. (Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/direitos-humanos/497879-camara-aprova-estatuto-da-familia-formada-a-partir-da-uniao-de homem-e-mulher.html>. Acesso em: 23 jan. 2016).

18 Nesse sentido, ver CARBONERA, Silvana Maria. Laicidade e família: um diálogo necessário a partir do olhar de Stefano Rodotà. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. v.3. p.379.

Nesse cenário, delimita-se o objeto central da tese investigar a possibilidade de estabelecerem-se espaços de não intervenção estatal no âmbito das relações familiares e analisar os limites e regras que justificam o intervencionismo estatal em consonância com a principiologia constitucional. Para tanto, têm-se os seguintes objetivos específicos: (i) demarcar os pressupostos teóricos da tese com base na constitucionalização do direito civil e, consequentemente, na família funcionalizada para promover a dignidade de seus membros; na distinção do exercício da autonomia privada existencial da patrimonial, em razão da prevalência das relações existenciais frente às patrimoniais, conferida pelo texto constitucional; na contextualização e conceituação da família brasileira, em decorrência da constatação da historicidade e da relatividade dos institutos jurídicos e, por fim, no reconhecimento de espaços de não regulamentação tutelados pela Constituição, pela promoção dos princípios da liberdade e igualdade conformados pelo princípio da solidariedade familiar; (ii) investigar a heteronomia estatal na realidade contemporânea brasileira em cotejo com as novas formas de solução de conflitos e com o paternalismo libertário,[19] que pressupõe o pluralismo e o consenso acerca de uma base de direitos que devem ser protegidos e promovidos pelo Estado por meio de uma justificada regulamentação, distinguindo-se as relações parentais das conjugais, em consonância com os ditames constitucionais; (iii) analisar as excessivas intervenções do Estado no exercício da autoridade parental e suas possíveis alternativas com base nas principais hipóteses de heteronomia estatal, perpassando-se por uma releitura do conceito de vulnerabilidade e do melhor interesse da criança e ultrapassando-se o paradigma da incapacidade por idade, com o objetivo de enfatizar-se o desenvolvimento; (iv) investigar as relações conjugais e sua atual normatização, não pelos paradigmas do casamento e da monogamia, mas pela liberdade e igualdade qualificadas pela solidariedade familiar, a fim de que se analisem os espaços de não

---

[19] O paternalismo libertário é uma proposta desenvolvida por Cass Sunstein e Richard Thaler, na qual reconhece-se a utilização de "regras padrão" que tornem possível o exercício consciente das liberdades de escolha. As principais obras sobre o assunto são: SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. Libertarian Paternalism. *The American Economic Review*, Vol. 93, n. 2, Papers and Proceedings of the One Hundred Fifteenth Annual Meeting of the American Economic Association, Washington, DC, January 3-5, 2003. May, 2003, p. 175-179; SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron. *Civilistica.com – Revista eletrônica de direito civil*. Rio de Janeiro, v.4, n.2, 2015. Disponível em: <http://civilistica.com/libertarian-paternalism-is-not-an-oxymoron>. Acesso em: 05 jan. 2016. Tradução disponível em SUNSTEIN, Cass S.; THALER, Richard H. O paternalismo libertário não é uma contradição em termos. Trad. Fernanda Cohen. *Civilistica.com. - Revista eletrônica de direito civil*. Rio de Janeiro: a. 4, n. 2, 2015. Disponível em: <http://civilistica.com/o-paternalismo-libertario-não-e-uma-contradicao>. Acesso em 05 jan. 2016. Originalmente publicado em SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. *Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron*, 70 U Chi L Rev 1159, 1159–86 , 2003; e SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. *Nudge*: improving decisions about health, wealth and happiness. New Haven, CT: Yale University Press, New Haven, 2008.

intervenção tutelados pela própria Constituição, bem como a possível regulamentação dessas relações sem que se retire a liberdade de escolha dos indivíduos.

Como se verá, o marco teórico desta tese não sustenta que o exercício da liberdade pelo reconhecimento da autonomia existencial e dos espaços de não regulamentação seja sinônimo de um Estado ausente. Afirma-se, pelo contrário, que o reconhecimento pleno da autodeterminação "não significa uma despedida de toda presença pública, mas marca a passagem da presença agressiva à presença consciente".[20] Nesse ponto, a constitucionalização do direito civil e, portanto, do direito de família é o marco teórico adotado nesta tese, partindo-se da supremacia da Constituição e da aplicação direta de seus princípios às relações familiares e do reconhecimento da superação da dicotomia entre direito público e privado. Nesse sentido, o princípio da dignidade humana como regente de todo o ordenamento jurídico determina que a pessoa passe a ser o caminho que permite dar relevância formal e material às relações em que cada indivíduo se encontra e às relações sociais que o caracterizam.

Outro pressuposto da metodologia civil constitucional é a relatividade e a historicidade dos institutos jurídicos, tornando imperiosa a contextualização do conceito de família no tempo e espaço, portanto, na realidade brasileira. A prevalência da tutela das relações existenciais frente às patrimoniais é outra premissa fundamental, impondo uma proteção diferenciada do exercício da autonomia existencial, sem olvidar que, no âmbito das relações familiares, "algumas situações patrimoniais são instrumentos para realização de interesses existenciais ou pessoais". O mesmo raciocínio se aplica à funcionalização dos institutos jurídicos, que como a família, passa a ser merecedora de tutela somente como instrumento de realização da dignidade de seus membros. É importante, ainda, constatar a insuficiência do método interpretativo da subsunção, na medida em que o ordenamento deve ser concebido como "o conjunto dos ordenamentos dos casos concretos, como se apresentam na experiência do dia-a-dia, e vive, portanto, exclusivamente enquanto individualizado e aplicado aos fatos e aos acontecimentos".

A percepção quanto à necessidade de fazer ressurgir na dimensão jurídica a vida com seus protagonistas, rejeitando a abstração e transcendência do sujeito, efetivou a transição do indivíduo à pessoa, do sujeito de direito ao sujeito "de carne", o qual dá relevância ao destino de socialização da pessoa e ao destino de natureza do seu organismo. Constata-se a assunção, em diversos ordenamentos, sobre os diferentes modos em que a pessoa concretamente se

---

[20] RODOTÀ, Stefano. *Perché laico.* Roma: Gius. Laterza & Figli, 2010, p.201. No original: *"Non è vero, dunque, che il riconoscimento pieno dell'autodeterminazione segni un radicale congedo da ogni presenza pubblica. Segna, al contrario, il passaggio dalla presenza aggressiva alla presenza consapevole."*

manifesta, consubstanciando uma verdadeira constitucionalização da pessoa. A evolução visível na Carta de Direitos Fundamentais europeia demonstra que o problema não é mais aquele de uma pessoa tutelar interferências externas em sua esfera privada, mas também o de não atribuir a outros o poder de construção de sua personalidade. É nesse sentido que a delimitação de espaços de não regulamentação e de limites para intervenção estatal assume tamanha relevância, principalmente quanto à escolha do projeto familiar.

Outro recorte importante da tese refere-se à opção de beber na fonte do paternalismo libertário como inspiração para uma desregulamentação das relações conjugais. Entende-se que uma regulamentação básica em direção ao bem-estar por meio da promoção de direitos e proteção dos vulneráveis, sem eliminar a liberdade de escolha, está em consonância com o pluralismo e com o exercício da liberdade conformada pela solidariedade familiar, de acordo com os ditames constitucionais. O paternalismo libertário reconhece a necessidade de justiça social, não sendo refratário à formulação de políticas públicas. Pelo contrário, reconhece a necessidade de um Estado regulatório como forma de promoção de direitos e de bem-estar, sem a exclusão das liberdades de escolha, garantindo, portanto, a autonomia e a liberdade dos indivíduos. Percebe-se, dessa forma, que a inspiração no paternalismo libertário se encontra em conformidade com o Estado democrático de direito estabelecido pela ordem constitucional vigente no Brasil.

Esclarece-se que a tese está centrada na heteronomia estatal no sistema jurídico brasileiro, razão pela qual se tratará apenas das hipóteses de intervenção estatal existentes no Brasil e de acordo com a legislação vigente e projetos de lei em discussão nas Casas Legislativas nacionais. Também não caberia expor nesta pesquisa, tendo em vista a delimitação do problema abordado, questões que se reconhecem como de suma relevância, tais como a legalização do aborto, o poliamor ou a superação do princípio da monogamia, e as famílias simultâneas, ainda que sejam entendidas como merecedoras de tutela.

Ressalta-se que também estão excluídos do objeto da pesquisa os debates travados entre comunitários e liberais acerca das teses de justificação do direito à privacidade, bem como as teses referentes aos graus de paternalismo desenvolvidos pelos norte-americanos, uma vez que o marco adotado para este estudo já foi estabelecido. Delineiam-se, assim, os contornos desta tese, que não poderia pretender esgotar um tema desta abrangência, mas que se propõe a contribuir para uma delimitação desses espaços de exercício da autonomia nas relações familiares no âmbito da legalidade constitucional.

Para tanto, a tese será dividida em três capítulos. No capítulo 1 serão formulados pressupostos teóricos e fáticos. Pela contextualização da família brasileira em seguida à sua

constitucionalização, pretende-se demarcar o sentido do exercício da autonomia privada no âmbito familiar, deixando claro que o reconhecimento de espaços de não regulamentação, conforme a metodologia civil constitucional, marco teórico adotado nesta tese, encontra-se tutelado pela própria Constituição. Busca-se demonstrar que a proposta do "paternalismo libertário" se coaduna com a principiologia constitucional brasileira, servindo como inspiração para a regulamentação das relações conjugais por meio de "regras padrão" que não excluam a liberdade de escolha, em consonância com a axiologia constitucional. Ainda neste capítulo realizar-se-á um inventário das principais situações concretas conflituosas de intervenção estatal legislativa nas relações familiares brasileiras, bem como das situações relevantes de heteronomia judicial no direito de família. Por fim, diante da crescente judicialização dos conflitos familiares mostrar-se-á a insatisfação com as pretensas soluções, apontando-se para a busca de formas alternativas de soluções de conflitos.

O capítulo 2 se dedicará à aplicação dos pressupostos às relações parentais, levando-se em conta as peculiaridades que caracterizam estrutural e funcionalmente essas relações. Pela metodologia civil constitucional, buscar-se-á um posicionamento em relação a alguns importantes institutos, tais como autoridade parental, convivência familiar e socioafetividade, atentando para o melhor interesse da criança e do adolescente. Pretende-se discutir neste capítulo a insuficiência da vulnerabilidade da criança e do adolescente como justificativa para a intervenção estatal. Atrelado ao conceito de vulnerabilidade, faz-se necessário enfrentar em que situações e sob quais justificativas autoriza-se a limitação do exercício da autoridade parental pelo Estado, na medida em que se reconhece uma base de direitos titularizados pelo infante que devem ser protegidos e promovidos. Finalmente, o reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direito e a própria funcionalização da família e da autoridade parental não podem deixar de caminhar para a promoção do desenvolvimento do infante rumo a sua crescente autonomia decisória atrelada à evolução do seu discernimento. É importante, ainda, frisar que o escopo da tese não envolve os embates entre a autonomia da criança e do adolescente e a heteronomia dos pais ou representantes legais.

O capítulo 3 se dedicará à análise das intervenções do Estado nas relações conjugais, partindo-se da concepção plural de família instaurada pela Constituição de 1988. Sob esse prisma, é preciso considerar o fato de que essas relações são pautadas pela liberdade de escolha que concretizam diversos modelos familiares, respeitando-se as suas peculiaridades e afastando qualquer hierarquia. Nesse ponto, o instituto do casamento, encoberto pelo manto da legitimidade jurídica, deve ser afastado. O conteúdo dos arranjos familiares é preenchido pela incidência dos princípios da liberdade e igualdade que permeiam essas relações,

qualificados pela solidariedade familiar. Dessa forma, cabe ao Direito assegurar a liberdade do indivíduo diante do reconhecimento daquilo que deve ser protegido e promovido e não interferir ou discriminar o projeto familiar que cada um traça para si. A privatização dessas relações se mostra necessária, garantindo-se espaços de autodeterminação para o exercício da autonomia decisória quanto ao conteúdo dessas relações de acordo com a principiologia constitucional. Aqui parece ainda mais relevante a concepção das "regras padrão", delineada pelo paternalismo libertário, uma vez que permitem a promoção de direitos sem limitar a liberdade de escolha em respeito às convicções pessoais. Pretende-se, assim, analisar as hipóteses de intervenção estatal na autonomia existencial em relação aos direitos e deveres traçados por aqueles que desejam constituir uma família, como as questões atinentes às escolhas patrimoniais que contornam essas relações. Assumem relevo os pactos realizados na atualidade, que passam a exigir um juízo de merecimento de tutela de acordo com os ditames constitucionais. A análise das hipóteses de intervenção se faz necessária para se refutar algumas teses de justificação baseadas em valores que não se coadunam com o texto constitucional e traçar limites para o intervencionismo estatal nas relações conjugais, estabelecendo parâmetros para uma regulamentação mínima, protegendo-se a liberdade e promovendo-se a solidariedade familiar.

FAMÍLIA, ESTADO E AUTONOMIA PRIVADA

O direito existe sempre "em sociedade", isto é, as soluções jurídicas são contingentes em relação a determinado ambiente.[21] A tradição de leitura e de reutilização sucessiva dos textos, dos conceitos e das construções dogmáticas cria novos conteúdos ou sentidos, em virtude da interação entre as figuras do texto e os sucessivos contextos.[22] Por isso, as normas jurídicas apenas podem ser entendidas se estão integradas aos complexos normativos que organizam a vida social, pois a própria produção do direito é, ela mesma, um processo social.[23]

O reconhecimento da relatividade e da historicidade dos institutos jurídicos como uma das premissas da metodologia civil constitucional exige a contextualização histórica para sua análise, uma vez que, em sua aparente continuidade terminológica, ocultam-se radicais transformações semânticas.[24] É na tomada de consciência pelo jurista que reside a importância dessa contextualização, sendo um grave erro pensar, como destaca Perlingieri, "que, para todas as épocas e para todos os tempos, haverá sempre os mesmos instrumentos jurídicos. É justamente o oposto: cada lugar, em cada época, terá os seus próprios mecanismos".[25]

Conceitos como liberdade, democracia, contrato e família são conhecidos como construções jurídicas há séculos, mas, por detrás da continuidade aparente na superfície das palavras, esconde-se uma descontinuidade radical na profundidade de sentido.[26] É certo que, desde o direito romano já se tinha o instituto jurídico da família. Entretanto, cabe indagar: o que continua na família desde os tempos dos romanos?[27]

---

21 HESPANHA, António Manuel. *A cultura jurídica européia*: síntese de um milênio. Coimbra: Almedina, 2012. p.13.

22 Ibid., p.51.

23 Ibid., p.25-27.

24 Id. *Panorama histórico da cultura jurídica européia*, 1998, p.43 e ss.

25 PERLINGIERI, Pietro. Normas constitucionais nas relações privadas. In: *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, n. 6 e 7, 1998/1999. p.63-64.

26 HESPANHA. *A cultura jurídica...*, op. cit., p.17-18.

27 HESPANHA, António Manuel. *A cultura jurídica européia*: síntese de um milênio. Coimbra: Almedina, 2012. p.59.

Naquele contexto histórico, a perspectiva era fulcrada no patrimônio privado, isto é, a família era juridicamente regulada para assegurar a manutenção da propriedade nas famílias romanas.[28] Depois, com a difusão do cristianismo, foi introduzida a moralidade, sem se perder a essência de salvaguarda do patrimônio. A religião pode não ter criado a família, mas, sem dúvida, criou as regras familiares,[29] baseadas na indissolubilidade, na castidade, na virgindade e na procriação. São paradigmas que, ainda no século passado, pautavam o direito de família, até mesmo nos Estados, em teoria, laicos.

No momento histórico atual, vivenciamos a despatrimonialização do direito civil, [30] onde o *ser* superou o *ter*. [31] A transformação decorre de dois fatores primordiais: primeiro, do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, consagrado no art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988; segundo, do reconhecimento da normatividade e da aplicabilidade direta dos princípios constitucionais às relações privadas.[32] Se, na hierarquia dos valores constitucionais, a pessoa humana alcança o ápice do ordenamento brasileiro, as situações jurídicas existenciais prevalecem sobre as patrimoniais, pois é precisamente no plano existencial que se exprimem o ser e o agir da pessoa humana.[33]

O compromisso com a axiologia constitucional é a nova concepção de segurança jurídica.[34] A interpretação dos institutos jurídicos exige coerência não com o formalismo e

---

28 "[...] *patrimonium* era a missão do pai: gerar e manter os bens de Roma no *ager romanus* (campo romano) sem desvio algum. E *matrimonium* era a missão da mãe: gerar e criar na *domus romana* (casa romana), também sem desvio algum, os futuros cidadãos e chefes das famílias e gentes romanas, herdeiros das coisas romanas, a dar continuidade à *civitas romana*". (BARROS, Sérgio Resende de. *Matrimônio e patrimônio. Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v.2, n 8, p.6-7, 2001).

29 COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. São Paulo: Martin Claret, 2002. p.45-46.

30 "Com o termo, certamente não elegante, de despatrimonialização individualiza-se uma tendência normativo-cultural: evidencia-se que no ordenamento se fez uma opção, que lentamente vai se concretizando, entre personalismo (superação do individualismo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade fim a si mesma, do produtivismo, antes, e do consumismo, depois, como valores)". (Ibid., p.121).

31 MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Repensando fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p.87-114.

32 PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.580.

33 MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana.* Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.9.

34 TEPEDINO, Gustavo. Itinerário para um imprescindível debate metodológico. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. Tomo III. p.449. Em outras palavras do mesmo autor: "Segurança jurídica deve ser alcançada pela compatibilidade das decisões judiciais com os princípios constitucionais, que traduzem a

com a neutralidade de conceitos, mas com o sistema de regras e princípios fundados em valores culturais e sociais.[35] Os princípios constitucionais devem impregnar cada categoria do direito infraconstitucional,[36] não só pela hierarquia da Constituição no pluralismo de fontes, mas também pela unidade do ordenamento. Reconhece-se, hoje, o ordenamento jurídico como um sistema com função de traduzir a própria unidade interior e de desenvolver a adequação valorativa dos institutos, sem se esquecer de sua abertura diante da compreensão do direito como fenômeno situado no processo da História e, por isso, mutável.[37]

Na perspectiva contemporânea do direito civil, todas as situações jurídicas subjetivas submetem-se a controle de merecimento de tutela, com base no projeto constitucional.[38] Uma visão moderna da família requer, portanto, uma funcionalização do instituto que responda às escolhas de fundo da sociedade contemporânea,[39] operadas pela Constituição: a cláusula geral de tutela da pessoa humana e notadamente os artigos 226, § 5º, que estabeleceu a igualdade dos cônjuges no casamento, e 227, que atribuiu aos filhos a posição de centralidade no grupo familiar, garantindo concretude ao princípio da igualdade material e "absoluta prioridade" às crianças e aos adolescentes.[40]

Essa concepção implica a rejeição do paradigma, que por muito tempo perdurou, do direito de família como um sistema hermético, que tinha no casamento o centro gravitacional. O fenômeno familiar não é mais unitário, tendo deixado o casamento de servir de referência

---

identidade cultural da sociedade". (TEPEDINO, Gustavo. Liberdades, tecnologia e teoria da interpretação. *Revista Forense*, v. 419, p.84, 2014).

35 KONDER, Carlos Nelson. Distinções hermenêuticas da constitucionalização do direito civil: o intérprete na doutrina de Pietro Perlingieri. *Revista da Faculdade de Direito (UFPR)*, v.60, p.209, 2015. Explica o autor como no momento de aplicação do direito pelos magistrados a fundamentação assume vital importância como limite interno e metodológico, eis que através da análise dos fundamentos das decisões torna-se possível averiguar a fidelidade do intérprete aos valores constitucionais. Esse ponto será mais profundamente abordado no item 1.4.

36 TEPEDINO, Gustavo. op. cit. p.448.

37 CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2. Ed, 1996. p.280-281.

38 MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Rumos cruzados do direito civil pós 1988 e do constitucionalismo de hoje. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo*: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional De Direito Civi-Constitucional da cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008. v.1. p.263.

39 PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.138.

40 BODIN DE MORAES, Maria Celina. A nova família, de novo: estruturas e funções das famílias contemporâneas. *Revista Pensar*, Fortaleza, v.18, n.2, p.588, maio/ago. 2013.

única.[41] Na passagem da estrutura à função,[42] a família deixou de ser unidade institucional, para tornar-se núcleo de companheirismo,[43] sendo hoje lugar de desenvolvimento da pessoa no qual se permitem modalidades de organização tão diversas, desde que estejam finalizadas à *promoção* daqueles que a ela pertencem.[44]

A referida função promocional assumida pelo direito nas constituições pós-liberais[45] possibilitou, no âmbito da família, o reconhecimento de novas entidades familiares, plurais, porque deixadas à escolha de seus membros e, como dito, tuteladas como instrumento de promoção da dignidade daqueles que a compõem. A axiologia constitucional recente tornou possível a propositura de uma configuração democrática de família, na qual não há direitos sem responsabilidades, nem autoridade sem democracia.[46]

O controle sobre as vicissitudes pessoais e familiares só se justifica, como destaca Pietro Perlingieri, se e na medida em que for realizado em função da garantia dos direitos fundamentais.[47] É a proteção desses direitos no interior da família que traz novas consequências tanto nas relações conjugais e convivenciais, como nas parentais. Nas primeiras, a família aponta para a ampliação da autonomia do casal, com a consequente diminuição de normas cogentes; nas segundas, pelo contrário, traz o aumento da responsabilidade no exercício da parentalidade.[48] Ou seja, os movimentos intrafamiliares que podem ser identificados são, de um lado, a forte expansão da autonomia nas relações

---

41 BODIN DE MORAES, Maria Celina. A nova família, de novo: estruturas e funções das famílias contemporâneas. *Revista Pensar*, Fortaleza, v.18, n.2, p.593, maio/ago. 2013.

42 V., por todos, BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função:* novos estudos de teoria do direito. São Paulo: Manole, 2007. Na definição de Luiz Edson Fachin, "a travessia é a da preocupação sobre *como o direito é feito* para a investigação *a quem serve o direito*". (FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil*: sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p.49).

43 VILLELA, João Baptista. *Repensando o direito de família*. Disponível em: <http://jfgontijo.com.br/2008/artigos_pdf/Joao_Baptista_Villela/RepensandoDireito.pdf>. Acesso em: 03 fev. 2016. p.3.

44 PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.972.

45 BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função:* novos estudos de teoria do direito. São Paulo: Manole, 2007. p.13.

46 BODIN DE MORAES, op. cit., p.591-593.

47 PERLINGIERI, op. cit., p.980.

48 BODIN DE MORAES, Maria Celina. A nova família, de novo: estruturas e funções das famílias contemporâneas. *Revista Pensar*, Fortaleza, v.18, n.2, p.594, maio/ago. 2013.

conjugais; e de outro, a responsabilização crescente, solidarista, nas relações parentais.[49] Definir e delimitar o papel do Estado na promoção da liberdade e da solidariedade na família exige, em primeiro lugar, investigar o conteúdo desses princípios.

Durante muito tempo, liberdade e autonomia privada foram consideradas, do ponto de vista do direito civil, como conceitos sinônimos.[50] Foi concepção que prevaleceu desde o início da era das codificações, quando a liberdade era absoluta, quando as restrições à própria liberdade tinham, unicamente, o condão de proteger as liberdades dos demais indivíduos [51] e quando a autonomia dos privados se contrapunha à ordem pública. Essa liberdade negativa, oponível frente ao Estado, significava também que, uma vez celebrado o matrimônio, não era permitido que o Estado interviesse na comunhão de vida, sendo os membros do núcleo familiar dependentes dos desígnios do homem chefe de família.

A situação começou a se modificar pela necessidade de regulamentação das situações extrapatrimoniais, tanto que, hoje, o princípio da liberdade individual se consubstancia numa perspectiva de privacidade, intimidade e livre exercício da vida privada, em que liberdade significa poder realizar o próprio projeto de vida.[52] Isso não equivale a dizer, como outrora, que a liberdade antecede o direito. A liberdade, pelo contrário, é desenvolvida no âmbito do ordenamento, que a qualifica e a legitima. Mesmo a inexistência de regulamentação em matérias atinentes à liberdade individual não retira do ordenamento as relações ali levadas a cabo, na medida em que a liberdade configura um valor constitucional, sendo incentivada pelo direito.[53]

---

49 BODIN DE MORAES, Maria Celina. A nova família, de novo: estruturas e funções das famílias contemporâneas. *Revista Pensar*, Fortaleza, v.18, n.2, p.594, maio/ago. 2013.

50 Id. *Na medida da pessoa humana*: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p.106.

51 O artigo 4.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão francesa, de 1789, dizia: "A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei". (Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2016).

52 BODIN DE MORAES. *Na medida*..., op. cit., p.108.

53 TEPEDINO, Gustavo. Liberdades, tecnologia e teoria da interpretação. *Revista Forense*, v. 419, 2014, p.87. Nesse sentido, afirma Rose Melo Vencelau Meireles que "a liberdade jurídica corresponde a toda manifestação de liberdade tutelada pelo ordenamento jurídico". (MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana.* Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.64).

No entanto, na ordem constitucional vigente, a noção de autonomia privada sofre uma profunda transformação à medida que sua incidência ocorre no âmbito de uma relação patrimonial ou de uma relação existencial.[54] Enquanto a autonomia privada nas situações patrimoniais só é merecedora de tutela se e enquanto realizar interesses socialmente relevantes nem sempre coincidentes com os do titular, a autonomia privada nas situações existenciais, ou nas mistas com função predominantemente existencial, visa à concretização da dignidade humana de seu titular. No que tange às situações pessoais, como aquelas que se referem à vida privada, há uma "proteção constitucional reforçada, porque, sob o prisma da Constituição, estes direitos são indispensáveis para a vida humana com dignidade".[55]

Se é pacífico que a autonomia é expressão da liberdade[56] e que esta é influenciada de modo decisivo pelo contexto cultural, antropológico e ideológico e pela concepção previamente acolhida pelo direito, certo é que "a autonomia privada enquanto exercício da liberdade, constitui instrumento de expressão e concretização da dignidade humana".[57] Dessa forma, seu exercício não pode ser concebido como uma 'concessão' ou 'atribuição' do Estado, mas sim como "o reconhecimento do poder do sujeito privado de autorregular-se, nos limites da lei, aqui entendida em seu sentido amplo, e que tem na Constituição da República sua expressão maior".[58]

Todavia, conforme esclarece Maria Celina Bodin de Moraes, ao direito de liberdade será sempre contraposto o dever de solidariedade social. Se os direitos só podem ser exercidos em contextos sociais, nos quais se dão as relações entre pessoas, o exercício dos próprios direitos deve sempre ser temperado pelo princípio constitucional da solidariedade, que se identifica com o conjunto de instrumentos voltados para garantir uma existência digna, comum a todos, numa sociedade que se desenvolva como livre e justa, sem excluídos ou

---

54 BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p.190.

55 SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p.214.

56 HESPANHA, António Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica européia.* Lisboa: Europa-América, 1998. p.155.

57 BARBOZA, Heloisa Helena. Reflexões sobre a autonomia negocial. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *O direito e o tempo*: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.410.

58 BARBOZA, loc. cit.

marginalizados.[59] O princípio da solidariedade cresce em importância conforme permite a tomada de consciência da interdependência social.[60]

Daqui se inicia uma reflexão diferente, que resulta em outras palavras: "solidariedade" e "reciprocidade". São, por vezes, expressões do modo em que se articulam os liames sociais, os quais encontram a expressão mais intensa na relação que possamos chamar de amorosa, no direito que podemos chamar de amor.[61] Como afirma Stefano Rodotà, no momento em que exercito meu direito personalíssimo ao amor, reconfirmo continuamente a abertura em relação ao outro. A referência ao outro perde, assim, o estigma que tanto constantemente acompanha a palavra e recupera o senso de uma humanidade que, justamente, é feita somente de 'outros'.[62]

O ambiente familiar apresenta-se, então, como um espaço privilegiado para promover o amor, a solidariedade e a realização pessoal. Isso ocorre "com riqueza de tons, com uma desenvoltura que mostra como a justiça, a igualdade, a participação e a democracia se empobrecem se o fio da solidariedade é despedaçado, visto que essa é 'vínculo que une todos os cidadãos entre si'".[63] A solidariedade, como discorre Rodotà, faz emergir "uma questão social de tal amplitude e importância que as instituições não podem se furtar de assumi-la. (...) Arrancada do céu de conceitos abstratos, ela obriga a prestar contas em uma situação concreta na qual se assiste a uma redução da responsabilidade e um relaxamento dos vínculos constitucionais".[64] Sem a solidariedade, a liberdade permaneceria suspensa e vazia, ligada

---

59 BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Na medida da pessoa humana.* Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p.109-111.

60 LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio da solidariedade familiar. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Família e solidariedade.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v.1. p.1.

61 RODOTÀ, Stefano. Amore 'a bassa istituzionalizzazione'. In: *Diritto d´amore*. Bari: Laterza, 2015. Disponível em: https://tolinoreader.ibs.it/library/library.html#!/epub?id=DT0245.9788858123645. Acesso em: 03.02.2016.

62 RODOTÀ. loc. cit.

63 No original: "E ló há fatto con ricchezza di accenti, con uma tessitura che mostra come giustizia, egualianza, partecipazione, democrazia s'impoveriscano se il filo della solidarietà sè spezzato, poichè essa è il 'vincolo che unisce tutti i cittadini tra loro'(...)". (Id., *Perché laico*. Roma: Gius. Laterza & Figli, 2010. p.170.)

64 No original: "La solidarietà fa emeregere 'uma questione sociale di tale ampiezza e importanza, che le istituizioni non possono che assumerla e rifletterla. (...) Strappata dal cielo dei concetti astratti, la solidarietà obbliga a fare i conti com una situazione concreta nella quale si assiste a una riduzione della responsabilità sociale e a um allentamento dei vincoli costituzionali". (RODOTÀ, Stefano. *Perché laico*. Roma: Gius. Laterza & Figli, 2010. p.170.)

somente ao individualismo proprietário, já que "nem tudo pode terminar com a concessão de uma pensão ou com um 'voucher'". [65]

O valor principal a ser perseguido na família é a dignidade da pessoa humana, que só se concretiza nos princípios da igualdade e liberdade, conformados, por sua vez, pela solidariedade.[66] Essa conjunção não pode ser evitada sem que se coloque em risco todo o quadro dos princípios fundadores da ordem constitucional. Pelo contraponto entre liberdade e solidariedade, traduzidas no plano da regulamentação, é que se propõe a análise sobre a intervenção do Estado na família.

O sistema constitucional de liberdade e direitos fundamentais hoje constitui uma sólida, ainda que muitas vezes negada, referência. É justamente isso que nos permite demandar respeito pleno à pessoa humana e instituir, sobre novas bases, a relação entre o amor e o direito.[67] Só a família fundada na aptidão para responder ao mistério do amor e da comunicação que habita cada ser humano pode livrar o mesmo ser humano do vazio e da solidão. A família há de ser, portanto, aberta e inspirada na liberdade, sendo a regra de ouro atribuir ao Estado a garantia e ao homem a construção da família.[68]

1.1 **A constitucionalização da família brasileira**

Surpreendem-se aqueles que resolvem debruçar-se sobre o estudo das famílias brasileiras com a descoberta de um terreno doutrinário fértil e diverso, além de uma jurisprudência rica e avançada. Isso diz respeito não somente às transformações fáticas, mas principalmente à

---

65 No original: "Non tutto può finire 'com la concessione di una pensione di invalidità o con um 'voucher'". (RODOTÀ. loc. cit.)

66 BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana*: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.85.

67 RODOTÀ, Stefano. Amore 'a bassa istituzionalizzazione'. In: *Diritto d´amore*. Bari: Laterza, 2015. Disponível em: <https://tolinoreader.ibs.it/library/library.html#!/epub?id=DT0245.9788858123645>. Acesso em: 03 fev 2016.

68 VILLELA, João Baptista. Liberdade e família. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizente, p.40, 1980.

modificação dos valores sociais sobre os quais o próprio direito de família brasileiro se constrói.

Para refletir sobre como pode ocorrer uma nova configuração do espaço privado no âmbito do direito de família, necessário se faz identificar como ocorreu a construção dos diversos arranjos familiares no Brasil e como eles se inserem no atual contexto histórico e social. Não se pode negar que há toda uma produção discursiva que trata até hoje da "família" no singular, referindo-se às restritas características da família matrimonializada em detrimento de outras formações familiares.[69] Historiadores destacam que o estudo da família brasileira foi marcado por dois posicionamentos conceituais específicos: um primeiro que se projeta com base no modelo da família patriarcal[70] e o segundo, em que esse modelo é revisto.[71]

O modelo de família patriarcal que vigorou de forma predominante no Brasil até o século XIX e que se firmou como o centro de produção econômica, religiosa e política, tendo como base o casamento, obscureceu outras formas de arranjos familiares que se organizaram por todo o território nacional e refletiram as possibilidades de sobrevivência de uma população numerosa numa sociedade desigual. No entanto, é preciso sempre lembrar que a família patriarcal certamente não existiu sozinha, nem comandou o processo total de formação da sociedade brasileira.[72]

A partir de 1970 passou-se a questionar o modelo de família hegemônico por meio de pesquisas que revelaram a diversidade dos arranjos familiares brasileiros.[73] Essa mudança de

---

69 SCHUCH, Patrice. *Família no plural*: considerações antropológicas sobre família e parentesco. Disponível em: <http://www.pim.saude.rs.gov.br/a_PIM/noticias/987/PatriceSchuch.pdf>. Acesso em: 05 set. 2015.

70 As características da família patriarcal brasileira foram retratadas por três principais autores que publicaram entre os anos 1930-1950: Gilberto Freyre, Oliveira Vianna e Antonio Cândido (FREYRE, Gilberto. *Casa grande & senzala*: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. Rio de Janeiro: José Olympio, 1977;. VIANNA, Oliveira. *Instituições políticas brasileiras*. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: EDUSP, Niterói: Ed. da Univ. Federal Fluminense, 1987; CÂNDIDO, Antonio. The Brazilian Family. In: SMITH, T. Lynn (Ed.). *Brazil*: Portrait of a Half Continent. Nova Iorque: Marchant General, 1951), sendo o primeiro considerado como o grande teórico e difusor deste modelo de família por meio de sua obra *Casa Grande & Senzala* (1933), que se tornou um clássico da literatura nacional.

71 TERUYA, Maria Tayra. *A família na historiografia brasileira*: bases e perspectivas teóricas. Disponível em: <http://www.abep.nepo.unicamp.br/docs/anais/pdf/2000/Todos/A%20Fam%C3%ADlia%20na%20Historiografia%20Brasileira....pdf>. Acesso em: 28 nov. 2014.

72 CORRÊA, Mariza. Repensando a família patriarcal brasileira. In: ALMEIDA, Angela (Org.). *Colcha de retalhos*: estudos sobre a família no Brasil. São Paulo: Brasiliense, 1982.

73 Este novo "método de reconstituição de família" incorporou à pesquisa histórica as fontes seriais (registros paroquiais de batismo, casamento e óbitos, até então utilizados somente por genealogistas, além das listas

foco e a diversificação temática dos estudos históricos na década seguinte fizeram surgir inúmeras pesquisas empíricas e deram grande vigor à história da família brasileira, fazendo que o tema ganhasse espaço e dimensão nas interpretações recentes.[74] Como resultado, constatou-se que a vida social no passado não se restringia à casa grande e à senzala, e que esses outros arranjos existentes no território nacional não se vinculavam necessariamente ao trinômio latifúndio/exportação/escravidão. Com base na demografia histórica, nota-se hoje que não se pode falar ou pensar em uma família brasileira, mas nas famílias brasileiras, dada a diversidade de modelos familiares existentes. [75]

Durante todo o Império o vínculo religioso católico determinava o estado conjugal das pessoas. Entretanto foi na passagem do Império à República que se travou a acirrada disputa entre conservadores clericais e republicanos com relação ao domínio dos registros civis. O Estado estava determinado a conquistar esse poder registral para enfraquecer a força da Igreja. Antes mesmo da proclamação da República, o regime imperial fizera "cessar os efeitos civis dos registros eclesiásticos", buscando fortalecer o registro civil secular. Esta foi a *occasio legis* do Decreto n.º 181, de 24 de janeiro de 1890, conhecido como a "Lei do Casamento e do Registro Civil", com a finalidade de regulamentar a solenidade do casamento civil como um importante marco da institucionalização da ordem republicana, a ponto de tornar-se a única previsão relativa à matéria a ser constitucionalizada em 1891.[76] Assim é que, a partir de 1890, o casamento civil passou a ser independente do religioso e o único a ter validade jurídica no Brasil.

Dos registros realizados durante o primeiro censo, em 1872, é possível constatar a gradativa inclusão dos diferentes *status familiae* reconhecidos oficialmente pela ordem pública. No primeiro censo realizado no Brasil só existiam três tipos de *status familiae*: casado, solteiro

---

nominativas de habitantes e censos governamentais realizados entre 1750-1850) que permitiram a reconstituição das famílias de outra forma.

74 SAMARA, Eni de Mesquita. A história da família no Brasil. *Revista Brasileira de História*, São Paulo, v.9, n.17, p.7, set. 1988/fev. 1989.

75 Conforme Eni de Mesquita Samara, as novas pesquisas realizadas pelos historiadores nas últimas décadas permitiram dar uma maior visibilidade a outras formas de arranjos familiares, consolidando um segmento de pesquisa mais especificamente ligado aos temas da história da família brasileira, que a partir de levantamentos periódicos evidenciam um aumento quantitativo e qualitativo das pesquisas nesta área. (Id. *O que mudou na família brasileira*. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-65642002000200004>. Acesso em: 28 nov. 2014).

76 NEDER, Gizlene; CERQUEIRA FILHO, Gisálio. Os filhos da lei. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v.16, n.45, fev. 2011. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-69092001000100006>. Acesso em: 05 set. 2015.

e viúvo.[77] Dentre as grandes e vagarosas mudanças que se operaram até a promulgação da Constituição de 1988, destaca-se no censo de 1890, a possibilidade de as pessoas casadas no exterior, segundo a legislação estrangeira e que lá tivessem obtido o divórcio, poderem qualificar-se como divorciados no Brasil. Em 1950 passou a ser incluído no censo o *status* de desquitado, em razão da introdução do art. 315 no Código Civil de 1916 por meio da Lei n.º 4.529 de 1942. Também a partir de 1950, os censos passaram a contabilizar as uniões informais e as famílias monoparentais; e com a instituição do divórcio, a partir da promulgação da Lei n.º 6.015 de 1977, estes também passaram a ser contabilizados nos censos seguintes.[78]

Entre os anos de 1984 e 2007 a taxa de divórcios aumentou em 200%, atingindo, segundo as pesquisas estatísticas realizadas pelo IBGE, o seu maior valor em série desde 1984. Isso significa dizer que para cada quatro casamentos realizados houve uma dissolução.[79] A partir de 1989 também houve um aumento significativo do número de divórcios em decorrência da alteração do parágrafo 6.º do art. 226 da Constituição Federal, que reduziu os prazos mínimos para se iniciarem os processos judiciais, passando para um ano nos casos de separação e dois anos nos casos de divórcio.

Posteriormente, em julho de 2010, a Emenda Constitucional de n.º 66, promoveu outra alteração no referido artigo, suprimindo do texto constitucional as referências ao instituto da separação e aos respectivos prazos, de modo que, atualmente, é possível requerer a dissolução do casamento a qualquer tempo, seja o divórcio de natureza consensual ou litigiosa.[80] No mesmo

---

77 De lá para cá, mais onze censos foram realizados nos seguintes anos: 1890, 1900, 1920, 1940, 1950, 1960, 1970, 1980, 1991, 2000 e 2010.

78 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Censo Demográfico 2010*: resultados da amostra. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/default_resultados_amostra.shtm>. Acesso em: 05. set. 2015.

79 Id. *Estatísticas do Registro Civil 2007*. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/registrocivil/2007/registrocivil 2007.pdf> Acesso em: 07 fev. 2012.

80 Constituição Federal. Art. 226. § 6.º. O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 66 de 2010). Vale mencionar que na jurisprudência há várias decisões que se posicionam no sentido de que a referida emenda apenas eliminou os requisitos temporais do divórcio, mantendo a separação como forma de dissolução da sociedade conjugal. Nesse sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sentença estrangeira contestada 5.302 – *EX 2010/0069865-9*. Relator: Min. Nancy Andrighi. Julgamento: 12.05.11. Órgão Julgador: Corte Especial. No entanto, parte expressiva da doutrina tem defendido que não há mais que se falar na permanência da separação. Assim, discorre Rodrigo da Cunha Pereira que "O argumento finalístico é que a Constituição da República extirpou totalmente de seu corpo normativo a única referência que se fazia à separação judicial. Portanto, ela não apenas retirou os prazos, mas também o requisito obrigatório ou voluntário da prévia separação judicial ao divórcio por conversão. Qual seria o objetivo de se manter vigente a separação judicial se ela não pode mais ser convertida em divórcio? Não há nenhuma razão prática e lógica para a sua manutenção. Não podemos perder o contexto, a história e o fim social da anterior redação do § 6.º

ano, quando realizado o último censo, foram registrados 243.224 divórcios e 67.623 separações, incluindo processos judiciais e escrituras públicas,[81] e como destacado na pesquisa realizada pelo IBGE, para além da questão legal, esse aumento da taxa de divórcios só demonstra sua aceitação pela sociedade brasileira, além da desburocratização[82] e da ampliação do acesso aos serviços de justiça referentes ao assunto.

Outra observação interessante registrada a partir de 1970 foi o aumento das uniões informais mesmo após a legalização do divórcio. Historiadores[83] destacam a insuficiência da perspectiva jurídica para se analisarem os arranjos familiares no Brasil, pois só por uma visão demográfica é possível hoje constatar que as uniões não legalizadas, antes predominantes nas classes mais baixas, vêm ganhando cada vez mais espaço nas classes médias como primeira opção de vida conjugal.[84]

Com a Constituição de 1988 novas formas de entidades familiares não fundadas no casamento foram reconhecidas pelo ordenamento jurídico, estabelecendo-se, para efeitos de proteção do Estado, também a união estável e a família monoparental (artigo 226, §§ 3.º e 4.º). Logo se instaurou um conflito hermenêutico em relação ao dispositivo legal em tela, referente à taxatividade das formas de entidades familiares ali explicitadas; isto é, se somente o casamento, a união estável e a família monoparental poderiam ser considerados como entidades familiares, ou se outros arranjos familiares não expressamente previstos no dispositivo poderiam ser incluídos no conceito de família constitucionalmente disposto.

Importante lembrar que é a Constituição que confere unidade, coerência e harmonia ao ordenamento, esvaziando a tradicional dicotomia entre direito público e privado, uma vez que as normas inferiores assumem o papel de especificações para a plena realização dos preceitos

---

do art. 226: converter em divórcio a separação judicial. E, se não se pode mais convertê-la em divórcio, ela perde sua razão lógica de existência". (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. O novo divórcio no Brasil. In: _____ (Coord.). *Família e responsabilidade*: teoria e prática do direito de família. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010. p.469-470). Por sua vez, o novo Código de Processo Civil reacendeu o debate ao expressamente se referir à separação judicial em seu artigo 23, inciso III, e em diversos outros dispositivos

81 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Estatísticas do registro civil*: 2010. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/registrocivil/2010/rc2010.pdf>. Acesso em: 05 set. 2015.

82 Também foi relevante para o aumento do número de divórcios no Brasil a promulgação da Lei n.º 11.441, em 11 de janeiro de 2007, que permitiu aos cônjuges, havendo consensualidade e inexistindo filhos menores ou incapazes, realizarem as separações e os divórcios pela via administrativa, nos Tabelionatos de Notas do País.

83 BERQUÓ, Elza. Arranjos familiares no Brasil: uma visão demográfica. In: SCHWARCZ, Lilia (Org.). *História da vida privada no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. v.4. p.421.

84 Ibid., p.420.

constitucionais. Interesses privados e públicos se confundem, como esclarece Maria Celina Bodin de Moraes, "na medida em que, de um lado, os interesses privados só são juridicamente protegidos por possuírem relevância pública e, de outro lado, o tradicional e ameaçador conceito de 'interesse público' se transforma, nas sociedades democráticas, na composição deliberativa e na reconstrução dialógica dos interesses privados".[85]

Atualmente, prevalece tanto em sede doutrinária[86] como jurisprudencial, o entendimento de que deve ser prestigiado o sentido que melhor responda à realização da dignidade da pessoa humana, não se podendo desconsiderar arranjos familiares, ainda que não explicitados no texto constitucional, inclusive as uniões homoafetivas.[87] Afirma a doutrina majoritária que os tipos de entidades familiares explicitados nos parágrafos do art. 226 da Constituição Federal são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa.[88] É de se notar que mesmo sem o reconhecimento jurídico como entidade familiar, desde 1950, os arranjos familiares diversos do casamento já eram contabilizados nos censos realizados justamente por representarem um número significativo na sociedade brasileira.

---

85 BODIN DE MORAES, Maria Celina. Do juiz boca-da-lei à lei boa-de-juiz: reflexões sobre a aplicação-interpretação do direito no início do século XXI. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v.56, p.11-30, 2013. p.18.

86 V., por todos, LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. In: *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e cidadania: o novo CCB e a vacatio legis. Belo Horizonte*: Del Rey / IBDFAM, 2002.

87 BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, n.17, p.105-138, jan./jun. 2011. Nesse sentido, ver também BODIN DE MORAES, Celina. A união entre pessoas do mesmo sexo: uma análise sobre a perspectiva civil-constitucional. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, Rio de Janeiro, ano 1, v. 1, jan./mar. 2000; MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *União entre pessoas do mesmo sexo*: aspectos jurídicos e sociais. Belo Horizonte: Del Rey, 2004; e TEPEDINO, Gustavo. A legitimidade constitucional das famílias formadas por uniões de pessoas do mesmo sexo. In: *Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União*. Brasília: ESMPU, ano 6, n.22/23, jan./jun. 2007, p.89-116.

88 LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. In: *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e cidadania: o novo CCB e a vacatio legis.* Belo Horizonte. *Anais*... Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2002. Rose Melo Vencelau Meireles destaca que " se a função da família se realiza quando através da comunhão de vida se permita o desenvolvimento de cada uma das pessoas que a integram, sempre que assim for configurada a convivência, deve receber proteção do Estado como família. Em outras palavras, afirmar que esta ou aquela forma de convivência constitui entidade familiar significa dizer que como tal, como família, é merecedora de especial proteção do Estado, nos termos do caput do art. 226 da Constituição Federal". (MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Em busca da nova família: uma família sem modelo. *Civilistica.com – Revista Eletrônica de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v.1, n.1, jul./set. 2012. Disponível em: <http://civilistica.com/embusca-da-nova-familia/>. Acesso em: 15 set. 2015). No mesmo sentido: TEPEDINO, Gustavo. Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. In: _____. *Temas de direito civil*. 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

Além do reconhecimento de entidades familiares diversas do casamento, dentre as diversas alterações operadas pelo texto constitucional no ambiente familiar, destacam-se: a equiparação de qualificação de todos os filhos independentemente da origem da filiação (art. 227, § 6.º), a facilitação do divórcio, independentemente de culpa, o planejamento familiar voltado para os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (art. 226, § 7.º) e a previsão de ostensiva intervenção estatal no núcleo familiar com o fim de proteger seus integrantes e coibir a violência doméstica (art. 226, § 8.º).

Após um longo período de dogmas e preconceitos, a família fundada no casamento, preservada e valorizada a qualquer custo como instituição acima dos interesses de seus integrantes, cede lugar a uma família que passa a ser vista como um núcleo intermediário de desenvolvimento da personalidade dos filhos e de promoção da dignidade de seus membros. Nessa concepção, como destaca Pietro Perlingieri, a família passa a ser garantida pela Constituição "não como portadora de um interesse superior e superindividual, mas, sim, em função da realização das exigências humanas, como lugar onde se desenvolve a pessoa".[89]

Diante da mudança do paradigma no qual se assentava o conceito jurídico de família no Brasil, adotando-se, a partir daquele momento, uma concepção instrumental da comunidade familiar, um novo cenário axiológico é redesenhado pelo texto constitucional, firmando o direito de família brasileiro sob um robusto tripé composto pelos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade substancial e da solidariedade familiar.[90] Esse processo foi acompanhado de perto pela legislação e pela jurisprudência brasileiras, que tiveram, nas últimas décadas, um papel promocional na construção desse novo modelo familiar chamado de "democrático"[91] em decorrência da inserção, no âmbito da família, desses princípios. Como destaca Pietro Perlingieri, "a produção da lei e a produção da decisão acabam por representar uma vicissitude incindível que, juntas a tantas outras que se verificam em uma comunidade, realizam a síntese, a ponderação entre a conservação dos valores legais contidos na lei e o caráter promocional da realidade factual".[92]

---

89 PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.243.

90 TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional. *Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC*, v.17, n.5, p.34, jan./mar. 2004.

91 BODIN DE MORAES, Maria Celina. A família democrática. In: _____. *Na medida da pessoa humana*: estudos de direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p.209.

92 PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.200.

Essas transformações atingiram de forma ainda mais incisiva o direito da filiação, pois além da consagração do princípio da isonomia, que proíbe qualquer forma de discriminação entre os filhos independentemente do modelo de relação existente entre seus pais,[93] alterou-se radicalmente o enfoque das relações parentais, hoje calcadas na responsabilidade e na solidariedade familiar. Diante da atual realidade torna-se claro que a criança e o adolescente são vistos nas relações parentais como a parte vulnerável e, logo, carecedora de maior proteção, o que justificou a atuação do legislador constituinte nas questões concernentes ao direito da filiação, garantindo mais proteção aos filhos e maior responsabilidade aos pais.[94] Ao mesmo tempo, a educação passou a exercer uma função emancipatória,[95] em decorrência da modificação na própria forma de exercício da autoridade parental, hoje concebida como um poder-dever posto no interesse exclusivo do filho e com a finalidade de satisfazer suas necessidades e desenvolvimento de sua autonomia.[96]

Partindo das mudanças operadas pelo legislador constituinte acima elencadas, que longe de representarem vagos programas políticos, estabelecem princípios jurídicos com força normativa e aplicabilidade direta às relações interprivadas é que a constitucionalização da família impõe a necessidade de uma "reelaboração dogmática, de modo a subordinar a lógica

---

93 O art. 227, parágrafo 8.º da CF/88 dispõe: "Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação".

94 Como esclarece Gustavo Tepedino, "a interferência na esfera jurídica dos filhos só encontra justificativa funcional na formação e no desenvolvimento da personalidade dos próprios filhos, não caracterizando posição de vantagem juridicamente tutelada em favor dos pais". (TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional. *Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC*, v.17, n.5, p.40-41, jan./mar. 2004). Neste sentido também destaca Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (Responsabilidade Civil na relação paterno-filial. In. *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e Cidadania - O Novo CCB e a vacatio legis*. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002, p.429-430): "A responsabilidade dos pais consiste principalmente em dar oportunidade ao desenvolvimento dos filhos, consiste em ajudá-los na construção o da própria liberdade. Trata-se de uma inversão total, portanto, da ideia antiga e maximamente patriarcal de pátrio poder".

95 PERLINGIERI, Pietro. op. cit., p.258.

96 BODIN DE MORAES, Maria Celina. Jurisprudência comentada: deveres parentais e responsabilidade civil. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n.31, p.55-56, 2005.

patrimonial àquela existencial",[97] em consonância com a prioritária proteção à dignidade da pessoa humana, da qual também decorre a tutela da autonomia privada existencial.[98]

Hoje, o indivíduo exclusivamente abstrato, considerado de maneira isolada e detentor de direitos patrimoniais, dá lugar ao sujeito concreto, em suas diversas manifestações.[99] Partindo-se da premissa de que "o ordenamento realmente vigente é o conjunto dos ordenamentos dos casos concretos, como se apresentam na experiência do dia-a-dia, e vive, portanto, exclusivamente enquanto individualizado e aplicado aos fatos e aos acontecimentos",[100] a única intervenção compatível com a axiologia constitucional é aquela que se compatibiliza com a dignidade da pessoa humana, na exata medida da defesa e da promoção dos interesses da pessoa sobre quem se intervém. Assim, toda a problemática que se arma da conjunção dos conceitos de liberdade e família se resume, por conseguinte, em estabelecer uma composição entre eles que resulte em um mínimo de restrições individuais e um máximo de realização pessoal.[101] É sob esse prisma que se analisará o exercício da autonomia existencial nas relações familiares.

1.2 O exercício da autonomia privada existencial e o reconhecimento de espaços de não regulamentação no âmbito da família

---

97 TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, , 1999. p.53. p.23-54.

98 Não se pode desconsiderar, no entanto, que "quando se trata de restrição da via privada em termos de proteção social, deve-se admitir que o exercício da autonomia, ainda que numa base intersubjetiva, possa produzir efeitos na autonomia de terceiros, de modo a diminuir-lhes a capacidade de valorar ou de levar à prática suas valorações, pelo que o valor da capacidade de valorar requer que restrinjamos essa capacidade quando seu exercício afeta a mesma em outras pessoas e exista algum princípio de distribuição que nos permita dar preferência a esta última capacidade sobre a primeira. Admite-se, assim, determinado conjunto de medidas (como proteção trabalhista e previdenciária) que se fundam na preservação de um nível mínimo de liberdade que evite a imposição ou coerção de regras ou valorações pelo agente que goza de melhores pré-condições de exercício de sua autonomia. Embora a autonomia seja elemento constitutivo da noção de individualidade, uma menor autonomia diante de outros não outorga menor valor ao indivíduo, senão justifica a exigência de aumentar-se seu grau de autonomia". (SILVA, Denis Franco. O principio da autonomia: da invenção à reconstrução. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.151).

99 FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.11 e segs.

100 PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.201.

101 VILLELA, João Baptista. Liberdade e família. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizente: 1980, p.10.

"Vivemos agora naquela que vem sendo chamada a 'república das escolhas'", afirma Stefano Rodotá referindo-se à obra de Lawrence Friedman.[102] Espera-se que os indivíduos possam determinar por si mesmos o que significa levar uma vida boa e virtuosa e que suas escolhas se dêem com base na consideração de quem são e das consequências do próprio agir.[103]

A consagração do princípio da dignidade da pessoa humana, que tem como um de seus pilares a proteção da liberdade individual, hoje remete à autonomia existencial,[104] vista como a possibilidade que cada indivíduo tem de construir seu projeto de vida. Foi sob essa perspectiva que as questões jurídicas que envolvem a pessoa humana ganharam cada vez mais prevalência, consolidando o propósito personalista e solidarista das Constituições pós a Segunda Guerra Mundial. Daí decorre a importância de se preservar espaços de não interferência estatal, bem como de se traçar limites e justificativas adequadas aos princípios do sistema para que seja possível averiguar até que ponto são legítimas as intervenções legislativas e judiciais sobre certas escolhas que se referem à esfera íntima da pessoa humana no âmbito da família. Em sede doutrinária, afirma-se que "a regulação das instituições familiares deve pressupor da prévia análise e reserva de espaços de autonomia, uma vez que a intervenção estatal pode colocar em crise a percepção do privado como espaço de liberdade".[105]

---

[102] FRIEDMAN, Lawrence. *The Republic of Choice*: Law, Authority and Culture. Cambridge: Harvard UP, 1990.

[103] WOLFE, Alan. The Final Freedom. *The New York Times Magazine*. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2001/03/18/magazine/the-final-freedom.html?pagewanted=all>. Acesso em: 28 out. 2015.

[104] De acordo com o escopo desta pesquisa, bem como com seu marco teórico, optou-se pela expressão autonomia existencial, pois esta prescinde de qualificações quanto se referente a interesse público ou privado. Como já afirmado em doutrina, "trata-se da co-dependência desses dois tipos de autonomia, vez que uma é condição para o exercício da outra", já que ambas essencialmente dialogam e são integralmente protegidas dentro de uma sociedade democrática. (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p.151).

[105] O tema foi objeto de discussão no IX Encontro dos Núcleos de Pesquisa em Direito Civil das Faculdades de Direito da UERJ e UFPR e, seguindo a tradição do evento, produziu-se ao final a carta-relatório com as principais conclusões dentre as quais se destaca a presente, conforme TEPEDINO, Gustavo. Editorial. *Revista Trimestral e Direito Civil - RTDC*, Rio de Janeiro: Padma, v.47, 2011. O próprio STJ já reconheceu que "o casamento há de ser visto como uma manifestação vicejante da liberdade dos consortes na escolha do modo pelo qual será conduzida a vida em comum, liberdade essa que se harmoniza com o fato de que a intimidade e a vida privada são invioláveis e exercidas, na generalidade das vezes, em um recôndito espaço privado também erguido pelo ordenamento jurídico [...]". (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.119.462/MG*. Relator: Min. Luís Felipe Salomão. Julgamento: 26.02.2013. Órgão Julgador: Quarta Turma).

Nas relações conjugais, a possibilidade de uma maior liberdade de escolhas em razão do reconhecimento das várias formas de entidades familiares, inclusive as homoafetivas,[106] vem concretizando a opção pela estrutura familiar mais conveniente para cada indivíduo.[107] Nesse novo contexto, ganha relevância a tendência hoje já ressaltada por estudiosos americanos que defendem a desregulamentação legal das relações conjugais por meio da "privatização do casamento".[108] Sustenta-se que o Estado não deveria mais tutelar essas relações através de normas imperativas, mas tão somente mediante regras supletivas (*standards*), em caso de não manifestação expressa do casal.[109] Mesmo no âmbito das relações parentais já se questiona até que ponto delegar ao Estado, por meio dos órgãos judicantes, a incumbência de dirimir as divergências entre os pais em relação à administração do cotidiano dos filhos, principalmente quando estes detém a autoridade parental, é uma alternativa possível ou a melhor alternativa.[110,111]

---

106 A decisão do STF que reconheceu as uniões homoafetivas como entidade familiar já citada na nota 9 será objeto de análise no item 1.4.

107 BODIN DE MORAES, Maria Celina. A nova família, de novo: estruturas e funções das famílias contemporâneas. *Revista Pensar*, Fortaleza, v.18, n.2, p.587-628, maio/ago. 2013.

108 Nesse sentido é artigo de opinião, de Stephanie Coontz, publicado no New York Times, intitulado *Taking Marriage Private* (Disponível em: <http://www.nytimes.com/2007/11/26/opinion/26coontz.html?_r=3 &em&ex=1196226000&en=5e70532fce256fe0&ei=5087%0A&oref=slogin >&. Acesso em: 20 set. 2015).

109 SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. Privatizing Marriage. *The Monist*, v.91, n.3 & 4, p.377-387, July/Oct. 2008. Disponível em: <http://secure.pdcnet.org/monist/content/monist_ 2008_0091_0003m_0377_0387>. Acesso em: 20 set. 2015.

110 Art., 1.631. [...] Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo.

111 Revela-se ilustrativa a decisão da juíza da 1.ª Vara de Família de Petrópolis, no Rio de Janeiro, que rejeitou o pedido de um pai que mantém a guarda compartilhada do filho com a ex-mulher, para retirá-lo da escola na qual está matriculado e transferi-lo para outra, de sua preferência. Na decisão, a juíza declara que "o Judiciário não pode, sob pena de interferir na esfera da intimidade e da privacidade, definir qual escola é melhor para uma criança que possui pai e mãe capazes, maiores e no exercício regular da guarda". Segundo a magistrada, não há nenhuma discussão sobre algum interesse do menor que pudesse ser prejudicado, tampouco sobre o valor da mensalidade ou mesmo sobre diferenças de orientação educacional das escolas, razão pela qual os pais não deveriam pretender que o Estado, por meio do juiz, exercesse o papel que lhes incumbe por lei e pela própria formação da sociedade. Por fim, destaca que "delegar para o Estado a opção por escolhas íntimas e individuais não se constitui numa alternativa possível". Na sentença a juíza registrou que o único motivo que levou os pais da criança a procurar o Judiciário foi a incapacidade de comunicação entre eles, "que não conseguem, sozinhos, discutir e solucionar um problema banal e cotidiano". Para ela nem todo conflito pode ser apreciado pelo Estado: "Vinho tinto ou branco, café ou chá, futebol ou basquete, salada ou sopa, vestido ou calça, preto ou branco, cinema ou teatro, Flamengo ou Fluminense são alternativas com as quais um ser humano se depara de forma permanente e é próprio da condição humana decidir e solucionar". Na decisão, a juíza registra que não há qualquer discussão sobre algum interesse do

No entanto, no que tange às relações familiares, necessária se faz a distinção da incidência de uma maior ou menor intervenção estatal em decorrência dos tipos sujeitos envolvidos. Como elucida a melhor doutrina, enquanto as relações conjugais têm fundamentos na liberdade e na igualdade, as parentais se baseiam justamente na responsabilidade, não podendo deixar de se atentar, na última, para a vulnerabilidade de uma das partes, já que o foco da relação parental são os filhos menores a quem o ordenamento deve a máxima proteção por serem pessoas humanas em desenvolvimento.[112] Ressalta-se que "ambas remetem-se, por óbvio, à solidariedade familiar, mas de maneiras muito particulares". Nas relações conjugais os princípios da liberdade e da igualdade, em regra, se sobrepõem ao vínculo de solidariedade familiar, enquanto nas parentais, "o vínculo de solidariedade familiar é o mais forte que há, juntamente com o princípio da integridade psicofísica das crianças e dos adolescentes [...]".[113]

Tanto na constituição da família como no projeto parental, assume ainda maior importância a reflexão quanto à necessidade de se garantirem os espaços de autodeterminação, reservados às pessoas sem que haja qualquer interferência estatal. Afirma Stefano Rodotà que quando se chega ao "núcleo duro da existência" há a necessidade de respeitar a pessoa humana, já que se está diante *da impossibilidade de decidir (indecidibile).* Assim, "nenhuma vontade externa, mesmo aquela expressa em uníssono por todos os cidadãos ou por um Parlamento unânime, pode tomar o lugar da vontade do interessado".[114]

O conceito de liberdade atual em muito supera a concepção clássica da autonomia privada de matriz individualista e patrimonialista. Mesmo a autonomia privada de ordem patrimonial remodelou-se, deixando o ato de autonomia de ser um valor em si, podendo "sê-lo em certos limites, se e enquanto responder a um interesse digno de proteção por parte do

---

menor que possa ser prejudicado, sobre o valor da mensalidade ou mesmo sobre diferenças de orientação educacional das escolas. A criança está bem cuidada com a guarda compartilhada e até agora tem todos os seus interesses atendidos pelos pais. (A JUDICIALIZAÇÃO do afeto. *Direito e Sociedade*, 10 mar. 2011. Disponível em: <http://decaraparaodireito.blogspot.com.br/2011/03/judicializacao-do-afeto.html>. Acesso em 10 dez. 2014).

112 BODIN DE MORAES, Maria Celina. Jurisprudência comentada: deveres parentais e responsabilidade civil. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n.31, p.194, 2005.

113 Ibid., p.193-194.

114 RODOTÀ, Stefano. *Dal soggetto alla persona*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2011. p.33. No original: *"Quando si giunge al nucleo duro dell'esistenza, alla necessitá de rispettare la persona umana in quanto tale, siamo di fronte all indecidibile. Nessuna volontà esterna, fosse pure quella coralmente espressa da tutti i cittadini o da un Parlamento unanime, può prendere il posto di quella dell'interessato."*

ordenamento jurídico".[115] Isso significa reconhecer a instrumentalidade do papel desempenhado pela autonomia privada, condicionado aos ditames constitucionais.

A autonomia privada existencial deve ser concebida como um aspecto da dignidade da pessoa humana que possibilita o livre desenvolvimento da personalidade.[116] O princípio da liberdade pessoal, como afirma Maria Celina Bodin de Moraes, se consubstancia, cada vez mais, numa perspectiva de privacidade, de intimidade, de exercício da vida privada. "Liberdade significa hoje poder realizar, sem interferências de qualquer gênero, as próprias escolhas individuais, exercendo-as como melhor convier".[117]

A partir dessa premissa, defende-se que as decisões com repercussão apenas na esfera da própria pessoa não podem ser tomadas de antemão por um terceiro, mesmo que este seja o legislador.[118] Como considera a doutrina mais atenta,[119] em se tratando de matérias eticamente sensíveis, no âmbito das decisões individuais, a liberdade de escolha da pessoa, segundo o seu projeto pessoal, é a que deve geralmente prevalecer. De fato, "no âmbito extrapatrimonial não se deve cogitar de direitos-deveres para com a sociedade porque não cabe esperar o exercício de função social com relação aos atributos existenciais-constitutivos da pessoa humana".[120] Cabe ao ordenamento garantir o espaço onde a pessoa possa desenvolver suas escolhas autônomas, sendo certo que toda liberdade decorre, direta e proporcionalmente, de uma responsabilidade.

A proteção de ingerência do Estado em certos espaços da vida privada também é matéria discutida há tempos pelos publicistas brasileiros, destacando-se o respeito à necessidade de

---

115 PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.279.

116 Segundo Maria Celina Bodin de Moraes, o conceito de dignidade engloba quatro subprincípios, quais sejam: igualdade, solidariedade, liberdade e integridade psicofísica (BODIN DE MORAES, Maria Celina. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p.105-147).

117 Id. *Na medida da pessoa humana*: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p.148.

118 SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: _____ (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados*: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. 2.ª tir. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2007. p.48-49.

119 RODOTÀ, Stefano. *La vita e le regole*: tra diritto e non diritto. Milano: Feltrinelli, 2006. p.95-96.

120 BODIN DE MORAES, *Na medida da pessoa...*, op. cit., p.148.

manutenção e até mesmo a solidificação de determinadas fronteiras entre público e privado.[121] A proteção de zonas de autodeterminação pessoal, como ressalta Daniel Sarmento, é fundamental para resguardar "certos aspectos da vida humana das intervenções por parte não só dos poderes públicos, mas também de outros agentes privados detentores do poder social [...]".[122]

Todavia, a discussão acerca da existência de espaços de não direito vai além. É possível afirmar que a inexistência de regra específica que predetermine a eficácia de um fato significa que este não seja valorado no âmbito do ordenamento jurídico? Ou seja, se a existência de espaços que não sofram qualquer forma de regulamentação é suficiente para se afirmar que esses espaços estejam "fora" do direito?[123]

Sustenta Pietro Perlingieri que "os chamados fatos 'juridicamente irrelevantes', na verdade, ou são fatos relevantes (como o exercício da liberdade), mas não predeterminados a ter eficácia, ou não são fatos". Se todo fato social é juridicamente relevante e não somente produtor de consequências jurídicas bem individualizadas, qualquer fato como expressão positiva ou negativa de valores presentes no ordenamento tem um significado próprio, pois recebe uma valoração no âmbito do ordenamento.[124]

Para além dessa afirmação, assinala Stefano Rodotà que nos espaços relativos a matérias que envolvem decisões individuais, o legislador deve adotar uma técnica diversa, de direito flexível, que atenda aos mais variados interesses dos indivíduos, deixando de regulamentar minuciosamente todos os aspectos da vida privada.[125] Como veemente defensor da privacidade, afirma que "é a consciência individual, com os seus tormentos, que deve ser respeitada pelo

---

121 SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: _____ (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados*: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. 2.ª tir. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2007. p.48-49.

122 SARMENTO, Daniel. loc. cit.

123 Sob esse prisma, ressalta Gustavo Tepedino: "não há espaços de não-direito, isto é, não há espaço de subjetividade imune ao espectro de abrangência do projeto constitucional, uma vez que a liberdade não é um dado pré-jurídico. O entendimento contrário pressupõe a dualidade entre o fato social e a norma, contrapõe a liberdade à intervenção legislativa (reduzindo-se o direito à função repressora), de modo a autorizar, aprioristicamente, certos comportamentos humanos, desresponsabilizando seus titulares. Ao contrário, as liberdades hão de ser exercidas plena e intensamente na ordem pública (de solidariedade e igualdade) constitucional". (TEPEDINO, Gustavo. Itinerário para um imprescindível debate metodológico. In: _____. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. Tomo 3. p. 448.).

124 PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.638-640.

125 RODOTÀ, Stefano. *La vita e le regole*: tra diritto e non diritto. Milano: Feltrinelli, 2006. p.58.

legislador, ao qual se dirige a sobriedade e, nos casos limites, o silêncio". Além disso, admitindo que exista uma área 'indecidível' pelo legislador e remetida às decisões individuais no quadro dos princípios gerais, haveria uma regra capaz de evitar "conflitos lacerantes" em que uma ou mais visões políticas fariam referência a valores considerados não negociáveis.[126] No entanto, complementa Rodotà, que "não é verdade que o reconhecimento pleno da autodeterminação marque uma radical despedida de toda presença pública. Marca, ao contrário, a passagem da presença agressiva à presença consciente".[127]

Parece que a contradição, pelo menos no que se refere à intervenção estatal, é menos profunda do que aparenta. Entende-se que a inexistência de regra específica sobre determinada matéria não é suficiente para afirmar a existência de espaços de não direito, mas significa, como discorre o autor, que há situações que só dizem respeito à autodeterminação da própria pessoa, e que em razão do conjunto de direitos fundamentais individuais e, em especial, da vida privada, autoriza o exercício de uma autonomia responsável por meio da qual, à pessoa, é garantido o direito de tomada de certas decisões que somente impactam a ela própria.[128]

São espaços ausentes de regulamentação tutelados pela própria axiologia constitucional que garantem o exercício pleno da liberdade individual. Isso porque delegar a outros ou ao Estado decisões individuais sobre aspectos atrelados à identidade que singulariza cada pessoa humana seria impossível, sob pena de violar o princípio constitucional de proteção prioritária à dignidade humana. De maneira oposta, percebe-se que o reconhecimento da autonomia como capacidade de autodeterminação de cada ser humano poder realizar as próprias escolhas pessoais, implica, consequentemente, o aumento de sua responsabilidade. Pensar diferentemente seria "defender um tipo de paternalismo, por parte do Estado, que

---

126 RODOTÀ, Stefano. *Politici, liberateci dalla vostra coscienza.* Disponível em: <http://daleggere.wordpress.com/2008/01/13/stefano-rodota-%C2%ABpolitici-liberateci-dalla-vostra-coscienza%C2%BB/>. Acesso em: 19 set. 2015. No original: *"É la coscienza individuale, con i suoi tormenti, a dover essere rispettata da un legislatore al quale si addice la sobrietà e, nei casi limite, il silenzio. Inoltre, convenendo che vi sia un'area 'indecidibile' per il legislatore e rimessa alle decisioni individuali nel quadro di principi generali, si troverebbe una regola capace di evitare conflitti laceranti là dove una o più delle parti politiche faccia riferimento a valori ritenuti non negoziabili. [...]".* Sobre a questão v., por todos, BODIN DE MORAES, Maria Celina. Do juiz boca-da-lei à lei boa-de-juiz: reflexões sobre a aplicação-interpretação do direito no início do século XXI. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v.56, p.11-30, 2013.

127 Id. *Perché laico*. Roma: Gius. Laterza & Figli, 2010. p.201. No original: *"Non è vero, dunque, che il riconoscimento pieno dell'autodeterminazione segni un radicale congedo da ogni presenza pubblica. Segna, al contrario, il passaggio dalla presenza aggressiva alla presenza consapevole".*

128 Id. *Dal soggetto alla persona*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2011. p.32.

simplesmente anula a capacidade de autodeterminação, as possibilidades de escolha do indivíduo, o livre arbítrio e também, por conseguinte, a responsabilidade".[129]

Essa é a razão pela qual liberdade e responsabilidade passam a ser vistas como os dois lados de uma mesma moeda, pois as situações em que a autonomia existencial pode ser exercida de forma mais livre são justamente aquelas em que o sujeito deve agir com mais responsabilidade.[130] São espaços da vida privada que devem ser respeitados, tendo como limites os direitos de terceiros[131] e os valores constitucionais. Está em cena a autonomia do sujeito em relação à sua vida, ao seu projeto familiar e ao próprio corpo, trazendo, consequentemente, a ideia de escolha e responsabilidade.

As liberdades existenciais se relacionam com a liberdade de cada pessoa decidir os rumos da própria vida, isenta de interferências exógenas, mas é também expressão da dignidade humana a responsabilidade de cada um pela determinação de seus valores e pelas opções individuais que dela decorrem.[132] É com esse sentido da liberdade que cada um tem de reconhecer seu sentido de bem viver e a igualdade que todos têm para fazê-lo, incorporada ao conceito de dignidade a liberdade de escolhas em relação à própria vida.[133]

---

129 BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Na medida da pessoa humana*: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p.202.

130 Ibid., p.148.

131 Como destaca Stefano Rodotà ao abordar o caso de pais surdos-mudos que optam por usar técnicas reprodutivas para fazer nascer um filho surdo-mudo, pois consideravam mais bem aceito em sua comunidade, como exemplo de um "abuso do poder de escolha que consiste em condenar um outro a uma 'vida danosa', já considerada pela jurisprudência uma pretensão inadmissível". (RODOTÀ, Stefano. *Autodeterminação e laicidade.* Tradução de Carlos Nelson Konder texto original constante da obra RODOTÀ, Stefano. *Perché laico*. Roma: Gius. Laterza & Figlia, 2010. p.204). Assim também sustenta Ana Carolina Brochado Teixeira (*Saúde, corpo e autonomia privada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p.192).

132 Assim destaca Ronald Dworkin acerca da liberdade existencial relativa aos atos que definem a personalidade do indivíduo: *"*Nestas várias decisões e pareceres, os juristas tentaram identificar as convicções que definem a 'personalidade', as convicções através das quais uma pessoa tenta identificar o valor e o sentido da vida humana e das relações, conquistas e experiências que concretizam o valor de sua própria vida". (DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here? Principles for a new political debate.* Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2008. p.72). No original: *"In these various decisions and opinions, the justices tried to identify the convictions that define 'personhood', the convictions through which a person tries to identify the value and point of human life and the relationships, achievements, and experiences that would realize that value in his own life."*

133 Desta forma, em sua resenha sobre a obra de Ronald Dworkin *Justiça para Ouriços*, Thaís Sêco discorre: "Um sentido pessoal sobre um bem viver integrará o conceito atribuído por Dworkin à dignidade. Na liberdade que cada um terá de reconhecer o sentido do bem viver para si deverá estar a igualdade de todos para fazê-lo, o que trará substância às questões morais. Estará aí um segundo tom dado pela moralidade que, intrinsecamente conectada à ética, tratará não de um sentido de autorrespeito, mas do

Partindo dessas premissas, é preciso pontuar que a autonomia existencial não admite limites internos, uma vez que não se justifica à realização de interesse alheios ao seu titular.[134] Pelo contrário, deve ser garantida constitucionalmente justamente porque é instância em que a dignidade se realiza. É pela possibilidade do exercício das escolhas pessoais, da liberdade de executar tudo o que não é proibido, que se delineia "um espaço vazio que a lei tem que garantir para que possa vir a ser preenchido individualmente".[135]

Isso não implica afirmar que o exercício da autonomia existencial não envolva nenhum tipo de limitação. Pelo contrário, afirmar a ausência de limites internos à autonomia existencial não significa que ela possa ser considerada como um valor absoluto. Cuida-se, com efeito, de estabelecer a autonomia existencial como espaço de livre desenvolvimento da personalidade, e que por isso não está sujeita a intervenções legislativas e judiciais que esvaziem o projeto de sentido.[136] De maneira contrária, nem toda intervenção estatal será, por si só, intolerável de acordo com a Constituição Federal. Os imperativos da solidariedade, que garantem sua dimensão social, podem justificar a heteronomia estatal. Como discorre Rodotà com seus esclarecedores exemplos,

> rechaçar o paternalismo do legislador, afirmando que ele não deveria substituir-se à vontade de quem decide vender um rim para buscar melhores condições de vida para si ou para outros, significa encarcerar ainda mais ferozmente cada um nas dificuldades da própria existência, sem esperança de resgate além daquela que o obriga a perder, junto com partes do corpo, o respeito a si mesmo, em uma situação de total abandono social.[137]

---

sentido relacionado de respeito pelo outro". (SÊCO, Thaís. O ouriço sabe uma grande coisa: resenha à obra "Justiça para os ouriços", de Ronald Dworkin. *Civilistica.com – Revista Eletrônica de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v.2, n.3, p.2, jul./set. 2013. Disponível em: <http://civilistica.com/o-ourico/>. Acesso em: 20 set. 2015).

134 DALSENTER, Thamis. *Autonomia existencial na legalidade constitucional*: critérios para interpretação da cláusula geral de bons costumes no Código Civil brasileiro. 2015. Tese (Doutorado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Rio de Janeiro, 2015. p.39.

135 BODIN DE MORAES, Maria Celina. Liberdade individual, acrasia e proteção da saúde. In: LOPEZ, Teresa Ancona (Coord.). *Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente – o paradigma do tabaco*: aspectos civis e processuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.328.

136 DALSENTER, op. cit., p.65.

137 RODOTÀ, Stéfano. *La vita e le regole*: tra diritto e non diritto. Milano: Feltrinelli, 2006. p.96. Tradução livre do original: *"Respingiere il paternalismo del legislatore, che non dovrebbe sostituirsi alla volontà di chi decide di vendere un rene per procurare migliori condizioni di vita a sé o ad altri, significa imprimigionare ancor più ferocemente ciascuno nelle difficoltà della propria esistenza, senza speranza di riscatto che non*

O exercício da autonomia existencial alcança um de seus principais sentidos no âmbito das relações familiares. Verifica-se, dessa forma, um inegável crescimento do valor da liberdade individual nesse campo, principalmente no que tange à livre autodeterminação das pessoas em relação ao modelo familiar que desejam instituir. Pela substituição do modelo tradicional da família como instituição, para o modelo de família democrática, como instrumento de realização da personalidade e da dignidade de seus membros é que resulta a impossibilidade de considerá-la autonomamente em relação aos indivíduos que a compõem.[138]

A potencialização da autonomia privada nas situações subjetivas existenciais, de modo a atender ao comando constitucional, é viabilizada pela não intervenção do Estado que traduz uma reserva de intimidade, por meio de certos espaços não legislados.[139] Essa é a razão pela qual a ingerência do Estado na regulação das relações conjugais consiste numa inversão de valores, uma vez que de acordo com a principiologia constitucional não há como sustentar que as pessoas estejam vinculadas a um modelo familiar que atenda aos interesses do próprio Estado e não aos próprios de cada indivíduo.[140]

As relações pessoais no âmbito da família são as predominantes e por isso, justamente, denominadas intrinsecamente familiares. Do mesmo modo, grande parte das relações de conteúdo patrimonial na seara familiar tem como finalidade última a promoção da dignidade da pessoa humana com fundamento na solidariedade familiar, tutelando suas necessidades morais e materiais. "O direito de família é visceralmente composto de direitos pessoais" e, portanto, "genuinamente privado", afirma Paulo Lôbo, pois os sujeitos de suas relações são entes privados, apesar da predominância de normas cogentes ou de ordem pública.[141] Sustenta-se que a constitucionalização do direito de família e a intervenção estatal não tem o condão de fazê-lo pertencer ao direito público, eis que a realização da pessoa humana no âmbito das relações

---

sia quella che lo obbliga a perdere, insieme a parti del corpo, il rispetto di sé, in una situazione di totale abbandono sociale."

138 PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.179.

139 CARBONERA, Silvana Maria. *Reserva de intimidade*: uma possível tutela da dignidade no espaço relacional da conjugalidade. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.242.

140 SILVA, Marcos Alves da. *Da monogamia*: a sua superação como principio estruturante do direito de família. Curitiba: Juruá, 2013. v.1. p.307.

141 LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil*: famílias. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.41-42.

familiares é sua finalidade.[142] Não se pode esquecer, no entanto, que cada vez menos a divisão entre essas categorias é estanque, existindo uma linha tênue entre elas.

Com efeito, uma situação subjetiva existencial decorrente da escolha do projeto de vida conjugal ou parental não pode ser considerada como ilícita apenas por ser contrária ao que é tido como aceitável por uma maioria, uma vez que os conceitos de ordem pública, de moral e de bons costumes [143] são demasiadamente amplos e variáveis, diante do pluralismo da sociedade contemporânea e da laicidade que contorna o Estado Democrático de Direito. Isso porque, diante de uma *law-satured society*,[144] não se pode permitir nenhum tipo de intervenção moralista. Como aponta Rodotà,

> o legislador deve estar consciente do peso da deslegitimação que o acomete quando o seu "produto" não é socialmente reconhecido. O legislador nacional deve saber que já existe um contexto global que permite que um número crescente de pessoas goze de direitos negados em seus próprios países, exercitando em outro lugar um provisório "direito de asilo".[145]

É, portanto, na solidariedade que se propaga pelo ordenamento jurídico, estando presente nas normas constitucionais e indo além destas, que não mais se sustenta um ordenamento germinado na discriminação.[146] Cabe ao legislador não se descuidar dessa diversa configuração do sistema jurídico, pois só por meio da necessária ligação entre solidariedade, igualdade e dignidade que não se há de colocar em risco todo o quadro dos princípios fundadores da ordem constitucional. Nas sábias palavras do autor: "O legislador deve se livrar

---

142 LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil*: famílias. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.42.

143 Sobre os bons costumes v., por todos, DALSENTER, Thamis. *Autonomia existencial na legalidade constitucional*: critérios para interpretação da cláusula geral de bons costumes no Código Civil brasileiro. 2015. Tese (Doutorado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Rio de Janeiro, 2015.

144 "Vivemos, enfim, numa law-satured society, em uma sociedade abarrotada do direito, de regras jurídicas de proveniências das mais diversas, impostas por poderes públicos ou por potências privadas, com uma intensidade que faz pensar, mais que numa necessidade, numa incessante deriva". (RODOTÀ, Stéfano. *La vita e le regole*: tra diritto e non diritto. Milano: Feltrinelli, 2006. p.9). No original: *"Viviamo ormai in una* law-satured society, *in una società strapiena di diritto, di regole giuridiche dalle provenienze più diverse, imposte da poteri pubblici o da potenze private, con una intensità che fa pensare, più che a una necessità, a una inarrestabile deriva."*

145 Nas palavras do autor: *"Il legislatore deve essere consapevole del peso della delegittimazione che lo colpisce quando il suo 'produtto' non viene socialmente riconosciuto. Il legislatore nazionale deve sapere che esiste ormai un contesto globale che consente a un numero crescente di persone di godere dei diritti negati nel proprio paese, esercitando altrove un provvisorio 'diritto di asilo'"*. (Ibid., p.58).

146 Id. *Solidarietà*: un'utopia necessaria. Bari: Laterza, 2014. p.54-56.

de um projeto de lei que confie as suas intervenções somente a normas "de supremacia" – que impõem um só ponto de vista – e não também "de compatibilidade", por vezes justamente consentindo a convivência de valores diversos. [...] Deve tornar-se ciente dos limites do direito, da existência de áreas onde a norma jurídica não deve entrar, ou deve fazê-lo com sobriedade e suavidade".[147] Nesse sentido, passa-se a analisar a presença da heteronomia estatal no direito de família, trazendo ideias compatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro da proposta norte americana do paternalismo libertário.

1.3 **A heteronomia estatal e a contribuição do paternalismo libertário**

Na trajetória do direito de família brasileiro observa-se um movimento pendular da intervenção estatal legislativa nas relações interprivadas, ora reconhecendo espaços de menor regulamentação no âmbito da família, ora normatizando escolhas íntimas das pessoas no âmbito das relações familiares, sem critérios e limites definidos. No Brasil, desde a primeira Constituição social de 1934 até a Constituição de 1988, a família é destinatária de normas crescentemente tutelares, que asseguram a liberdade e a igualdade materiais, conformadas pela solidariedade, inserindo-a no projeto da modernidade.[148]

Ressalta-se em doutrina que o princípio da liberdade na família apresenta duas vertentes essenciais: a liberdade da entidade familiar diante do Estado e da sociedade, e a liberdade de cada familiar diante dos demais integrantes da própria entidade familiar.[149] Nesse recorte, é importante lembrar que o escopo da presente pesquisa se restringe à primeira vertente, ou seja, objetiva-se tratar das hipóteses de intervenção estatal nas relações familiares conjugais, convivenciais e parentais, elencando-se neste item alguns dos principais exemplos de intervenção legislativa para análise nos capítulos posteriores.

---

147 Nas palavras do autor: *"Il legislatore deve liberarsi da uno schema che affida i suoi interventi solo a norme 'di supremazia', che impongono un solo punto di vista, e non anche 'di compatibilità', volte appunto a consentire la convivenza di valori diversi*.[...] *Deve divenire consapevole dei limiti del diritto, dell'esistenza di aree dove la norma giuridica non deve entrare, o deve farlo con sobrietà e mitezza"*. (RODOTÀ, Stéfano. *La vita e le regole*: tra diritto e non diritto. Milano: Feltrinelli, 2006. p.58).

148 LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de *família. Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n.24, p.140-141, jun./jul. 2004.

149 Id. *Direito civil*: famílias. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.65.

Com base na vulnerabilidade específica da criança e do adolescente,[150] a título de exemplo de intervenção estatal nas relações familiares, basta lembrar as diversas disposições contidas no ordenamento, como a impossibilidade de doação de órgãos de crianças e de adolescentes (art. 9.º da Lei n.º 9.434/97), a proibição do ato sexual (art. 224, Código Penal), a educação obrigatória (art. 87, Lei de Diretrizes e Bases da Educação), a proibição de tatuagens em menores de 18 anos, mesmo com autorização dos pais (Lei Estadual do Rio de Janeiro n.º 2907, de 25 de março de 1998, sobre a proibição de estabelecimentos comerciais fazerem tatuagens e piercings em menores de idade), dentre outras. Nesses casos, a heteronomia estatal impõe limites à autonomia familiar e ao exercício da autoridade parental.[151]

Já no que se refere às relações conjugais, podemos pensar em hipóteses legislativas bastante questionáveis. À título de exemplo, vale citar os requisitos exigidos para esterilização voluntária dispostos na Lei de Planejamento Familiar (Lei n.º 9.263/96)[152] que lista condições cumulativas a serem observadas, quais sejam: a autorização de ambos os cônjuges (art. 10, § 5.º); a observância de um prazo mínimo de 60 dias entre a manifestação de vontade e o ato cirúrgico; a exigência de que o paciente tenha a idade mínima de 25 anos e, no mínimo, dois

---

150 Heloisa Helena Barboza destaca que a vulnerabilidade é, na verdade, característica ínsita do ser humano: "Considerada que seja a cláusula geral de tutela da pessoa humana, constata-se que a vulnerabilidade se apresenta sob múltiplos aspectos existenciais, sociais, econômicos. Na verdade, o conceito de vulnerabilidade (do latim, vulnerabilis, 'que pode ser ferido', de vulnerare, 'ferir', de vulnus, 'ferida') refere-se a qualquer ser vivo, sem distinção, que pode, eventualmente, ser 'vulnerado' em situações contingenciais. Trata-se, portanto, de característica ontológica de todos os seres vivos". (BARBOZA, Heloisa Helena. Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos. In: PEREIRA, Tania; OLIVEIRA, Guilherme de (Coords.). *Cuidado e vulnerabilidade.* São Paulo: Atlas, 2009. p.110). Complementa Thaís Sêco que a referência à "vulnerabilidade que tende à extinção" no caso da criança e do adolescente, portanto, é à vulnerabilidade específica da doutrina da tutela integral, e não à vulnerabilidade geral, a qual fundamenta até mesmo os próprios direitos humanos e fundamentais como um todo, além de ramos específicos como o direito do trabalho e o direito do consumidor (SÊCO, Thaís. *A autonomia da criança e do adolescente e suas fronteiras*: capacidade, família e direitos da personalidade. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013. p.122-124).

151 MENEZES, Joyceane Bezerra de; VILELA MULTEDO, Renata. A autonomia ético-existencial do adolescente nas decisões judiciais sobre o próprio corpo e a heteronomia dos pais e do Estado no Brasil. Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, v.13, n.58, jan./fev. 2016.

152 Importante ressaltar que, mesmo à época da promulgação da lei, a exagerada ingerência estatal na capacidade do indivíduo de regular a sua própria fecundidade foi severamente questionada, tendo sido os arts.10 e 11 objeto de veto presidencial pelo então Presidente da República, naquele momento, Fernando Henrique Cardoso. O Congresso Nacional acabou por rejeitar os vetos, razão pela qual a Mensagem n.º 928 de 19.08.1997 foi publicada ao lado do texto original da lei a fim de indicar a manutenção dos artigos pelo Poder Legislativo. Vinte anos após a sua promulgação, a Lei do Planejamento Familiar ainda é alvo de escrutínio. Além de dois Projetos de Lei que tramitam na Câmara dos Deputados com o intuito de suprimir a autorização conjugal como pré-requisito à esterilização cirúrgica (parágrafo 5.º do art. 10), há também a ADI 5.097, ainda a ser apreciada pelo STF, que questiona a constitucionalidade do dispositivo que condiciona a autorização para esterilização voluntária ao consentimento de ambos os cônjuges.

filhos vivos (art. 10, I); além da notificação compulsória da direção do Sistema Único de Saúde (art.11).

Instado a enfrentar a questão da autorização marital, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) proferiu, em sede de apelação, recente e paradigmática decisão no sentido da inadequação da exigência frente aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da liberdade individual e do livre planejamento familiar. Anota-se relevante trecho das fundamentações do acórdão que dispõe: "[...] Ainda que se trate de um conflito aparente de normas, não se pode impor como condição para a esterilização voluntária o consentimento de terceiro, em flagrante ofensa à dignidade da pessoa humana".[153]

Além de ressaltar a igualdade entre os cônjuges (art. 1.567, Código Civil)[154] e o direito individual das mulheres aos métodos contraceptivos (art. 7.º, III, da Lei Maria da Penha)[155], o julgador faz ainda menção ao princípio da vedação ao retrocesso social, a fim de concluir pela necessidade de ponderação de princípios que, no julgamento do caso, levou ao provimento da apelação com a consequente condenação do Município de São Sebastião do Paraíso e do Estado de Minas Gerais à obrigação de disponibilizar o procedimento cirúrgico de esterilização gratuitamente à autora pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Repetidas as mesmas razões, o entendimento do TJMG deve ser aplicável aos demais requisitos elencados nos art. 10 e 11 da Lei em questão, fazendo prevalecer o respeito às decisões autônomas, sobretudo, em relação ao planejamento parental de cada indivíduo, que prescinde, inclusive, da existência de filhos.

---

153 Apelação cível - obrigação de fazer - esterilização voluntária - laqueadura de trompas - requisitos da Lei n.º 9.263, de 1996 - direito da mulher - consentimento do cônjuge - retrocesso social - direitos individuais - dignidade da pessoa humana - planejamento familiar - direito de liberdade - interesse familiar e social - art. 1.º, inciso III, art. 5.º, caput e incisos I, X, da Constituição da República - art. 1.567 e parágrafo único do Código Civil de 2002 - ponderação de princípios - apelação à qual se dá provimento. 1. A esterilização voluntária regulamentada pela Lei n.º 9.263, de 1996 é um direito social conquistado pela mulher e que deve ser garantido pelo Estado como corolário do planejamento familiar. 2. A exigência do consentimento do cônjuge para a esterilização voluntária constitui ofensa à dignidade da pessoa humana, da liberdade individual, bem como do planejamento familiar, revelando-se retrocesso social da proteção conferida pela Constituição da República. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Ap. Civ. 10647130082793002*. Relator: Marcelo Rodrigues. Julgamento: 23.06.2015. Órgão Julgador: 2.ª C.C.).

154 Código Civil, Art. 1.567. A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos.
Parágrafo único. Havendo divergência, qualquer dos cônjuges poderá recorrer ao juiz, que decidirá tendo em consideração aqueles interesses.

155 Lei n.º 11.340, Art. 7.º, III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos.

Ao tratar da heteronomia estatal legislativa, faz-se ainda imprescindível refletir criticamente quanto às formas pelas quais o Estado disciplina os direitos tutelados no âmbito das relações familiares no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de questionar se há espaço para intervenções legítimas na autonomia privada existencial e os limites e justificativas para que se dê a intervenção.

A intervenção heterônoma justificada pela proteção dos interesses do próprio sujeito sobre quem se intervém precisa de questionamentos a respeito de seu cabimento. Essas indagações não são só quanto à necessidade de se exercer uma intervenção sobre determinado sujeito, mas também em relação ao tipo de intervenção que se justifica fazer.[156] A análise da legitimidade das intervenções jurídicas de acordo legalidade constitucional passa, necessariamente, por considerações acerca do caráter paternalista que uma restrição à autonomia pode apresentar.[157]

De fato, o paternalismo[158] é exercido não só em relação a um indivíduo que dele necessite, mas também em relação às circunstâncias objetivas da situação em que um indivíduo pode se colocar, e que podem ser prejudiciais a si mesmo, caso não seja feita a intervenção.[159]

A depender das esferas jurídicas envolvidas no exercício da autonomia, as intervenções jurídicas nos espaços de liberdade existencial poderão ser consideradas como paternalistas ou

---

156 SÊCO, Thaís. *A autonomia da criança e do adolescente e suas fronteiras*: capacidade, família e direitos da personalidade. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013. p.76.

157 DALSENTER, Thamis. *Autonomia existencial na legalidade constitucional*: critérios para interpretação da cláusula geral de bons costumes no Código Civil brasileiro. 2015. Tese (Doutorado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Rio de Janeiro, 2015. p.64-65.

158 Macario Alemany define que haverá uma intervenção paternalista quando dois requisitos estiverem presentes: (i) A exerce poder sobre B; (ii) esse poder de A é exercido com o propósito de evitar que B pratique ações (ou deixe de praticar) que causem danos a si mesmo ou representem um aumento de risco de dano. Por esse raciocínio, seria possível afirmar a intervenção como decorrente do paternalismo jurídico se o exercício de poder de A sobre B for respaldado pelo direito, ou seja, se A tem poderes jurídicos para determinar, por si, modificações na situação jurídica de B (mesmo que B não queira). (ALEMANY, Macario Garcia. *El paternalismo jurídico*. Madrid: Iustel, 2006). Nesse sentido, ver Denis Franco Silva: "Já quanto a medidas paternalistas em sentido estrito, ao contrário do que ocorre em questões ligadas à proteção social, se justificam pela necessidade, em certos casos, não de se proteger a autonomia do agente, mas justamente de suprir sua ausência. Tal necessidade surge, via de regra, em face de sujeitos específicos, que apresentam um déficit psíquico de compreensão, e se reflete, por exemplo, no regime das capacidades de exercício". (SILVA, Denis Franco. O principio da autonomia: da invenção à reconstrução. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.152).

159 SÊCO, op. cit., p.76.

não paternalistas e classificadas em variados tipos e graus de intensidade.[160] No recorte proposto, inspirou-se, para análise da heteronomia estatal na família, na corrente doutrinária denominada *paternalismo libertário*.

Os libertários[161] advogam que o exercício da liberdade se faz quando não há qualquer interferência estatal em suas escolhas. Já os paternalistas encaram a suposta liberdade de escolhas irrestrita com ceticismo, isto é, entendem que, em maior ou menor grau, sempre haverá algum tipo de intervenção heterônoma nas escolhas individuais.

Em meio a esse debate, surge na doutrina americana o denominado paternalismo libertário,[162] o qual pode, à primeira vista, parecer uma contradição terminológica, porque paternalistas e libertários sempre se apresentaram como opostos. No entanto, a corrente encerra uma forma singular de paternalismo, que afirma ser possível e legítimo que instituições

---

160 Os conceitos de "*soft paternalism*" e de "*hard paternalism*" foram desenvolvidos pelo filósofo Joel Feinberg no livro *Harm to Self* (Oxford: Oxford University Press, 1986). Fermin SCHRAMNM didaticamente classifica as modalidades de paternalismo: "A especificidade da ética contemporânea (cujas raízes se situam no humanismo moderno) consiste em opor alguma forma de autogoverno a alguma forma de aceitação do paternalismo, numa gradação que pode ser classificada da seguinte maneira: 1) o paternalismo 'duro' (hard paternalism), que implica uma restrição às liberdades ou uma violação da autonomia; 2) o paternalismo 'forte' (strong paternalism), que implica, além da restrição ou da violação, o caráter de não justificado; 3) o paternalismo 'brando' (soft paternalism), que não envolve nem restrições nem violações, mas somente meios retóricos de convencimento; 4) o paternalismo 'mole' (weak paternalism), ou seja, uma forma de hard paternalism justificado". (Fermim SCHRAMM. A autonomia difícil. Bioética, Brasília, v. 6, n. 1, p.27- 37). Gerald DWORKIN classifica o paternalismo em "pure" and "impure": *"In 'pure' paternalism the class of persons whose freedom is restricted is identical with the class of persons whose benefit is intended to be promoted by such restrictions. In the case of 'impure' paternalism in trying to protect the welfare of a class of persons we find that the only way to do so will involve restricting the freedom of other persons besides those who are benefited"*. (DWORKIN, Gerald. Paternalism. In: SARTORIUS, Rolf. Paternalism. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1983. p.22).

161 A concepção de John Stuart Mill sobre a liberdade estabelece que é legítimo instituir obrigatoriedade de comportamentos somente para a proteção de terceiros, nunca para a proteção do próprio indivíduo: "[...] a autoproteção constitui a única finalidade pela qual se garante a humanidade, individual ou coletivamente, interferir na liberdade de ação de qualquer um. O único propósito de se exercer legitimamente o poder sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra a sua vontade, é evitar dano aos demais. Seu próprio bem, físico ou moral, não é garantia suficiente. Não pode ser legitimamente compelido a fazer ou a deixar de fazer por ser melhor para ele, porque o fará feliz, porque, na opinião dos outros, fazê-lo seria sábio ou mesmo acertado. Essas são boas razões para o advertir, contestar, persuadir, instar, mas não para o compelir ou castigar quando procede de outra forma. Para justificar esse exercício de poder, é preciso mostrar-lhe que a conduta que se pretende impedi-lo de ter produzirá mal a outrem. A única parte da conduta de cada um, pela qual é responsável perante a sociedade, é a que diz respeito aos outros. Na parte que diz respeito apenas a si mesmo, sobre seu corpo e mente, o indivíduo é soberano". (MILL, John Stuart. *A liberdade*: utilitarismo. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.17-18).

162 Ver por todos SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron. *Civilistica.com – Revista eletrônica de direito civil*. Rio de Janeiro, v.4, n.2, 2015. Disponível em: <http://civilistica.com/libertarian-paternalism-is-not-an-oxymoron>. Acesso em: 05 jan. 2016.

públicas e/ou privadas afetem o comportamento das pessoas[163] ao mesmo tempo em que respeitam sua liberdade de escolha. O paternalismo libertário é paternalista na medida em que tenta influenciar os indivíduos a optar pelo arranjo que os interventores julgam ser a melhor opção do ponto de vista do bem estar, e é libertário porque concede a esses mesmos indivíduos a possibilidade de recusa ao arranjo se assim desejarem, preservando assim a liberdade de escolha.

A doutrina norte-americana conseguiu demonstrar que a presença de alguma espécie de paternalismo é inevitável no momento em que o legislador (ou qualquer outro planejador de regras) cria normas padronizadas dispositivas e (ou) supletivas, denominadas "regras padrão" (*default rules*). Isso porque a própria forma de apresentação das regras jurídicas já tem o condão de influenciar as escolhas feitas pelas pessoas.

Uma das razões dessa influência é o fato das pessoas, em muitas hipóteses, não terem preferências definidas sobre determinados assuntos. Outras vezes, tendem a ficar inertes, postergando a tomada de decisões que possam ter efeitos muito sérios.[164] Defende-se que, uma vez inafastável a influência dessas regras sobre o comportamento das pessoas, aquelas devem ser escolhidas com o objetivo explícito de melhorar o bem-estar dos seus destinatários.[165] Contudo, o aspecto libertário é assegurado pela introdução, junto a esse sistema de "regras padrão", da possibilidade de não adesão a esse regramento pré-estipulado (o que a doutrina norte-americana chama de "*opt-out*"), garantindo-se a liberdade de escolha.[166]

---

163 Cass Sunstein e Richard Thaler, na edição norte-americana do livro Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth and Hapiness, destacam o sentido do termo na ilustração de sua capa: uma mãe elefante (ou um pai, na opinião de Sunstein, que diverge de Thaler) empurrando levemente, com sua tromba, seu filhote, direcionando seu comportamento. Esta seria a representação de como funcionam as "regras padrão" propostas pelo paternalismo libertário. Como definem Sunstein e Thaler, "o empurrão leve (nudge), tal como se utiliza o termo na obra", é qualquer aspecto na arquitetura da escolha que pode alterar o comportamento das pessoas para produzir resultados previsíveis e benéficos para elas, sem proibir qualquer alternativa, ou seja, mantendo a liberdade de escolha das pessoas. A interessante conversa entre Cass Sunstein e Richard Thaler sobre a capa do livro encontra-se disponível em: http://www.youtube.com/watch?v=Y7BoHeGhB0I Acesso em 23. dez. 2015.

164 SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron. *Civilistica.com – Revista eletrônica de direito civil*. Rio de Janeiro, v.4, n.2, p.21-22, 2015. Disponível em: <http://civilistica.com/libertarian-paternalism-is-not-an-oxymoron>. Acesso em: 05 jan. 2016.

165 Ibid., p.3-4.

166 Por meio de um sistema denominado *opt-out*, através do qual se presume que todas as pessoas estão incluídas naquela regra, a não ser que se manifestem expressamente em contrário (SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron. *Civilistica.com – Revista eletrônica de direito civil*. Rio de Janeiro, v.4, n.2, p.4 2015. Disponível em: <http://civilistica.com/libertarian-paternalism-is-not-an-oxymoron>. Acesso em: 05 jan. 2016).

Essa possibilidade se torna ainda mais atraente quando se nota que nem sempre as pessoas tomam boas decisões para si mesmas. Isso ocorre por diversos motivos, sendo um deles o fato de que muitas são inexperientes em relação à tomada de certas decisões. De fato, as pessoas escolhem melhor em contextos em que dominam o assunto, porém, suas decisões tendem a ser falhas quando tomadas com pouca frequência naquela seara. Assim, parece uma boa alternativa que exista um direcionamento por parte de 'planejadores' que, em tese, dominem melhor o assunto e que já sobre ele se debruçaram.[167]

Note-se que grande parte das decisões no direito de família se enquadram perfeitamente nesse contexto. Especialmente no começo da vida das pessoas, quando são inexperientes em relação tanto a aspectos conjugais como a aspectos parentais. É por esse motivo que a determinação de "regras padrão" pelo Estado pode ser bem vinda em diversos momentos, contanto que tais *standards* de conduta sejam contornáveis sem excessivo ônus para as pessoas que delas desejarem se desviar.

Os momentos em que o Estado deveria direcionar as pessoas em decisões visando a seu bem-estar, por meio de "regras padrão" e de outros mecanismos, quando estas optem por não decidir, são bem identificados na obra por Sunstein e Thaler.[168] Um dos pontos mais interessantes da proposta refere-se à privatização do casamento, o qual, para esta pesquisa, em específico, abrange uma reflexão interessante acerca da tutela da autonomia existencial nas relações conjugais e convivenciais.[169] Neste ponto, sustenta-se que as uniões deveriam ser completamente privatizadas, não cabendo ao Estado distribuir licenças de casamento, validando o *status* das pessoas casadas em detrimento daquelas que optam por outro tipo de projeto de vida familiar.[170] Desta forma, afirma-se que o Estado deveria sair de cena, garantindo apenas uniões civis, cujas regras e normas seriam infinitamente mais flexíveis e supletivas.

---

167 SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron. Civilistica.com – Revista eletrônica de direito civil. Rio de Janeiro, v.4, n.2, p.5, 2015. Disponível em: <http://civilistica.com/libertarian-paternalism-is-not-an-oxymoron>. Acesso em: 05 jan. 2016.

168 Ibid., p.14-15.

169 "Em suma: quando as pessoas se casam, elas recebem não apenas benefícios materiais, mas também uma espécie de legitimidade oficial, um selo de aprovação por parte do Estado". (Id. *Nudge*: improving decisions about health, wealth and happiness. New Haven, CT: Yale University Press, New Haven, 2008. p.220). No original: *"In sum: when people marry, they receive not only material benefits but also a kind of official legitimacy, a stamp of approval, from the state."*

170 Ibid., p.215-224.

Assim, outras formas de organizações religiosas ou associações estariam absolutamente livres para celebrar casamentos e praticar suas crenças, podendo aplicá-las livremente. Aqueles que quisessem aderir a elas poderiam fazê-lo por meio de pactos celebrados diante destas instituições, independentemente das uniões civis reconhecidas a todos perante a lei. A solução para o casamento homoafetivo, por exemplo, seria bem menos conflituosa. Além disso, as organizações religiosas e as demais organizações privadas poderiam manter suas regras sobre o casamento, o divórcio e a monogamia, sem nenhum prejuízo, sendo desnecessária qualquer licença oficial para que as pessoas cumpram com seus deveres para com os outros. Isso porque aqueles que celebrarem casamentos privatizados segundo suas crenças provavelmente serão as pessoas bastante envolvidas com essas organizações e, por isso, acreditam suficientemente nos termos daquele compromisso a ponto de desejarem contraí-lo.[171]

Ao mesmo tempo, se o Estado apenas concedesse uniões civis no lugar de casamentos, esses indivíduos cujas práticas e crenças são inaceitáveis para muitas entidades privadas teriam o mesmo *status* civil dos demais. O regramento padrão trataria de constituir uma união civil para a produção de efeitos jurídicos para todos aqueles que desejassem constituir uma família, sem nenhuma hierarquia entre as diferentes entidades familiares, mas com igual reconhecimento jurídico. Além disso, poderiam se previstas regras supletivas patrimoniais para proteção dos vulneráveis e para aqueles que não desejem fazer nenhuma escolha nesse sentido, como um regime de bens padrão, a guarda de filhos caso não haja acordo entre as partes, a questão dos alimentos, entre outras, é claro, sempre respeitando a principiologia constitucional. Todavia, é necessário que as pessoas possam contornar essas regras quando conhecerem uma alternativa que julgam como melhor para atingir a realização dos próprios anseios. É nesses casos que os contratos do direito de família podem mostrar-se bastante eficazes, conforme se discorrerá mais adiante.

Ao propor a eliminação do casamento como uma instituição estatal, estariam protegidas a liberdade religiosa, os valores culturais e as liberdades individuais, já que o único *status* conferido pelo Estado seria o das uniões civis.[172] De fato, reconhece-se que a fixação de

---

171 Dessa forma, estaria sendo respeitada a ideia de que "é imprescindível que o sistema jurídico, ao examinar tanto a relação conjugal quanto a paterno-filial, articule a tal olhar jurídico os plurais valores sociais vigentes, sejam eles de influência religiosa ou cultural, de modo que a elaboração, a interpretação e a aplicação das normas jurídicas às relações de família seja feita a partir de um olhar leigo". (CARBONERA, Silvana Maria. Laicidade e família: um diálogo necessário a partir do olhar de Stefano Rodotà. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. v.3. p.376-377).

172 Os autores fazem uma ressalva expressa de que não pretendem adentrar na questão do poliamor.

regras padrão apropriadas para todos os tipos de pessoas que desejam firmar um compromisso no direito de família deve ter em comum a proteção daqueles que são mais vulneráveis, o que se identifica em doutrina como as minorias, especialmente as mulheres e os filhos menores, preservando-se o máximo possível a liberdade de escolha dos envolvidos.

Nessa direção, em se tratando de relações conjugais, torna-se mais provável a aplicação dos ideais do paternalismo libertário, visto que os envolvidos estão no mesmo patamar jurídico. Um exemplo brasileiro que se encaixa nas ideias aqui expostas diz respeito ao regime de bens de um casal. Os artigos 1.639 e 1.940 do Código Civil determinam que os nubentes podem estipular o que lhes aprouver sobre seus bens; no entanto, no silêncio, a regra padrão é a do regime de comunhão parcial. Às vezes, as pessoas não querem tomar decisões ativas e preferem que seja oferecido um padrão no qual possam confiar. Essa também é uma forma de se respeitarem as liberdades de escolha.[173]

Em linhas gerais, pode-se dizer que o paternalismo libertário é uma excelente ideia no que tange à liberdade de escolha dos indivíduos em busca da realização de sua dignidade, que é, afinal, o objetivo da proteção à família. No entanto, a unidade do sistema jurídico jamais poderá permitir essa liberdade irrestrita, uma vez que esta só merecerá tutela se for condizente com a tábua de valores disposta no texto constitucional que rege todas as relações jurídicas.

Por fim, é importante frisar que nem sempre a liberdade de escolha deve prevalecer. Evidentemente que não deve na hipótese de leis protetivas em favor de vulneráveis e contra situações de agressão, como nos casos de violência no âmbito da família.[174] A Lei Maria da Penha, por exemplo, não é mera regra padrão que possa ser afastada pelas partes. Para essas hipóteses, tão importante quanto o papel do legislador é o papel do Judiciário, ator essencial na manutenção da compatibilidade do direito de família com a realidade social.

1.4 **O papel da jurisprudência na construção do direito de família brasileiro e a importância da fundamentação das decisões judiciais**

---

173 V., por todos SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron. *Civilistica.com – Revista eletrônica de direito civil*. Rio de Janeiro, v.4, n.2, 2015. Disponível em: <http://civilistica.com/libertarian-paternalism-is-not-an-oxymoron>. Acesso em: 05 jan. 2016.

174 Como é o caso da Lei da Lei Maria da Penha ou dos estatutos protetivos como o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Estatuto do Idoso.

As decisões judiciais reconhecendo a autonomia dos indivíduos no âmbito familiar, concedendo a cada pessoa a liberdade de escolha para realizar seus projetos de vida, tanto nas relações conjugais como nas parentais, identificam os órgãos judicantes como os primeiros a serem sempre chamados a se manifestar frente às novas demandas sociais, instados a tutelar interesses de uma realidade que se encontra à margem do direito positivado.

Nesse contexto, a doutrina ressalta a "crise da lei" levada a cabo " [pela] complexidade da vida moderna, potencializada pela diversidade e pelo pluralismo" e que acabou por transferir aos juízes e aos tribunais a competência de, pautados nos valores constitucionais, definir e valorar padrão de moralidade que escapa à previsão do legislador.[175]

Verificam-se os reflexos de um modelo familiar baseado numa instituição erigida sobre o matrimônio, o patrimônio e o pátrio poder, enquanto se vivencia a relativização do conceito de família e do próprio casamento, tanto na experiência cotidiana como nas decisões dos tribunais superiores. O papel contramajoritário e a função representativa desempenhados pelo Judiciário por meio da atuação das supremas cortes, que, como o Supremo Tribunal Federal, atendem a demandas sociais relevantes, contrapõem-se a um Parlamento que pretende reintroduzir valores religiosos unilaterais na ordem jurídica das relações familiares brasileiras, em clara violação ao Estado laico disposto expressamente na Constituição da República de 1988.

Um exemplo do protagonismo do Poder Judiciário nos avanços recentes do direito de família é o do reconhecimento das uniões homoafetivas. Os Tribunais inferiores, a exemplo do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, já vinham atribuindo efeitos jurídicos a essas entidades familiares desde 1999.[176] Em 2013, com certo atraso, o Supremo Tribunal Federal finalmente dirimiu qualquer dúvida a respeito da possibilidade jurídica da união estável entre casais do mesmo sexo, no julgamento da ADPF n.º 132/DF, recebida como ADIn n.º 2477/RJ,

---

175 TEPEDINO, Gustavo. *Dilemas do afeto*. Disponível em: <http://jota.info/dilemas-do-afeto>. Acesso em: 31 dez. 2015.

176 Como exemplo, ver: "Relações homossexuais. Competência para julgamento de separação de sociedade de fato dos casais formados por pessoas do mesmo sexo. Em se tratando de situações que envolvem relações de afeto, mostra-se competente para o julgamento da causa uma das Varas de Família, à semelhança das separações ocorridas entre casais heterossexuais. Agravo provido". (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Agravo de Instrumento n.º 599075496*. Relator: Breno Moreira Mussi. Julgamento: 17.06.1999. Órgão Julgador: Oitava Câmara Cível).

conferindo interpretação conforme a Constituição (em seus princípios basilares) ao art. 1.273 do Código Civil.[177]

Os fundamentos da emblemática decisão explicitam os novos rumos do direito de família, consagrando uma interpretação não reducionista do próprio conceito de família, que se forma por outras vias que não exclusivamente o casamento heterossexual. Conforme restou bem asseverado, a Constituição não limitou a formação da família a formalidades de qualquer tipo, sejam cartorárias, celebrações civis ou liturgias religiosas, sendo agora o afeto elemento essencial para caracterizar a família e dispensando ritos específicos para adquirir validade jurídica.

A decisão do Supremo Tribunal Federal não tratou especificamente do casamento civil homoafetivo, porém, determinou expressamente que o reconhecimento da união estável homoafetiva deve ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. Dessa forma, se a Constituição diz que a lei deve facilitar a conversão da união estável entre homem e mulher em casamento (art. 226, § 3.º), assim também deveria fazer para a união estável homoafetiva.

Mais tarde, naquele mesmo ano, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do paradigmático Recurso Especial 1.183.378, originário do Rio Grande do Sul,[178] reconheceu que inexiste vedação expressa à habilitação para o casamento de pessoas do mesmo sexo. Por ocasião do julgamento o Tribunal Superior fez interessante consideração a respeito do papel do Judiciário frente à inércia legislativa, ao asseverar que

> não obstante a omissão legislativa sobre o tema, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não poderia mesmo 'democraticamente' decretar a perda de direitos civis da

---

177 "[...] 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. 5.º). 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". (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 4277*. Relator: Ministro Ayres Britto. Julgamento: 05.05.2011. Órgão Julgador: Tribunal Pleno).

178 "O pluralismo familiar engendrado pela Constituição – explicitamente reconhecido em precedentes tanto desta Corte quanto do STF – impede que se pretenda afirmar que as famílias formadas por pares homoafetivos sejam menos dignas de proteção do Estado, se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos. O que importa agora, sob a égide da Carta de 1988, é que essas famílias multiformes recebam efetivamente a 'especial proteção do Estado', e é tão somente em razão desse desígnio de especial proteção que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, ciente o constituinte que, pelo casamento, o Estado melhor protege esse núcleo doméstico chamado família. [...]".(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1183378/RS*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgamento: 25.10.2011. Órgão Julgador: Quarta Turma).

> minoria pela qual eventualmente nutre alguma aversão. Nesse cenário, em regra é o Poder Judiciário – e não o Legislativo – que exerce um papel contramajoritário e protetivo de especialíssima importância, exatamente por não ser compromissado com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a Constituição, sempre em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias, sejam das maiorias. Dessa forma, ao contrário do que pensam os críticos, a democracia se fortalece, porquanto esta se reafirma como forma de governo, não das maiorias ocasionais, mas de todos. Enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é 'democrático' formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis.

Esse acórdão levou à aprovação, pelo Conselho Nacional de Justiça, em 14 de maio de 2013, da bem-vinda Resolução n.º 175,[179] que proibiu a recusa de habilitação, de celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo, para pôr fim à disparidade de tratamento que existia na prática, em que alguns estados reconheciam a possibilidade do casamento de casais homoafetivos e outros não. Eis um excelente exemplo de como decisões fundamentadas nos valores constitucionais têm o condão de alterar efetivamente a realidade social e a percepção das pessoas entre o que é socialmente aceitável ou não.

Além das uniões homoafetivas, outros assuntos sobre os quais o Judiciário tem sido chamado a se pronunciar com frequência são aqueles decorrentes do reconhecimento da socioafetividade como formadora de relações parentais. Uma delas é a multiparentalidade, realidade social especialmente comum em decorrência das famílias recompostas e homoafetivas. No caso das famílias homoafetivas, o casal de pessoas do mesmo sexo que tem um filho comum desafia a norma tradicional. Como só é possível, ao menos com as técnicas atuais, utilizar-se do material genético de um dos membros do casal do mesmo sexo, pelas regras da consanguinidade o outro ficaria sem nenhum vínculo formal para com a criança. O reconhecimento judicial da paternidade socioafetiva foi o primeiro passo para corrigir essa situação insustentável.

Em sentido parecido, as famílias recompostas são cada vez mais comuns, uma vez que os membros de um casal são livres para terminar a relação e buscar um novo projeto de vida.[180]

---

[179] Resolução n.º 175 do Conselho Nacional de Justiça: "É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo."

[180] Guilherme de Oliveira ressalta que a corrente taxa de fracasso nas relações conjugais não desestimula as pessoas a buscarem novas relações. "Na verdade, quanto mais fracassam as primeiras tentativas de união e

Em meio a essa situação, os filhos geralmente continuam convivendo com os pais biológicos, mas passam a conviver também com os respectivos novos cônjuges ou companheiros, muitas vezes dividindo com eles o próprio lar. É o espaço perfeito para a criação de uma relação socioafetiva, pois é bem possível que o padrasto ou a madrasta façam as vezes de pais, educando, incentivando, disciplinando e contribuindo para a subsistência do enteado. Ademais, muitas vezes isso acaba ocorrendo sem detrimento dos pais biológicos. É uma nova relação de parentalidade que pode surgir, fazendo que aquela criança ou adolescente possa muito bem ter, na prática, duas pessoas exercendo simultaneamente a função de pai ou de mãe. Nesse contexto, cabe o questionamento sobre se há a formação de um vínculo jurídico entre padrasto e enteado e se esse possível vínculo deve ser tutelado com o *status* privilegiado da filiação.[181]

Situações fáticas que clamam pela multiparentalidade estão começando a surgir no Judiciário. A Terceira Turma do STJ recentemente se pronunciou acerca do assunto no REsp 1.333.086-RO[182] de relatoria do Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, em que a

---

casamento mais se nota a compulsão para novas tentativas, sempre com a esperança renovada de sucesso ou com o sentimento de que não há alternativa para a realização pessoal, no mundo cheio de riscos e abstracções incontroláveis. [...] É neste contexto de segundas e terceiras núpcias, e de repetidas tentativas de união de facto, que se gera o novo modelo de família que está a aumentar no ocidente – a «família recombinada». (OLIVEIRA, Guilherme de. *Temas de direito de família*. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p.341). Na doutrina estrangeira, Encarna Roca ensina que "Na atualidade, o crescente número de famílias recompostas é devido a diferentes causas que forçam a reconsiderar as antigas abordagens. Hoje este fenômeno é devido às crises conjugais e às consequentes reconstruções de famílias como resultado dos segundos casamento de pais ou mães divorciados". (ROCA, Encarna. Los problemas de las famílias reconstituídas. In: HERERRA, Marisa (Coord.). *La família em el nuevo derecho*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2009. p.328). No original: *"Ahora bien, en la actualidad creciente número de familias reconstituidas es debido a distintas causas que obligan a reconsiderar los antiguos planteamientos. Hoy este fenómeno es debido a las crisis matrimoniales y consiguientes reconstrucciones de familias, como consecuencia de los segundos matrimonios de los padres o madres divorciados"*.

181 "Há um último problema que complica este cenário: deve o pai biológico de uma criança que se junta a essa nova família deixar de ter um relacionamento com seu filho? A resposta deve ser negativa: não é necessário que o pai biológico tenha desaparecido; na realidade, a criança pode continuar a manter relações com ele, ele pode contribuir com alimentos, etc., e a família na qual a criança está incorporada de fato também terá características de família recomposta". (ROCA, Encarna. Los problemas de las famílias reconstituídas. In: HERERRA, Marisa (Coord.). *La família em el nuevo derecho*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2009. p.339). No original: *"Hay una última cuestión que complica este panorama: ¿es necesario que el progenitor biológico del menor que se incorpora a esta nueva familia deje de tener relaciones con su hijo? La respuesta ha de ser por fuerza negativa: no es necesario que el progenitor biológico haya desaparecido; es más, el menor puede continuar manteniendo relaciones con él, puede aportarle alimentos, etcétera, y la familia en la cual el menor está integrado de hecho tendrá también las características de familia recompuesta"*.

182 "Recurso especial. Ação declaratória de inexistência de filiação e anulatória de registro público. Duplo registro de paternidade. Multiparentalidade. Pai socioafetivo. Ausência de manifestação nos autos. Demonstração de interesse em figurar na certidão de nascimento do menor. Inocorrência. Disposição futura de bens. Possibilidade. Dispositivos constitucionais. Análise. Competência do stf. Legislação infraconstitucional não prequestionada. Incidência da súmula n.º 211/stj. Divergência jurisprudencial não demonstrada nos moldes legais. 1. Cinge-se a controvérsia a verificar a possibilidade de registro de dupla paternidade, requerido unicamente pelo Ministério

multiparentalidade não é adotada naquele caso específico. Não se trata, no entanto, de uma negativa de reconhecimento de sua possibilidade. Pelo contrário, o acórdão reconhece expressamente a possibilidade do duplo registro de uma criança nos casos de casais homoafetivos.[183] A situação em comento trata da hipótese de uma mãe que, ao terminar o relacionamento com seu companheiro, teve um caso amoroso com outro homem, de quem engravidou. Em seguida, reatou com o companheiro, que acabou registrando a criança como se sua filha fosse. O homem com o qual a mãe teve um caso, desconfiando ser o pai biológico do bebê, pediu um exame de DNA que comprovou suas suspeitas. Por esse motivo, ajuizou ação declaratória de inexistência de filiação combinada com anulatória de registro público para que pudesse constar como pai do bebê.

A mãe e o companheiro – que continuaram o seu relacionamento – nem ao menos contestaram a ação frente ao resultado do exame de DNA, e o juiz de primeiro grau julgou a ação procedente. No entanto, o Ministério Público estadual recorreu da sentença a fim de que constassem na certidão da criança tanto o pai biológico, quanto o pai registral, com base na socioafetividade. O Tribunal de Justiça de Rondônia indeferiu o pedido por considerar que não haveria previsão legal para o duplo registro, motivo pelo qual a questão foi levada ao STJ.

O Ministro Villas Bôas Cueva não concordou com a interpretação do TJ, no entanto, considerando que, se os próprios réus da ação, o suposto pai socioafetivo e a mãe haviam concordado com a alteração do assento de nascimento, não haveria motivo para executar o duplo registro. Declarou também que não haveria nenhum prejuízo para os envolvidos, já que a mãe era companheira do pai socioafetivo, certificando-se que ele e a criança não se afastariam. Por fim, declarou que o próprio filho poderia futuramente buscar o reconhecimento da paternidade socioafetiva, se fosse o caso, não havendo nenhuma violação ao seu melhor interesse.

Público estadual, na certidão de nascimento do menor para assegurar direito futuro de escolha do infante. 2. Esta Corte tem entendimento no sentido de ser possível o duplo registro na certidão de nascimento do filho nos casos de adoção por homoafetivos. Precedente. 3. Infere-se dos autos que o pai socioafetivo não tem interesse em figurar também na certidão de nascimento da criança. Ele poderá, a qualquer tempo, dispor do seu patrimônio, na forma da lei, por testamento ou doação em favor do menor. 5. Não se justifica o pedido do Parquet para registro de dupla paternidade quando não demonstrado prejuízo evidente ao interesse do menor. 6. É direito personalíssimo e indisponível do filho buscar, no futuro, o reconhecimento do vínculo socioafetivo. Precedentes. 7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, não provido". (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1333086/RO*. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgamento: 06.10.2015. Órgão Julgador: Terceira Turma).

183 O acórdão faz referência ao REsp n.º 889.852/RS de relatoria do Min. Luis Felipe Salomão, em que se reconhece a possibilidade de ambos os membros de um casal homoafetivo constarem no registro do filho comum, identificando-se que a ausência de previsão expressa autorizando tal fato não pode ser óbice para a proteção dos direitos das crianças e adolescentes no sentido de seu melhor interesse.

Em decorrência do julgamento desse Recurso Especial, não se deixou de reconhecer a possibilidade da coexistência do pai biológico e do socioafetivo no registro de nascimento, mas se demonstrou uma tendência jurisprudencial em levar em consideração a manifestação da vontade dos envolvidos. Nesse REsp a fundamentação do voto do Relator também foi consideravelmente profunda, indicando os dispositivos legais e princípios constitucionais adotados, apontando onde os aplicou e onde os deixou de aplicar e por qual motivo. O fato de a decisão não ter fechado as portas para a multiparentalidade, e sim apenas explicitado que esta não seria o caso naquelas circunstâncias, é um comportamento positivo do Min. Villas Bôas Cuevas, que poderá ser muito produtivo se for adotado por todos os julgadores por ocasião das questões especialmente controvertidas.

O Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) também já se manifestou sobre o assunto, aceitando o registro concomitante da mãe socioafetiva com a mãe biológica, considerando que esta faleceu em acidente trágico quando a criança era muito pequena. A linha argumentativa foi a de que não haveria nenhum motivo para se desrespeitar a memória da mãe biológica retirando seu nome. Contudo, ao mesmo tempo, seria desejável que a mãe socioafetiva também figurasse na certidão de nascimento, já que ela figurava em todos os aspectos como mãe da criança.[184] Nesse caso, a fundamentação atentou muito para a perspectiva emocional da questão, o que é inevitável em se tratando da dimensão existencial do direito de família, mas isso deve ser feito com parcimônia, para que o emocional não ofusque o jurídico.

Outra indagação importante refere-se ao papel da jurisprudência na análise da constituição do vínculo da paternidade socioafetiva. A Terceira Turma do STJ julgou um Recurso Especial[185]

---

184 "Maternidade socioafetiva. Preservação da maternidade biológica. Respeito à memória da mãe biológica, falecida em decorrência do parto, e de sua família - Enteado criado como filho desde dois anos de idade Filiação socioafetiva que tem amparo no art. 1.593 do Código Civil e decorre da posse do estado de filho, fruto de longa e estável convivência, aliado ao afeto e considerações mútuos, e sua manifestação pública, de forma a não deixar dúvida, a quem não conhece, de que se trata de parentes - A formação da família moderna não-consanguínea tem sua base na afetividade e nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade Recurso provido". (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível 0006422-26.2011.8.26.0286*. Relator: Desembargador Alcides Leopoldo e Silva Júnior. Julgamento: 14.08.2012. Órgão Julgador: 1.ª Câmara de Direito Privado).

185 "Recurso especial. Ação declaratória de maternidade c/c petição de herança. Pretensão de reconhecimento post mortem de maternidade socioafetiva, com a manutenção, em seu assento de nascimento, da mãe registral. Alegação de que a mãe registral e a apontada mãe socioafetiva procederam, em conjunto, à denominada "adoção à brasileira" da demandante, quando esta possuía apenas dez meses de vida. 1. Ausência de fundamentação suficiente. Não ocorrência. 2. Cerceamento de defesa. Verificação. Julgamento antecipado da lide, reconhecendo-se, ao final, não restar demonstrada a intenção da pretensa mãe socioafetiva de "adotar" a autora. O estabelecimento da filiação socioafetiva requer a vontade clara e inequívoca da pretensa mãe socioafetiva, ao despender expressões de afeto, de ser reconhecida, voluntariamente, como tal, bem como a

no qual adota, nos termos do voto do relator Min. Marco Aurélio Bellizze, dois requisitos essenciais para a configuração do liame em questão. O primeiro deles seria a vontade clara e inequívoca do pai ou mãe socioafetivos em serem reconhecidos como tal. De acordo com a fundamentação, não se poderia imputar a um indivíduo a paternidade, simplesmente porque ele se imbuiu de "elevado espírito de solidariedade". Completa que essa solidariedade poderia ser até mesmo desestimulada caso se atribuísse a essas pessoas o encargo indesejado que seria a paternidade. O segundo requisito da socioafetividade seria a presença da chamada 'posse de estado de filho', apresentada de forma "sólida e duradoura". Sobre a posse de estado de filho, o Ministro se reporta à doutrina de Paulo Lôbo para identificar três elementos que considera

---

configuração da denominada 'posse de estado de filho', que, naturalmente, deve apresentar-se de forma sólida e duradoura. 3. Recurso especial provido, para anular a sentença, determinando-se o retorno dos autos à origem, a fim de viabilizar a instrução probatória. 1. A Corte de origem adentrou em todas as questões submetidas a sua análise, tendo apresentado fundamentação suficiente, segundo sua convicção. No ponto ora destacado, o Tribunal estadual deixou assente que, embora se afigure possível o reconhecimento do estado de filiação, estribada no estabelecimento de vínculo socioafetivo, inclusive em hipóteses em que os pais formem um casal homossexual, não restou demonstrado nos autos a intenção da pretensa mãe socioafetiva em, também, adotá-la, sendo certo, ainda, que a mãe registral e a suposta mãe socioafetiva não constituíram um casal homoafetivo, tanto que esta última, posteriormente, casou-se com o primeiro demandado. 2. A constituição da filiação socioafetiva perpassa, necessariamente, pela vontade e, mesmo, pela voluntariedade do apontado pai/mãe, ao despender afeto, de ser reconhecido juridicamente como tal. É dizer: as manifestações de afeto e carinho por parte de pessoa próxima à criança somente terão o condão de convolarem-se numa relação de filiação, se, além da caracterização do estado de posse de filho, houver, por parte daquele que despende o afeto, clara e inequívoca intenção de ser concebido como pai/mãe daquela criança. Tal comprovação, na hipótese dos autos, deve revestir-se de atenção especial, a considerar que a pretensa mãe socioafetiva já faleceu (trata-se, pois, de reconhecimento de filiação socioafetiva post mortem).
2.1. O Tribunal de origem, ao julgar o recurso de apelação, bem identificou a importância do aspecto sob comento, qual seja, a verificação da intenção da pretensa mãe de se ver reconhecida juridicamente como tal. Não obstante, olvidando-se que a sentença havia sido prolatada em julgamento antecipado (sem a concessão, portanto, de oportunidade à parte demandante de demonstrar os fatos alegados, por meio das provas oportunamente requeridas), a Corte local manteve a improcedência da ação, justamente porque o referido requisito (em seus dizeres, "a intenção de adotar') não restou demonstrado nos autos. Tal proceder encerra, inequivocamente, cerceamento de defesa. 2.2. Efetivamente, o que se está em discussão, e pende de demonstração, é se houve ou não o estabelecimento de filiação socioafetiva entre a demandante e a apontada mãe socioafetiva, devendo-se perquirir, para tanto: i) a vontade clara e inequívoca da pretensa mãe socioafetiva, ao despender expressões de afeto, de ser reconhecida, voluntariamente, como mãe da autora; ii) a configuração da denominada 'posse de estado de filho', que, naturalmente, deve apresentar-se de forma sólida e duradoura. Todavia, em remanescendo dúvidas quanto à verificação dos referidos requisitos (em especial do primeiro, apontado pelo Tribunal de origem), após concedida oportunidade à parte de demonstrar os fatos alegados, há que se afastar, peremptoriamente, a configuração da filiação socioafetiva. É de se ressaltar, inclusive, que a robustez da prova, na hipótese dos autos, há de ser ainda mais contundente, a considerar que o pretendido reconhecimento de filiação socioafetiva refere-se à pessoa já falecida. De todo modo, não se pode subtrair da parte a oportunidade de comprovar suas alegações. 2.3. Em atenção às novas estruturas familiares, baseadas no princípio da afetividade jurídica (a permitir, em última análise, a realização do indivíduo como consectário da dignidade da pessoa humana), a coexistência de relações filiais ou a denominada multiplicidade parental, compreendida como expressão da realidade social, não pode passar despercebida pelo direito. Desse modo, há que se conferir à parte o direito de produzir as provas destinadas a comprovar o estabelecimento das alegadas relações socioafetivas, que pressupõem, como assinalado, a observância dos requisitos acima referidos. 3. Recurso especial provido, para anular a sentença, ante o reconhecimento de cerceamento de defesa, determinando-se o retorno dos autos à instância de origem, de modo a viabilizar a instrução probatória, tal como requerido oportunamente pelas partes". (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.328.380-MS*. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Julgamento: 21.10.2014. Órgão Julgador: Terceira Turma).

como essenciais. O primeiro deles é o tratamento, ou seja, é preciso que os envolvidos se tratem como sendo pai ou mãe e filho. O segundo é o nome, requerendo que o filho carregue o nome da pessoa (pai ou mãe) apontada. Por fim, exige-se a fama, o reconhecimento pela família e pela comunidade daquela relação como sendo de filiação.

No Recurso Especial em questão, reconheceu-se o cerceamento de defesa da autora da ação que teve diversas provas indeferidas, não tendo a oportunidade de provar cada um desses elementos que seriam ensejadores da relação de socioafetividade. Foi, assim, anulada a decisão do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, que não reconheceu a filiação em questão por julgar que o objetivo da autora era estritamente patrimonial. Chegou-se a essa conclusão por se tratar de um pedido de reconhecimento *post mortem* e pelo fato de a autora, que foi adotada à brasileira, ter uma outra mãe registral. É sempre positivo quando a jurisprudência busca requisitos na doutrina, sendo papel desta justamente auxiliar aquela no balizamento de pontos controvertidos. Concorde-se ou não com o julgamento em tela, foi interessante que, apesar de o aspecto central do Recurso Especial ser o cerceamento de defesa, o Ministro expressou seu posicionamento acerca da socioafetividade e da multiparentalidade de forma clara e técnica. Isso é muito importante para "fazer jurisprudência", já que, caso não houvesse manifestação nesse sentido, não se poderia ter certeza sobre o posicionamento do STJ até que se tornasse a analisar questão semelhante.

Retomando questões acerca da conjugalidade, nota-se que a existência de famílias simultâneas não é, nem de longe, uma novidade dos tempos modernos. No entanto, apenas recentemente o direito começou a pensar de que forma essa realidade social pode ser entendida juridicamente de modo a evitar deixar qualquer das famílias desamparadas.[186] Nesse caso, a jurisprudência parece estar em descompasso com a doutrina mais moderna, como se pode observar no Recurso Especial n.º 1.399.604-SP, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi.[187]

---

186 V., por todos, RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Famílias simultâneas*: da unidade codificada à pluralidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

187 "Direito civil. Recurso especial. Família. Ação de reconhecimento de união estável. Relação concomitante. Dever de fidelidade. Intenção de constituir família. Ausência. Artigos analisados: arts. 1.º e 2.º da Lei n.º 9.278/96. 1. Ação de reconhecimento de união estável, ajuizada em 20.03.2009. Recurso especial concluso ao Gabinete em 25.04.2012. 2. Discussão relativa ao reconhecimento de união estável quando não observado o dever de fidelidade pelo de cujus, que mantinha outro relacionamento estável com terceira. 3. Embora não seja expressamente referida na legislação pertinente, como requisito para configuração da união estável, a fidelidade está ínsita ao próprio dever de respeito e lealdade entre os companheiros. 4. A análise dos requisitos para configuração da união estável deve centrar-se na conjunção de fatores presente em cada hipótese, como a affectio societatis familiar, a participação de esforços, a posse do estado de casado, a continuidade da união, e também a fidelidade. 5. Uma sociedade que apresenta como elemento estrutural a monogamia não pode atenuar o

Cabe ressaltar que o casamento, com todo o seu peso institucional, pode até exigir o dever de fidelidade conjugal entre os seus membros por força do art. 1.566 do Código Civil, mas a união estável não o faz. O legislador, de modo diverso, explicitamente afirma o dever de lealdade na união estável (art. 1.724 do mesmo diploma), suprimindo o dever de fidelidade desse tipo de entidade familiar. Em decorrência dessa atitude, pode-se muito facilmente sustentar que fidelidade e lealdade são comportamentos distintos, sendo o primeiro um dever de exclusividade e o segundo, um dever de se comportar com retidão conforme o acordado entre os envolvidos, seja lá o que for.[188]

Assim, como as normas atualmente se apresentam, pode-se dizer que o casamento é óbice para a configuração de uma união estável simultânea, constando como impedimento legal. No entanto, uma união estável não necessariamente se configura como impedimento para outra – ao menos não expressamente no texto legal. Pode-se pensar que o casamento seria a "regra padrão" preferencial do legislador, mas, tomando uma postura paternalista libertária, nada deveria impedir que as pessoas pudessem optar por um modelo distinto ao proposto por essa relação tradicional, selecionando uma modalidade de convivência mais apta a realizar seus projetos de vida, mesmo porque, conforme se elucidará adiante, as formas familiares positivadas na Constituição não constituem *numerus clausus*, sendo este um rol exemplificativo, e tampouco são dotadas de algum tipo de hierarquia entre si. É aí que a jurisprudência tem pecado com frequência. No acórdão mencionado acima, a Ministra Nancy Andrighi considera a fidelidade na união estável como sendo "ínsita ao próprio dever de respeito e consideração mútuos, bem como ao dever de lealdade". Afirma que a sociedade brasileira é monogâmica e que as uniões afetivas paralelas seriam desleais, reconhecendo, no entanto, que o direito não deve simplesmente ignorar essas relações, sob pena de resultados incompatíveis com um o ordenamento jurídico.

---

dever de fidelidade – que integra o conceito de lealdade e respeito mútuo – para o fim de inserir no âmbito do Direito de Família relações afetivas paralelas e, por consequência, desleais, sem descurar que o núcleo familiar contemporâneo tem como escopo a busca da realização de seus integrantes, vale dizer, a busca da felicidade. 6. Ao analisar as lides que apresentam paralelismo afetivo, deve o juiz, atento às peculiaridades multifacetadas apresentadas em cada caso, decidir com base na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, na afetividade, na busca da felicidade, na liberdade, na igualdade, bem assim, com redobrada atenção ao primado da monogamia, com os pés fincados no princípio da eticidade. 7. Na hipótese, a recorrente não logrou êxito em demonstrar, nos termos da legislação vigente, a existência da união estável com o recorrido, podendo, no entanto, pleitear, em processo próprio, o reconhecimento de uma eventual uma sociedade de fato entre eles. 8. Recurso especial desprovido". (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1.348.458/MG*. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Julgamento: 08.05.2014. Órgão Julgador: Terceira Turma).

188 SCHREIBER, Anderson. Famílias simultâneas e redes familiares. In: _____. *Direito civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013. p.304.

Perceba-se que, no caso em tela, a autora da ação buscou o reconhecimento de união estável após a morte do companheiro com quem conviveu por quatorze anos. Sua pretensão foi negada simplesmente porque o falecido também mantinha uma relação estável de três anos com outra mulher, além de relacionamentos esporádicos com outras tantas pessoas. Não teria havido, então, a *affectio* de formar família. Por causa da suposta falta de lealdade entre a autora e o falecido, foram-lhe negados todos os direitos relativos a essa união, arguindo-se a ausência da boa-fé naquela relação. O simples fato de a autora saber dos outros relacionamentos de seu companheiro fez que ela automaticamente não fosse amparada pelo direito sem, no entanto, jamais se questionar no acórdão se aquele não poderia ser precisamente o arranjo familiar eleito pelos envolvidos.

Para a Ministra relatora, a forma de tutelar as famílias simultâneas e não deixá-las desamparadas seria simplesmente o reconhecimento de uma sociedade de fato com a partilha de eventuais bens comuns. Ocorre que essa não é proteção jurídica suficiente, nem compatível com a interpretação sistemática da Constituição e do Código Civil. Na condição de local privilegiado de desenvolvimento da personalidade dos membros e ambiente de proteção constitucional excepcional, um grupamento social que tem forma de família e exerce a função de família não pode ser tão desprivilegiado.

É muito importante que, quando o julgador seja chamado a atuar em terrenos próximos da moralidade, abrace uma moralidade laica, despida de valores pessoais ou religiosos, sem necessariamente conformar-se à moralidade judaico-cristã. Isso é dificílimo, porque muitos desses valores contaminados pela cultura predominante nos países ocidentais estão imiscuídos no pensamento das pessoas e, não se pode esquecer, os julgadores também são pessoas que vivem dentro dessa sociedade que compartilha valores majoritários produzidos culturalmente. A devida fundamentação das decisões judiciais pode ser uma arma poderosa, eis que exige declarações explícitas do julgador, que precisará demonstrar seus posicionamentos. Esses poderão, então, ser valorados e qualificados de acordo com a principiologia constitucional.

Os exemplos acima colacionados demonstram a relevância das decisões judiciais que passam pela aplicação de princípios, as quais não podem prescindir de justificação na aplicação ao caso concreto. A intervenção estatal judicial nas relações familiares no que tange ao exercício da autonomia como forma de promoção da liberdade e da igualdade, não em contraposição à solidariedade familiar, mas em consonância com este princípio, exige o devido rigor científico, que só pode ser alcançado através da fundamentação.

Em doutrina, salienta-se o cenário preocupante das atuais decisões, especialmente na seara do direito de família, as quais, sob o pretexto da aplicação dos princípios constitucionais,

mais parecem realizar uma banalização do direito,[189] por meio das convicções pessoais de seus julgadores. É preciso esclarecer que a superação da aplicação mecânica da lei pelo método da subsunção não se traduz em carta branca para o magistrado decidir de acordo com suas concepções pessoais, invocando genericamente algum princípio constitucional que ele acredite amparar a própria e individual versão de justiça.[190] Por isso, o liame entre o texto e o intérprete requer a presença de ambos, isto é, nem se pode pretender que o intérprete o ignore, nem que o conteúdo do texto se produza exclusivamente pelo legislador.[191]

A derrubada do dogma da subsunção, se não significou a consagração do arbítrio, impôs um limite interno, metodológico – a exigência de fundamentação argumentativa da decisão.[192] Ou seja, "impõe-se uma atenção maior à questão concernente às justificativas pelas quais os juízes chegam às decisões que dirimem as lides a eles submetidas".[193] Assim, a responsabilidade do intérprete, na definição de Perlingieri, é de assumir expressamente suas escolhas, para permitir o debate argumentativo acerca de sua adequação ao ordenamento.[194]

O princípio da legalidade incide, portanto, sob acepção renovada diante do complexo novo regime de fontes do ordenamento. Exige-se não apenas o respeito aos preceitos individuais, mas à coordenação entre eles e à harmonização com os princípios fundamentais de relevância constitucional, em constante confronto com as características do problema concreto a ser regulado.[195] As decisões que aplicam princípios demandam a construção de um discurso de justificação, para além de um discurso de aplicação, a fim de fundamentar a opção por um princípio aplicado ao caso concreto, em detrimento de outro que, na hipótese avaliada, seja

---

189 KONDER, Carlos Nelson. Distinções hermenêuticas da constitucionalização do direito civil: o intérprete na doutrina de Pietro Perlingieri. *Revista da Faculdade de Direito (UFPR)*, v.60, p.205, 2015 e também SARMENTO, Daniel. Ubiqüidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A constitucionalização do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.113-148.

190 BODIN DE MORAES, Maria Celina. Do juiz boca-da-lei à lei boca-de-juiz: reflexões sobre a aplicação-interpretação do direito no início do século XXI. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v.56, p.11-30, 2013.p.27.

191 KONDER, op. cit., p.208.

192 BODIN DE MORAES, op. cit.. p. 29.

193 MAIA, Antônio Cavalcanti. Notas sobre direito e argumentação. In: CAMARGO, Margarida Lacombe (Org.). *1988-1998*: uma década de Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.413.

194 PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.96.

195 KONDER, op. cit., p.208.

concorrente. Conforme expõe Perlingieri, "a reflexão sobre o método não é tanto reflexão sobre a escolha, quanto sobre a consciência da escolha e dos resultados que a sua concretização comporta".[196]

A qualidade dos argumentos levantados guia a aceitação racional das decisões judiciais, cuja verificação permite que o processo argumentativo seja concluído "quando, desse todo coerente, resultar um acordo racionalmente motivado".[197] Avalia Maria Celina Bodin de Moraes que o dever de motivação, além de facilitar o questionamento da sentença pelas partes e a sua revisão pelas instâncias superiores, desempenha uma função garantista, ao viabilizar o controle externo sobre as razões que fundam a decisão.[198]

Na fundamentação se encontram os parâmetros para compreender a decisão. Por meio de sua análise é possível verificar quais argumentos levaram à escolha do intérprete, especialmente se os elementos extrajurídicos foram absorvidos por elementos normativos e se os valores referidos são sociais e culturais, em vez de pessoais.[199] Na reflexão de Maria Celina Bodin de Moraes,

> se antes as soluções repousavam na lei – na época em que o juiz era considerado simples mensageiro desta (na expressão clássica de Montesquieu, *la bouche de la loi*) –, o problema a ser enfrentado, no contexto atual, corresponde a determinar de que forma (isto é, em que nível de fundamentação), com base em que critérios e em que situações o Direito deverá ser dito pelo magistrado (o direito segundo a boca-do-juiz). O deslocamento foi radical e parece imprescindível sua rápida identificação, para que se comece, doutrinariamente, a sugerir limites e a indicar possibilidades.[200]

Aqui entra o papel fundamental da doutrina de fornecer parâmetros e critérios que ao mesmo tempo que não enrijeçam a liberdade do intérprete, sirvam de base para a construção

---

196 PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.124.

197 HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*: contributions to a discourse theory of law and democracy. Cambridge: MIT Press, 1998. p.222 e segs.

198 BODIN DE MORAES, Maria Celina. Do juiz boca-da-lei à lei boca-de-juiz: reflexões sobre a aplicação-interpretação do direito no início do século XXI. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v.56, p.11-30, 2013. p. 29-30.

199 KONDER, Carlos Nelson. Distinções hermenêuticas da constitucionalização do direito civil: o intérprete na doutrina de Pietro Perlingieri. *Revista da Faculdade de Direito (UFPR)*, v.60, p.209, 2015.

200 BODIN DE MORAES, op. cit. p. 29-30.

de respostas mais adequadas aos princípios do sistema.[201] Há receio de que a passagem do positivismo para o pós-positivismo no ordenamento jurídico brasileiro tenha conduzido a uma insegurança jurídica sem que houvesse o proporcional ganho de justiça,[202] em razão de uma descuidada utilização dos princípios constitucionais em substituição à técnica da subsunção.

Essa não é, porém, a única causa da crise da segurança jurídica, que se deve também à superlotação de processos nos tribunais. O significativo incremento na judicialização dos conflitos impõe celeridade nos julgamentos com sacrifício do cuidado necessário na apreciação do caso concreto, gerando um descontentamento dos jurisdicionados com as precárias soluções.

1.5 A judicialização das relações familiares e a busca de formas alternativas para solução de conflitos

Se, por um lado, a nova principiologia constitucional democratizou as relações familiares, por outro, o maior exercício das liberdades existenciais no seio da família ocasionou um expressivo aumento das demandas judiciais. O excesso de processos compromete não só quantitativamente a distribuição da justiça em tempo razoável, mas, sobretudo, a qualidade da prestação jurisdicional. Noticia-se uma verdadeira "crise do processo". Tanto a doutrina como a experiência nos tribunais apontam que o "crescimento exponencial da litigação" não deriva apenas do "comportamento de atores singulares", mas da "perda de credibilidade e da capacidade de atração dos partidos políticos, de uma vida associativa frágil e destituída de meios para negociar conflitos". E mais: "o atual gigantismo do Judiciário e monumentalidade arrogante de suas sedes são a contraface, como consensualmente registra a bibliografia, da falta de República e de suas instituições".[203]

Destaca-se o papel da Suprema Corte brasileira para compensar a "falta de República", que, como guardiã da Constituição, ante à crise de representatividade que enfraquece a democracia,

---

201 KONDER, Carlos Nelson. *O papel da causa na qualificação dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro*. 2009. Tese (Doutorado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Rio de Janeiro, 2009.

202 KONDER, loc. cit.

203 VIANA, Luiz Werneck. Não há limites para a patológica judicialização da política. *Revista Consultor Jurídico*, 03 jan 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jan-03/luiz-werneck-vianna-nao-limites-judicializacao-politica>. Acesso em: 20 jan. 2016.

"pode invalidar atos do Congresso Nacional – composto por representantes eleitos pelo povo brasileiro – e do Presidente da República, eleito com mais de meia centena de milhões de votos".[204] A incapacidade do Judiciário para satisfatoriamente solucionar os conflitos familiares decorre, portanto, não só do inchaço da própria estrutura, cujo maior expoente é o rotineiro exercício de "funções anômalas" de cortes como o Supremo Tribunal Federal,[205] mas também da fragilidade dos laços afetivos, próprios da modernidade líquida.[206] Em particular, no que toca aos litígios familiares, as varas de família se revelam incapazes de dar vazão tanto à quantidade de processos com uma complexidade de situações que demandam uma análise cuidadosa, na intepretação e na aplicação dos princípios constitucionais aos casos concretos.

A consolidação do divórcio pela sociedade brasileira, por exemplo, veio acompanhada de uma crescente judicialização dos conflitos familiares. Muitas são as razões e as consequências desse fenômeno, mas, sem dúvida, a mais gravosa delas é a desproteção da pessoa dos filhos, que se transformam nas maiores vítimas e, por vezes, nas principais armas dos litígios travados por seus próprios pais.[207] Enquanto o direito de família caminha a passos largos para o fim da perquirição da culpa nas dissoluções conjugais,[208] pais eternizam suas angústias com

---

204 "A maior parte dos países do mundo confere ao Judiciário e, mais particularmente à sua suprema corte ou corte constitucional, o status de sentinela contra o risco da tirania das maiorias. Evita-se, assim, que possam deturpar o processo democrático ou oprimir as minorias. Há razoável consenso, nos dias atuais, de que o conceito de democracia transcende a ideia de governo da maioria, exigindo a incorporação de outros valores fundamentais". (BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v.5, n.2, 2015. Disponível em: <http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/RBPP/article/view/3180>. Acesso em: 11 jan. 2016).

205 "[A Suprema Corte], por exemplo, julga extradições (em alguns países sequer passa pelo Judiciário); instrui inquéritos e julga ações penais por crimes comuns (veja o caso do "mensalão"); intervém em demarcações de terras indígenas e desapropriações; dirime conflitos político-eleitorais; concede habeas corpus para alterar penas fixadas pelas instâncias ordinárias, bem como regimes de cumprimento da sanção penal; decide a sorte de casos criminais banais, como um recente caso de furto de bicicleta onde a Corte foi chamada a dizer se se aplicava ou não o princípio da insignificância, tarefa típica de juízos inferiores". (MAGALDI NETTO, Guilherme. O Supremo em "crise". *Jota*. <Disponível em: http://jota.info/o-supremo-em-crise>. Acesso em: 12 jan. 2016).

206 BAUMAN, Zigmunt. *Amor líquido*: sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro: Zahar, 2004. p.59-61.

207 No Brasil, a Síndrome da Alienação Parental foi regulada pela Lei n.º 12.318, de 26 de agosto de 2010. De acordo com o disposto no art. 2.º da referida lei, "Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este".

208 O Código Civil de 2002 derrogou o art. 10 da Lei n.º 6.515/77, que previa que os filhos ficariam com o cônjuge que não tivesse dado causa à separação, prevalecendo a orientação da jurisprudência de que a guarda dos filhos deve ser concedida a quem reúna melhores condições para exercê-la. Percebe-se assim que o legislador,

o esfacelamento de suas uniões buscando, no Poder Judiciário, soluções para questões que transbordam a seara jurídica, o que dificulta ainda mais o exercício de uma parentalidade responsável e cooperativa. A dificuldade em separar o exercício da conjugalidade da parentalidade, seja pelo ex-casal, seja por apenas um deles, torna-se hoje o principal obstáculo para o exercício da corresponsabilidade parental e acaba por impedir a efetiva participação de ambos os pais no processo de educação e formação dos filhos após a dissolução da sociedade conjugal.

No entanto, proporcional a uma crescente judicialização dos conflitos familiares está a insatisfação com as pretensas soluções. Questões exógenas ao direito podem representar um desvio da prestação jurisdicional. Como elucida o psiquiatra Jurandir Freire Costa, "judicializar a vida familiar pode ser uma bengala para dias difíceis, mas se dependermos disso para existir como indivíduos sociais, ou muda a justiça ou muda a família, tanto quanto entendo as duas instituições não podem atropelar uma a outra [...]".[209]

Hoje se questiona até que ponto delegar ao Estado a incumbência de dirimir as divergências familiares é uma alternativa possível ou a melhor alternativa.[210,211] Não por acaso é que mecanismos alternativos para a solução de conflitos ganharam grande relevo no âmbito do direito de família. As limitações de uma decisão por meio do processo são evidentes ao se considerar que, por mais preparados e cuidadosos que tenham sido os agentes judiciais envolvidos, ela é sempre tomada por um terceiro estranho às partes, que por elas decide,

---

ao tratar dos critérios que devem orientar o juiz no deferimento da guarda, tomou como norte o melhor interesse da criança, abandonando para fins de deferimento da guarda a questão da culpa na separação.

209 COSTA, Jurandir Freire. O nome que fica. *Boletim Oficial do IBDFAM*, n.7, mar./abr. 2012. Entrevista.

210 Art. 1.631. [...] Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo.

211 Revela-se ilustrativa a decisão da juíza da 1.ª Vara de Família de Petrópolis, no Rio de Janeiro, que rejeitou o pedido de um pai que mantém a guarda compartilhada do filho com a ex-mulher, para retirá-lo da escola na qual está matriculado e transferi-lo para outra, de sua preferência. Na decisão, a juíza declara que "delegar para o Estado a opção por escolhas íntimas e individuais não se constitui numa alternativa possível". Na sentença a juíza registrou que o único motivo que levou os pais da criança a procurar o Judiciário foi a incapacidade de comunicação entre eles, "que não conseguem, sozinhos, discutir e solucionar um problema banal e cotidiano". Para ela nem todo conflito pode ser apreciado pelo Estado: "Vinho tinto ou branco, café ou chá, futebol ou basquete, salada ou sopa, vestido ou calça, preto ou branco, cinema ou teatro, Flamengo ou Fluminense são alternativas com as quais um ser humano se depara de forma permanente e é próprio da condição humana decidir e solucionar". Na decisão, a juíza registra que não há qualquer discussão sobre algum interesse do menor que possa ser prejudicado, sobre o valor da mensalidade ou mesmo sobre diferenças de orientação educacional das escolas. A criança está bem cuidada com a guarda compartilhada e até agora tem todos os seus interesses atendidos pelos pais. (A JUDICIALIZAÇÃO do afeto. *Direito e Sociedade*, 10 mar. 2011. Disponível em: <http://decaraparaodireito.blogspot.com.br/2011/03/judicializacao-do-afeto.html>. Acesso em 10 dez. 2014).

muitas vezes, com pouco de conhecimento sobre as particularidades daquele contexto familiar.[212] Assim se perdem as peculiaridades do caso concreto, um dos principais atrativos do direito civil constitucional.

Comparando-se o direito material ao desenrolar dos processos judiciais, o que se verifica é justamente a insuficiência destes e a demora na resolução dos litígios. Fala-se, ao término de um processo, em vencedores e perdedores; mas no fundo, só há perdedores, em razão do tempo gasto, da energia consumida, do amargor gerado no íntimo de cada um dos envolvidos.[213] Se, por um lado, o acesso à jurisdição permite a garantia dos direitos tutelados pelo ordenamento, por outro, permitir a utilização dessa mesma jurisdição como meio de satisfações individuais e privadas advindas de questões exógenas ao direito pode vir a representar um desvio da prestação jurisdicional.[214]

Não se pode negar que a intervenção judicial seja necessária em diversos casos, mas isso não deve ser a regra, e sim a exceção. O direito assumiu hoje, mais do que nunca, um papel transformador, sobretudo de fomento de condutas socialmente desejadas. Essa insatisfação com a abordagem judicial dos conflitos tem identificado a mediação interdisciplinar como o complemento ideal de auxílio à justiça, na medida em que se busca "a transformação dos conflitos de forma pacífica para que se resolva os problemas com menor custo emocional, econômico e social".[215] A mediação se apresenta como meio concorrente de administração da justiça, já que convida os componentes do núcleo familiar a tomarem por si mesmos as decisões concernentes ao futuro de suas relações.

Essa busca da melhor solução para o caso concreto à luz do diálogo e das recíprocas concessões, em vez da substituição da vontade das partes pela imposição do Estado-juiz, a mediação mostra-se, na grande maioria das vezes, muito mais vantajosa. Ao contrário da

---

212 POMPEU, Renata Guimarães. A mediação nos conflitos familiares: convite ao exercício dialógico da autonomia privada. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Org.). *Problemas da família no direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p.104.

213 LAGO, Pablo Antonio. O princípio da solidariedade familiar: importância e eficácia. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. v.3. p.281.

214 OLIVEN, Leonora Roizen Albek. *A judicialização da família*. Disponível em: <http://portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/view/2546/1550>. Acesso em: 04 jan. 2015.

215 DIAS, Maria Berenice; GROENINGA, Giselle Câmara. *A mediação no confronto entre direitos e deveres.* Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=42>. Acesso em: 08 nov. 2014.

lógica do ganhar e perder, ínsita aos processos judiciais, a mediação busca que as partes em conflito identifiquem por si mesmas as alternativas do benefício mútuo.[216]

Já há algum tempo, no âmbito dos conflitos familiares, diversos países promovem políticas públicas efetivas para a formação e para a capacitação de mediadores e dos próprios juízes, que atuam na seara do direito de família, assim como a advocacia colaborativa ganha cada vez mais espaço.[217] No Reino Unido, por exemplo, cartilhas são distribuídas a fim de orientar e conscientizar os pais da prioridade que a criança ocupa no seio familiar, mesmo após a separação do casal. O programa denominado "Planos Parentais: colocando as crianças em primeiro lugar. Um guia para pais separados" (*Parenting Plans: putting your children first. A guide for separating parents*) incentiva os pais a realizarem, com a ajuda de profissionais e de agentes do governo, um Plano Parental, mesmo em hipóteses de dissoluções consensuais.[218]

O objetivo do Plano Parental é evitar futuros litígios que possam vir a afetar o bem estar dos filhos menores e a própria relação saudável dos ex-cônjuges ou conviventes. Nesses planos, não só são pactuadas as grandes escolhas em relação à vida dos filhos como o programa geral de educação (que envolve a escolha do estabelecimento de ensino, programa de orientação vocacional, decisão pelo estudo de uma língua estrangeira, intercâmbio, educação religiosa, artística, esportiva, lazer, organização de férias e viagens). Também são tratadas escolhas em relação à vida cotidiana (como transporte para a escola, atividades extracurriculares, horários de retorno de festas, alimentação, opção pelos profissionais da área de saúde, dentre outros). Garante-se, assim, o exercício conjunto da autoridade parental. Prioriza-se ainda a forma como os filhos viviam antes da ruptura do casal, a fim de gerar o mínimo de desgaste

---

216 Segundo Águida Arruda Barbosa, "[...] no Brasil, a mudança de comportamento, visando a uma nova ética no trato dos conflitos familiares, depende do primeiro profissional que recebe o sujeito do conflito. Culturalmente, recorre-se ao advogado que pode agir como incentivador do litígio, ou pela ética da inclusão, promovendo o encontro dos sujeitos do conflito, ou indicando um mediador". (BARBOSA, Águida Arruda. *Educação para mediar; não mais para litigar*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?boletim&artigo=293>. Acesso em: 10 nov. 2015).

217 "Práticas colaborativas consistem numa abordagem multidisciplinar, não adversarial e extrajudicial de resolução de controvérsias. [...] Através da manutenção da autonomia, fomentamos o diálogo produtivo e respeitoso, pautado no espírito colaborativo e na boa-fé, buscando acordos sustentáveis com os quais toda a família possa conviver. [...] As práticas colaborativas oferecem análise e abordagem das situações problemáticas, que favorecem não somente a composição das diferenças interpessoais daqueles que integram esses contextos, mas, especialmente, uma ampliação de habilidades para os diálogos futuros. De grande alcance social, essas práticas cuidam da construção de consenso na vigência das discordâncias, possibilitando, em paralelo, o restauro e a manutenção das relações sociais." Para mais informações: Instituto Brasileiro de Práticas Colaborativas <http://praticascolaborativas.com.br/home/na-area-de-familia.php>.

218 PARENTING PLANS. *Putting your children first*: a guide for separating parents. Disponível em: <http://www.cafcass.gov.uk/PDF/FINAL%20web%20version%20251108.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2016.

emocional tanto para os filhos quanto para os pais, bem como de preservar ao máximo a rotina que os filhos tinham antes da separação.

A importância da utilização de formas alternativas para a resolução de conflitos familiares pode ser demonstrada pela crescente adoção por diversos países, como Canadá[219], França[220] e Estados Unidos[221], sendo a mediação a principal prática atualmente adotada. No Brasil, em 2006, juristas reunidos na IV Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudo Jurídicos do Conselho da Justiça Federal aprovaram, o Enunciado n.º 335, o qual, além de estimular a opção pela guarda compartilhada, prescreveu a utilização, sempre que possível, da mediação.[222] Nove anos se passaram, e, em 2015, o Congresso Nacional aprovou a Lei n.º 13.140, chamada Lei da Mediação, e a Lei n.º 13.105 de 2015 e o novo Código de Processo Civil, que também prevê expressamente a aplicação da mediação na ordem jurídica nacional. O último, em seu art. 694, dispõe especificamente, que "nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação". Já a Lei de Mediação regulamenta como se dará a mediação judicial, procedimento que, conforme os arts. 28 e 29 do referido diploma legal, antecederá a citação do réu e deverá concluir-se em 60 dias a contar da primeira sessão, salvo manifestação das partes no sentido de prorrogação.[223]

---

219 No Canadá e na França, onde a prática é desenvolvida há bastante tempo, a mediação não objetiva o acordo em si, este é uma consequência lógica da transformação do conflito pelas mãos dos mediandos, sob o olhar atento e imparcial do mediador. (ANDRADE, Gustavo. Mediação familiar. In: ALBUQUERQUE, Fabíola Santos et al. (Coord.). *Famílias no direito contemporâneo*: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo. Salvador: JusPDVM, 2010. p.494).

220 A presidente da Comissão de mediação do IBDFAM Águida Arruda Barbosa destaca que "na França, onde a mediação está no plano de excelência tanto de fundamentação teórica como na organização da prática social, as pessoas já conhecem e reconhecem este meio de acesso à justiça e procuram os centros privados de prestação desse serviço especializado. Já houve mudança de comportamento dos jurisdicionados que buscam a justiça doce, como costumam qualificar a mediação". (BARBOSA, Águida Arruda. *Educação para mediar; não mais para litigar*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?boletim&artigo=293>. Acesso em: 10 nov. 2015).

221 Nos Estados Unidos, a mediação é voltada predominantemente para a resolução de um conflito estabelecido, com vistas a evitar uma demanda judicial e cumprir seu papel de método alternativo de resolução de conflitos, objetivando a obtenção de um acordo. (ANDRADE, op. cit., p.494).

222 Enunciado 335 – A guarda compartilhada deve ser estimulada, utilizando-se, sempre que possível, da mediação e da orientação de equipe interdisciplinar.

223 A Lei de Mediação entrou em vigor em 26 de dezembro de 2015, após 180 dias de *vacatio*, enquanto o novo Código de Processo Civil entrará em vigor em 16 de março de 2016, um ano após a data de sua publicação oficial.

A nova legislação, embora bastante comemorada, demanda grande empenho para que se implemente uma efetiva mudança cultural não só dos intérpretes e dos aplicadores do direito, mas da sociedade como um todo. A necessidade em se ter credibilidade e consciência dos reais benefícios trazidos pelas formas alternativas de solução de conflitos por toda a sociedade é essencial para construir um novo modelo de justiça participativa, colaborativa e democrática.

A imposição de um processo de divórcio à via judicial, por exemplo, sem nenhuma tentativa prévia de mediação, acaba por inevitavelmente afunilar as questões em discussão, dando maior enfoque aos reflexos práticos e patrimoniais da dissolução, ao passo que o problema existencial por trás da separação do casal permanece ignorado. O resultado é um processo não apenas custoso, como também desgastante e pouco proveitoso às partes. Pelo contrário, em um modelo menos belicoso e mais colaborativo de resolução de conflitos, como na mediação, as questões familiares têm muito a ganhar na medida em que não se pretende promover o consenso absoluto entre as partes, mas, sim, possibilitar entre elas um efetivo ajuste de condutas de autoria dos próprios envolvidos no conflito.[224]

Institutos como guarda dos filhos, alimentos e divisão patrimonial muitas vezes têm forte conteúdo heterônomo, com normas indisponíveis, mas também não deixam de ter espaço para possibilitar o exercício da autonomia privada.[225] Nesse ponto, o compromisso da mediação representará um ajuste de condutas decorrente do exercício articulado da vontade e as heteronomias. [226]

O grau de interferência de um terceiro na elaboração de uma solução é, inclusive, uma das essenciais características que distinguem a mediação da conciliação. Isso porque, enquanto na conciliação o objetivo central é a realização de um acordo, na mediação o mediador apenas age como um facilitador, capacitando a comunicação entre as partes sem induzi-las a um consenso. De fato, o mecanismo contencioso não se ajusta a determinados tipos de litígios em que se faz mais necessário atentar para os problemas sociais que estão à base da litigiosidade do que para os sintomas que revelam a sua existência.

---

224 POMPEU, Renata Guimarães. A mediação nos conflitos familiares: convite ao exercício dialógico da autonomia privada. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Org.). *Problemas da família no direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p.105.

225 Ibid., p.108-109.

226 POMPEU, loc. cit.

Assim, a principal característica que distingue a mediação do processo judicial é a transformação do conflito em prol da salvaguarda do vínculo entre as partes, bem como a construção de uma "responsabilização mútua pelo sucesso de uma solução, viabilizando parâmetros que tornem possível a negociação futura".[227] Isso porque, na mediação, em especial, o exercício autônomo de escolha das próprias condutas exige alteridade, isto é, somente pode ser feito diante do outro e em consideração ao outro.[228]

Por se encontrar cego por sentimentos como raiva e tristeza, o indivíduo sofre um conflito interno que reverbera no conflito externo. Assim, o que a mediação busca é que os envolvidos compreendam os motivos determinantes do outro, tornando-se conscientes de seu dever solidário. É por essa razão que a mediação representa um meio de efetivação da solidariedade familiar, na medida em que exige a compreensão das necessidades do outro para resolução do conflito.[229] O empoderamento das partes e a responsabilização mútua são, sem dúvida, fatores determinantes para garantir que a experiência trazida pelo advento do novo regramento da mediação efetivamente contribua para elaborar um novo modelo de justiça participativa, colaborativa, não interventiva, eficaz e, principalmente, mais solidária e democrática.

Não obstante o emprego de meios que aproximem as partes de uma solução consensual, empoderando-as, não se exclui a importância da intervenção judicial e legislativa do Estado, especialmente em se tratando de situações que envolvam vulneráveis.. Existem hipóteses, ainda que excepcionais, nas quais o Estado deverá intervir em sentido divergente à decisão dos envolvidos na questão a fim de promover a realização da axiologia constitucional, que oferece conteúdo positivo e negativo à autonomia privada. É nesse sentido também que se pretende abordar as possíveis intervenções inseridas no contexto da parentalidade.

---

227 RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *A prática da mediação e o acesso à justiça.* Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p.79.

228 POMPEU, Renata Guimarães. A mediação nos conflitos familiares: convite ao exercício dialógico da autonomia privada. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Org.). *Problemas da família no direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p.109.

229 LAGO, Pablo Antonio. O princípio da solidariedade familiar: importância e eficácia. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. v.3. p.286.

A HETERONOMIA ESTATAL NO EXERCÍCIO DA AUTORIDADE PARENTAL

Com base na construção de que tanto a ideia de democracia, como de um modo democrático de viver, iniciam-se dentro dos lares com o desenvolvimento e o crescimento relativamente saudável dos indivíduos,[230] destaca-se que, embora não haja nada de novo em afirmar que a família é um dado essencial de nossa civilização, todo o conhecimento empírico sobre aquela só demonstra a necessidade de estudos cada vez mais detalhados.[231] O psiquiatra Donald Winnicott relata que

> durante o último meio século tem havido um crescente aumento na consciência do valor do lar (infelizmente, essa consciência provém da compreensão dos efeitos de um lar ruim). Conhecemos algumas razões que fazem essa longa e exigente tarefa – o trabalho dos pais de compreender os filhos – valer a pena; e, de fato, acreditamos que esse trabalho provê a única base real para a sociedade, sendo o único fator para a tendência democrática do sistema social de um país.[232]

A família, como base da sociedade, gera mudanças sociais. "Quanto mais famílias democráticas, maior o fortalecimento da democracia no espaço público, e vice-versa. Além disso, e evidentemente, quanto mais democracia houver nos pequenos grupos, mais democrática será a sociedade na qual eles coexistem".[233] É sob o enfoque das relações dialéticas, democráticas e concretas entre pais e filhos, com todas as particularidades que envolvem a criança e o adolescente em cada etapa de seu desenvolvimento, que se pretende neste capítulo analisar a autonomia existencial dos filhos e a heteronomia estatal no exercício da autoridade parental. A ênfase é especialmente válida diante das hipóteses em que o Estado cerceia as escolhas existenciais da criança e do adolescente, ainda que sob a autorização e a concordância dos pais.

Como se sabe, a família reproduz padrões culturais no indivíduo, proporcionando à criança não só sua primeira instrução sobre as regras sociais predominantes, mas também

---

230 WINNICOTT, Donald W. *A família e o desenvolvimento individual.* Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p.69.

231 Ibid., p.59.

232 Id. *Tudo começa em casa*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p.118.

233 BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Na medida da pessoa humana*: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p.214.

moldando profundamente seu caráter e utilizando vias das quais nem sempre ela tem consciência.[234] Não à toa a criança hoje é vista nas relações parentais como a parte vulnerável – logo carecedora de maior cuidado –, o que justifica a atuação positiva do legislador nas questões concernentes ao direito da filiação, garantindo mais proteção aos filhos e maior responsabilidade aos pais.[235] Responsabilidade esta que consiste, principalmente, em oportunizar o desenvolvimento dos filhos na construção da própria identidade.

É no âmbito familiar que o indivíduo começa a desenvolver sua personalidade e construir sua autonomia. A responsabilidade dos pais na criação dos filhos menores inclui a criação de um ambiente saudável, democrático e hábil à formação da autonomia individual do infante.[236] Sob essa orientação se inspirou o legislador brasileiro ao ampliar significativamente o conteúdo da autoridade parental e dos deveres a esta inerentes, de modo a concretizar a autonomia da criança e do adolescente em seu melhor interesse, priorizando seu desenvolvimento em consonância com suas particularidades. O interesse do menor, como destaca Perlingieri, identifica-se "com a obtenção de uma autonomia pessoal e de juízo, que pode se concretizar na possibilidade de exprimir escolhas nos mais diversos setores, [...] desde que seja salvaguardada a sua integridade psicofísica e o crescimento global de sua personalidade".[237]

As mudanças operadas pela Constituição de 1988 e implementadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente mudaram radicalmente o enfoque das relações parentais, hoje calcadas nos princípios da dignidade humana, da paternidade responsável e da solidariedade familiar. O dever de educação passa então a exercer uma função emancipatória[238] em decorrência da

---

234 LASCH, Christopher. *Refúgio num mundo sem coração – a família*: santuário ou instituição sitiada? Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p.25.

235 BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Na medida da pessoa humana*: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p.447.

236 Id. A nova família, de novo: estruturas e funções das famílias contemporâneas. *Revista Pensar*, Fortaleza, v.18, n.2, p.596-597, maio/ago. 2013.

237 PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do direito civil na legalidade constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo*: novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008. p.1003.

238 Id. *Perfis do direito civil*: introdução ao direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.258.

modificação na própria forma de exercício da autoridade parental, hoje concebida como um poder-dever posto no interesse exclusivo do filho e com a finalidade de satisfazer a suas necessidades.[239]

Da figura do pátrio poder, centrado na função de gestão patrimonial, caminhou-se para a autoridade parental,[240] que assume função educativa, de promover as potencialidades criativas dos filhos.[241] Justamente em virtude da centralidade que assumiu a filiação no âmbito da família, a autoridade parental tornou-se "um instrumento de garantia dos direitos fundamentais do menor, bem como uma forma de resguardar seu melhor interesse, tendo em vista que deve ser voltada exclusivamente para a promoção e desenvolvimento da personalidade do filho".[242]

Em doutrina, já se conceituou a autoridade parental de modos diversos. Assim, entre diversas definições, figura o entendimento da autoridade parental: como *direito subjetivo* dos pais exercido no interesse destes e dos filhos;[243] como um *poder jurídico* exercido em benefício do outro sujeito da relação jurídica;[244] e como um *múnus* privado controlado pelo Estado.[245] Fato é que a autoridade parental vista como relação de poder-sujeição está em

---

239 BODIN DE MORAES, Maria Celina. Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil. In: _____. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p.447.

240 Optou-se nesta tese pela adoção do termo "autoridade parental" ao invés de "poder familiar", adotado pelo legislador infraconstitucional, por se entender mais adequado com a axiologia constitucional. Sobre a diferenciação de nomenclatura, remete-se à TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental.* Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.3-7.

241 PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.999. Sobre a modificação do exercício da parentalidade, vista como co-responsbilidade, v. também LEBRUN, Jean-Pierre. *Um mundo sem limites:* ensaio para uma clínica psicanalítica do social. Rio de Janeiro: Cia de Freud, 2004.

242 TEIXEIRA, op. cit., p.85.

243 CORRÊA DE OLIVEIRA, José Lamartine; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Curso de direito de família*. 2.ed. Curitiba: Juruá, 1998. p.29/30.

244 "Esse 'outro' [o pai], por sua vez, recebeu do Estado um múnus, um feixe de poderes e deveres a serem exercidos em benefício dos filhos, o que nos autoriza a caracterizar a autoridade parental como poder jurídico, no que tange às inúmeras categorias das situações jurídicas". (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; PENALVA Luciana Dadalto. Autoridade parental, incapacidade e melhor interesse da criança: uma reflexão sobre o caso Ashley. *Revista de Informação Legislativa*, v.180, p.297, 2008).

245 "Uma vez que o pátrio poder é um múnus que deve ser exercido, fundamentalmente, no interesse do filho, o Estado o controla, estatuindo a lei os casos em que o titular deve ser privado do seu exercício, temporária ou definiviamente". (GOMES, Orlando. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p.291).

crise.[246] O que têm em comum todas essas definições do instituto denominado pelo legislador infraconstitucional de poder familiar é que este deve ser exercido no interesse dos filhos.

Assim, "na concepção contemporânea, a autoridade parental não pode ser reduzida, nem a uma pretensão juridicamente exigível em favor dos seus titulares, nem a um instrumento jurídico de sujeição (dos filhos à vontade dos pais)".[247] Ela tem a finalidade precípua de promover o desenvolvimento da personalidade dos filhos, respeitando sua dignidade pessoal.[248] Ao assumir essa função, a autoridade parental não significa mais somente o cerceamento de liberdade, ou, na expressão popular, a "*imposição de limites*", mas, principalmente, a promoção dos filhos, em direção à emancipação. A estes devem ser conferidas as escolhas existenciais personalíssimas para as quais eles demonstrem o amadurecimento e a competência necessários. O desafio está justamente em encontrar a medida entre cuidar e emancipar.[249] Destaca-se, ainda, que a autoridade parental apenas encontra justificativa funcional se é realizada em prol do desenvolvimento da personalidade dos filhos, não merecendo tutela jurídica quando exercida de maneira patológica.[250]

Adverte-se que a relação entre pais e filhos não pode ser pensada exclusivamente como contraposição, já que diz respeito, também, ao chamado desenvolvimento fisiológico de uma família.[251] O contraste ou a conexão não ocorrem entre as situações jurídicas integrantes da

---

246 "[...] em uma concepção igualitária, participativa e democrática da comunidade familiar, a sujeição, tradicionalmente entendida, não pode continuar a exercer o mesmo papel. A relação educativa não é mais entre um sujeito e um objeto, mas é uma correlação de pessoas, onde não é possível conceber um sujeito subjugado a outro". (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.999).

247 Assim, complementa Gustavo Tepedino a "interferência na esfera jurídica dos filhos só encontra justificativa funcional na formação e no desenvolvimento da personalidade dos próprios filhos, não caracterizando posição de vantagem juridicamente tutelada em favor dos pais". (TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da guarda e da autoridade parental. *Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC*, v.17, n.5, p.40-41, jan./mar. 2004).

248 MENEZES, Joyceane Bezerra de; BODIN DE MORAES, Maria Celina. Autoridade parental e a privacidade do filho menor: o desafio de cuidar para emancipar. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v.20, n.2, p.504, maio/ago. 2015.

249 Ibid., p.505.

250 MEIRELES, Rose Melo Vencelau; ABÍLIO, Viviane da Silveira. Autoridade parental como relação pedagógica: entre o direito à liberdade dos filhos e o dever de cuidado dos pais. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Diálogos sobre direito civil.* Rio de Janeiro: Renovar, 2012. v.3. p.345-347.

251 STANZIONE, Pasquale. Personalidade, capacidade e situações jurídicas do menor. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; COLTRO, Antônio Carlos Mathias; TELLES, Marília Campos Oliveira e (Org.). *Problemas da família no direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p.222.

própria relação, mas, sim, entre situações jurídicas subjetivas complexas, delineando o conteúdo dessa relação que se altera e que se desenvolve conforme as diferentes exigências dos filhos.[252] Caracteriza-se por uma "compreensão recíproca e interdependência".[253]

Esta relação é uma via de mão dupla,[254] indispensável à efetivação dos ditames constitucionais, uma vez que não só envolve a realização dos interesses existenciais dos filhos, mas também a concretização do sentido da parentalidade, através da realização dos pais pela promoção da pessoa dos filhos.[255] Do ponto de vista dialético existencial da relação, pais e filhos se completam, "não se trata de conflito, domínio ou exploração e, sim, de solidariedade familiar na sua forma mais pura, essencial e espontânea".[256] Como já afirmava João Baptista Villela, "a verdadeira paternidade é um fato da cultura. [...] A função do poder-dever atribuída aos pais com relação aos filhos não está em guardá-los de todo o mal, nem em convertê-los em cópias de seus guardiões, mas em assisti-los e encaminhá-los à senhoria das próprias vidas".[257]

---

252 STANZIONE, Pasquale. Personalidade, capacidade e situações jurídicas do menor. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; COLTRO, Antônio Carlos Mathias; TELLES, Marília Campos Oliveira e (Org.). *Problemas da família no direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p.222.

253 SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do exercício do poder paternal nos casos de divórcio*. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2002. p.16.

254 Definição de FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.245.

255 Como destaca Luiz Edson Fachin, "Em verdade, sob o manto de um profundo humanismo que deve dominar as relações entre pais e filhos, encontra-se uma via de mão dupla, cujo sentido, como registram Lamartine e Francisco Muniz foi expresso em livro publicado na Alemanha Oriental: "o amor entre pais e filhos conduz a um profundo enriquecimento da vida do adulto e é irrenunciável pressuposto do desenvolvimento do filho". Vê-se nesse tema, de quem se trata e do espaço jurídico que se trata". Seria incorreto afirmar-se que a ideia de fim domine todo o conteúdo do pátrio poder, reduzindo-o a mero conjunto de deveres. [...] estar presente ao desenvolvimento da personalidade do filho, fiscalizá-lo e protege-lo corresponde, também, a necessidades psicológicas dos pais, o que mostra que o pátrio poder lhes é concedido também em seu interesse, e não apenas no interesse dos filhos". (Ibid., p.245). Nesse sentido: José Lamartine Corrêa de Oliveira; Francisco José Ferreira Muniz, afirmam: "O entendimento do relevantíssimo princípio do bem-estar dos filhos como algo abstrato e totalmente independente da relação pais-filhos levaria, de um lado, a que os pais não levassem totalmente a sério sua responsabilidade pessoal como educadores e, de outro lado, *a desconhecer que é a personalidade dos pais e não a de um hipotético funcionário designado para servir de sucedâneo aos pais o necessário ponto de referência* (como imagem paterna e materna) do desenvolvimento educacional do filho. (CORRÊA DE OLIVEIRA, José Lamartine; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Curso de direito de família*. 2.ed. Curitiba: Juruá, 1998. p.30/31).

256 SÊCO, Thaís. *A autonomia da criança e do adolescente e suas fronteiras*: capacidade, família e direitos da personalidade. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013. p.110.

257 VILLELA, João Baptista. Família hoje. In: BARRETTO, Vicente (Org.). *A nova família*: problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p.85-86.

Na relação parental contemporânea é preciso "afastar-se da neutralidade pública que enseja a arbitrariedade privada".[258] Por óbvio, a preocupação com a forma como crianças e adolescentes são tratados, nas diversas esferas que circulam e, principalmente, no âmbito estritamente privado que é a família, há tempos é questão de interesse público. Não há dúvida de que as regras estão a serviço da proteção da criança e do adolescente, cujos melhores interesses, o Estado, a sociedade e a família têm a responsabilidade de sempre buscar. "Convivem, portanto, no Direito de Família, o público e o privado, não sendo possível demarcar fronteiras estanques",[259] sendo justificável a interferência do Estado para maiores salvaguardas em prol da tutela dos vulneráveis quando, na situação concreta, esta se mostrar necessária.

Os interesses existenciais, mais que os patrimoniais, devem ser individuados em relação às circunstâncias concretas, no respeito à historicidade da família.[260] Assim, qualquer intervenção heterônoma relacionada a vulnerabilidades específicas,[261] como são os casos da criança e o do adolescente, só se justifica pela proteção dos próprios interesses do sujeito sobre quem se intervém.[262] Deve-se, ainda, levar em conta não só a falta de discernimento da pessoa em desenvolvimento, mas também as respectivas condições pessoais e sociais, que podem colocá-la em situações prejudiciais na análise do caso concreto e, excepcionalmente, até irreversíveis.[263]

---

258 SÊCO, Thaís. *A autonomia da criança e do adolescente e suas fronteiras*: capacidade, família e direitos da personalidade. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013. p.31.

259 BODIN DE MORAES, Maria Celina; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Comentário ao artigo 226. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p.2119.

260 PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.1002.

261 "A condição humana é assim marcada por extenso grau de fragilidades devido às características temporal e finita da própria vida humana, só se podendo aprender a viver em segurança quando se reconhece a própria vulnerabilidade e a vulnerabilidade do outro, protegendo- as e sabendo conviver com elas. Nesta concepção, o respeito pela dignidade da pessoa humana significa acima de tudo a promoção de sua capacidade de pensar, decidir e agir. Por isso, respeitar a autonomia de outrem é não apenas reconhecer a sua autodeterminação, mas ajudar a pessoa a ir ao limite de si mesma e a escolher o que está de acordo com o sentido próprio de respeito à dignidade humana". (ALMEIDA, Leonor Duarte. Suscetibilidade: novo sentido para a vulnerabilidade. Revista Bioética, v. 18, n. 3, 2011. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewArticle/582 Acesso em: 05 jan. 2016.)

262 SÊCO, op. cit. p.76.

263 Como ocorreu com o menino Bernardo Boldrini, que havia tomado a iniciativa de procurar o Ministério Público pedindo para não mais residir com o pai e a madrasta relatando os abusos que sofria em casa antes

Considerando-se, portanto, que o legislador conferiu aos pais "qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar",[264] vislumbra-se que a intervenção do Estado na autoridade parental deve ser justificada por competir-lhes exatamente a criação, a educação e a assistência em prol do desenvolvimento e da autonomia dos filhos. É sob esse enfoque que serão analisadas, neste capítulo, as justifcativas para o intervencionismo estatal na esfera privada da família, sobretudo, para restringir a autonomia existencial da criança e do adolescente em suas escolhas existenciais quando em consonância com o consentimento dos pais.[265] Sob esse prisma, pelo enquadramento do caso concreto, tratar-se-á de duas situações subjetivas distintas: situações em que a criança e o adolescente não possuem discernimento [266]

---

de ser assassinado. (BERNARDO, 11 anos, pediu ajuda ao Ministério Público antes de morrer. *Pragmatismo Político*, 17 abr. 2014. Disponível em: <http://www.pragmatismopolitico.com.br/2014/04/bernardo-11-anos-pediu-ajuda-ao-ministerio-publico-antes-de-morrer.html>. Acesso em: 08 set. 2015).

264 Código Civil, Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos; I - dirigir-lhes a criação e a educação; II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivo não puder exercer o poder familiar; VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

265 Também são hipóteses de intervenção que o legislador expressamente previu por procedimento judicial embasado em situações objetivas em que se considera que os pais, no exercício da autoridade parental, estariam colocando em risco a integridade psicofísica dos filhos. São os casos de suspensão ou perda do poder familiar, que, embora de acordo com a metodologia adotada, exija, por óbvio, o exame do caso concreto, até por conta de serem hipóteses traumáticas e excepcionais, não estão no escopo desta tese. Também não é incomum que o Estado-juiz seja chamado a intervir quando há divergência entre os detentores da autoridade parental e os filhos menores, ou mesmo quando há divergência entre os pais, tendo o legislador expressamente previsto esta hipótese no parágrafo único do art. 1.631 do Código Civil.

266 STANZIONE, Pasquale. Personalidade, capacidade e situações jurídicas do menor. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; COLTRO, Antônio Carlos Mathias; TELLES, Marília Campos Oliveira e (Org.). *Problemas da família no direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p.215-223. No mesmo sentido, MEIRELES, Rose Melo Vencelau. O cuidado com o menor de idade na observância da sua vontade. In: Tânia da Silva Pereira; Guilherme Oliveira. *O cuidado como valor jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.335-354. Por sua vez, pondera Thaís Sêco que "quando o ato personalíssimo em questão diz respeito àquelas situações existenciais diretamente relacionadas à dignidade da pessoa humana, outros mecanismos de superação da incapacidade precisam ser pensados, como consequência da incidência direta do princípio da dignidade" mas reflete sobre a insuficiência também do paradigma do discernimento, vez que "a solução de avaliar-se o discernimento caso a caso, como a proposição de que bastaria converter as incapacidades de um sistema de presunção absoluta em um sistema de presunção relativa, também não oferece resposta. Porque esquecem essas soluções que não é possível a exatidão nem mesmo com relação a existência ou inexistência de discernimento, ou ao grau em que se encontra. É preciso lembrar que o discernimento não é mais que uma *atribuição* e, como tal, depender do *reconhecimento* da parte de outrem de um certo *quantum* de discernimento para aceitar-se uma decisão ou escolha que é feita, é manter a pessoa em posição passiva, porque segue dependendo de que o discernimento *lhe seja atribuído*." (SÊCO, Thaís. *A autonomia da criança e do*

para a tomada da decisão e em que, portanto os pais a tomarão em seu lugar como representantes legais; e situações em que a criança ou o adolescente possuem discernimento na avaliação de seus pais ou representantes legais, que por isso apoiarão em suas decisões existenciais.

Em seguida, tratar-se-á da heteronomia estatal legislativa nas relações parentais. Optou-se, na abordagem do tema, pela análise das duas principais hipóteses de intervenção do Estado no direito de convivência familiar da criança e do adolescente. A primeira refere-se à opção do legislador pela adoção da guarda compartilhada como regra, na medida em que encerra grandes debates ao dispor de um modelo predeterminado caso não haja consenso entre os pais, ainda que se permita que um deles opte por não exercê-lo; e a sugunda é a que trata do direito de visitação dos avós, ancorado no princípio do melhor interesse da criança. A convivência familiar de forma ampla é um direito fundamental da criança e do adolescente consagrado pelo texto constitucional de grande relevância na tutela de seu melhor interesse. No entanto, a forma como os dispositivos vêm sendo aplicados carece de interpretação. Neste ponto é fundamental o papel da doutrina a fim de fixar critérios que preencham de conteúdo valorativo os princípios constitucionais, notadamente o princípio do melhor interesse. Da mesma forma, é crucial, dentro da metodologia presente, a fundamentação clara do aplicador do direito em suas decisões.

Por fim, ainda neste capítulo, será abordada a intrevenção estatal judicial, sendo escolhida, para sua análise nas relações parentais, as paradigmáticas decisões que reconheceram a parentalidade socioafetiva com todas as suas nuances. A importância dessa intervenção judicial, como resposta a uma demanda social em relação a certos vínculos que se encontravam à margem do direito, foi fundamental para o reconhecimento de situações de fato que deram concretude aos princípios da paternidade responsável e da proteção integral dos filhos.

2.1 **A intervenção estatal no exercício da autoridade parental nas situações subjetivas existenciais dos filhos**

---

adolescente e suas fronteiras: capacidade, família e direitos da personalidade. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013. p.70).

Refletir sobre direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes como pessoas em desenvolvimento e sujeitos de direitos requer o reconhecimento de uma tensão – mas não necessariamente uma contradição – entre proteção e autonomia. A Constituição brasileira orienta a promoção do desenvolvimento de toda pessoa, exigindo condutas prestacionais do Estado e de entidades intermediárias, como a família, abarcando a todos pelo princípio da solidariedade em favor da persecução desse fim.[267] A liberdade na família "encontra na unidade e nos relativos deveres não tanto o limite, mas, sim, a função, o fundamento da sua própria titularidade".[268]

O cerne da questão reside em como proceder quando a restrição da autonomia existencial da criança e do adolescente se reveste da aparência do dever de proteção. As dificuldades em torno do tema ganham ainda maior evidência quando se trata de matéria de disputa entre grupos religiosos e minoritários. Assim, por exemplo, figuram o direito de liberdade de orientação sexual, o uso de preservativos para a prevenção de gravidez e de doenças sexualmente transmissíveis, o direito ao aborto nos casos permitidos por lei, a recusa ou adoção de determinado tratamento médico que atinja a integridade física e até mesmo de atos de disposição do próprio corpo, como as tatuagens.[269]

Basta lembrar o caso, amplamente divulgado na imprensa nacional, da menina de nove anos de idade grávida de gêmeos e que vinha sofrendo abuso sexual por parte do padrasto desde os seis. O caso se tornou público em fevereiro de 2009 e teve grande repercussão, tanto pela pouca idade e estrutura franzina da menina, como pela oposição de setores da Igreja Católica à realização do aborto – o que, de fato, veio a ocorrer, tendo em vista os dois motivos permitidos pela legislação brasileira: gravidez decorrente de estupro e risco de morte da mãe.[270]

---

267 MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.21.

268 PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.973.

269 MENEZES, Joyceane Bezerra de; BODIN DE MORAES, Maria Celina. Autoridade parental e privacidade do filho menor: o desafio de cuidar para emancipar. *Novos Estudos Jurídicos (Online)*, v.20, n.2, p.515-519, 2015.

270 Código Penal, Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Como se esclarece em doutrina,[271] à luz dos princípios constitucionais, há de se encontrar o equilíbrio entre o exercício dos direitos fundamentais dos filhos e a autoridade parental, de modo a concretizar a liberdade da criança e do adolescente no processo educacional. "Na medida em que, gradualmente, no curso deste processo, os filhos adquirem aptidão para valorar e tomar decisões, a ingerência dos pais deve diminuir, de modo a incentivar o exercício autônomo de escolhas existenciais".[272] No referido âmbito do dever de cuidado e da responsabilidade é que se confia aos pais determinar o que constitui o melhor para seus filhos, atrelando-se a intensidade da intervenção nas escolhas existenciais ao grau de discernimento dos filhos.[273]

De fato, dispõe o legislador brasileiro que cabe aos pais o exercício do poder familiar.[274] São eles os responsáveis pelos filhos, podendo exigir-lhes obediência e respeito e, até mesmo, restringir-lhes a liberdade, com a finalidade de atender ao princípio do melhor interesse,[275] o

---

271 "Em linhas gerais, repita-se, a eventual tensão entre poder familiar e o respeito à vida privada dos filhos terá de ser mediada pela composição entre o dever de cuidado e a promoção da emancipação, sempre respeitando os princípios da dignidade da pessoa, da liberdade, da igualdade e do melhor interesse da criança. [...] A família democrática impõe uma relação coordenada entre pais e filhos, a assimetria existente entre ambos os polos seja mediada pelo perfil funcional que tem o poder familiar de promoção da pessoa do vulnerável. Cabe à autoridade parental acompanhar o menor no paulatino processo de construção da personalidade, reconhecendo-lhes as possibilidades de protagonizar sua própria história. Enquanto indivíduos em formação, sua personalidade ainda está em desenvolvimento e seu direito geral de liberdade não é pleno. Gozam de uma liberdade assistida, eventualmente vigiada, que vai se expandindo na proporção do seu amadurecimento". (MENEZES, Joyceane Bezerra de; BODIN DE MORAES, Maria Celina. Autoridade parental e privacidade do filho menor: o desafio de cuidar para emancipar. *Novos Estudos Jurídicos (Online)*, v.20, n.2, p.527-528, 2015).

272 TEPEDINO, Gustavo. A tutela constitucional da criança e do adolescente. In: _____. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. Tomo III. p.211-212.

273 "É necessário superar a rígida separação, que se traduz em uma alternativa jurídica formal, entre menoridade e maioridade, entre capacidade e incapacidade. A contraposição entre capacidade e incapacidade de fato e entre capacidade e incapacidade de entender e de querer, principalmente nas relações não patrimoniais, não corresponde à realidade. As capacidades de entender, de querer, de discernir, são expressões da gradual evolução da pessoa que, enquanto titular de direitos fundamentais, por definição não transferíveis a terceiros, deve ser colocada na condição de exercê-los paralelamente à sua efetiva idoneidade, não se justificando a presença de obstáculos de direito ou de fato que impeçam o seu exercício: o gradual processo de maturação do menor leva a programática inseparabilidade entre titularidade e exercício nas situações existenciais a uma progressiva realização". (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.1003-1004).

274 Ver nota 264.

275 TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional. *Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC*, v.17, n.5, p.41, jan./mar. 2004. Esclarece ainda o autor que "a função delineada pela ordem jurídica para a autoridade parental, que justifica o espectro de poderes conferidos aos pais - muitas vezes em detrimento da isonomia na relação com os filhos, e em sacrifício da privacidade e das liberdades individuais dos filhos - só merece tutela se exercida como um múnus privado, um complexo de direitos e deveres visando ao melhor interesse dos filhos, sua emancipação como pessoa, na perspectiva da sua futura independência".

que se justifica pela função promocional[276] da autoridade parental de acordo com os ditames instaurados pela Constituição de 1988.[277]

No entanto, não raro, o Estado evoca para si, por meio de disciplina legal específica ou de decisões judiciais, o direito de decidir sobre certas questões, retirando-o do infante e de seus pais, com o objetivo de proteger a criança ou o adolescente de si mesmo e (ou) de terceiros, no caso, da família. A despeito da importância dessa intervenção para tutelar a pessoa vulnerável em casos extremos, como o de violência no lar, é necessário traçar parâmetros a fim de que se evitem os excessos, pois a heteronomia na autoridade parental deve ser a exceção.[278] A lei confere aos pais a autoridade parental para criar, educar e assistir seus filhos menores, não tendo como assegurar, em abstrato, que o Estado tenha, via de regra, legitimidade para intervir. Porém, a intervenção estatal muitas vezes impõe limites à autonomia familiar, sob o argumento do "melhor interesse da criança e do adolescente", nem sempre legítimo à luz da principiologia constitucional.

Entende-se que o melhor interesse da criança esteja inteiramente imbricado à garantia do desenvolvimento da pessoa e, consequentemente, ao respeito da sua dignidade e autonomia. Assim, o conteúdo do melhor interesse não coincidirá, necessariamente, com a vontade do Estado, dos pais ou mesmo da própria criança/adolescente, devendo ser avaliado diante da situação concreta.[279]

Hipótese emblemática para ilustrar a problemática são os casos de crianças que nascem com doenças graves e sem qualquer discernimento, cabendo somente aos pais decidirem o

---

276 A expressão "função promocional do direito" foi consagrada por Norberto Bobbio: "Nas constituições pós-liberais, ao lado da função de tutela ou garantia, aparece, cada vez com maior frequência, a função de promover [...]". (BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função:* novos estudos de teoria do direito. São Paulo: Manole, 2007. p.13).

277 "No Brasil, o princípio do melhor interesse da criança alcançou fundamentalidade material com a sua inscrição no art. 227 da Constituição, impondo-se à família, à sociedade e ao Estado o dever de sua promoção. Pressuposto de uma sociedade solidária, esse princípio também é estabelecido pela Convenção sobre os Direitos da Criança e do Adolescente (art.18), que igualmente reafirma a criança e o adolescente como destinatários dos direitos proclamados na Carta das Nações Unidas e nas declarações universais de direitos". (MENEZES, Joyceane Bezerra de; BODIN DE MORAES, Maria Celina. Autoridade parental e privacidade do filho menor: o desafio de cuidar para emancipar. *Novos Estudos Jurídicos (Online)*, v.20, n.2, p.514-515, 2015).

278 MENEZES, Joyceane Bezerra de; VILELA MULTEDO, Renata. A autonomia ético-existencial do adolescente nas decisões judiciais sobre o próprio corpo e a heteronomia dos pais e do Estado no Brasil. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, v.13, n.58, jan./fev. 2016, no prelo.

279 MENEZES, Joyceane Bezerra de; VILELA MULTEDO, Renata. A autonomia ético-existencial do adolescente nas decisões judiciais sobre o próprio corpo e a heteronomia dos pais e do Estado no Brasil. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, v.13, n.58, jan./fev. 2016, no prelo.

rumo do tratamento, o que, quase sempre, exige resoluções irreversíveis que atingem a integridade psicofísica do infante. Este é o caso da menina Charley, que nasceu sem respirar e teve o cérebro muito danificado, após uma hora de tentativas para ressuscitá-la, quando os médicos finalmente conseguiram a reanimação. Atualmente, apesar de seus dez anos de idade, a menina possui a função cerebral de um bebê, sendo cega, permanentemente incapaz de andar ou de falar e, ainda, portadora de epilepsia severa. Diante disso, a partir dos dois anos de idade, seus pais começaram um tratamento hormonal denominado "atenuação do crescimento", que faria a menina ser pequena para sempre. Para tanto, sua mãe teve de levá-la à Coréia do Sul para administrar doses de estrogênio, visto que a Comissão de Ética recusara-se a prover tal tratamento na Nova Zelândia.

Hoje, Charley pesa 25 quilos, que serão mantidos durante toda a sua vida. Ademais, além dos tratamentos hormonais para impedir seu crescimento, foi realizada histerectomia para que a menina não mais sofresse com cólicas, variações hormonais e perdas sanguíneas decorrentes do ciclo menstrual. Os pais de Charley alegam não terem mudado o potencial interior dela, tampouco terem sido movidos pelo escopo de facilitar o cuidado deles para com a menor. Acreditam que as medidas foram realizadas visando ao melhor interesse de sua filha, para melhorar sua qualidade de vida e consistindo, em suas palavras, em "um ato de amor".[280]

Outro caso no mesmo sentido que ganhou grande espaço na mídia é o da menina Ashley, uma garota norte-americana de nove anos portadora de uma doença rara chamada encefalopatia estática.[281] Em 2004, foi submetida a um procedimento cirúrgico para retirar seu útero e suas glândulas mamárias e, desde aquele momento, está tomando altas doses hormonais para interromper seu crescimento, tudo com o consentimento de seus pais. O fato

---

280 KIRBY, Emma Jane. La niña a la que sus padres no le permiten crecer. *BBC*, 5 jan. 2016. Disponível em: <http://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/01/160105_salud_nina_padres_impiden_crecer_ch?ocid=socialflow_facebook>. Acesso em: 08 jan. 2016.

281 Essa condição configura os vulgarmente chamados "danos cerebrais". Existem vários casos distintos de encefalopatia, cada um com desenvolvimentos diferentes e imprevisíveis pelos médicos, mas, no caso de Ashley, a doença impedia que ela conseguisse desenvolver-se mental e fisicamente. Seu cérebro foi danificado na gestação, sendo que a adição do termo "estática" à encefalopatia significa que a condição não tem possibilidade de melhora. A menina, carinhosamente apelidada pelos pais de *pillow angel* – almofada de anjo – está fadada a permanecer, pelo resto de sua vida, com a mentalidade de um bebê. Suas graves deficiências de desenvolvimento e sua incapacidade em se locomover impõem inúmeros desafios aos pais e demais cuidadores. Para análise médica do caso, ver: VASTA, Lauren; CLARK, Peter. The Ashley Treatment: an Ethical Analysis. *The Internet Journal of Law, Healthcare and Ethics*, v.5, n.1, 2006. Disponível em: <http://ispub.com/IJLHE/5/1/8005>. Acesso em: 18 jan. 2016.

só foi divulgado pela mídia no início do ano de 2007, quando o médico que realizou as cirurgias apresentou o caso à comunidade científica norte-americana. A repercussão dessas interferências médicas tomou uma proporção mundial, gerando debates acalorados sobre a eticidade dessas medidas, que só foram feitas porque os pais da criança entenderam serem esses os meios mais adequados de garantir a qualidade de vida de sua filha.[282]

Analisando o caso à luz do direito brasileiro, Ana Carolina Teixeira e Luciana Dadalto asseveram que a autoridade parental é "poder-dever que não lhes confere [aos pais] o direito de decidir sobre a supressão da capacidade reprodutiva dela [Ashley], mesmo perpassado pelo fundamento de que estariam defendendo seus melhores interesses", de forma que "apenas ela poderia solicitar que a histerectomia fosse realizada, ou seja, apenas Ashley poderia não exercer esse direito de personalidade, se tivesse discernimento para fazê-lo".[283]

Argumentam, ainda, que os pais, ao optarem por interromper o crescimento físico de Ashley, interferiram de forma direta em sua saúde, violando sua integridade física. Por essa razão, entendem que "mesmo que pudéssemos admitir que os pais, pela condição de extrema hipossuficiência de Ashley, pudessem escolher pelo exercício ou não desse seu direito de personalidade, o pensamento condutor é no sentido de preservar sua integridade física, vez que inexiste autonomia".[284] Em suma, para as autoras, os procedimentos escolhidos pelos pais tinham o objetivo real de facilitar os cuidados destes com Ashley, e não de fato tutelar o melhor interesse da criança.

Diferente hipótese é a de quando a criança ou o adolescente possuem discernimento, mas não capacidade de exercício para determinada situação jurídica subjetiva que lhe diga respeito. Foi o caso de menina Laura Dekker,[285] exímia velejadora, que, aos treze anos de idade, tinha como objetivo quebrar o recorde mundial e tornar-se a pessoa mais jovem a dar a volta ao mundo em um veleiro, tendo sido apoiada por seus pais a fazê-lo. Em primeira instância, porém, o Estado holandês negou-lhe esse direito, dando ênfase às normas de

---

[282] O relato do caso foi retirado do artigo de Ana Carolina Brochado Teixeira e Luciana Dadalto Penalva. (Autoridade parental, incapacidade e melhor interesse da criança: uma reflexão sobre o caso Ashley. *Revista de Informação Legislativa*, v.180, p.293-304, 2008).

[283] TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; PENALVA Luciana Dadalto. Autoridade parental, incapacidade e melhor interesse da criança: uma reflexão sobre o caso Ashley. *Revista de Informação Legislativa*, v.180, p.301, 2008.

[284] TEIXEIRA; PENALVA, op. cit., p.302.

[285] Para análise do caso v. por todos SÊCO, Thaís. Por uma nova hermenêutica do direito da criança e do adolescente. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v.3, n.2, p.4, ago./dez. 2014.

proteção à criança e ao adolescente, em detrimento de sua vontade. Em certo momento do processo, houve até a suspensão da autoridade parental de seus genitores, justamente por terem anuído com sua vontade. Após longa disputa judicial, ficou decidido que compete aos pais, e não ao Estado, a decisão sobre a questão; e Laura Dekker realizou a viagem, retornando dois anos depois como a pessoa mais jovem a fazer a travessia.

No Brasil, forte debate foi levantado quando os deputados federais Jean Wyllys e Érika Kokay apresentaram o Projeto de Lei n.º 5.002/2013, tratando do tema dos transexuais. O projeto, que aguarda entrada em pauta na Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados, visa a garantir o reconhecimento, o livre desenvolvimento e o tratamento médico, civil e social conforme a identidade de gênero de cada pessoa. O Projeto – denominado Lei João W. Nery[286] – criou grande controvérsia entre os setores conservadores do país, ao determinar que os menores de dezoito anos poderiam solicitar a "retificação registral de sexo e a mudança do prenome e da imagem" e a realização de "intervenções cirúrgicas totais ou parciais de transexualização, inclusive as de modificação genital e/ou tratamentos hormonais integrais" por meio de seus representantes legais. Mesmo na falta do consentimento destes, o Projeto de Lei propõe que seria possível o tratamento hormonal e (ou) a realização da cirurgia pela via de autorização judicial.[287] Em decisão recente, o Tribunal de Justiça de Mato Grosso autorizou o início do tratamento em criança de nove anos, com o consentimento dos pais.[288]

---

286 João W. Nery é o primeiro homem transexual operado no Brasil. Mais informações sobre sua história em <http://oglobo.globo.com/sociedade/saude/minuta-do-ministerio-da-saude-abre-debate-sobre-reducao-da-idade-para-mudanca-de-sexo-8851912. Acesso em: 18 jan. 2016.

287 Na Austrália, a uma decisão que corresponde à proposta hermenêutica aqui sugerida. Uma criança de 13 anos foi judicialmente autorizada a "trocar de sexo", com a aprovação de um tratamento hormonal para reverter o avanço da puberdade: "Alex (nome fictício) é, biologicamente, uma menina, mas quer ser reconhecido como um menino. Ele foi criado por seu pai como um garoto, vestia roupas masculinas, brincava apenas com meninos, e sentia atração por garotas. [...] Em sua avaliação psiquiátrica foi constatado que ele era 'uma menina de 12 anos biologicamente normal, esperta e encantadora, que tinha um desejo forte e persistente de viver a vida como um homem', segundo publicou o jornal *Sydney Morning Herald*. O psiquiatra conclui que Alex 'se sente aprisionado em seu corpo' e tem experiência de depressão e pensamentos suicidas. A decisão judicial determina que o tratamento seja realizado em fases, de forma que não se torne *irreversível* até que ele complete 16 anos de idade". (BODIN DE MORAES, Maria Celina; KONDER, Carlos Nelson. *Dilemas do direito civil constitucional*: casos e decisões. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p.149).

288 "O pai Antonio, sargento aposentado do Exército, vibrava de emoção. 'Foram três anos de batalha na Justiça eu ia direto no fórum cobrar uma resposta e os documentos sempre estavam na mesa do juiz para decidir', conta. 'Assim que saiu a reportagem da Vejinha, o nosso defensor público anexou-a junto ao processo, o que ajudou a acelerar porque foi a maior repercussão entre os magistrados. O juiz conversou com a Luiza no mês seguinte à publicação da matéria', relata. 'Agora que deu certo a felicidade é muito grande, já imagino quando ela for arrumar emprego ou casar vai ser tudo mais fácil', completa a mãe Beatriz. 'A gente ficou surpreso porque nem transexuais adultos, que estão há anos tentando na Justiça, conseguiram o que ela

Em atenção às dificuldades para se reconhecer a autonomia da criança e do adolescente em face da dúvida sobre o seu discernimento, Thaís Sêco propõe a valoração das suas decisões existenciais com base nos critérios da *reversibilidade* ou *irreversibilidade*, e da *adiabilidade* ou *inadiabialidade*.[289] Observa que "enquanto as decisões *irreversíveis e adiáveis* devem ser postergadas para o momento futuro [...], as decisões *reversíveis e inadiáveis* devem ser praticadas no momento correto, ou imediatamente", impondo obrigações positivas à família ou ao Estado perante o infante. Já as decisões *reversíveis e adiáveis*, como acontece em muitos casos corriqueiros, nas quais se vislumbra um baixo ônus para a criança ou para a família, sugere a autora que fiquem a cargo "da própria interação social-afetiva" a ser livremente tomada.[290]

O dilema concentra-se nas situações classificadas como *irreversíveis e inadiáveis*, os *hard cases*, as quais demandam o exame de todas as nuances do caso concreto. Sugere-se ainda, nestas hipóteses, a participação de equipe interdisciplinar, composta por profissionais habilitados em outras áreas, como a psicologia e a medicina, a fim de se alcançar a solução mais adequada a promover a dignidade da criança e do adolescente.

Citam-se em doutrina, como exemplo de *hard cases*, os casos das crianças transexuais. Enquanto a irreversibilidade aconselharia a necessidade de postergação do tratamento, a inadiabilidade determina que o tratamento seja imediato, uma vez que criar uma pessoa como sendo de outro gênero que não aquele ao qual ela sente pertencer, pode significar sérios danos à integridade psíquica, além do problema da puberdade, que é descrita como uma experiência dolorosa e traumática para o transexual.[291] Nestes casos, no entanto, é possível se argumentar que ao menos a "pausa da puberdade" possui caráter inadiável (por meio dos bloqueadores hormonais com acompanhamento médico presente), uma vez que, após o advento dela, as transformações corporais completas dificultam a obtenção, com tratamento, dos resultados ideais. Os bloqueadores hormonais são também reversíveis, com efeitos colaterais mínimos.[292]

---

conseguiu.'". Notícia disponível em: <http://vejasp.abril.com.br/materia/crianca-transexual-primeira-justica-nome-genero-mudanca>. Acesso em: 15 de jan. 2016.

289 SÊCO, Thaís. Por uma nova hermenêutica do direito da criança e do adolescente. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v.3, n.2, p.18, ago./dez. 2014.

290 Ibid., 19-20.

291 V., por todos, BARBOZA, Heloísa Helena. A pessoa na era da biopolítica: autonomia, corpo e subjetividade. *Cadernos IHU Idéias* (UNISINOS), v 194, p.1-20, 2013.

292 Mais informações sobre os bloqueadores hormonais em: <http://www.livescience.com/50755-transgender-kids-hormone-blocker-puberty.html>. Acesso em: 18 jan. 2016. Ver também o Parecer nº 8/2013 do Conselho Federal de Medicina em referência à consulta elaborada pela Defensoria Pública do Estado de São

A suspensão dos bloqueadores implicará o início da puberdade do gênero biológico da pessoa. A ideia é ganhar tempo para que os profissionais trabalhem com a criança ou com o adolescente no sentido de identificar sua identidade de gênero, preparando-os para uma possível cirurgia.[293] Ao mesmo tempo, até para os olhos mais modernos, não é desarrazoado afirmar-se que a efetivação das cirurgias de redesignação sexual em menores de idade pode parecer excessivamente precoce, mesmo que aparente ser o melhor interesse do menor, já que esta, sim, é uma alteração irreversível

Percebe-se que a questão central sobre a autonomia existencial das crianças e dos adolescentes se refere à insuficiência do regime das incapacidades, uma vez que este não compreende a amplitude da autodeterminação pessoal e é, ainda, formulado com vistas às situações patrimoniais.[294] Essa é a razão pela qual o tema exige uma reflexão sobre o lugar social das crianças e dos adolescentes, assim como uma superação das discriminações etárias, para que se possa efetivamente analisar sua capacidade de exercício quanto às situações existenciais que lhes dizem respeito. O discernimento é destacado como o aspecto mais importante a ser levando em consideração, visto que está intimamente relacionado à maturidade do menor. Por esse motivo, afirma-se que é impossível estabelecer critérios apriorísticos para a

---

Paulo em que se destaca que os riscos da denominada hormonoterapia seriam mínimos. Disponível em: < http://www.portalmedico.org.br/pareceres/CFM/2013/8_2013.pdf>. Acesso em 14.03.2016.

293 Ver estudo holandês de acompanhamento de homem transsexual por 22 anos e os efeitos dos bloqueadores hormonais em: COHEN-KETTENIS, Peggy T.; SCHAGEN, Sebastian E. E.; STEENSMA, Thomas D.; VRIES, Annelu L. C. de; DELEMARRE-VAN DE WAAL, Henriëtte A. Puberty Suppression in a Gender-Dysphoric Adolescent: A 22-Year Follow-Up. *Archives of Sexuals Behavior*, v.40, p.843-845, 2011. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/51061522_Puberty_Suppression_in_a_Gender-Dysphoric_Adolescent_A_22-Year_Follow-Up>. Acesso em: 18 jan. 2016.

294 Assim, Ana Carolina Brochado Teixeira adverte: "Se o instituto da capacidade visa resguardar o incapaz, não pode ser utilizado como forma de aprisioná-lo e de tolher suas opções existenciais, caso ele seja dotado de maturidade e responsabilidade para assumir os efeitos de suas escolhas, sob pena de se transformar em prisão, cerceando as diversas formas de manifestação da sua capacidade. [...] O regime das incapacidades não pode servir de limite intransponível às manifestações de liberdade e às escolhas pessoais, sob pena de se tornar instrumento de desvio do objetivo de proteção ao incapaz, que constitui sua *ratio*". (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Integridade psíquica e capacidade de exercício. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, Rio de Janeiro, v.9, v.33, p.20, jan./mar. 2008). Nas palavras de Stefano Rodotà: "Realizava-se, assim, uma expropriação da subjetividade e uma negação da complexante autonomia do existir. Condenavam-se à marginalidade todas as decisões de conteúdo não patrimonial. Construir-se-ia, substancialmente, um paradigma fechado de normalidade jurídica". (RODOTÀ, Stéfano. *La vita e le regole*: tra diritto e non diritto. Milano: Feltrinelli, 2006. p.27). No original: "*Si realizzava così una espropriazione della soggettività e una negazione della complexiva autonomia dell'esistere. Si condannavano alla marginalità tutte le dicisioni a contenuto non patrimoniale. Si costruiva, in sostanza, un paradigma chiuso di normalità giuridica*".

incapacidade, especialmente em se tratando dos interesses existenciais.[295] Estes são, afinal, predominantemente personalíssimos, e é preferível que os próprios titulares dos interesse tenham a possibilidade de fazer escolhas diretas, sendo certo que isso deve ocorrer se e conforme os filhos forem desenvolvendo sua personalidade a ponto de poderem tomar decisões suficientemente informadas.

Faz-se necessário recorrer à capacidade de discernimento ""como avaliação casuística da situação global do menor em relação ao ato específico, à determinada escolha existencial que este deve levar a efeito"," considerando-se também ""o ambiente no qual a criança e o adolescente se encontram e as condições subjetivas e objetivas que o meio lhe oferece".[296]

Uma das alternativas encontradas na doutrina estrangeira é a *teoria do menor maduro* desenvolvida com o conhecido precedente *Gillik v. Norfolk*, estabelecido no Reino Unido. No caso, uma mãe buscava uma declaração de que seria ilegal para um médico receitar anticoncepcionais para menores de dezesseis anos sem a anuência dos pais. A declaração foi rejeitada pela Câmara dos Lordes, uma vez que o relator, Lord Fraser, afirmou que lhe parecia "beirar o absurdo sugerir que uma menina ou menino de 15 anos não pudesse expressar seu consentimento de forma eficaz" em certos tipos de tratamento. Continuou afirmando que, "contanto que o paciente, menino ou menina, seja capaz de compreender o que é proposto e de expressar suas vontades"", não havia motivo para se considerar que sua manifestação de vontade não fosse válida em relação a determinados exames e tratamentos.[297] De fato, a busca de precaução por meio de contraconceptivos por um adolescente em idade de surgimento dos interesses sexuais é gesto inegavelmente maduro, não merecendo uma valoração negativa.

Porém, identifica-se que é natural que os pais se preocupem com a iniciação sexual dos filhos, sendo "justo permitir um controle, em algum nível, sobre a idade em que se dá essa

---

295 NEVARES, Ana Luiza Maia. SCHREIBER, Anderson. *Do sujeito à pessoa*: uma análise da incapacidade civil. (Texto ainda não publicado cedido gentilmente pelos autores).

296 STANZIONE, Pasquale. Personalidade, capacidade e situações jurídicas do menor. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; COLTRO, Antônio Carlos Mathias; TELLES, Marília Campos Oliveira e (Org.). *Problemas da família no direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p.223.

297 *Gillick v. West Norfolk & Wisbech Area Health Authority (1986)*. Informações gerais sobre o caso disponíveis em <http://www.e-lawresources.co.uk/cases/Gillick-v-WestNorfolk.php>. Acesso em 07.02.2016.

iniciação".[298] Em doutrina, alerta-se para o fato de que "a temática da sexualidade na adolescência tem sido predominantemente tratada enquanto problema e quase nunca como uma conquista".[299] Não raro, os operadores do direito não percebem que, em muitos casos, a intenção implícita é a repressão do adolescente não a sua proteção. É a razão pela qual os direitos sexuais e reprodutivos do adolescente devem sobrepor-se, como bem jurídico, à moralidade pública ou aos interesses familiares.[300] Esses direitos estão no âmbito de sua privacidade de sua autonomia existencial.

Como esclarece Maria Celina Bodin de Moraes, as crianças e adolescentes, embora ainda sujeitos à autoridade parental, "para o exercício dos seus direitos fundamentais, deve-se, no mínimo, inverter a presunção de capacidade (e não mais de incapacidade), mesmo porque, como se sabe, ela é a regra, sendo a incapacidade a exceção". Às crianças e aos adolescentes deve ser atribuída, como titulares de direitos, a capacidade do seu exercício, em prol da realização de seus interesses existenciais, através de prerrogativas e direitos específicos.[301]

Nota-se que a dogmática da capacidade sempre foi tão sólida, que parecia imutável dentro do ordenamento jurídico. No entanto, como já se expôs, característica inafastável dos institutos jurídicos é sua relatividade e historicidade, motivo pelo qual se afirma que alterações são, não só plenamente possíveis, como inevitáveis. Demonstração disso é que o regime das capacidades acabou de ser profundamente alterado pela Lei n.º 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), cuja amplitude, interpretações e efeitos ainda demorarão algum tempo para serem absorvidos.

Assim, ainda que a idade possa ser considerada como critério auxiliar, a manifestação da vontade do infante, no caso concreto, deve ser considerada conforme o estágio de seu desenvolvimento, de discernimento e de maturidade,[302] como dispõe o parágrafo primeiro do

---

298 SÊCO, Thaís. *A autonomia da criança e do adolescente e suas fronteiras*: capacidade, família e direitos da personalidade. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013. p.81.

299 ARANTES, Esther Maria de Magalhães. Proteção integral à criança e ao adolescente: proteção versus autonomia? *Psicologia Clínica*, Rio de Janeiro, v.21, n.2, p.431-450, 2009. p. 433.

300 Ibid., p.434.

301 BODIN DE MORAES, Maria Celina. A família democrática. In: _____. *Na medida da pessoa humana*: estudos de direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p.209.

302 NEVARES, Ana Luiza Maia. SCHREIBER, Anderson. *Do sujeito à pessoa*: uma análise da incapacidade civil. (Texto ainda não publicado cedido gentilmente pelos autores).

art. 28 do Estatuto da Criança e do Adolescente.[303] Nesse sentido, a heteronomia estatal na autoridade parental deve ser exercida de forma residual, uma vez que a relação paternofilial é funcional, buscando os pais no exercício da autoridade parental o gradual processo de "amadurecimento dos filhos, de modo que estes também sejam chamados a protagonizar sua história e a se posicionar como sujeito ativo na formação de sua personalidade".

Pondera-se, assim, que, não obstante haver um interesse público nas formas de exercício da autoridade parental, esse interesse não pode extrapolar uma esfera de eleição que diga respeito somente aos pais, não só pela condição dos singulares vínculos afetivos ali formados, mas também por sua proximidade e conhecimento dos aspectos do caráter e personalidade dos filhos.[304] São os pais que estão em melhores condições de compreender o que é necessário à efetiva preparação para as questões da vida de seus filhos, bem como avaliar seu grau de discernimento. O último critério é que deve pautar a intensidade de intervenção dos pais nas escolhas existenciais dos filhos.

Como se esclarece em doutrina, à luz dos princípios constitucionais, há de se encontrar o equilíbrio entre o exercício dos direitos fundamentais dos filhos e a autoridade parental dos pais, de modo a concretizar a liberdade da criança e do adolescente no processo educacional. Assim: "na medida em que, gradualmente, no curso deste processo, os filhos adquiram aptidão para valorar e tomar decisões, a ingerência dos pais deve diminuir, de modo a incentivar o exercício autônomo de escolhas existenciais".[305] Com efeito, quando se trata de situações jurídicas subjetivas existenciais, conceder a titularidade de um direito sem o respectivo exercício significa excluir injustamente determinado sujeito da formação da própria personalidade.[306]

---

303 Art. 28, § 1o "Sempre que possível, a criança ou o adolescente será previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada." BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015. Estatuto da Criança e do Adolescente.

304 SÊCO, Thaís. *A autonomia da criança e do adolescente e suas fronteiras*: capacidade, família e direitos da personalidade. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013. p.115.

305 TEPEDINO, Gustavo. A tutela constitucional da criança e do adolescente. In: _____. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. Tomo 3. p.211-212.

306 STANZIONE, Pasquale. Personalidade, capacidade e situações jurídicas do menor. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; COLTRO, Antônio Carlos Mathias; TELLES, Marília Campos Oliveira e (Org.). *Problemas da família no direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p.223.

2.2 **A guarda compartilhada como imposição: a necessidade de um ponto de equilíbrio**

A realidade brasileira demonstra uma ampla aceitação do divórcio pela sociedade civil. Somente no ano de 2010, quando realizado o último censo, foram registrados 243.224 divórcios e 67.623 separações, incluindo processos judiciais e escrituras públicas,[307] atingindo um aumento de 200% entre os anos de 1984 e 2007.[308] Essa consolidação das dissoluções conjugais veio acompanhada de uma crescente judicialização dos conflitos familiares. Muitas são as razões e as consequências deste fenômeno, mas, sem dúvida, a mais gravosa delas é a desproteção da pessoa dos filhos.

Nesse cenário, houve no ordenamento pátrio significativas alterações no regime de guarda. A Lei n.º 11.698, de 13 de junho de 2008, modificou o Código Civil para instituir, ao

---

307 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Estatísticas do registro civil*: 2010. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/registrocivil/2010/rc2010.pdf>. Acesso em: 05 set. 2015.

308 Isto significa dizer que para cada quatro casamentos realizados houve uma dissolução. A partir de 1989, também houve um aumento significativo do número de divórcios em decorrência da alteração do parágrafo 6.º do art. 226 da Constituição Federal, que reduziu os prazos mínimos para se iniciar os processos judiciais, passando para um ano nos casos de separação e dois anos nos casos de divórcio. Também foi relevante para o aumento do número de divórcios no Brasil a promulgação da Lei n.º 11.441, em 11 de janeiro de 2007, que permitiu aos cônjuges, em havendo consensualidade e inexistindo filhos menores ou incapazes, realizar as separações e os divórcios pela via administrativa, nos Tabelionatos de Notas do País. Posteriormente, em julho de 2010, outra alteração no referido artigo suprimiu do texto constitucional as referências ao instituto da separação e aos consequentes prazos, de modo que, atualmente, é possível requerer a dissolução do casamento a qualquer tempo, seja o divórcio de natureza consensual ou litigiosa. "Art. 226. § 6.º. O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 66, de 2010)". Vale mencionar que na jurisprudência há inúmeras decisões posicionadas no sentido de que a referida emenda apenas eliminou os requisitos temporais do divórcio, mantendo a separação como forma de dissolução da sociedade conjugal. Nesse sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sentença estrangeira contestada 5.302 – *EX 2010/0069865-9*. Relator: Min. Nancy Andrighi. Julgamento: 12.05.11. Órgão Julgador: Corte Especial. No mesmo sentido é o Enunciado n.º 514 aprovado na V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, realizada em novembro de 2011, que dispõe: "A Emenda Constitucional n.º 66/2010 não extinguiu o instituto da separação judicial e extrajudicial". No entanto, parte importante da doutrina tem entendido que não há mais que se falar na permanência da separação: "O argumento finalístico é que a Constituição da República extirpou totalmente de seu corpo normativo a única referência que se fazia à separação judicial. Portanto, ela não apenas retirou os prazos, mas também o requisito obrigatório ou voluntário da prévia separação judicial ao divórcio por conversão. Qual seria o objetivo de se manter vigente a separação judicial se ela não pode mais ser convertida em divórcio? Não há nenhuma razão prática e lógica para a sua manutenção. Não podemos perder o contexto, a história e o fim social da anterior redação do § 6.º do art. 226: converter em divórcio a separação judicial. E, se não se pode mais convertê-la em divórcio, ela perde sua razão lógica de existência." (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. O novo divórcio no Brasil. In: _____ (Coord.). *Família e responsabilidade*: teoria e prática do direito de família. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010. p.469-470). Por sua vez, o novo Código de Processo Civil voltou a se referir expressamente à separação em seu art. 694, reacendendo novamente o debate: "Art. 694. Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação".

lado da guarda unilateral, a guarda compartilhada no Brasil, retirando do sistema jurídico brasileiro a preferência pela modalidade de guarda unilateral.[309] Posteriormente, a Lei n.º 13.058, de 22 de dezembro de 2014, alterou novamente o mesmo diploma legal, tornando a modalidade da guarda compartilhada como regra geral no direito brasileiro. A lei dispôs, de forma contundente, no parágrafo 2.º do art. 1.584, que "quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor". Além disso, o legislador se preocupou com a divisão ponderada do tempo de convivência dos filhos com os pais, estabelecendo que o tempo de convívio "deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos".[310] Fala-se que a outra face da guarda compartilhada que tem ocupado a cena no direito de família é a alienação parental,[311] eis que hoje – na incansável busca de autogestão da autonomia das relações familiares, culminando com o reconhecimento das famílias plurais –, ainda são as famílias com filhos que exigem maior atenção e reflexão.[312]

Já se ressaltou, em doutrina, que a introdução da guarda compartilhada no Brasil pretendeu convocar os pais a exercerem conjuntamente a autoridade parental[313] e que seu real mérito é mais social do que jurídico, ao popularizar o debate da coparticipação parental na vida dos filhos mesmo após o fim da união conjugal ou convivencial.[314] Fato é que o

---

309 No ano de 2007, anterior a promulgação da lei, 89,1% dos divórcios, a responsabilidade pela guarda os filhos menores foi concedida às mulheres. (Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/registrocivil/2007/registrocivil_2007.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2015).

310 Parágrafo 2.º do art. 1.583 do Código Civil.

311 Sobre o assunto, v. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. Alienação parental: aspectos materiais e processuais. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, v.2, n.1, p.--24, jan./mar. 2013.

312 GROENINGA, Gisele. Guarda de filhos e alienação parental têm ocupado a cena no direito de família. *Revista Consultor Jurídico*, 24 maio 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mai-24/processo-familiar-latente-discussoes-respeito-guarda-filhos-alienacao-parental>. Acesso em: 26 nov. 2015.

313 GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada*: um modelo de responsabilidade parental. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p.111.

314 Observa Ana Carolina Brochado Teixeira que "não obstante a desnecessidade do instituto, o *thelos* de atribuir maior efetividade aos deveres dos genitores deve ser festejado, pois numa época em que o Brasil vive grandes problemas com a irresponsabilidade parental, a possibilidade de dar maior eficácia a tais deveres coaduna integralmente com os objetivos constitucionais, não apenas de tutela da pessoa humana, mas também de proteção ao crescimento biopsíquico saudável da pessoa menor de idade". (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A (des)necessidade da guarda compartilhada. In. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO,

legislador infraconstitucional provocou uma profunda mudança no direito de família brasileiro no que tange às relações parentais, já que até 2008 cabia ao julgador, em caso de litígio, conceder a guarda unilateral àquele que revelasse as melhores condições, sendo na maior parte das vezes concedida à mãe.[315]

Sob essa perspectiva, importante assinalar que, no direito brasileiro, a noção de guarda não se confunde com a de autoridade parental. Assim, como previsto no art. 1.632 do Código Civil, "a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos". Reforça o legislador essa corresponsabilidade dos pais após a dissolução conjugal ao dispor, no art. 1.579, que "o divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos" e, no art. 1.634, que "compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar", enumerando nos incisos seguintes do dispositivo, os deveres quanto aos filhos. Como se esclarece em doutrina, "ao contrário de ordenamentos da família romano-germânica em que, com a separação judicial ou o divórcio, o exercício da autoridade parental pode ser atribuído pelo juiz exclusivamente ao titular da guarda", no Brasil a dissolução da sociedade conjugal ou da união estável em nada altera o exercício do chamado poder familiar.[316]

Em tese, a guarda compartilhada, como destaca Paulo Lôbo, respeita "a família enquanto sistema, maior do que a soma das partes, que não se dissolve, mas se transforma, devendo continuar sua finalidade de cuidado",[317] sendo certo que o objetivo da lei é o de assegurar o direito à convivência familiar, em sua maior plenitude possível, convocando ambos os pais a assumirem de forma efetiva o conteúdo da autoridade parental.[318]

Gustavo Pereira Leite (Coord.). *Manual de direito das famílias e das sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p.318).

315 No ano de 2007, em 89,1% dos divórcios, a responsabilidade pela guarda os filhos menores foi concedida às mulheres. (Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/registrocivil/2007/registrocivil_2007.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2015).

316 TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional. *Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC,* v.17, n.5, p.41-42, jan./mar. 2004.

317 LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito-dever à convivência familiar. In: DIAS, Maria Berenice (Org.). *Direito das famílias*: contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. v.1. p.401.

318 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A (des)necessidade da guarda compartilhada. In. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord). *Manual de direito das famílias e das sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p.315).

Pode-se afirmar que a iniciativa é de todo louvável, mas os desafios não parecem poucos. Tanto é assim que o próprio legislador, no parágrafo 3.º do art. 1.584 do Código Civil, já estabelece a possibilidade de o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, recorrer à orientação técnico-profissional ou ao auxílio de equipe interdisciplinar para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob a guarda compartilhada.

Exatamente porque os litígios familiares envolvem questões exógenas ao direito, não raro se mostra necessária a interdisciplinaridade com outras áreas do saber na busca concreta do melhor interesse dos filhos. As mudanças trazidas pela Constituição de 1988 e implementadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente mudaram radicalmente o enfoque das relações parentais, e é justamente por essa perspectiva que muitas questões são abordadas tanto em sede doutrinária como jurisprudencial no que tange ao compartilhamento da convivência e à corresponsabilidade parental em harmonia com o melhor interesse dos filhos.[319]

Houve iniciativas anteriores à disposição legal que antecipavam o conteúdo que viria a ser estabelecido por lei. Antes mesmo da preferência pela guarda compartilhada, disposta na Lei de 2008, em 2006, a IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal aprovou o Enunciado n.º 335 dispondo que "a guarda compartilhada deve ser estimulada, utilizando-se, sempre que possível, da mediação e da orientação de equipe interdisciplinar". Em 2008, com a alteração disposta no parágrafo 2.º do art. 1.594, ficou determinado que quando não houvesse acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, seria aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada. Naquela ocasião a expressão "sempre que possível" gerou grandes debates doutrinários, prevalecendo o posicionamento de que a guarda compartilhada só seria possível por mútuo consenso, "em processo amistoso de separação judicial, ou de guarda, pois apenas por consenso e consciência dos pais será possível aplicar a custódia compartilhada, que se mostra de todo inviável no litígio, com os pais em conflito".[320] Pondera-se que "para as famílias, destroçadas, deve optar-se pela guarda

---

319 Estas ideias estão aprofundadas em VILELA MULTEDO, Renata. A judicialização da família e a (des)proteção da pessoa dos filhos. In: MATOS, Ana Carla H.; MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). *Direito das famílias por juristas brasileiras*. São Paulo: Saraiva, 2012. p.433-454.

320 MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família.* Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.360.

única e deferi-la ao genitor menos contestador e mais disposto a dar ao outro o direito amplo de visitas".[321]

Esse também foi o posicionamento da jurisprudência majoritária,[322] restando tão somente uma decisão no Superior Tribunal de Justiça que, contrariando o posicionamento dos tribunais estaduais, determinou a guarda compartilhada em sede de ação por meio da qual o pai pretendia a inversão da guarda depois de a mãe demonstrar o interesse em residir com o filho em outra cidade, embora no mesmo estado. Interessante notar que o recorrente da decisão foi o próprio pai, autor da ação na qual postulava a guarda unilateral. Na ocasião, a Relatora declarou: "reputa-se como princípios inafastáveis a adoção da guarda compartilhada como regra, e a custódia física conjunta como sua efetiva expressão", complementando que "a imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob a guarda compartilhada quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta".[323]

Com a Lei de dezembro de 2014, o legislador ordinário positivou como regra a guarda compartilhada, trazendo como exceção a expressa declaração por um dos genitores de que não deseja ou não pode exercer a guarda do menor. Mesmo assim, as questões não cessaram diante da vagueza da norma jurídica e das controvérsias em torno da imposição do modelo da guarda compartilhada pelo juiz diante de situação de litígio dos pais continuam presentes. O debate é se a normativa determina que o magistrado envide máximos esforços para aplicar a guarda compartilhada, seja através da mediação ou da conciliação, ou se vai mais além e

---

321 GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada*: um modelo de responsabilidade parental. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p.225.

322 A título de exemplo: RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Ap. Cív. 0005536-84.2010.8.19.0212*. Relator: Des. Antonio Iloizio B. Bastos. Julgamento: 28.02.2012. Órgão Julgador: 12.ª CC. PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. *Ap. Cív. 0765183-6*. Relator: Des. Clayton Camargo. Publicação: DJ 18.05.201. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Ap. Cív. 70046373627*. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Julgamento: 26/01/2012. Órgão Julgador: Oitava Câmara Cível. MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Ap. Cív. 1.0702.08.454295-1/002(1)*. Relator: Des. Belizário de Lacerda. DJ 10/06/2011. MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Ap. Cív. 2778655-21.2008.8.13.0024*. Relator: Des. Tereza Cunha Peixoto. Publicação: DJ 12/05/2011. MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Ap. Cív. 1979585-72.2008.8.13.0024*. Relator: Des. Vieira de Brito. Publicação: DJ 22/06/2011.

323 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp n.º 1.251.000/MG*. Relator: Min. Nancy Andrighi. Órgão Julgador: 3.ª Turma. Publicação: 31.08.2011, Sobre a referida decisão remete-se ao comentário publicado VILELA, Renata; ALMEIDA, Vitor. Guarda compartilhada: entre o consenso e a imposição judicial. Comentários ao REsp 1.251.000/MG. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v.1, n.2, jul./dez. 2012. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Vilela-e-Almeida-civilistica.com-a.1.n.2.2012.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2015.

obriga o juiz a impor a guarda compartilhada mesmo diante da absoluta impossibilidade de consenso entre os pais, ou seja, nos casos de tamanha litigiosidade que nem ao menos se consiga garantir efetivamente que a integridade psíquica do(s) filho(s) restará incólume.

Por esse motivo, a interpretação tem de partir da normativa constitucional, levando em conta dois axiomas fundamentais. Primeiro, o princípio da dignidade humana como valor maior do ordenamento jurídico, o qual assume uma "função instrumental integradora e hermenêutica".[324] Segundo, em consequência, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, que é a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana no âmbito da infância e da juventude. Sob esse enfoque, "a solução interpretativa do caso concreto só se afigura legítima se compatível com a legalidade constitucional".[325]

Desta forma é que, mesmo após a entrada em vigor da Lei n.º 13.058/2014, os tribunais estaduais, de forma majoritária, continuam não aplicando o referido dispositivo em casos de litígio, sob o argumento de que a interpretação da lei deve ser feita em consonância com a Constituição Federal.

Isso porque o artigo 227 da Constituição Federal conferiu proteção integral à criança e ao adolescente com absoluta prioridade, dispondo que é dever da família, do Estado e da sociedade assegurar seus direitos fundamentais, entre os quais o direito à dignidade, que oferece os contornos do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.[326]

Nesse cenário, ressaltam os tribunais estaduais que, na busca de um Estado constitucional apto a promover os princípios da garantia ao melhor interesse das crianças e dos adolescentes e da proteção integral (art. 227, CF), "não se pode entender a guarda compartilhada como um

---

[324] SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. 7ª Edição; Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado; 2009; p. 88.

[325] TEPEDINO, Gustavo. O novo e o velho direito. In: _____. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Tomo 2. p.401.

[326] Como se sabe, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente "permanece como um padrão, considerando, sobretudo, as necessidades da criança em detrimento dos interesses de seus pais, devendo realizar-se sempre uma análise do caso concreto". (PEREIRA, Tânia da Silva. O melhor interesse da criança. In: _____. *O melhor interesse da criança*: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.14). O referido princípio foi incorporado no ordenamento jurídico nacional pela ratificação da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, aprovada na Assembleia Geral da ONU em 20 de novembro de 1989, por intermédio do Decreto n.º 99.710/90, que em seu art. 3.º, dispõe: "Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança". Da mesma forma, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/90) reuniu toda a matéria referente à proteção decorrente dos princípios constitucionais e reforçou o reconhecimento da criança como sujeito de direitos, especificando, em normativa infraconstitucional, o regime de tutela de seus interesses jurídicos.

imperativo legal dotado de automaticidade. De modo que, não obstante o texto legal vigente, não está o julgador obrigado ao seu cumprimento estrito (e estreito)".[327]

Prevalece atualmente o entendimento de que aplicar a guarda compartilha sem um olhar atento para as especificidades do caso concreto poderia significar o não atendimento ao melhor interesse da criança, como destaca a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que "desacolheu o pleito diante da ausência de motivos para modificar a situação fática [...] que sinaliza não haver indicativos de que o regime pretendido efetivamente viria a atender aos superiores interesses da criança, que necessariamente devem prevalecer".[328]

Além disso, argumenta-se que, quando há relação litigiosa, resta inabilitada a instituição do regime em sua plenitude, pois, na prática, o arranjo certamente não funcionará. Desse modo decidiu o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, afirmando: "ainda que a guarda compartilhada hoje se apresente como regra, de acordo com a nova legislação protetiva (Lei n.º 13.058/2014), a soluções das demandas que envolvem guarda de menor é presidida pelo princípio do melhor interesse desse". Atento às peculiaridades do caso concreto, o magistrado ainda destacou que a criança, que à época contava com oito anos de idade, encontrava-se sob a guarda de fato da mãe desde o rompimento da união de seus genitores, preservada, entretanto, a presença paterna na vida da criança, conciliada com seus hábitos e rotina. Acrescentou que "não se pode, prematuramente, estabelecer guarda compartilhada como mera punição à genitora [...] especialmente nos casos de pais que não são capazes, ainda, de decidir assuntos básicos do cotidiano do filho".[329]

Outros tribunais seguiram orientação similar. No mesmo sentido o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul pronunciou ser "inadequado", por ora, o estabelecimento da guarda compartilhada, devendo ser prestigiada a cautela da magistrada singular, que desacolheu o

---

327 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Agravo de instrumento n.º 70065972713*. Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Julgamento: 10.11.2015. Órgão Julgador: Oitava Câmara Cível.

328 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Agravo de Instrumento n.º 70066315938*. Relator: Des. Ricardo Moreira Lins Pastl. Julgamento: 12.11.2015. Órgão Julgador: Oitava Câmara Cível.

329 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação Cível n.º 0444779-84.2011.8.19.0001*. Relator: Des. Mauricio Caldas Lopes. Julgamento: 10.06.2015. Órgão Julgador: Décima Oitava Câmara Cível. No mesmo sentido: RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação Cível n.º 0190941-79.2012.8.19.0001*. Relator: Des. Luciano Rinaldi. Julgamento: 16.09.2015. Órgão Julgador: Sétima Câmara Cível; RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Agravo de Instrumento n.º 70066280785*. Relator: Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Julgamento: 04.11.2015. Órgão Julgador: Sétima Câmara Cível; RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n.º 70066073578*. Relator: Des. Liselena Schifino Robles Ribeiro. Julgamento: 30.09.2015. Órgão Julgador: Sétima Câmara Cível.

pleito diante da beligerância instaurada entre os genitores e da ausência de indicativos de que o regime pretendido efetivamente viria a atender aos superiores interesses da criança, que necessariamente devem prevalecer.[330] A preservação do cotidiano dos filhos também tem sido relevante como parâmetro nas decisões, como se destaca em acórdão do Tribunal de Justiça Sergipe, pontuando-se que a "filha conviveu a maior parte de sua vida com o pai" e, portanto, "alterações de guarda devem ser evitadas tanto quanto possível".[331]

Em razão da promulgação da nova lei, constatou-se, ainda, o crescimento do número de ações cumulando pedidos de guarda compartilhada com redução ou exoneração de alimentos, equívoco que se deve à errônea interpretação da lei expressamente rechaçada em Enunciado nº 607, aprovado pela VII Jornada de Direito Civil, que dispôs que "[a] guarda compartilhada não implica ausência de pagamento de pensão alimentícia". Da mesma forma, a jurisprudência já vem, majoritariamente, adotando o mesmo posicionamento, como se apreende da decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que destaca que "não há elementos no recurso para justificar a antecipação de tutela requerida, tampouco para a redução do valor de alimentos que fora acordado. [...] Por sinal, tem-se tornado bastantes frequentes pedidos de guarda compartilhada cumulados com redução de alimentos, o que se mostra uma curiosa coincidência".[332]

Ainda é importante salientar que a expressão "convivência equilibrada" também não deve ser interpretada de forma literal, devendo estar atento o julgador para as circunstâncias do caso concreto, como a idade da criança, a distância entre as moradias e a razoabilidade da rotina pretendida, entre outras peculiaridades das condições pessoais dos filhos em atenção ao melhor interesse. Sob essa perspectiva, foram aprovados outros enunciados na VII Jornada de Direito Civil, promovida pelo CJF em agosto de 2015, dispondo que não deve "a divisão de forma equilibrada, a que alude o § 2º do art. 1.583 do Código Civil, representar convivência livre ou, ao contrário, repartição de tempo matematicamente igualitário entre os pais".[333] Na

---

330 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Agravo de Instrumento n.º 70066650466*. Relator: Des. Ricardo Moreira Lins Pastl. Julgamento: 12.11.2015. Órgão Julgador: Oitava Câmara Cível.

331 SERGIPE. Tribunal de Justiça de Sergipe. *Apelação Cível n.º 201400726426*. Relator: Juíza Convocada Ana Bernadete Leite de Carvalho Andrade. Julgamento: 30.01.2015. Órgão Julgador: Primeira Câmara Cível.

332 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Agravo de instrumento n.º 70065972713*. Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Julgamento: 10.11.2015. Órgão Julgador: Oitava Câmara Cível.

333 Enunciado n.º 603 "A distribuição do tempo de convivência na guarda compartilhada deve atender precipuamente ao melhor interesse dos filhos, não devendo a divisão de forma equilibrada, a que alude o § 2.º do art. 1.583

mesma direção, estabeleceu-se que a divisão proporcional de tempo deve ser realizada "na forma que cada genitor possa se ocupar dos cuidados pertinentes ao filho, em razão das peculiaridades da vida privada de cada um",[334] sendo certo que a "guarda compartilhada não exclui a fixação do regime de convivência".[335]

Em relação à fixação da moradia dos filhos, embora a lei disponha tão somente que "a cidade considerada base de moradia será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos",[336] as recentes decisões têm se preocupado em fixar uma moradia base mesmo em casos de compartilhamento da guarda de pais que residam na mesma cidade,[337] optando-se pela preservação da residência habitual da criança antes da dissolução.[338]

---

do Código Civil, representar convivência livre ou, ao contrário, repartição de tempo matematicamente igualitário entre os pais."

334 Enunciado n.º 606 "O tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai deve ser entendido como divisão proporcional de tempo, na forma que cada genitor possa se ocupar dos cuidados pertinentes ao filho, em razão das peculiaridades da vida privada de cada um."

335 Enunciado n.º 605 "A guarda compartilhada não exclui a fixação do regime de convivência."

336 Art, 1583, § 3.º do Código Civil.

337 Ação de modificação de guarda. Guarda unilateral atribuída ao genitor. Histórico favorável à aplicação da guarda compartilhada, ante o bom relacionamento entre os genitores e aptidão de ambos para exercê-la. A guarda compartilhada permite a fixação do domicílio do menor (in casu, mantido com o genitor) e torna a convivência mais livre, mas não impede a orientação quanto à responsabilidade alimentar e ao regime de visitas, sempre prestigiando a maior convivência de ambos os genitores com os filhos e destes com todos os seus parentes. Entendimento do art. 1584, do CC. Sentença reformada. Sucumbência. Recurso provido, com determinação. (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível n.º 0006638-51.2012.8.26.0038*. Relator: Des. Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho. Julgamento: 06.05.2015. Órgão Julgador: 8.ª Câmara de Direito Privado). No mesmo sentido: RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n.º 70064986011*. Relator: Des. Ricardo Moreira Lins Pastl. Julgamento: 03.09.2015. Órgão Julgador: Oitava Câmara Cível.

338 Agravo de instrumento. Ação de divórcio. Pedido de alteração da guarda unilateral para a guarda compartilhada com base na Lei n.º 13.058/2014. Residência habitual materna e regime de convivência paterno-filial. Alimentos. I - A redação atual do artigo 1.584, § 2.º Código Civil (introduzido pela Lei n.º 13.058/14) dispõe que a guarda compartilhada é a regra há ser aplicada, mesmo em caso de dissenso entre o casal, somente não se aplicando na hipótese de inaptidão por um dos genitores ao exercício do poder familiar ou quando algum dos pais expressamente declarar o desinteresse em exercer a guarda. Caso em que a guarda compartilhada vai regulamentada, com fixação da residência habitual materna e regime de convivência paterno-filial. II - Sopesado o binômio alimentar, mantenho os alimentos aos filhos menores, que devem ser prestados *in pecunia*. Recurso provido em parte. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Agravo de Instrumento n.º 70067174789*. Relator: Des. Liselena Schifino Robles Ribeiro. Julgamento: 08.11.2015. Órgão Julgador: Sétima Câmara Cível).

Outra questão refere-se ao real benefício na delegação ao Estado de certas escolhas em relação à esfera íntima da vida familiar.[339] Ou seja, até que ponto a solução apresentada pelo parágrafo único do art. 1.631 do Código Civil,[340] de delegar ao Poder Judiciário o dever de dirimir as divergências em relação à administração do cotidiano dos filhos,[341] quando estes, ainda que separados, detenham a autoridade parental, é a melhor alternativa possível. Nessa perspectiva, o próprio Judiciário já vem refletindo sobre o tema, como revela a decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ao enfrentar recurso sobre os limites do exercício do poder familiar com relação à responsabilidade dos pais pela administração dos bens dos filhos menores sob sua autoridade. Destaca a decisão que não se deve operar interferência indevida na condução das relações familiares, uma vez que essas são fundadas na autonomia privada. "Assim, com espeque nos artigos 1.690, parágrafo único, e 1.692, ambos do Código Civil, verifica-se que, somente em caso de colisão de interesses dos pais com o interesse do filho e divergência entre os primeiros sobre este, admitir-se-á a interferência justificada do Estado na família".[342]

---

339 O tema foi objeto de discussão no IX Encontro dos Núcleos de Pesquisa em Direito Civil das Faculdades de Direito da UERJ e UFPR e, seguindo a tradição do evento, produziu-se ao final a carta-relatório com as principais conclusões dentre as quais se destaca sobre o tema: "A regulação das instituições familiares deve pressupor da prévia análise e reserva de espaços de autonomia, uma vez que a intervenção estatal pode colocar em crise a percepção do privado como espaço de liberdade". (TEPEDINO, Gustavo. Editorial. *Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC*, Rio de Janeiro, v.47, 2011).

340 Código Civil, Art. 1.631. [...] Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo.

341 Cabe observar que não se trata aqui de hipóteses de violência doméstica, descumprimento de deveres parentais ou mesmo alienação parental. Nesses casos, em razão da própria vulnerabilidade específica fundamentada na doutrina do melhor interesse da criança e do adolescente, que o legislador constituinte tratou de conferir, no artigo 227 da Constituição Federal, a proteção integral à criança e ao adolescente com absoluta prioridade, dispondo que é dever da família, do Estado e da sociedade assegurar seus direitos fundamentais, entre os o direito à dignidade, que oferece os contornos do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. As referidas hipóteses estão dispostas na Lei de Violência Doméstica, nos artigos de suspensão e perda do poder familiar do Código Civil e na Lei da Palmada, na Lei da Alienação Parental e, ainda, em julgados que responsabilizam os pais por abandono "afetivo". Sobre o último tema, v., por todos, BODIN DE MORAES, Maria Celina. A responsabilidade e a reparação civil no direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Tratado de direito das famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p.805-831.

342 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Agravo de Instrumento n.º 0028477-09.2015.8.19.0000*. Relator: Des. Marcos Alcino Torres. Julgamento: 05.08.2015. Órgão Julgador: Vigésima Sétima Câmara Cível. Ementa: agravo de instrumento. relação jurídica de consumo na origem. Valor indenizatório retido em virtude da menoridade da parte. Enquanto no exercício do poder familiar, os pais são responsáveis pela administração dos bens dos filhos menores sob sua autoridade. Interferência injustificada na condução das relações familiares, fundadas na autonomia privada. Para exercer pessoal e validamente os atos da vida civil, o absolutamente incapaz depende de representação legal, cujos requisitos e efeitos são os estabelecidos nas normas respectivas Em se tratando de filho menor, os pais possuem o poder de representação legal (art. 1.634, VII e 1690) e devem sempre agir em benefício dele. O artigo 1.689 do Código Civil de 2002 estabeleceu que os pais, enquanto no exercício do poder familiar, são responsáveis pela administração dos bens dos filhos

Apesar dos problemas decorrentes da intervenção legislativa que alterou radicalmente a disciplina da guarda para adotar como regra a modalidade compartilhada, não se pode reputar de todo excessivo o dirigismo estatal nessa matéria, eis que, na prática, visa a levar ao mais alto grau a convivência de ambos os pais com o filho menor e a co-participação na vida deste. Assim, a diferença é que, com a guarda compartilhada como modelo preferencial, ambos os genitores terão os mesmos direitos e as mesmas obrigações relativos à participação efetiva no dia a dia dos filhos menores, dividindo, da forma mais equilibrada possível, a responsabilidade de criá-los e de educá-los em sua companhia.

Os benefícios da inovação se encontram para além do campo jurídico, como força modificadora do comportamento dos pais em relação a seus filhos, conscientizando e responsabilizando aqueles quanto à criação e à tutela destes. Trata-se de uma medida que democratiza o arranjo familiar e que, sobretudo, torna a família mais participativa, em sintonia com a nova axiologia constitucional. Ao mesmo tempo, garante aos mais segurança jurídica e confiança no próprio sistema jurídico diante de uma eventual ruptura, pois lhes assegura, em regra, a mesma oportunidade de convivência, preservando-se o melhor interesse da criança.

Contudo, isso não significa dizer que a guarda compartilhada seja inafastável pelo julgador no caso concreto, sendo possível delinear parâmetros para sua aplicação ou não. Como mencionado, quando o genitor expressamente manifestar o não interesse na guarda do filho, a vontade deverá ser respeitada, de sorte que não se trata de uma imposição aos pais, mas de um *standard* normativo. Além disso, há casos em que a relação conflituosa dos pais poderá colocar em risco a integridade psicofísica do menor. Nessas hipóteses, se o juízo adotar a modalidade da guarda compartilhada, estará, na verdade, contrariando o melhor interesse do filho.

Com inspiração no paternalismo libertário e em sua ideia de *nudges*, ou seja, "empurrõezinhos" ou "cutucadas" na direção do bem-estar, é possível se pensar que, se a guarda compartilhada é considerada pelo legislador como a forma mais desejável de exercício

---

menores sob sua autoridade. Ademais, a verba indenizatória decorrente de processo judicial não se subsume ao arrolamento de bens e valores previstos nos incisos I a IV, do art. 1.693, do Código Civil, excluídos do usufruto e da administração dos pais e nem mesmo significa alienações e gravames reais dos bens imóveis constantes do artigo 1.691, daquele Codex. Cumpre destacar que a Constituição da República atribui ao Estado especial proteção à família, considerada base da sociedade, com esteio no artigo 226, sem que implique indevida interferência na condução das relações familiares, uma vez fundadas na autonomia privada. Assim, com espeque nos artigos 1.690, parágrafo único, e 1.692, ambos do Código Civil, verifica-se que, somente em caso de colidência de interesses dos pais com o interesse do filho e divergência entre os primeiros sobre este, admitir-se-á a interferência justificada do Estado na família, porquanto a regra está em que os pais decidam em comum as questões relativas aos filhos e a seus bens, em harmonia aos artigos 1.º, III, e 3.º, I, da Constituição da República de 1988. Provimento ao recurso.

da guarda, a forma ideal de fazê-lo é através do tratamento da Lei n.º 13.058/2014 como uma regra padrão. Isso porque o próprio desenho das regras já encoraja esse tipo de comportamento.[343] Assim, com a guarda compartilhada como o padrão, promover-se-á efeito transformador na consciência coletiva da sociedade, no sentido de se interiorizar que ambos os pais são igualmente responsáveis pelos filhos, mesmo após a ruptura da vida comum. Pouco a pouco, essa transformação será absorvida e preferida pela sociedade, mantido, no entanto, um espaço de liberdade para os pais que não possam exercer a guarda dessa forma, ou para os ex-casais que decidam, consensualmente, por arranjos diferenciados com relação a seus filhos.

O que se vislumbra é uma liberdade de escolha para que outros arranjos possam ser organizados pelos pais, considerando as peculiaridades do caso concreto, não devendo ser a guarda compartilhada um impeditivo, por si só, para que pais e filhos realizem suas próprias vidas, sempre mantendo em vista o melhor interesse da criança e do adolescente.

Questiona-se em doutrina, no que diz respeito à opção legislativa de priorizar abstratamente uma modalidade de guarda independentemente do exame da situação concreta, realizando-se uma "hierarquização entre os modelos no plano teórico, que descura dos fatos, como se houvesse um modelo ideal que prescinda da realidade familiar".[344]

Com efeito, diante da complexidade das relações familiares, constata-se que a percepção é que nos leva – além das abstrações e dos deveres puramente formais – a escutar continuamente a sociedade e ainda nos "implica uma atenção à concretude e à materialidade do viver".[345] É justamente esse irromper da realidade do vivido pelas pessoas que faz que somente pela análise do caso concreto se torne possível determinar "se e como" a normativa a ele se aplica.

---

343 Ver ítem 1.4 *supra*

344 Destaca Ana Carolina Brochado Teixeira que "nos termos postos pela lei, presume-se que a aplicação do princípio do melhor interesse da criança coincide com o modelo de guarda compartilhada, o que é um equívoco, pois a fixação do tipo de guarda – partindo-se do seu conceito correto que é o de companhia, gerenciamento do cotidiano do filho – não pode prescindir das vicissitudes do caso concreto". (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A (des)necessidade da guarda compartilhada. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). *Manual de direito das famílias e das sucessões.* 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015. (no prelo).

345 RODOTÀ, Stefano. *Perché laico*. Roma: Gius. Laterza & Figli, 2009. p. 202.

2.3 **O direito de visitação avoenga em contrariedade à vontade de ambos os pais e de relação socioafetiva preexistente**

O reconhecimento à convivência familiar foi positivado no ordenamento jurídico brasileiro com a Constituição de 1988, que introduziu em seu art. 227[346] a expressão "direito à convivência familiar", juntamente com os demais direitos fundamentais da criança e do adolescente. Não sem razão, quase três décadas após a promulgação da Constituição, aponta-se em doutrina que a extensão desse direito fundamental foi muito pouco explorada.[347]

O direito à convivência familiar, como discorre Ana Carolina Brochado Teixeira e Marcelo de Mello Vieira, "foi pensado para assegurar às crianças e aos adolescentes o direito à proximidade física geradora de uma ambiência apta a propiciar a criação e a manutenção de vínculos afetivos saudáveis e necessários ao seu desenvolvimento, em especial os laços familiares" e, por essa razão, "foi previsto especificamente no rol dos Direitos da Criança e do Adolescente, e não nos direitos e garantias fundamentais consagrados no artigo 5.º do texto constitucional".[348]

A jurisprudência pátria, há mais de uma década, não obstante a ausência de dispositivo jurídico, já reconhecia um direito à convivência familiar decorrente do vínculo biológico e

---

346 Art. 227 da CF/88: É dever da família, da sociedade e do estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.
O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e suas modificações posteriores trataram de delinear o direito à convivência familiar no Brasil. O capítulo III do ECA, em seu artigo 19, serviu de base para a construção do Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária. Com base nos preceitos dispostos no Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu texto original, Nelson Nery Júnior e Martha Machado definem o direito à convivência familiar como "[...] uma estrutura valorativa em forma de pirâmide, que vai da base ao topo numa linha de crescente excepcionalidade, na medida em que a pirâmide se afunila: quando se discute onde a criança deve crescer e ser criada, na base está a família natural (entidade formada pelos pais biológicos); no topo, o abrigo da criança em instituição de acolhimento. [...] Na estrutura acima detalhada, quanto mais próxima ao cume, mais longe se estaria da situação ideal: a criação da criança pela sua família natural". (NERY JÚNIOR, Nelson; MACHADO, Martha de Toledo. O Estatuto da Criança e do Adolescente e o Novo Código Civil à luz da Constituição Federal: Princípio da Especialidade e Direito Intertemporal. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v.3, n.12, p.9-49, out./dez. 2002).

347 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; VIEIRA, Marcelo de Mello. Construindo o direito à convivência familiar de crianças e adolescentes no Brasil: um diálogo entre as normas constitucionais e a Lei n.º 8.069/1990. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v.4, n.2, 2015. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/12/Teixeira-e-Vieira-civilistica.com-a.4.n.2.20151.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2016.

348 TEIXEIRA; VIEIRA, loc. cit.

afetivo, habitualmente presente entre netos e avós,[349] tutelando a visitação avoenga nos casos em que, após a separação, o divórcio ou a morte de um dos pais, um dos genitores afastava os filhos da família daquele que não detinha a guarda.[350]

Todavia, a jurisprudência retrata ainda casos isolados em que o conflito vem à tona pela animosidade entre os pais e os avós, em um cenário em que estes já mantinham com o neto um vínculo afetivo preexistente ao litígio. Nesses casos, mesmo antes de sua positivação, as decisões já reconheciam o direito de visitação dos avós, a fim de garantir a manutenção e o fortalecimento do laço afetivo, atentando-se para a inexistência de "riscos ou prejuízos para a criança".

A título ilustrativo, em 2009, no julgamento de apelação interposta em regulamentação de visitas avoengas, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo concluiu que "sequer as desavenças existentes entre as partes obstam o exercício das visitas dos avós aos netos; a convivência entre eles (avós e netos), conforme destacado no laudo psicológico de fls. 105, traz benefícios para a vida e formação dos menores, confirmando a importância e adequação da função parental. Aliás, acima dos interesses dos recorrentes está o chamado 'melhor interesse da criança' que, neste particular, tem assegurada a convivência familiar, na forma estabelecida

---

349 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Agravo de Instrumento n.º 0048703-79.2008.8.19.0000*. Relator: Des. Sergio Cavalieri Filho. Julgamento: 19.12.2008. Órgão Julgador: 13.ª C.C. Ementa: Direito de visita de avos aos netos interesse da criança. Direito de convivencia. Regulamentação de visitas. Avós. Tutela Antecipada. Direito da Criança. Convivência Familiar. Presença dos Requisitos. A Constituição da República confere especial proteção à criança e ao adolescente, assegurando-lhes absoluta prioridade na efetivação de seus direitos fundamentais (art. 227). Do mesmo modo, o legislador, reconhecendo a sua condição de pessoa em desenvolvimento (art. 6.º), respalda-se na doutrina da proteção integral (Lei n.º 8.069/90, art. 1.º). Nesse sentido, todos os esforços devem ser utilizados para proteger e efetivar os direitos das crianças e dos adolescentes. Dentre os direitos da criança está o da convivência familiar (CR, art. 227; ECA, art. 19). A família, núcleo da sociedade, é o primeiro ambiente de desenvolvimento das relações humanas, por isso essencial garantir o convívio familiar visando ao crescimento saudável da criança. Na espécie, não se vislumbra qualquer prejuízo em se autorizar a visitação dos netos pelos agravantes na forma prevista pelo Ministério Público, a fim de atender, até final julgamento da demanda, o interesse dos agravantes e também das crianças de não serem privados da convivência com os avós. Provimento do recurso.

350 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Agravo de Instrumento n.º 70030869839*. Relator: Des. Luiz Ari Azambuja Ramos. Julgamento: 12.11.2010. Órgão Julgador: 8.ª C.C. Ementa: Família. Regulamentação de visitas. Liminar deferida em prol dos avós maternos. Visitação em finais de semana alternados. Audiência marcada para a próxima semana. Inutilidade do provimento. Decisão mantida, por ora. Agravo manifestamente improcedente. Negativa de seguimento. No voto, manteve-se o direito de visitação dos avós, dada a inexistência de "elementos suficientes para negar, de pronto, o direito dos progenitores em conviver com a neta, da qual, segundo eles, tinham a guarda fática desde o falecimento da genitora até 2008.

no artigo 19 da Lei n.º 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente)".[351] O julgado afirmou ainda que o direito de visita aos netos está fundado no princípio da solidariedade familiar, "tendo em vista que participam, mesmo indiretamente, da criação e formação destes, com afeto e carinho que ultrapassam o círculo paterno". Ainda em outra decisão anterior à promulgação da lei, destacou-se que a neta "somente começou a apresentar problemas quando iniciou a animosidade dos pais com os avós, com impedimento que ficasse na companhia daquelas que sempre auxiliaram em sua criação e desenvolvimento, desde tenra idade.[352]

Sobressai, nesse contexto, mais uma vez, o papel transformador da jurisprudência no reconhecimento e no exercício da força construtiva desses fatos que, ao ganharem o contorno jurisprudencial, ganham também vida própria no seio da sociedade, passando a influenciar, diretamente, o papel do legislador.

Contudo, não se devem perder de vista, na análise do caso concreto, os possíveis reflexos negativos de uma convivência avoenga imposta pelo Poder Judiciário, que deverá estar sempre atento às peculiaridades, às razões e ao grau de belicosidade instaurado na situação que deu ensejo ao rompimento do relacionamento de ambos os pais com os avós. Não é raro nos depararmos com situações em que o julgamento parece não alcançar a concretude e a amplitude da vida, ou mesmo com casos em que as narrativas dos atores processuais não sejam suficientes para uma visão imparcial da situação familiar. Nesses casos é que o auxílio de uma equipe interdisciplinar se mostra mais uma vez imprescindível, de modo a preservar a integridade psíquica da criança, não se criando mais uma hipótese legal que permita que a criança seja utilizada como instrumento para perpetuar o restabelecimento de um litígio, ou mesmo a este auxiliar.

Exige-se, pois, especial atenção do intérprete e aplicador da norma, para que, no caso concreto, os impactos da decisão tenham aderência e sejam sempre positivos para o infante. Assim suscitou o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em 2010, no julgamento de apelação cível, ao destacar que o "tratamento dado aos avós não pode ser equiparado ao dos pais" e

---

351 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível n. 0325383-92.2009.8.26.0000*. Relator: Des. Donegá Morandini. Julgamento: 17.09.2009.

352 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Agravo de Instrumento n.º 700366349884*. Relator: Des. José Conrado de Souza Júnior. Julgamento: 23.08.2010. Órgão Julgador: 7.ª C.C. Ementa: Agravo de instrumento. Família. Relações de parentesco. Regulamentação de visitas dos avós. Atendimento do princípio da preponderância do interesse da criança. Deve ser preservada a situação que ocasiona bem-estar e maior estabilidade emocional e afetiva à criança, principalmente quanto ausente demonstração de que o infante se encontra sob risco quando em companhia dos avós.

que a visitação deverá corresponder "a um prazer e um benefício e não causar tristeza e insegurança nem gerar traumas".[353]

A reforma legislativa que introduziu o direito de visitação avoenga no ordenamento brasileiro[354] teve origem na realidade fática acima descrita, como expõe o parecer, que culminou na edição da lei. Assim, considerou a Comissão parecerista que a sociedade brasileira já almejava uma lei que estendesse o direito de visita também aos avós, discorrendo que

> em casos de separação, não raras vezes, o diálogo desaparece da vida dos pais do menor. Entre disputas mesquinhas, a criança acaba por ter vínculo familiar apenas com a família daquele que detém a sua guarda. A outra família, dependendo do conflito, fica afastada. São situações dolorosas e os avós acabam tendo que se render ao fato de que a lei não lhes dá nenhum amparo. Esse tipo de situação também se dá em casos de viuvez, onde o cônjuge supérstite, ao casar-se novamente, ou por qualquer outra razão, impede maiores aproximações com a família do de cujus.[355]

Nas justificativas do mencionado projeto que deu origem à lei destacou-se ainda que "se faz necessário reavaliar o problema, deixando que os juízes decidam, caso a caso, o melhor para as crianças".[356]

Como se vê, a motivação para a alteração legislativa se deu em razão de hipóteses em que já havia um vínculo socioafetivo entre netos e avós, mas rompido em decorrência de situação superveniente, impedindo o prosseguimento da convivência. Assim, acrescentou o legislador o parágrafo único ao artigo 1.589, em consonância com o *caput* que dispõe sobre o direito de visitação do pai ou da mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, estendendo o direito

---

353 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Agravo de Instrumento n. 0019195-20.2010.8.19.0000*. Relator: Des. Cherubin Helcias Schwartz. Julgamento: 07.05.2010.

354 BRASIL. Lei n.º 12.398, de 28 de março de 2011. Acrescenta parágrafo único ao art. 1.589 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e dá nova redação ao inciso VII do art. 888 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, para estender aos avós o direito de visita aos netos. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12398.htm>. Acesso em: 14 mar. 2016.

355 Projeto de Lei n.º 4.486, de 2001, de autoria da Senadora à época Luzia Toledo. O parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania está disponível na íntegra em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=AE8C3E4508B2EE8580D01CFC70599537.proposicoesWeb1?codteor=127729&filename=Tramitacao-PL+4486/2001>. Acesso em 21 de nov. de 2015.

356 Projeto de Lei n.º 4.486, de 2001, de autoria da Senadora à época Luzia Toledo. O parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania está disponível na íntegra em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=AE8C3E4508B2EE8580D01CFC70599537.proposicoesWeb1?codteor=127729&filename=Tramitacao-PL+4486/2001>. Acesso em 21 de nov. de 2015.

de visita a qualquer dos avós, "a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente".

Tal como a alteração legal que optou pela regra geral da guarda compartilhada, a disciplina da visitação avoenga não deixa de ser mais um exemplo do intervencionismo Legislativo no âmbito da autoridade parental que, como todas as normas, demanda atenção às particularidades do caso concreto no momento de sua interpretação e aplicação, a fim de concretizar a proteção integral a filhos e netos. Compete, pois, ao magistrado integrar o comando legal às peculiaridades do caso em tela, de acordo com a axiologia constitucional, levando em consideração o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Assim, não obstante a dicção do dispositivo legal, os direitos dos pais ou responsáveis e demais familiares, inclusive dos avós, não são absolutos. Pelo contrário, são sempre limitados pelos ditames constitucionais.[357]

Uma vez que se tornou corriqueiro falar em direito de visita dos avós, faz-se ainda necessário refletir sobre a interpretação equivocada desse direito, como se ele fosse um direito em contrapartida ao dever subsidiário de alimentos,[358] o que vai de encontro a todos os princípios que regem a doutrina da proteção integral. E, mais grave, essa ideia – sustentada muitas vezes em iniciais propostas por avós que pleiteiam o direito de visitação – poderia disseminar a falsa crença de que a obrigação subsidiária de prestar alimentos, disposta pelo legislador de 2002,[359] poderia ter, como contrapartida, o direito de visitação dos avós. A interpretação é claramente equivocada, uma vez que o direito à convivência familiar é essencialmente existencial e ligado à proteção e ao desenvolvimento da criança e do adolescente.

É frisar que isso significa dizer que a convivência familiar não é tutelada em si mesma, mas como medida que promove o melhor interesse da população infanto-juvenil, razão pela

---

357 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Direito de visitas dos avós. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v.10, p.62-64, 2002.

358 Nas palavras de Tânia da Silva Pereira: "Além do elo afetivo estreito existente entre os avós e os netos, o que os torna mais indicados a serem tutores, o direito de visita é ainda uma contrapartida das obrigações, oriundas do parentesco, determinadas aos avós pelo próprio Código Civil, destacando-se o pagamento de pensão alimentícia em caso da impossibilidade dos genitores". (PEREIRA, Tânia da Silva. Proteção dos Idosos. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Tratado de direito das famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p.359).

359 Código Civil, Art. 1.698. Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide.

qual se afirma que "também é o direito de viver em um ambiente saudável, livre de situações ou de pessoas que possam obstaculizar o seu processo de amadurecimento, incluindo a preservação do contato com os familiares e outras pessoas, desde que tal relação seja benéfica à criança".[360]

Nessa perspectiva é que se faz necessário perquirir o impacto da convivência avoenga buscada em Juízo na estruturação psíquica da criança, em especial quando ambos os pais se posicionam de comum acordo no sentido de que ela não é benéfica para seu filho. De fato, nem sempre a convivência pacífica e afetuosa entre pais e avós da criança é possível, mas nem toda situação conflituosa, por si só impede o restabelecimento de uma relação. Ocorre que, se a realidade fática demonstra que jamais existiu qualquer convivência entre avós e netos, ou que a relação entre aqueles e os pais é conflituosa a ponto de atingir a criança, certo é que esta não pode ser utilizada como instrumento para tentar reestabelecer de vínculos que se romperam por razões certamente alheias ao infante, muitas vezes anteriores a seu nascimento.

Laços afetivos não decorrem necessariamente de laços biológicos. Por isso é preciso refletir sobre como proceder nos casos em que avós ingressam em juízo em face de ambos os pais, sem nunca terem tido com o casal e com o neto, ou seja, com o núcleo familiar formado, nenhuma relação anterior. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, optou, em recente decisão, pela improcedência do pedido de visitação avoenga sob o entendimento de que admitir a visita da avó – naquele caso, pessoa de temperamento instável e com relação beligerante com o próprio filho e com a nora – significaria colocar a criança em situação de risco que se opõe ao melhor interesse desta.[361]

---

360 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; VIEIRA, Marcelo de Mello. Construindo o direito à convivência familiar de crianças e adolescentes no Brasil: um diálogo entre as normas constitucionais e a Lei n.º 8.069/1990. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v.4, n.2, 2015. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/12/Teixeira-e-Vieira-civilistica.com-a.4.n.2.20151.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2016.

361 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Ap. Cív. n.º 70064706575*. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Julgamento: 29.07.2015. Órgão Julgador: 7.ª C.C. Ementa: Regulamentação de visitas. Pedido formulado pela avó. Possibilidade jurídica. Descabimento da pretensão diante do relacionamento beligerante com o filho e a nora. Prevalência do interesse da criança. 1. Como regra, a avó tem o direito de exercer a visitação em relação ao neto e este tem o direito de receber o afeto avoengo, estreitar laços de convivência familiar e ampliar a convivência social, pois não é propriedade da mãe, mas pessoa titular de direitos, que merece ser respeitada, bem como de ter uma vida saudável e feliz. 2. O insuperável litígio entre os pais da criança e a avó, que tem problemas mentais, justifica a proibição do direito de visitas, pois a relação entre a avó e a nora, mãe da criança, é marcada por brigas, ofensas e agressões físicas. 3. Não sendo possível regulamentar a convivência da avó com o neto, sem que haja situação de risco, a ação improcede, pois deve ser resguardado sempre o melhor interesse da criança, que está acima do interesse e da conveniência da avó.

Ou seja, não se pode considerar, de antemão, que a relação entre pais e avós não se confunde com a relação entre eles e a criança, especialmente em casos em que ambos os pais se opõem à visitação e a criança é de tenra idade. Na família, todas as relações de convivência estão interligadas, devendo, portanto, serem avaliados os motivos justificadores da inexistência de relação entre os pais e os avós, a fim de perquirir se é justificada ou não a proibição de visitação, eis que os pais são os detentores da autoridade parental. Por sua habitual proximidade e pelo conhecimento dos aspectos do caráter e personalidade dos filhos, deve ser reservada aos pais uma esfera de eleição sobre a vida dos filhos, não obstante haja um interesse público em relação às formas de exercício da autoridade parental.[362]

Hipótese mais complicada ocorre quando há relação socioafetiva anterior ao ajuizamento da ação, mas ambos os pais se opõem à convivência entre avô e neto. Nesse caso, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao apreciar um recurso de apelação em 2012, manteve a sentença de primeiro grau que julgara procedente ação de regulamentação de visitas movida pela avó materna em face dos genitores, contrários ao pleito pois a requerente respondia a processo criminal relativo ao homicídio do avô materno. Acolhendo o parecer ministerial, o voto do desembargador relator, à unanimidade, concluiu que os conflitos entre os pais eram questões isoladas, que não causaram receio fundado de deixar a filha – à época do ajuizamento da ação, com seis anos de idade – na companhia da avó materna, de forma que se desenvolveram laços afetivos que deveriam ser mantidos.[363]

Isso porque, como anteriormente descrito, os laços socioafetivos construídos não podem ser rompidos subitamente, sob pena de reações indesejadas das crianças, reações essas que estariam evidentemente contrariando o melhor interesse. Importante notar que existem opções de visitação aptas a assegurar a convivência entre avós e netos sem gerar tanta preocupação aos pais. É o caso das visitações supervisionadas e sem pernoite. A ruptura dos laços afetivos é opção a ser adotada apenas em casos extremos.

---

4. Se a avó pretende conviver com o neto, deve antes se submeter a um tratamento médico e buscar restabelecer um convívio afetuoso com o próprio filho e minimamente civilizado com a nora. Recurso desprovido.

362 SÊCO, Thaís. *A autonomia da criança e do adolescente e suas fronteiras*: capacidade, família e direitos da personalidade. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013. p.115.

363 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n.º 70050894963*. Relator: Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Julgamento: 08.03.2012. Órgão Julgador: 7.ª Câmara Cível. Publicação: 26.10.2012.

Contudo, a situação muda de figura quando não há vínculo socioafetivo preexistente ao pedido de visitação avoengo e ambos os pais não concordam com a visitação. Veja-se que esse outro cenário discrepa das razões que levaram à promulgação da lei, criada para coibir que o conflito entre os genitores pudesse levar a um prejudicial afastamento dos avós paternos ou maternos. Nessa hipótese, não há conflito entre pais da criança, inexistindo, por exemplo, um cenário de separação, divórcio ou viuvez. Pelo contrário, há um consenso de ambos os pais quanto ao afastamento do convívio do núcleo familiar com esse avô ou avó. Cabe questionar, pois, se é legítima a intervenção estatal judicial para desautorizar a convicção dos pais na condução do melhor interesse do infante.

Observe-se que a visitação avoenga não comporta as exceções legais estudadas anteriormente. Assim, o caso de visitação avoenga difere da reforma legislativa que instituiu a regra geral da guarda compartilhada, em que o legislador de antemão proveu as balizas para não adotar a regra geral do compartilhamento, conferindo ao genitor discordante o poder de dela abdicar em favor do outro, com fundamento justamente em sua autoridade parental. Com efeito, é imprescindível a análise do caso concreto para que se possa valorar o interesse dos pais, que, em consenso e por suas razões, resolveram se afastar de determinado avô, ou até foram por seus pais, agora avós de seus filhos, abandonados e por essa razão impedem ou recusam o convívio de seu filho com o avô, apoiados no exercício de sua autoridade parental, convictos de que esse contato será prejudicial à criança.

Em princípio, entende-se como possível que a concordância de ambos os pais deva, de fato, prevalecer sobre o intervencionismo legal. Restando, portanto, aos avós o ônus da prova de desqualificar o motivo pelo qual ambos os pais de seu neto compreendem como nociva a convivência com os avós. Assim, na dialética processual, caberá a esse avô ou avó comprovar que o eventual afastamento é injustificado, ou seja, que o exercício da autoridade parental é contrário ao melhor interesse da criança.

Na hipótese em que o avô que não tenha tido qualquer relação socioafetiva anterior com o neto, tampouco com seus pais, estando afastado da família, mas, tempos depois do nascimento da criança resolva ajuizar um pedido de visitação forçada, se os pais da criança não anuírem com o pedido, possivelmente a implementação da visitação ocorrerá em circunstâncias bastante conflituosas, capazes de causar danos à integridade psicofísica do infante. Nesse sentido, há decisão liminar recente do Superior Tribunal de Justiça, ao ressaltar que no caso concreto, “deve-se preservar aqueles que se encontram em situação de fragilidade, de forma que, diante de situações variadas de conflito, sejam-lhes garantidos o amadurecimento e a formação da personalidade”. Ressaltou o Ministro relator que

> trata-se de fato incontroverso – que esse avô e o pai da criança, ora requerente, não se dão bem, não por rivalidades, disputas e contendas, mas pela profunda mágoa deste em relação àquele pelos maus-tratos sofridos na infância. Diante disso, é natural que o filho, agora pai, tenha receios de colocar seu próprio filho em contato com o avô, o que é plausível, considerando-se as especificidades da criança. Estudos sociais foram feitos, os quais, consentâneos com o parecer do Ministério Público, levaram à improcedência da ação, de forma a preservar esse interesse do menor.[364]

Importante observar que, se por um lado, a imposição forçada do convívio com avós decorre de um justificado intervencionismo estatal em resposta a hipóteses que se apresentavam em situações de ruptura de uma convivência construída, indo de encontro ao melhor interesse dos netos, por outro, não se deve presumir que os pais, quando em consenso e no exercício da autoridade parental, estejam agindo contra o melhor interesse de seu filho. Pelo contrário, nesses casos, a presunção é de que – se estão no pleno exercício da autoridade parental, salvo motivo justificado – as decisões parentais tomadas em relação à vida de seus filhos deverá prevalecer, sobrepondo-se ao intervencionismo estatal disposto para hipóteses, em tese, diversas. Na análise do caso concreto, caberá aos avós provar que ambos os pais assumiram posição que contraria o melhor interesse de seu filho, uma vez que o direito de visitação avoenga, como nenhum outro, não é absoluto.

2.4 **A intervenção judicial e o reconhecimento da parentalidade socioafetiva**

---

364 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Medida Cautelar n.º 25.315*. Relator: Ministro João Otávio Noronha. Julgamento: 11.12.2015. Decisão: "Prevalece, atualmente e uniformemente no âmbito dos tribunais, bem como na doutrina, amparados pela legislação em vigor, o princípio do melhor interesse do menor. De acordo com esse princípio, deve-se preservar aqueles que se encontram em situação de fragilidade, de forma que, diante de situações variadas de conflito, sejam-lhes garantidos o amadurecimento e a formação da personalidade. [...] Com base nesse aspecto, a bem da proteção do menor, é cabível a concessão do efeito suspensivo buscado no presente feito. Com efeito, a ação de visitação foi proposta pelo avô, visando à regulamentação de visitas ao neto, que estaria sendo ocultado pelo pai do menor. No curso dos trâmites processuais a que se refere o REsp n.º 1.573.635/RJ, veio à tona – e trata-se de fato incontroverso – que esse avô e o pai da criança, ora requerente, não se dão bem, não por rivalidades, disputas e contendas, mas pela profunda mágoa deste em relação àquele pelos maus-tratos sofridos na infância. Diante disso, é natural que o filho, agora pai, tenha receios de colocar seu próprio filho em contato com o avô, o que é plausível, considerando-se as especificidades da criança. Estudos sociais foram feitos, os quais, consentâneos com o parecer do Ministério Público, levaram à improcedência da ação, de forma a preservar esse interesse do menor. [...] Embora o Tribunal de Justiça tenha revisto esse posicionamento, fê-lo à luz da interpretação do parágrafo único do art. 1.589 do Código Civil [...] Afirmou que não se pode condicionar a visitação ao menor à melhora das relações familiares. E mais: adotou o princípio acima referido sem ajustá-lo aos fatos que informam a causa, decidindo em tese no sentido de que atende o interesse do menor ser visitado pelo avô. Não bastasse isso, no curso do feito, o menor foi diagnosticado com transtornos do espectro do autismo (TEA), sabidamente caracterizado por déficit na interação social, associados a comportamentos repetitivos.[...] Portanto, o caso em exame comporta tratamento diferenciado, seja em razão da plausibilidade da tese que alicerça o recurso especial, seja pela situação do menor, em que a presença do avô, mesmo antes de diagnosticado o autismo, era inconveniente."

Em doutrina, no que se refere à filiação, sinalizam-se três critérios que evidenciam o vínculo da parentalidade, como denomina Rose Meireles: "a verdade jurídica, a verdade biológica e a verdade afetiva", sem hierarquia entre eles, abstratamente considerados. A intervenção positiva do julgador, que reconhece a situação de fato do filho prestigiando a sua verdade, "representa a consagração dos direitos a liberdade, respeito e dignidade", concretizando o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.[365]

Fazer coincidir a filiação com a origem genética é transformar aquela, de fato cultural e social, em determinismo biológico, incapaz de completar suas dimensões existenciais.[366] Sob a égide do Código Civil de 1916, o intervencionismo legislativo sobre as relações familiares se prestava a reconhecer e legitimar apenas os laços oriundos dos parâmetros tradicionais da parentalidade, permeados por uma moralidade discriminatória. No entanto, com as inovações tecnológicas e transformações sociais, o direito foi desafiado a adequar-se a uma nova realidade na qual os pais não são – nem necessária nem exclusivamente – aqueles que forneceram o material biológico.

Opera-se, portanto, a superação da ideia clássica de parentalidade que vigorou por anos, expressão de um silogismo simplório que conferia somente aos genitores os atributos de pai e mãe. Essa superação, por si só, não é a grande novidade, uma vez que a parentalidade por pessoas que não os ascendentes consanguíneos é juridicamente reconhecida há muito tempo no instituto da adoção. Hoje, porém, diferentemente da adoção, em que há o desligamento dos vínculos com a família biológica[367] e o início de uma nova relação com a família adotiva a tendência que se consagra nas relações familiares é a relativização da verdade biológica somente após a verificação da existência de relação socioafetiva.

Na busca pela concretude dos ditames da igualdade substancial, a Constituição de 1988, provocou profunda alteração no enfoque sobre o exercício da parentalidade. Novos arranjos parentais eclodiram, demandando dos julgadores o abandono de velhos padrões em prol de uma intervenção construtiva para atribuir valor jurídico aos vínculos de afeto. Embora

---

365 MEIRELES, Rose Melo Vencelau. O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.239

366 LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito de família e os princípios constitucionais. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Tratado de direito das famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p.119.

367 Permanecendo apenas os impedimentos matrimoniais (Art. 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente) BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015. Estatuto da Criança e do Adolescente.

se possa debater o *status* jurídico de princípio constitucional - o que não se pretende fazer nesta oportunidade - é inegável que o afeto contém valor jurídico apto a produzir diversos efeitos relevantes, o maior dos quais, a constituição da filiação socioafetiva.

A afetividade entrou na ponderação dos juristas que buscam explicar as relações familiares contemporâneas.[368] A maioria da doutrina considera a afetividade como um princípio implícito fundante do direito de família na atualidade. Como uma especialização dos princípios da solidariedade e da dignidade humana, a afetividade se entrelaçaria com os demais princípios de direito de família ressaltando o viés cultural e não mais exclusivamente biológico do parentesco.[369] Ocorre que se podem conferir duas faces à afetividade. A primeira é a subjetiva, a do sentimento propriamente dito, a qual não é aferível e, portanto, inexigível pelo direito. O segundo viés é objetivo e baseia-se na percepção do afeto, o qual, efetivamente, pode ser identificado como fundador de deveres legais e constitucionais.[370]

Boa parte do que é o afeto constitui elemento anímico, de foro íntimo. Por isso, apenas podem ser consideradas como juridicamente relevantes as condutas objetivas exteriorizadas, aptas a condicionar comportamentos e expectativas recíprocas e capazes de influenciar no desenvolvimento da personalidade dos membros daquela entidade familiar. Assim, aqui, quando se falar em afeto, não se está falando do sentimento, mas dos comportamentos habituais da convivência familiar, porque são capazes de produzir eficácia jurídica.[371]

Essas ressalvas não buscam mitigar o poder que o afeto possui no campo do direito de família. Muitas vezes, a doutrina[372] e a jurisprudência[373] identificam, inclusive, uma maior

---

368 LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito de família e os princípios constitucionais. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Tratado de direito das famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p.119.

369 Ver por todos, Ibid., p.118.

370 TEPEDINO, Gustavo. *Dilemas do afeto*. Disponível em: <http://jota.info/dilemas-do-afeto>. Acesso em: 31 dez. 2015. p.7.

371 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. A multiparentalidade como nova estrutura de parentesco na contemporaneidade. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v.4, p.18-19, abr./jun. 2015.

372 Nesse sentido LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. In: DEL'OLMO, Florisbal de Souza; ARAÚJO, Luis Ivani de Amorim. *Direito de família contemporâneo e novos direitos*: estudos em homenagem ao Professor José Russo. Rio de Janeiro: Forense. 2006. p.111

373 Ver por todos: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial *n.º 1.106.637/SP*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgamento: 1.6.2010. "Sob a tônica do legítimo interesse amparado na socioafetividade, ao padrasto é conferida legitimidade ativa e interesse de agir para postular a destituição do poder familiar do pai biológico da criança".

importância na prática social dos laços de afetividade e convivência familiar em relação aos próprios dados biológicos, advogando pela prevalência da socioafetividade em regra, desde que sejam respeitados os princípios do melhor interesse da criança e da dignidade da pessoa humana.

Um dos primeiros autores a identificar essa tendência foi João Baptista Villela, ao relegar papel absolutamente secundário à consanguinidade para a configuração da paternidade. Não seria a derivação biológica que apontaria para a figura do pai, mas o "amor, o desvelo e o serviço que alguém se entrega ao bem da criança".[374] Indica o autor que, intuitivamente, sempre se valorizou mais esse aspecto socioafetivo que o viés da procriação propriamente dita. É o que comprova narrando a história bíblica do rei Salomão.

O rei foi chamado a decidir entre duas mulheres que alegavam serem mães de um bebê. Como solução fictícia, afirmou que cortaria o bebê no meio, fato que fez uma das pretensas mães aceitar, mas fez a outra abrir mão da criança em prol do próprio bem-estar. Dessa forma, Salomão determinou que a verdadeira mãe era aquela que renunciou ao próprio desejo para manter a vida de seu filho. E a verdadeira mãe não necessariamente era a biológica, mas a que deu uma simples lição de o que é a maternidade.[375/376] É por essa visão, que se passou a afirmar na doutrina a existência de uma passagem da família como "comunidade de sangue" para "comunidade de afeto".[377] A afetividade entrou nas ponderações dos juristas que buscam explicar as relações familiares contemporâneas.[378]

Entende-se, pois, que o afeto é capaz de criar um laço de parentesco entre pessoas, a parentalidade socioafetiva, definida como um vínculo de parentesco civil que as une

---

374 VILLELA, João Baptista. Família hoje. In: BARRETTO, Vicente (Org.). *A nova família*: problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p.85.

375 VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. *Revista da Faculdade de Direito*, n.21, p.408, 1979. Disponível em: <http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1156>. Acesso em: 10 jan. 2016.

376 Essa história originou a derivação léxica de "decisão salomônica", para indicar sabedoria e ponderação nas resoluções.

377 FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família*: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.317-318.

378 LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito de família e os princípios constitucionais. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Tratado de direito das famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p.119.

independentemente de possuírem vínculo biológico.[379] A doutrina vislumbra referência implícita à socioafetividade como forma de parentesco na disposição do art. 1.593 do Código Civil, que prevê que o parentesco pode ser natural ou civil, decorrente da consanguinidade ou de outra origem.[380] Realmente, uma vez confirmada a possibilidade do parentesco socioafetivo, não se pode qualificá-lo como inferior ao biológico.[381] O Código Civil não o faz, e a Constituição veda o tratamento desigual entre filhos. Portanto, uma vez reconhecida a parentalidade socioafetiva, a interpretação mais consoante com a unidade do ordenamento é a que não faz nenhuma diferenciação hierárquica entre esses laços, ao menos *a priori*.[382]

Não é, porém, a mera expressão de sentimento de amor ou afeto que é apta a gerar a parentalidade socioafetiva. Tome-se, por exemplo, um padrasto ou uma madrasta que conviva com os enteados e divida com a mãe das crianças as contas da casa, ou que os presenteie com cursos e viagens. Isso, por si só, poderia fazer considerá-lo(a) como pai ou mãe socioafetivo(a) das crianças?

Neste caso é possível que coabitem com os filhos do novo cônjuge ou companheiro(a) e não exerçam de fato uma autoridade parental, mas expressem afeto, solidariedade, e até contribuam para o seu sustento como forma de facilitar a convivência e a harmonia da família recomposta. Assim, pode ser que o vínculo nem ao menos se forme, devendo os julgadores ficarem atentos às peculiaridades do caso concreto, para evitar um julgamento precipitado seja para criar ou refutar esse vínculo. Isso porque a relação entre padrasto ou madrasta e enteados é uma realidade tão sensível que levou à substanciosa alteração legislativa. Assim, por meio

---

379 CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.16.

380 CALDERÓN, Ricardo Lucas. *Princípio da afetividade no direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p.248-249. Nesse sentido, também FACHIN, Luiz Edson. Do direito de família. Do direito pessoal. Das relações de parentesco. Arts. 1.591 a 1.638. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v.18. p.22.

381 A propósito, registre-se que o Supremo Tribunal Federal, por meio do Agravo em Recurso Extraordinário n.º 692.186, reconheceu a repercussão geral na questão da prevalência da paternidade socioafetiva em face da biológica. O agravo aguarda julgamento, estando concluso com o Ministro Relator Luiz Fux desde 14 de fevereiro de 2014: "Recurso extraordinário com agravo. Direito civil. Ação de anulação de assento de nascimento. Investigação de paternidade. Imprescritibilidade. Retificação de registro. Paternidade biológica. Paternidade socioafetiva. Controvérsia gravitante em torno da prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica. Art. 226, caput, da Constituição Federal. Plenário virtual. Repercussão geral reconhecida". (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo em Recurso Extraordinário n. 692186/PB*. Relator: Min. Luiz Fux. Julgamento: 29.11.12).

382 Nesse sentido, ver TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. A multiparentalidade como nova estrutura de parentesco na contemporaneidade. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v.4, p.29, abr./jun. 2015.

da Lei nº 11.924/2009, modificou-se a Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/1973), para possibilitar que os enteados adotem o nome de família do padrasto ou da madrasta, desde que estes concordem e sem prejuízo de seus sobrenomes originais. .[383] Ressalta-se, de acordo com a lei, que isso é possível desde que haja "motivo ponderável", entenda-se, justificável, uma vez que a alteração do nome no direito brasileiro se dá sempre em hipóteses excepcionais.[384]

A solução mais difundida pela doutrina e pela jurisprudência é a aferição, no caso concreto, da posse de estado de filho. Nesse sentido, manifesta-se o Enunciado 256 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, que determina que "a posse de estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil". Posteriormente, aprovou-se também o Enunciado 519 do CJF da V Jornada, por meio do qual se afirmou que o reconhecimento do vínculo da socioafetividade "deve ocorrer a partir da relação entre pai(s) e filho(s), com base na posse do estado de filho, para que produza efeitos pessoais e patrimoniais".

Tradicionalmente, se impõem três elementos para que haja a configuração da posse do estado de filho. O primeiro, deles é o *tractatus*, o comportamento ostensivo dos envolvidos como se parentes fossem. O segundo é o *nomen*, exigindo que o suposto filho porte o nome de família, e o terceiro é a *fama*, o reconhecimento daquela relação pela comunidade como uma relação de parentesco.[385] Esses elementos, porém, não devem ser tratados como requisitos essenciais, já que não há nenhuma exigência legal nesse sentido, mas são fortes indícios de parentalidade socioafetiva. A convivência familiar é o substrato da verdade real da família socioafetiva, como fato social aferível por meio de prova.[386]

No entanto, é possível se argumentar que a posse de estado de filho é um meio eficaz de se comprovar o parentesco socioafetivo, mas não passaria disto: mero meio de prova.

---

383 Lei n.º 6.015/1973, art. 57, § 8.º: "O enteado ou a enteada, havendo motivo ponderável e na forma dos §§ 2.º e 7.º deste artigo, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o nome de família de seu padrasto ou de sua madrasta, desde que haja expressa concordância destes, sem prejuízo de seus apelidos de família".

384 V., por todos, BODIN DE MORAES, Maria Celina. A tutela do nome da pessoa humana. In: _____. *Na medida da pessoa humana*: estudos de direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p.149-168.

385 LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil*: famílias. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.236-237.

386 Id. Direito de família e os princípios constitucionais. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Tratado de direito das famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p.122. Fala-se até mesmo na aplicação da teoria da aparência sobre as relações paterno-filiais (CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.39).

Os requisitos da posse de estado de filho seriam, desta forma, indicadores da existência da parentalidade, sem serem seus elementos constitutivos. Seguindo essa linha de raciocínio, Ana Carolina Brochado Teixeira e Renata de Lima Rodrigues afirmam que o que realmente cria o liame entre os envolvidos é o exercício da autoridade parental, ou seja, a real e efetiva prática das condutas necessárias para "criar e educar os filhos menores, com o escopo de edificar sua personalidade, independentemente de vínculos consanguíneos que geram essa obrigação".[387]

Nessa linha de raciocínio, pais e mães são aqueles que exercitam de fato a autoridade parental, e é, nesse sentido, impossível deixar de mencionar a mudança de eixo, no direito de família, por meio da qual a conjugalidade cede a centralidade de outrora à filiação. Esse movimento pode ser observado pela análise do já mencionado art. 227 da Constituição Federal, bem como da Declaração de Direitos das Crianças da ONU,[388] com ambos representado a consagração do princípio do melhor interesse. Este opera como uma espécie de freios e contrapesos para todo o direito de família contemporâneo, já que a crescente liberdade conferida aos cônjuges e conviventes para executarem suas escolhas de vida preferenciais encontra limites internos no princípio aludido.

Assim, é possível indagar no que de fato consiste o melhor interesse para a formação da parentalidade. Sob a ponderação de princípios e de acordo com a metodologia civil constitucional, parece seguro afirmar que a resposta deve ser aferida casuisticamente. Não parece ideal dizer, por exemplo, que a consanguinidade é sempre a realização do melhor interesse da criança; afinal, o aspecto funcional da parentalidade é evidentemente mais relevante do que qualquer outro. Em doutrina, ressalta-se que a opinião da criança, compreendida como sujeito de direitos, também deve ser considerada na medida de seu desenvolvimento e discernimento, a fim de perquirir qual arranjo melhor satisfaz a seus interesses.[389]

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça considera que a parentalidade socioafetiva deve decorrer de um ato de vontade do suposto pai ou mãe socioafetivo, aliada à posse de estado de

---

387 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. A multiparentalidade como nova estrutura de parentesco na contemporaneidade. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v.4, p.17, abr./jun. 2015.

388 BODIN DE MORAES, Maria Celina. A responsabilidade e a reparação civil no direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Tratado de direito das famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p.807.

389 VENCELAU, Rose Melo. *O elo perdido da filiação*: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.132.

filho.[390] O melhor entendimento, porém, é o que não vê a vontade como requisito essencial, embora ela seja elemento apto a contribuir para o reconhecimento de relações socioafetivas. A ausência de vontade, no entanto, deve ser levada em consideração, embora não possa fulminar, por si só, a possibilidade de criação dos laços. Isso porque, como dito, o que há de ser examinado pelo julgador na análise do caso concreto não é tanto a anuência do suposto pai ou mãe socioafetivo com o pedido de reconhecimento, mas sim a existência de prática reiterada de atos típicos da autoridade parental, objetivamente verificados. Importante notar que, na verdade, são essas condutas que irão gerar a posse de estado de filho, e por isso essa última se basta como requisito para o reconhecimento da parentalidade socioafetiva.[391] Não pode aquele que assumiu durante muito tempo – às vezes a vida inteira do filho – o papel de pai ou mãe se esquivar do reconhecimento como tal pelo Judiciário pela simples declaração de vontade contrária.

Aqui, revisita-se mais um princípio constitucional essencial para a questão da parentalidade em geral, o princípio da paternidade responsável, ao qual se soma os princípios da solidariedade, da dignidade humana e do melhor interesse da criança para impor a satisfação

---

390 A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ao que parece, aufere especial relevância à vontade como critério para o reconhecimento da paternidade socioafetiva, principalmente quando, no caso concreto, esta é visada *post mortem* com intuito aparentemente patrimonial. Assim, no Informativo 0552, publicado em 17 de dezembro de 2014, assevera-se: "De fato, o estabelecimento da filiação socioafetiva demanda a coexistência de duas circunstâncias bem definidas e dispostas, necessariamente, na seguinte ordem: i) vontade clara e inequívoca do apontado pai ou mãe socioafetivo, ao despender expressões de afeto à criança, de ser reconhecido, voluntária e juridicamente como tal; e ii) configuração da denominada *posse de estado de filho* [...] Nesse contexto, para o reconhecimento da filiação socioafetiva, a manifestação quanto à vontade e à voluntariedade do apontado pai ou mãe de ser reconhecido juridicamente como tal deve estar absolutamente comprovada nos autos, o que pode ser feito por qualquer meio idôneo e legítimo de prova."

391 Nesse sentido, afirmam Ana Carolina Teixeira e Renata Rodrigues: "[…] como se sabe, a posse de estado de filho só é caracterizada se provados os requisitos nome, trato e fama. [...] A partir da existência desse tratamento recíproco entre pai/mãe e filho socioafetivo, consistente na realização de funções promocionais de suas personalidades, podemos concluir que os outros requisitos geradores da posse de estado de filho – nome e fama – são apenas um reflexo do exercício fático da autoridade parental. O nome, como já é corrente em doutrina, é o menos relevante, vez que já indica indícios de formalidade numa relação que é, a princípio, 'menos exigível'. A fama, por seu turno, embora seja importante porque dá publicidade à relação jurídica, não é nada mais nada menos do que a publicização do tratamento: a comunidade toma conhecimento do exercício da autoridade parental. Por isso, a posse de estado de filho deve receber como principal enfoque o tratamento recíproco da relação de filiação, cujo pilar central está nos deveres de criar, educar e assistir os filhos. Através dessas reflexões, ousamos afirmar que uma relação de filiação tem como núcleo o exercício da autoridade parental". (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. A multiparentalidade como nova estrutura de parentesco na contemporaneidade. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v.4, p.21-22, abr./jun. 2015).

das necessidades físicas e psíquicas da criança.[392] Importante ressaltar que, conforme aponta Rose Meireles, a parentalidade socioafetiva, uma vez reconhecida, deve tornar-se irrevogável da mesma forma que ocorre com a paternidade biológica.[393] Assim, este vínculo de paternidade ou maternidade impõe todas as obrigações e deveres – existenciais e patrimoniais – referentes a essa condição privilegiada.[394]

É no campo do planejamento familiar que o melhor interesse da criança também adquire relevo como limite aos direitos reprodutivos.[395] Destaca-se que esse princípio limita a liberdade sexual e de constituição de família, que não podem ser irrestritas. Em outras palavras, constitucionalmente, a liberdade em procriar resulta no dever de criar.[396] A paternidade responsável representa a assunção de deveres parentais em decorrência do resultado do livre exercício dos direitos reprodutivos.[397] O fato de haver pais socioafetivos não exime, de plano, a responsabilidade dos pais biológicos[398] de seus deveres constitucionalmente impostos em decorrência do princípio da paternidade responsável.

Com o reconhecimento de que a família deve ser tutelada apenas quando realizar a dignidade de cada um de seus membros, a busca da "paz familiar" cada vez mais dá lugar à busca da realização pessoal, preservada a solidariedade em todos os laços, mas em especial nos familiares. É por isso que a realidade social demonstra que os relacionamentos conjugais

---

392 SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio. Sanções decorrentes da irresponsabilidade parental: para além da destituição do poder familiar e da responsabilidade civil. *Civilistica.com – Revista eletrônica de direito civil*, Rio de Janeiro, v.2, n.2, abr./jun. 2013. Disponível em: <http://civilistica.com/sancoes-decorrentes-dairresponsabilidade-parental/>. Acesso em: 12 jan. 2016.

393 MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.98.

394 Nesse sentido foi a decisão da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no REsp 1.352.529/SP de relatoria do Min. Luis Felipe Salomão, que determinou que se um homem, sabendo não ser pai de uma criança, adota-la à brasileira por meio do registro na certidão de nascimento, não poderá pedir sua posterior anulação uma vez formado o vínculo de socioafetividade, que possui a mesma relevância que o biológico.

395 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação*: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade, filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.463.

396 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação*: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade, filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.453.

397 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação*: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade, filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.453.

398 Não se está falando aqui em doadores de material genético, é claro.

são cada vez menos estáveis e mais efêmeros. As famílias monoparentais, recompostas e não biológicas compõem o cenário mundial e brasileiro; e, com elas, surgem novas questões que não podem ser ignoradas pelo mundo jurídico. Os papéis parentais e as formas de exercício da autoridade parental devem adaptar-se a essa nova realidade. É por todos esses motivos que o reconhecimento do parentesco socioafetivo pode gerar uma consequência embaraçosa para o operador do direito que escolha pensar a questão da multiparentalidade de forma estrutural ao invés de maneira funcional.

Nesse contexto, Ana Carolina Teixeira e Renata Rodrigues proclamam o fim de um dos paradigmas mais antigos do sistema jurídico: o da biparentalidade em prol da multiparentalidade.[399] Define-se multiparentalidade (ou pluriparentalidade) como a possibilidade de concomitância na determinação da filiação de uma pessoa, que – na acepção mais aceita tanto em doutrina[400] como em jurisprudência[401] - decorre do acúmulo de diferentes critérios de filiação. Afirma-se

---

399 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. A multiparentalidade como nova estrutura de parentesco na contemporaneidade. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v.4, p.15, abr./jun. 2015.

400 "[...] parece permissível a duplicidade de vínculos materno e paterno-filiais, principalmente quando um deles for socioafetivo e surgir, ou em complementação ao elo biológico jurídico pré-estabelecido, ou antecipadamente ao reconhecimento de paternidade ou maternidade biológica". (ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito civil:* famílias. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010. p.382-383).

401 "A solução que me parece ser a mais razoável e nisto há a concordância de todos os envolvidos, ou seja, o adolescente, os genitores e o requerente, além do parecer favorável do Ministério Público, é a de manter a paternidade já assentada e incluir também no referido registro a paternidade socioafetiva. [...] Ao nome do adolescente será acrescido, também, o patronímico do pai socioafetivo. Além disso, uma vez reconhecida a paternidade, esta não pode ser uma meia paternidade ou uma paternidade parcial. Se é pai, obviamente, é pai para todos os efeitos e não apenas para alguns efeitos. [...] Além disso, ambos os pais mantém relacionamento respeitoso e amigável, o que certamente facilitará o exercício da autoridade parental (poder familiar) agora não somente pelos dois genitores, mas também pelo requerente (pai socioafetivo), todos (os três) igualmente responsáveis pelo bem estar do adotando. Por tais razões, levando também em consideração a importância que o registro representa para o adotando, que não há prevalência entre a paternidade exercida pelo requerente (socioafetiva) e pelo genitor (biológica e socioafetiva), em especial, que o registro deve representar o que ocorre na vida real, não vejo razão para que não constem do registro o nome dos dois pais. Nenhum prejuízo advirá ao adolescente em razão deste fato, pelo contrário, só lhe trará benefícios. Outro aspecto a ser ponderado, é o de que, no caso específico em análise, poderia reconhecer a paternidade socioafetiva, pura e simplesmente, determinando a retificação do registro civil, com a inclusão do pai socioafetivo. As partes, no entanto, escolheram a via da adoção, que em última análise, também permite reconhecer a filiação socioafetiva, como se extrai com facilidade do disposto no artigo 50, III, do Estatuto da Criança e do Adolescente, cujos efeitos práticos e consequências jurídicas são as mesmas. Tanto uma solução quanto a outra atendem aos interesses das partes e firmam a filiação, para todos os efeitos. A dúvida que poderia surgir seria quanto ao rompimento dos vínculos com os pais biológicos e demais parentes. O art. 41, do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que a adoção rompe todos os vínculos com a família de origem, com exceção dos impedimentos matrimoniais. A regra, no entanto, não é absoluta, de modo que o próprio ECA, no mesmo artigo (§ 1.º), abre a possibilidade de exceções e uma delas é, justamente, quando o cônjuge adota o filho do outro, caso em que os vínculos não são rompidos. No caso dos autos a exceção estende-se evidentemente, também ao pai biológico, cujo vínculo não será afetado pela adoção por parte do requerente. Por fim, é preciso registrar que A. é um felizardo. Num País em que há milhares de crianças e adolescentes sem pai (a tal ponto que o

que, estando presentes os requisitos para a paternidade socioafetiva e existindo uma paternidade biológica, ambas as modalidades de paternidade podem coexistir.

É o que se pode observar no caso decidido pela Juíza Deisy Cristhian Lorena de Oliveira Ferraz, na 1ª Vara Cível da Comarca de Ariquemes/RO, nos autos da ação de investigação de paternidade nº 0012530-95.2010.8.22.0002 e comentado por Ana Carolina Brochado Teixeira e Renata de Lima Rodrigues. De acordo com as autoras, o caso decidido em 2011 possivelmente foi a primeira sentença a reconhecer a dupla paternidade propriamente dita, fazendo constar, na certidão de nascimento, os nomes do pai biológico e do afetivo, sem prejuízo da manutenção do registro materno.[402] Tratava-se da hipótese em que o pai biológico da criança era ex-companheiro da genitora, que passou a conviver com outro homem, tendo este registrado a criança.

Ocorre que, quatro meses depois, o pai registral e a mãe se separaram, mantida a relação dele com a criança. No entanto, quando a menina completou onze anos, conheceu seu pai biológico e realizou exame de DNA que comprovou o vínculo. Nesse contexto, a mãe ajuizou ação de anulação de registro para excluir o pai registral e incluir o pai biológico. Identificou-se que a menor, apesar de ter ficado feliz em conhecer seu pai biológico, ainda mantinha um vínculo afetivo muito forte com o seu pai registral, considerando-o seu pai tanto quanto antes. Assim, a juíza percebeu corretamente que o melhor interesse daquela criança era claramente ver ambas as paternidades reconhecidas, afinal, desta forma se garantiria "a plena potencialidade de um crescimento saudável", preservando seus vínculos preexistentes, sem deixar de incentivar a formação de laços afetivos também com o pai biológico. "Esse é um

---

Conselho Nacional de Justiça, Poder Judiciário, Ministério Público realizam campanhas para promover o registro de paternidade), ter dois pais é um privilégio. Dois pais presentes, amorosos, dedicados, de modo que o Direito não poderia deixar de retratar esta realidade. Trata-se de uma paternidade sedimentada, ao longo de muitos anos, pela convivência saudável, pela solidariedade, pelo companheirismo, por laços de confiança, de respeito, afeto, lealdade e, principalmente, de amor, que não podem ser ignorados pelo Direito e nem pelo Poder Judiciário." Sentença proferida nos autos da Ação de Adoção n.º 0038958-54.2012.8.16.0021, pela Vara da Infância e da Juventude da Comarca da Cascavel, Paraná (Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/ jurisprudencias/201302281223270.multiparent_sentpr.pdf>). Sobre a concomitância de maternidade, hipótese mais incomum, já decidiu o TJSP: "Maternidade Socioafetiva. Preservação da Maternidade Biológica. Respeito à memória da mãe biológica, falecida em decorrência do parto, e de sua família. Enteado criado como filho desde dois anos de idade. Filiação socioafetiva que tem amparo no art. 1.593 do Código Civil e decorre da posse do estado de filho, fruto de longa e estável convivência, aliado ao afeto e considerações mútuos, e sua manifestação pública, de forma a não deixar dúvida, a quem não conhece, de que se trata de parentes. A formação da família moderna não-consanguínea tem sua base na afetividade e nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Recurso provido". (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível n.º 0006422-26.2011.8.26.0286. Relator: Des. Alcides Leopoldo e Silva Júnior. Julgamento: 14/08/2012. Órgão Julgador: 1.ª Câmara de Direito Privado).

402 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. A multiparentalidade como nova estrutura de parentesco na contemporaneidade. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v.4, p.34, abr./jun. 2015.

exemplo a ser louvado, pois além de ter preservado a possibilidade dessa criança exercer todos os direitos fundamentais, lhe garantiu a possibilidade de uma infância minimizando perdas que o mundo adulto proporciona, mesmo sem querer".[403]

As autoras consideram, desta forma, que o direito deve acolher a multiparentalidade como fato jurídico presente na realidade social, uma vez que essa seria a melhor forma de tutelar as crianças dentro das diferentes formações familiares presentes nos dias de hoje. Não há motivo para que se descontruam as verdadeiras referências parentais, mesmo que múltiplas, uma vez que, suprimidas, podem gerar muito mais prejuízos que benefícios, sem trazer nenhum benefício, baseando-se em um "apego a concepções oitocentistas que não mais atendem à realidade atual".[404]

Ressalta-se, porém, que parte da doutrina ressalta que a principal armadilha que da multiparentalidade é a "multi-hereditariedade", ou seja, a possibilidade de um só filho herdar de vários pais diferentes.[405] Isso poderia servir como incentivo para que se busque a determinação da filiação especialmente por motivos patrimoniais. Sob esse prisma, parte da doutrina defende que a parentalidade socioafetiva, quando existente, deve bastar, e não se deveria poder perseguir o reconhecimento do pai biológico de outra forma senão pela busca da origem genética por meio da ação de investigação de ordem genética unicamente para este fim. Nesse caso, não se formaria uma relação de filiação com todos os seus efeitos.[406] Nesta perspectiva, Paulo Lôbo - ao definir as três "verdades reais" da parentalidade - afirma a existência de uma verdade biológica sem fins de parentesco, quando já existir pai socioafetivo, que seria justamente a busca da verdade para os fins de identidade genética, com natureza de direito da personalidade, mas fora do âmbito do direito de família.[407]

Contudo, essa linha de raciocínio não parece suficiente, já que o princípio da paternidade responsável exige que o pai biológico seja responsabilizado pelo desenvolvimento moral e

---

[403] Ibid., p.37-38.

[404] TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. A multiparentalidade como nova estrutura de parentesco na contemporaneidade. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v.4, p.37-38, abr./jun. 2015.

[405] FARIAS, Cristiano Chaves de. A família parental. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). Tratado de Direito das Famílias, Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p.256-257.

[406] FARIAS, loc. cit.

[407] LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito de família e os princípios constitucionais. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Tratado de direito das famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p.120.

material do filho que gerou, ressalvada apenas a hipótese de inseminação heteróloga por doador anônimo. Interessante o relato de João Baptista Villela sobre a proposta do direito alemão para a resolução da questão. Segundo o autor, lá não se pode falar em dupla paternidade, mas existe uma paternidade exclusivamente patrimonial denominada *Zahlvaterschaft* ou *Giltvaterschaft*. Essa paternidade econômica só valeria para certos fins, opondo-se à paternidade completa, denominada *Istvaterschaft*, que abarca as questões existenciais e patrimoniais.[408]

Esta solução poderia parecer sedutora, se não levássemos em conta a funcionalização da família de acordo com a legalidade constitucional. A questão não é fácil. Vale indagar uma hipótese não incomum como aquela em que um filho, após atingir a maioridade, busca o reconhecimento de seu pai biológico, que não o registrou porque sua mãe, após o relacionamento efêmero, casou com outra pessoa com quem constituiu família, teve outros filhos e até exerceu o papel de pai socioafetivo para o filho de seu primeiro casamento. É o que ocorre em muitas hipóteses denominadas "adoção à brasileira". Nesses casos, não se pode imaginar que poderia esse filho, sabendo da existência de seu "pai" biológico desejar esse reconhecimento por razões que não sejam somente patrimoniais? Seria justo limitar o direito a essa demanda? Embora não se possa forçar alguém a amar, pode-se abrir caminho para uma convivência que, por sua vez, talvez venha a gerar a solidariedade e a afetividade desejadas. Ele, afinal, não deveria exercer todas as funções de pai? O fato de outra pessoa ter assumido esse lugar impede que ele assuma sua responsabilidade caso ele e o filho assim desejem?

Ademais, não tutelar a multiparentalidade pode, muitas vezes, configurar uma limitação à proteção integral e ao melhor interesse da criança, a qual, ao criar verdadeiro laço de afetividade com um adulto a quem toma como referência parental, pode sofrer lesão em sua dignidade, notadamente por ser privada dessa convivência.[409]

Uma hipótese de multiparentalidade que aparece com mais frequência é a de "trisais" (três pessoas que se relacionam),[410] ou casais amigos, ou até grupos de amigos sem relacionamento

---

408 VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. *Revista da Faculdade de Direito*, n.21, p.405, 1979. Disponível em: <http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1156>. Acesso em: 10 jan. 2016.

409 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. A multiparentalidade como nova estrutura de parentesco na contemporaneidade. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v.4, p.23, abr./jun. 2015.

410 "No último dia 23 de novembro aconteceu um marco na vida de Paula, Klinger e Angélica: os três oficializaram a relação por meio de uma 'declaração de união poliafetiva', o que garante a eles alguns direitos que antes não possuíam enquanto trisal. Mas este é só o começo. [...] O objetivo maior, no entanto, seria conseguir uma certidão de casamento. [...] Outro objetivo é conseguir registrar o filho deles, que deve vir em 2016, com

entre si.[411] São hipóteses de multiparentalidade *a priori*, pois é planejada antes do nascimento, ao contrário das anteriormente citadas. Exemplo recente é a decisão de 2015, do Juízo da 2ª Vara de Família da Capital de Santa Catarina que concedeu a liminar requerida por um casal homoafetivo de mulheres e seu amigo, que engravidou uma delas, para que, ao nascimento da criança, os três fossem registrados em sua certidão de nascimento como seus pais.[412] O Ministério Público fez objeção à liminar e requereu sua revogação, mas a decisão foi mantida,

---

duas mães e um pai: 'A Paula vai gerar porque ela é mais velha, já tem 31 anos, mas ela mesma quer lutar para colocar a Angélica como mãe. Ela não vai gerar, mas será mãe da mesma forma'". (MERCURI, Isabela. Trisal de MT registra união poliafetiva e luta por certidão de casamento e para os três registrarem o filho. Disponível em: <http://www.olhardireto.com.br/conceito/noticias/exibir.asp?noticia=Trisal_de_MT_registra_uniao_poliafetiva_e_luta_por_certidao_de_casamento_e_para_os_tres_registrarem_o_filho&edt=7&id=9763>. Acesso em: 07 dez. 2015). Vide também: "Elas vivem juntas em um apartamento no Rio de Janeiro há três anos. Mas a relação veio a público e gerou polêmica no mês passado, depois que elas registraram a primeira união estável de três mulheres no Brasil. [...] Elas fizeram o registro em um cartório no Rio, com base em uma decisão do Supremo Tribunal Federal que, em 2011, permitiu que esses locais registrassem uniões civis entre casais homossexuais. [...] As três resolveram que a empresária irá engravidar por meio de inseminação artificial, já que ela é quem tem mais desejo de ser mãe. [...] As outras duas acrescentam que pretendem fazer um tratamento para poder amamentar o bebê. Mas elas têm consciência de que a batalha mais importante será conseguir registrar o filho em nome das três. 'Elas já formaram uma família e querem ser reconhecidas', diz à BBC Mundo Fernanda de Freitas Leitão, tabeliã e advogada que registrou a união. Ela acrescenta que o documento se encaixa nos fundamentos do Supremo para aceitar uniões de casais homossexuais e permitirá o registro multiparental de um filho do trio. (TRISAL de mulheres registra primeira união estável: "Nós três nos amamos". *Plox*, 03 nov. 2015. Disponível em: <http://www.plox.com.br/mulher/trisal-de-mulheres-registra-primeira-uniao-estavel-nos-tres-nos-amamos>. Acesso em: 07 dez. 2015).

411 Novíssima estrutura familiar que tem emergido é a família com *multipais* – na qual planeja-se previamente criar uma criança com dois ou mais pais legais. Recente exemplo é a de dois casais (um lésbico e um gay) que se conhecem há dez anos e planejaram por seis anos ter um filho juntos. E isso está prestes a se tornar realidade quando Daantje der à luz. Os dois casais são casados, mas o relacionamento de Jaco e Sjoerd também envolve uma terceira pessoa: um australiano chamado Sean, que é parceiro deles há três anos. Sean é tão parte da relação deles que vai ter um papel igual na criação do futuro filho da galera". (SPANJER, Noor. Essas cinco pessoas vão ter um bebê juntas. *Vice*, 2015. Disponível em: <http://www.vice.com/pt_br/read/estas-cinco-pessoas-vao-ter-um-bebe-juntas>. Acesso em: 12 dez. 2015).

412 "Os requerentes - Thiago, Gabriela e Carolina - admitem da realidade da família multiparental ainda em fase de gestação de Gabriela, anotando que esta e Carolina são casadas entre si (relação homoafetiva), como comprovado, resultando de que o autor Thiago, por consenso de todos, engravidou Gabriela, havendo previsão do nascimento para outubro de 2015. Essa exposição, por si, e na demonstração documental, evidencia que a criança terá duas mães e um pai, focando, no que interessa, em liminar, a conotação de afetividade na relação havida e experienciada por todos, aqui, objetivando integrar o bebê na multiparentalidade indicada, tudo, desde já, com caráter de preservação no registro civil, para consolidar esse acertamento. Defiro o pedido que busca desde já preservar o que corresponde à realidade familiar, dada a prevalência do afeto que expressa juridicamente o que de ocorrência no mundo concreto, na complexidade humana, e de interesse da criança por nascer, que recebe o reconhecimento em exame, desde já: duas mães e um pai. O nascituro goza do direito à filiação, desde a concepção; que está por nascer deve adquirir todos os direitos concedidos aos filhos já nascidos, pois a relação de parentesco não surge com o nascimento, e sim desde a concepção. Observa-se esse intento dos requerentes, que expressa a realidade familiar da multiparentalidade. Tudo resulta sem controvérsia e visa a integração familiar: duas mães e um pai biológico e ainda o nome dos avós paternos respectivos. Dado esse caráter relevante, defiro a medida excepcional que conforma um fato socioafetivo (também biológico). Assim, defiro a liminar para constar da certidão de nascimento da criança por nascer (tudo por cautela) o nome de duas mães (Gabriela M.G e Carolina C.G) e um pai biológico (Thiago P.M.M.), os quais contidos na inicial e avós respectivos, constantes dos documentos". (*Processo n.º 0318249-86.2015.8.24.0023*. 2.ª Vara de Família da Comarca da Capital de Santa Catarina, Juiz Flavio André Paz de Brum, pub. em 07/08/2015).

e confirmada na sentença. Ministério Público fez objeção à liminar e requereu sua revogação,[413] mas a decisão foi mantida, e confirmada na sentença.[414]

Hipótese semelhante que poderá gerar uma multiparentalidade *a priori* é a gestação compartilhada, atualmente reconhecida pela Resolução 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina, que trata das normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. A referida resolução reconheceu, expressamente, a possibilidade da gestação compartilhada em união homoafetiva feminina, mesmo que não haja infertilidade envolvida. Assim, uma das mulheres oferecerá o óvulo a ser fecundado, enquanto a outra gestará o bebê. É a participação conjunta mais intensa que essas duas parceiras do mesmo sexo podem conseguir na reprodução humana até hoje. É claro que a mulher que gestar o filho não compartilhará com ele o material genético, no entanto, haverá toda a relação emocional construída pela gestação. Não se pode ignorar que o material genético possa advir de um homem escolhido e não um doador anônimo, e que este também participe do projeto parental.

Anteriormente, a situação referida seria muito difícil de ocorrer, já que muitas regras rígidas são impostas sobre a gestação de substituição (a chamada "barriga de aluguel"). Até a citada resolução, o CFM exigia que as "doadoras temporárias de útero", termo por ele utilizado, fossem parentes consanguíneas em até quarto grau de um dos parceiros. Ressalta-se que essa nova resolução alterou essa previsão, também permitindo que demais casos possam existir mediante a autorização dos Conselhos Regionais de Medicina, o que pode ser visto como um avanço. Somando-se às técnicas reprodutivas modernas e aos avanços crescentes da medicina e ao reconhecimento do afeto como formador de vínculos de parentesco, parece insustentável

---

413 "O Ministério Público faz objeção à liminar, fls. 51/55, e pede a sua revogação. Porém, mantenho esse pronunciamento judicial, que tem alcance de proteção à criança por nascer, que em formação no ventre materno, e até porque, segundo o Código Civil (art. 1609, parágrafo único), o reconhecimento do filho pode preceder ao nascimento; desde já, na provocação judicial do pedido, via liminar, buscou-se inclusive salvaguardar direitos do nascituro, ao menos, e, sobretudo com o nascimento, e ainda pelo acompanhamento de todos (duas mães e um pai, e de admissão formal) no período da gestação, que demanda assistência ampla (saúde e outras questões da gestação). A relação havida entre os interessados, um homem e duas mulheres casadas entre si, é questão particular e subjetiva deles, e inclusive da escolha do presente método de fertilização (relações sexuais), sendo que o Direito protege a criança por nascer. [...] Registro que, no caso, não se trata de reconhecer/declarar judicialmente relação multiparental para a sua formalização, e sim proteção à criança com duas mães e um pai, tudo de admissão em juízo, cujo reconhecimento da paternidade/maternidade é prevalente. [...]". (*Processo n.º 0318249-86.2015.8.24.0023*. 2.ª Vara de Família da Comarca da Capital de Santa Catarina, Juiz Flavio André Paz de Brum, pub. em 13/08/2015).

414 "Julgo procedente, pois, o pedido para determinar que conste da certidão de nascimento da criança, fl. 98, o nome de duas mães (Gabriela M.G e Carolina C.G) e do pai biológico (Thiago P.M.M.), os quais contidos na inicial e avós respectivos, constantes dos documentos. Oficie-se ao registro civil, acrescentando, apenas, ainda o nome da mãe Carolina D.G e respectivos avós. [...]". (*Processo n.º 0318249-86.2015.8.24.0023*. 2.ª Vara de Família da Comarca da Capital de Santa Catarina, Juiz Flavio André Paz de Brum, pub. em 17/11/2015).

que o intérprete do direito se utilize de análises estáticas e estruturais das entidades familiares. A busca de interpretações dinâmicas e funcionais, despindo-se de velhos preconceitos e de discursos de ordem moral ou religiosa, mostra-se essencial para construir tutela concreta diante de uma realidade que o Estado democrático de Direito não pode ignorar.

UMA PROPOSTA DE PRIVATIZAÇÃO DAS RELAÇÕES CONJUGAIS*

A família transcendeu do modelo de uma rígida organização autoritária para tornar-se uma forma de convivência solidária na qual se desenvolve, de modo livre, a personalidade humana.[415] Em termos de conjugalidade e de relação essencialmente volitiva, a família só existe se e enquanto representa a vontade dos cônjuges, não cabendo ao Estado restringir sua constituição, nem dificultar sua dissolução. A descoberta do caminho de realização de seu projeto de vida pertence, de forma exclusiva, ao casal. Quando se trata de pessoas livres e iguais, soa ilegítima a heteronomia em matéria tão íntima, sendo a interferência estatal válida tão somente para garantir o exercício da liberdade.[416]

O direito de família positivado fotografa instantes de uma realidade mutante.[417] .[418] Se é assim, só é possível ver as entidades familiares previstas em lei como exemplificativas, admitindo-se a liberdade das pessoas de constituírem o modelo de família que melhor corresponde a seus anseios. Uma vez engajados por ato de autonomia, um se torna responsável pela construção do outro. Conviver e escolher permanecer juntos, em expressão da liberdade, origina a solidariedade, pois faz do outro algo especial a ser cuidado.[419]

A família recuperou sua função e rompeu com os obstáculos em sua vasta casuística, por meio da solidariedade que emerge nas relações familiares. É grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida, e passa a exigir uma "tutela jurídica mínima, que

---

* Optou-se pelo termo "conjugais" com único objetivo de distingui-lo das relações parentais, abordadas no capítulo anterior, englobando-se, portanto, neste capítulo as relações convivenciais, formalizadas ou não, inclusive as homoafetivas.

415 "La famiglia si stacca pertanto dal modello di una rigida organizzazione autoritaria per divenire una forma di convivenza solidale nella quale si svolge, in modo libero, la personalità umana. La famiglia, in definitiva, si pone in funzione della persona" (BIANCA, Cesare Massimo. *Famiglia*: Diritto. Disponível em: http://www.treccani.it/enciclopedia/famiglia_%28Enciclopedia_delle_scienze_sociali%29/. Acesso em: 13 de jan. 2016).

416 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *O direito das famílias entre a norma e a realidade.* São Paulo: Atlas, 2010. p.98-99.

417 FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família*: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.55.

418 FACHIN, loc. cit.

419 TEIXEIRA; RODRIGUES, op. cit., p.97.

respeite a liberdade de constituição, convivência e dissolução; a auto-responsabilidade; a igualdade irrestrita de direitos, embora com reconhecimento das diferenças naturais e culturais entre os gêneros";[420] a igualdade entre cônjuges e conviventes; igualdade entre irmãos biológicos, socioafetivos e adotivos; com respeito aos direitos fundamentais, fundados na solidariedade recíproca, que deve ser protegida acima de quaisquer interesses patrimoniais.

O amor e suas definições constituem desde sempre um enorme corpus, infinitamente construído com base nas mais diversas reflexões. Sendo assim, qual é o fundamento que legitima uma relação amorosa?[421] A resposta jurídica não está ligada às preferências éticas pessoais, mas, sim, ao quadro dos princípios dentro do qual deve ser colocado o *direito ao amor*.[422] Para Stefano Rodotà, estes princípios são igualdade e liberdade, solidariedade e dignidade, os quais, juntos, concorrem para definir o alcance da autodeterminação, ao mesmo tempo em que reclamam a necessidade do recíproco respeito como componentes do direito ao amor, fazendo emergir, assim, seu nítido caráter relacional.[423]

A família congrega a solidariedade que une seus integrantes no propósito da vida em comum e o respeito à individualidade que permite o desenvolvimento pessoal de cada um como um ente singular. É, assim, redimensionada para promover o valor personalidade.[424] Tantas são as variáveis culturais, éticas, políticas econômicas e religiosas que pressionam e modelam a família, e são tantas as imponderáveis aspirações e inspirações da pessoa na situação de família, que nenhum modelo pré-concebido e cerrado atenderia a umas e outras.[425]

Com a Constituição de 1988, o Estado inimigo das minorias, protagonista da repressão e da imposição da moral dominante, como se fosse a única legítima, cedeu passo ao Estado

---

420 LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v.36, n.141, p.99-100, jan./mar. 1999.

421 RODOTÀ, Stefano. Definire l'amore? In: _____. *Diritto d´amore*. Bari: Laterza, 2015. Disponível em: <https://tolinoreader.ibs.it/library/library.html#!/epub?id=DT0245.9788858123645>. Acesso em: 03 fev. 2016.

422 RODOTÀ, loc. cit.

423 RODOTÀ, loc. cit.

424 MENEZES, Joyceane Bezerra de. A família e o direito de personalidade. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Org.). *Direitos das famílias por juristas brasileiras.* São Paulo: Saraiva, 2013. p.92-93.

425 VILLELA, João Baptista. Liberdade e família. *O direito de família no senado: emendas ao projeto de Código Civil*. Belo Horizonte, UFMG, 1985. p.40.

solidário, agente da tolerância e da inclusão social.[426] Inaugurou-se uma nova fase do direito de família e, consequentemente, do casamento, baseada na adoção de um pluralismo familiar em que arranjos multifacetados são igualmente aptos a constituir família, recebendo todos eles a especial proteção do Estado. Por isso, não há que se negar o casamento para as famílias que por ele quiserem optar, se esta recusa for baseada em razões discriminatórias, tal qual foi durante tanto tempo com as homoafetivas.

A liberdade de casar convive com o espelho invertido da mesma liberdade, a de não permanecer casado.[427] O advento da Lei nº 11.441/07 representa, no âmbito das relações conjugais, um marco legislativo extremamente relevante. O diploma em referência foi responsável, entre outras alterações, por acrescer o art. 1.124-A ao Código de Processo Civil de 1973. O artigo específico passou a permitir o processamento extrajudicial das separações e dos divórcios consensuais, em não havendo filho menor ou incapaz do casal, independentemente de homologação judicial. O conteúdo do art. 1.124-A foi reproduzido pelo novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), em seu art. 733, que, além de excepcionar os interesses de filhos menores ou incapazes, faz menção também aos direitos de eventual nascituro.[428]

Considerada por si só, a alteração levada a cabo em 2007 parece indicar uma (tardia) tendência no sentido da desjudicialização das relações conjugais e, consequentemente, de um menor intervencionismo do Estado em relação ao exercício da autonomia existencial nas relações conjugais. Ao mesmo tempo, oportuniza uma alternativa significantemente mais célere, mais informal e menos custosa, tanto financeira como emocionalmente, para formalizar o fim da vida conjugal.

De fato, a vida familiar contemporânea evoluiu de tal forma que a imposição de empecilhos pelo Estado no sentido de dificultar a separação do casal, sob o suposto pretexto de preservar a família, não faz mais nenhum sentido. Como se sabe, no passado, a certidão de casamento revestia as relações sexuais sob o manto da legalidade, além de assegurar aos

---

426 BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, n.17, p.105-138, jan./jun. 2011. p.113.

427 FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família*: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.169.

428 "Art. 733. O divórcio consensual, a separação consensual e a extinção consensual de união estável, não havendo nascituro ou filhos incapazes e observados os requisitos legais, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições de que trata o art. 731."

envolvidos a conformação a certas expectativas sociais.[429] Este, no entanto, não é mais o papel desempenhado pelo instituto que, inclusive, deixou de ser a única modalidade de união legitimada pelo direito.

Na estrutura hierarquizada da família, se a liberdade regia as situações patrimoniais, o arbítrio era o traço marcante das relações existenciais. Sob a égide do Estado liberal, a autonomia privada no âmbito familiar só poderia ser pensada de uma ótica patrimonialista, exclusivamente patriarcal e matrimonializada. A liberdade, vista do ponto de vista existencial, restringia-se a um perfil negativo, sendo transportada, sem nenhuma mediação, da lógica patrimonial para a existencial.

Algo bastante diverso é a ideia de liberdade plural disposta no texto constitucional, que não parte do patrimonial para o existencial, "mas antes visa a superlativizar este último ante o primeiro, por meio de ressignificações possíveis de um conceito outrora cativo a um lugar patrimonial que, contemporaneamente, não pode ser visto sequer como seu locus privilegiado."[430]

A passagem da família instituição, que se sobrepunha a seus componentes, para a família instrumento, "que coloca as aspirações coexistenciais dos seus membros acima do 'todo' institucional",[431] apreendida, sobretudo, pelo tratamento constitucionalmente oferecido a essas relações, modifica o destino das próprias prestações funcionais que se espera da família.[432] E isso ocorre não de tentativa de recondução a um conceito contratualista de família, mas "de uma liberdade que se manifesta e se constrói no viver – e não, simplesmente,

---

429 Em tradução livre: "A licença conferida pelo Estado era uma forma de garantir que a atividade sexual não seria um crime; além do que era difícil adotar crianças fora da relação conjugal. Mas o casamento oficial já não tem essa função. Na verdade, as pessoas agora têm o direito constitucionalmente garantido de ter relações sexuais mesmo se não forem casadas - e de se tornarem pais, inclusive pais adotivos, sem o auxílio do casamento. Agora que o casamento não é uma condição jurídica, nem para se fazer sexo nem para se ter filhos, o papel de licenciamento do Estado parece menos importante". (*Nudge*, Cap. Privatizing Marriage. SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. *Nudge*: improving decisions about health, wealth and happiness. New Haven, CT: Yale University Press, New Haven, 2008. p.219). No original: *"A state license was a way of ensuring that sexual activity would not be a crime; and it was difficult to adopt children outside of the marital relationship. But official marriage no longer has this role. Indeed, people now have a constitutional right to have sexual relationships even if they are not married – and people become parents, including adoptive parents, without the benefit of marriage. Now that marriage is not a legal precondition for having either sex or children, the state's licensing role seems less important.*

430 RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)*: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011. p.318.

431 Ibid., p.322.

432 RUZYK, loc. cit.

na gênese formal de um modelo unitário de família por meio da categoria abstrata do negócio jurídico".[433]

Se a expressão jurídica da família tem, entre suas funções, o exercício, a proteção e a promoção de liberdade(s), admitir uma interpretação restritiva que elimine, em termos concretos, a proteção jurídica de opções de constituição familiar livres na normatividade que esse (con)viver enseja, pode ser encarado como uma violação dessa dimensão funcional. Na medida em que a família é um espaço de autoconstituição coexistencial, não cabe nem ao Estado, nem à comunidade, a definição de como essa autoconstituição será desenvolvida.

A repercussão que o casamento como um modelo jurídico de família de lugar de não liberdade ensejou no direito brasileiro pode ser percebida até os dias de hoje. A ausência de proteção jurídica da liberdade de quem opta por um modelo de família não expresso na lei ou no texto constitucional é, a rigor, a afirmação de que o direito não reconhece como passível de tutela aquela forma de autoconstituição, o que viola a dignidade da pessoa humana.

As relações familiares frequentemente abarcam situações extremamente complexas, cujos efeitos transitam pela zona mais cinzenta entre a patrimonialidade e a extrapatrimonialidade. Assim, assinalam Ana Carolina Brochado Teixeira e Carlos Nelson Konder que o estudo de ambos os aspectos e a função que as relações patrimoniais de família podem gerar merecem especial atenção, "mormente no que se refere ao pacto antenupcial, aos alimentos e à autoridade parental".[434]

Os pactos antenupciais celebrados antes do casamento[435] ou, no caso da união estável, os contratos de convivência, visam, no direito brasileiro, a regular as relações patrimoniais entre cônjuges ou companheiros, da forma coerente com seu projeto de vida. Assim, "não obstante estejamos a falar de questões de natureza eminentemente patrimonial, não se pode descurar

---

433 RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)*: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011. p.325.

434 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Diálogos sobre direito civil.* Rio de Janeiro: Renovar, 2012. v.3. p.14-15.

435 Nos Estados Unidos, os pactos podem até mesmo ser atualizados após anos de casamento para incluir questões supervenientes, como a guarda dos filhos, e corrigir situações que tenham se desatualizado. É o caso dos artistas americanos Beyoncé e Jay-Z, que possuíam um pacto antenupcial que se desatualizou com o tempo. A solução foi a celebração de um chamado "post nuptial agreement", ou um pacto pós-nupcial que, entre outras coisas, dividiu a guarda da filha do casal em caso de eventual separação. Para mais informações, v., <http:intouchweekly.com/posts/Beyonce-jay-z-divorce-89291>. Acesso em: 02/02/2016.

que elas servem a um projeto existencial, de construção de uma família".[436] A escolha do regime de bens tanto pode vir a refletir tanto em prol da construção da realidade financeira e emocional daquele núcleo familiar como pode tornar-se a causa motivadora de divórcio, já que essa opção está intrinsecamente vinculada aos aspectos patrimoniais e ao equilíbrio psicológico dos membros da família.[437]

O legislador brasileiro, no que tange à opção pelo regime de bens, prestigiou a autonomia conjugal, não sendo os bens constantes no Código Civil restritas opções *numerus clausus*. Os direitos de livre pactuação e alteração são coerentes com as diretrizes de um direito de família constitucionalizado, que tem como premissa de que a união conjugal é uma comunhão plena de vida. Para que isso ocorra, nada melhor do que as próprias partes escolherem as regras que regerão sua relação.[438]

No entanto, qual seria o limite da autonomia das partes na escolha das normas que regerão a conjugalidade: essa liberdade se restringe ao aspecto patrimonial ou deveria englobar, também, a seara existencial? Em caso positivo, seriam os "pactos antenupciais" instrumentos adequados para conter "regras existenciais", com dispensa, por exemplo de deveres conjugais e convivenciais previstos em lei? Por meio de uma análise legalista, a resposta, de plano, seria negativa.[439]

Entretanto, no âmbito de um Estado Democrático de Direito – em que se renova o conceito de ordem pública de modo a atrelá-lo à realização da dignidade humana –, vem sendo discutida a possibilidade de o próprio casal construir a sua ordem familiar. Isso se dá pela viabilidade de os cônjuges ou companheiros pactuarem – e recombinarem no curso do casamento – as regras que regerão sua relação conjugal, independentemente de essas disposições coincidirem ou não com as disposições legais. O pacto antenupcial, portanto, é um bom exemplo de uma situação jurídica patrimonial que pode ter também função existencial.

O mesmo ocorre com os alimentos, que têm como natureza uma verba pecuniária cuja finalidade é fazer frente ao sustento de pessoas que estão desprovidas de condições de arcarem,

---

436 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Diálogos sobre direito civil.* Rio de Janeiro: Renovar, 2012. v.3. p.15.

437 TEIXEIRA; KONDER, loc. cit.

438 TEIXEIRA; KONDER, loc. cit.

439 Ibid., p.16.

sozinhas, com a própria subsistência, de acordo com o art. 1.695 do Código Civil de 2002. Trata-se de "aspecto patrimonial intensamente funcionalizado a um componente existencial – a subsistência do alimentando".[440]

No entanto, ressalta-se que a grande dificuldade ocorre quando o fundamento justificativo da situação envolve os dois aspectos com graus similares de intensidade, pois a situação pode ser patrimonial, existencial ou, às vezes, ambas, já que algumas situações patrimoniais são instrumentos para a realização de interesses existenciais ou pessoais.[441] A distinção se faz necessária tendo em vista a instrumentalidade indireta das situações patrimoniais à concretização da dignidade, pois seu principal objetivo é a realização de uma função social. Assim, sintetizam Ana Carolina Brochado Teixeira e Carlos Nelson Konder que "as situações patrimoniais têm função social e as existenciais, apenas função pessoal" – se é que se pode atribuir a elas algum tipo de função.[442]

Sob essa perspectiva é que se pretende analisar a necessidade de se conferir aos particulares autonomia para concretizar as escolhas que garantam sua realização pessoal nas relações conjugais e convivenciais. Não é de hoje que se exaltam as liberdades na seara conjugal. Com toda a ênfase, João Baptista Villela já aclamava que era "um delírio do Estado casar *ex officio* aqueles que não quiseram casar *motu proprio*". Por isso inconcebível aplicar a normativa do casamento para as pessoas que deliberadamente fizeram a opção por uma união livre, cabendo a elas o direito de viverem segundo as próprias regras, e não segundo aquelas que deliberadamente rejeitaram.[443]

---

440 Complementa Rose Melo Vencelau Meireles: "Nem sempre será possível afirmar que uma relação jurídica é existencial ou patrimonial, pois não é raro que ambos os interesses estejam nela envolvidos. As situações jurídicas podem refletir interesses existenciais e patrimoniais ao mesmo tempo. E isto não porque a relação patrimonial é funcionalizada a promoção de valores existenciais, como ocorre em todos os institutos jurídicos, mas sim porque é composta de situações existenciais e de situações patrimoniais". (MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.47-48).

441 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Diálogos sobre direito civil.* Rio de Janeiro: Renovar, 2012. v.3. p.8.

442 TEIXEIRA; KONDER, loc. cit.

443 VILLELA, João Baptista. *Repensando o direito de família*. Disponível em: <http://jfgontijo.com.br/2008/artigos_pdf/Joao_Baptista_Villela/RepensandoDireito.pdf >. Acesso em: 03 fev. 2016. p.3.

Em doutrina, fala-se hoje de um "Direito de Família Mínimo", que propaga a menor intervenção possível do Estado nas relações familiares, ressalvadas hipóteses excepcionais.[444] Com efeito, um dos aspectos que reforçam a principiologia minimalista do direito de família é a excessiva judicialização dos conflitos existentes nessa seara.[445,446]

O Estado deve cumprir papel promocional por meio de uma tutela que não implique, necessariamente, intervenção. O texto legal prevê[447] o que se poderia denominar de uma cláusula geral de reserva de intimidade, que tem como norte as diretivas gerais constitucionais, com o objetivo de implementar condições para o desenvolvimento das personalidades e da dignidade de cada um dos cônjuges e conviventes num espaço relacional.[448]

3.1 **A pluralidade dos modelos jurídicos de família**

No descompasso entre Direito e realidade, o Judiciário é demandado a tutelar peculiares situações de fato assumindo, por vezes, papel protagonista. O caminho percorrido para o reconhecimento da união estável como entidade familiar no direito brasileiro demonstra esse

---

444 "A expressão direito de família mínimo é colhida do direito penal, seara na qual se presencia fenômeno semelhante, propugnando-se um direito penal mínimo, uma vez que o Estado somente deve utilizar o direito penal para tutelar os bens mais caros à sociedade (fragmentaridade) e como extrema ou ultima ratio (intervenção mínima propriamente dita), quando insuficiente a tutela promovida por outros instrumentos sociais, como a família, a coletividade, o direito administrativo, o direito civil etc". (ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Direito de família mínimo*: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.144).

445 Assinala Marília Xavier que as questões ligadas à família figuram como a terceira causa que motiva o cidadão brasileiro a buscar o Poder Judiciário. Lamentavelmente, destaca que ainda há em nosso país uma cultura de submeter ao crivo do Poder Judiciário o deslinde desses casos, embora a vivência dos profissionais militantes na área revele que a eleição dessa via nem sempre será o melhor caminho. (Disponível em: <http://virtualbib.fgv.br/dspace/bitstream/handle/ 10438/7727/RelICJBrasil3tri2010%>. Acesso em: 15 dez. 2015). (XAVIER, Marília Pedroso. *Contrato de namoro*: amor líquido e direito de família mínimo. 2011. 128 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011. p.60).

446 A excessiva judicialização do direito de família já foi explorada no item 1.5 desta tese.

447 "Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família".

448 CARBONERA, Silvana Maria. *Reserva de intimidade*: uma possível tutela da dignidade no espaço relacional da conjugalidade. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.268-269.

percurso, que se iniciou em 1964, quando o Supremo Tribunal Federal aprovou o enunciado nº 380 de sua Súmula,[449] por meio do qual reconheceu a partilha do patrimônio adquirido por esforço comum, na ocasião de dissolução judicial de sociedade de fato. No mesmo ano, a Corte Constitucional também produziu o enunciado nº 382,[450] que estabelecia a desnecessidade da convivência *more uxorio* para a caracterização do concubinato, de forma a proteger e a respaldar a realidade de diversas relações informais. A jurisprudência também passou a reconhecer a possibilidade de indenização à concubina pelos serviços domésticos prestados durante o concubinato, numa tentativa de respaldá-la economicamente, ainda que de forma mínima, na ocasião da dissolução do relacionamento quando não comprovada sociedade de fato que caracterizasse direito à meação.[451]

Foi somente com a Constituição de 1988, contudo, que as uniões de fato alcançaram reconhecimento e, consequentemente, a respectiva tutela jurídica como entidade familiar, sob a nomenclatura de união estável. Em seguida, foram promulgadas as Leis nº 8.971, em 29 de dezembro de 1994, e nº 9.278, em 10 de maio de 1996, que regulamentaram matéria relativa à união estável, conferindo-lhe requisitos, direitos e deveres recíprocos, ainda que de maneira incipiente. Por fim, com o advento do Código Civil de 2002, o regime da união estável foi amplamente sistematizado.[452]

Além de reconhecer a união estável como entidade familiar digna de proteção do Estado, o § 3.º do art. 226 também dispõe que a lei deve facilitar sua conversão em casamento. Nesse ponto, surgiram as primeiras controvérsias interpretativas em relação ao caráter igualitário

---

449 Enunciado 380 da Súmula não vinculante 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".

450 Enunciado 382 da Súmula não vinculante do STF: "A vida em comum sob o mesmo teto, 'more uxorio', não é indispensável à caracterização do concubinato".

451 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 104.764/SP*. Relator: Min. Néri da Silveira. Julgamento: 22.4.1988. Órgão Julgador: Primeira Turma; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 105.206/GO*. Relator: Min. Rafael Mayer. Julgamento: 14.6.1985. Órgão Julgador: Primeira Turma; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 102.130/RJ*. Relator: Min. Soarez Muñoz. Julgamento: 30.4.1984. Órgão Julgador: Primeira Turma; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 96.400/PR*. Relator: Min. Djaci Falcão. Julgamento: 4.5.1982 Órgão Julgador: Segunda Truma; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 91.212/SP*. Relator: Min. Rafael Mayer. Julgamento: 7.8.1979. Órgão Julgador: Primeira Turma; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 84.969/RJ*. Relator: Min. Cordeiro Guerra. Julgamento: 29.10.1976. Órgão Julgador: Segunda Turma.

452 LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil*: famílias. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.170.

dispensado pela Constituição às diversas formas de arranjos familiares.[453] Atualmente, o entendimento majoritário em doutrina afasta qualquer interpretação discriminatória que alce o casamento a uma posição de superioridade em relação às demais entidades familiares,[454] entretanto, ainda se afirma que a previsão de que a conversão da união estável em casamento será facilitada por lei[455] estaria localizando-a num patamar entre o casamento e o concubinato, tratando-a como se fosse um "primeiro passo para o casamento", o qual seria "a forma por excelência da organização familiar", o "objetivo final a ser atingido".[456]

Na legalidade constitucional, não se pode inferir que a união estável seja uma entidade familiar preliminar ou de segunda categoria em relação ao matrimônio, sendo a única interpretação cabível a de que constitui mera instrução operacional,[457] diante de dois diferentes modelos familiares, dotados de análogas relevância jurídica e dignidade,[458] a serem escolhidos conforme a conveniência e a liberdade de escolha de seus membros. A única motivação que seria concebível dentro da axiologia constitucional para a disposição do legislador constituinte é a de que, em vista do princípio da liberdade de constituição de família,[459] os conviventes

---

453 NAMUR, Samir. *Autonomia privada para a constituição da família.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p.127-128: Entende o autor que, no plano legislativo, o Código Civil e a Constituição apontam para uma inferioridade da união estável diante do casamento, ao prever que a conversão da união estável em casamento será facilitada por lei (art. 226, § 3.º, da CF; art. 1726 do CC; e art. 8.º da Lei n.º 9.276/1996), norma esta que ainda não foi regulamentada.

454 Ver por todos TEPEDINO, Gustavo.A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: BARRETTO, Vicente (Org.). *A nova família*: problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p.47-69: "Daí igualmente o porquê da determinação ao legislador ordinário no sentido de facilitar a conversão em casamento das uniões estáveis (art. 226, § 3.º). Ou seja, quis o constituinte que o legislador ordinário facilitasse a transformação (do título de fundação) formal das entidades familiares, certo de que, com o ato jurídico solene do casamento, seriam mais seguras as relações familiares. Não pretendeu, com isso, o constituinte criar famílias de primeira e segunda classe, já que previu, pura e simplesmente, diversas modalidades de entidades familiares, em igualdade de situação. Pretendeu, ao contrário, no sentido de oferecer proteção igual a todas as comunidades familiares, que fosse facilitada a transformação do título das uniões estáveis, de modo a que a estas pudesse ser estendido o regime jurídico peculiar às relações formais".

455 Art. 226, § 3.º, da CF/88 e art. 1726 do Código Civil.

456 NAMUR, op. cit., p.127-128. Assim, entende o autor pela "necessidade de se fazer uso da interpretação constitucional, através dos princípios da igualdade, da dignidade e da não discriminação, para inferir a existência da igualdade de tratamento entre as duas formas de constituição de família em análise, a fim de que não se dê maior tutela a quem optou pela simples celebração de um ato formal, qual seja, o casamento".

457 SILVA, Marcos Alves da. *Da monogamia*: a sua superação como principio estruturante do direito de família. Curitiba: Juruá, 2013. v.1. p.130-131.

458 RODOTÀ, Stéfano. *Solidarietà*: un'utopia necessaria. Bari: Laterza, 2014. p.53.

459 LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil*: famílias. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.182.

possam querer converter a união estável em casamento pela vantagem de obterem maior segurança jurídica, diante do alto grau de formalidade deste.[460]

Duas razões relativamente simples explicam a preocupação do constituinte com a referida facilitação da conversão, como esclarecem Maria Celina Bodin de Moraes e Ana Carolina Brochado Teixeira: "a primeira é a maior segurança que o casamento ainda traz, bastando uma certidão para comprovar-se a relação. A outra se refere ao momento histórico em que foi promulgada a Constituição, momento em que poucos eram os direitos reconhecidos às famílias não fundadas no casamento". Todavia, como bem esclarecem as autoras, a realidade atual é muito diferente, "tendo sido a própria Constituição fomentadora desta mudança – e a razão que justificava aquela preocupação desapareceu. As distinções, portanto, entre as duas entidades familiares são apenas formais, pois na substância elas se confundem".[461]

Além da união estável, a Constituição também eleva a família monoparental ao *status* de entidade familiar (art. 226, § 4.º). Entretanto, como já destacado no primeiro capítulo, no qual foram tratados os pressupostos teóricos desta tese, num ordenamento erigido sobre os princípios fundamentais da igualdade, da liberdade e da solidariedade, não se poderia admitir que esses sejam os únicos modelos de família merecedores de tutela constitucional, eis que não se trata de um rol taxativo, mas meramente exemplificativo.[462] Nesta linha, eventual regulação que hierarquize entidades familiares não regulamentadas expressamente pela legislação

---

460 TEPEDINO, Gustavo. Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. In: _____. *Temas de direito civil*. 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.407-408.

461 BODIN DE MORAES, Maria Celina; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Comentário ao artigo 226. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p.2119.

462 "Os tipos de entidades familiares explicitados nos parágrafos do art. 226 da Constituição são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa. As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família indicado no caput. Como todo conceito indeterminado, depende de concretização dos tipos, na experiência da vida, conduzindo à tipicidade aberta, dotada de ductilidade e adaptabilidade". (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades familiares constitucionalizadas*: para além do numerus clausus. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2016). No mesmo sentido: FACHIN, Luiz Edson. Famílias: entre o Público e o Privado. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Família*: entre o Público e o Privado. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2012. p.161; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v.1. p.192 a 195.

infraconstitucional ou especial constituiria uma violação ao principio constitucional da igualdade entre as formas de família e, em decorrência, ao princípio da dignidade da pessoa humana.[463]

A funcionalização dos institutos jurídicos e a unidade do ordenamento impõem uma interpretação sistemática que impede tratamento dispensado à família segundo sua estrutura, para tutelar, tão somente, aquelas famílias que realizem sua função,[464] de modo que não se sustenta nenhuma restrição apriorística às diversas manifestações quanto ao tipo de família que cada pessoa pretenda formar.[465] A análise de merecimento de tutela das relações conjugais e convivenciais de acordo com a principiologia constitucional não deve ser pautada unicamente nos paradigmas do casamento e da monogamia, em que pese serem esses os valores que prevalecem em nossa sociedade.

A Constituição tutela amplamente as mais diversas formas de relações familiares, ainda que culturalmente vigorem parâmetros advindos do casamento, principalmente no que tange a valores de cunho religiosos e moralistas.[466] De fato, o casamento consiste numa opção caracterizada pela solenidade e formalidade, escolha profundamente pensada aqueles que a ele aderem, e que, portanto, aceitam espontânea e conscientemente todas as normas e imposições advindas do regime jurídico próprio por convicções que certamente devem ser respeitadas, mas não impostas pela ordem jurídica. A Constituição Federal, como esclarece Gustavo Tepedino, não pretendeu equiparar entidades heterogêneas, identificando a relação familiar de fato com o mais solene dos atos jurídicos. "O casamento, com efeito, como ato jurídico, pressupõe uma profunda e prévia reflexão de quem o contrai, [...] dada a certeza e a segurança que oferecem os atos solenes".[467] Por sua vez, a união estável e as demais uniões informais têm como base

---

463 NAMUR, Samir. *Autonomia privada para a constituição da família.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p.134-135.

464 BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função:* novos estudos de teoria do direito. São Paulo: Manole, 2007. p.13..

465 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A tensão entre ordem pública e autonomia privada no direito de família contemporâneo: da não intervenção do Estado na (des)constituição familiar e na comunhão de vida. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *O direito das famílias*: entre a norma e a realidade. São Paulo: Atlas, 2010. p.102.

466 Como ressalta Paulo Lôbo, "Apesar do advento mais que centenário do Estado laico, houve e ainda há tentativas de imposições de valores religiosos no ordenamento jurídico das relações familiares". (LÔBO, Paulo Luiz Netto. Estado laico é conquista de todos e das famílias. *Revista Consultor Jurídico*, 06, dez. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-dez-06/processo-familiar-estado-laico-conquista-todos-familias>. Acesso em: 13 dez. 2015).

467 LÔBO, Paulo Luiz Netto. loc. cit.

uma relação decorrente de uma situação de fato, muito mais flexível e fluida, de regime e requisitos constitutivos próprios, não sendo possível aplicar-se, de plano, os efeitos jurídicos do matrimônio a tais relações.[468] Exigir delas qualquer formalização ou solenidade, a seu turno, implicaria a destruição de sua essência, além de culminar na exclusão de inúmeras relações familiares como produtoras de efeitos jurídicos, indo contra a *ratio* trazida pelo sistema constitucional brasileiro.[469]

De fato, as formas de família mais frequentemente adotadas no Brasil são o casamento e a união estável e é importante, nesse ponto, que se entendam esses modelos como essencialmente distintos, embora, muitas vezes, se pretenda aproximar os dois institutos.[470] A atribuição de uma maior liberdade, principalmente no que se refere às formalidades e aos deveres entre conviventes e, portanto, a uma menor segurança jurídica, ocorre, justamente, diante da informalidade optada por aqueles que buscam o modelo familiar da união estável. Isso não significa que haja prevalência do casamento como forma de família perante o Estado, pois ambos os modelos são merecedores da mesma tutela estatal, embora preservem aspectos distintos em sua essência. Ou seja, "o tratamento jurídico das entidades familiares será diversificado na medida em que estas se diferenciem". Por outro lado, "onde houver identificação de situações, especialmente em virtude do amor, respeito e solidariedade que informam os laços familiares, o tratamento deve ser equiparado".[471]

---

468 " [...] a união estável, ao contrário, formada pela sucessão de eventos naturais que caracterizam uma relação de fato, tem outros elementos constitutivos, identificáveis ao longo do tempo, na medida em que se consolida a vida comum. Aí está o cerne da questão: os efeitos jurídicos que decorrem de ato solene consubstanciado pelo casamento, cujo substrato axiológico vincula-se ao estado civil e à segurança que as relações sociais reclamam, não podem se aplicar à união estável por diversidade de *ratio*. À união estável, como entidade familiar, aplicam-se, em contraponto, todos os efeitos jurídicos próprios da família, não diferenciando o constituinte, para efeito de proteção do Estado (e, portanto, para todos os efeitos legais, sendo certo que as normas jurídicas são emanação do poder estatal), a entidade familiar constituída pelo casamento daquela constituída pela conduta espontânea e continuada dos companheiros, não fundada no matrimônio". (TEPEDINO, Gustavo. Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. In: _____. *Temas de direito civil*. 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.407-408).

469 SILVA, Marcos Alves da. *Da monogamia*: a sua superação como principio estruturante do direito de família. Curitiba: Juruá, 2013. v.1. 134-135.

470 NEVARES, Ana Luiza Maia. *A tutela sucessória do cônjuge do companheiro na legalidade constitucional*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.161-162.

471 Como discorre Ana Luiza Maia Nevares: "Note-se que não se nega que cada entidade familiar tenha o seu próprio estatuto normativo. Porém, o tratamento jurídico das entidades familiares será diversificado na medida em que estas se diferenciem, não sendo admissível que a justificativa para uma regulamentação jurídica diversa esteja assentada numa suposta hierarquia axiológica entre as mesmas. Se todas as pessoas são igualmente dignas, e não há quem ouse negar esta afirmativa, não pode haver maior proteção para umas, em detrimento

Interpretação diversa não estaria em consonância com uma análise sistemática do ordenamento jurídico, nem de acordo com os ditames constitucionais. De fato, na época da família cristalizada e singular, aqueles que viviam em uniões estáveis eram os que predominantemente não podiam casar, em razão dos impedimentos matrimoniais. Hoje, com as uniões estáveis igualmente legitimadas perante a sociedade e o direito, muitas pessoas optam por esse modelo para, justamente, ter mais liberdade na criação das regras que regem seu projeto familiar. As pessoas, em muitos casos, simplesmente não querem casar por opção.

O papel do direito consiste em assegurar a liberdade do indivíduo em face do reconhecimento do que deve proteger e do que não deve discriminar em suas escolhas pessoais.[472] Portanto, cabe ao Estado "proteger juridicamente essa liberdade positiva, como liberdade vivida, por meio do reconhecimento da normatividade que dali emerge",[473] trazendo as livres concepções familiares para o âmbito da legalidade, "independentemente de modelos jurídicos apriorísticos".[474]

Como se percebe, a equiparação entre os dois institutos consiste em grave equívoco. A possibilidade de conversão da união estável em casamento, caso os envolvidos assim desejem, não deve ser interpretada, no contexto atual, como induzimento a um modelo o qual as partes conscientemente escolheram afastar. Do ponto de vista das relações conjugais e convivenciais é o principio da liberdade que deve vigorar, respeitando-se as diferenças e as particularidades de cada formato eleito pelas partes. Assim, a pretensão de impor qualquer formalização à união estável – exigindo-se, por exemplo, outorga entre conviventes ou aplicação dos deveres conjugais inerentes ao casamento – é insustentável com a tábua de valores disposta no texto constitucional, uma vez que as pessoas optam por não casar justamente para ter menor intervenção estatal e maior autonomia em suas uniões. De modo diverso, a axiologia constitucional dispõe a mesma tutela às diversas formas de entidades familiares, prevalecendo, nas situações de vulnerabilidade, o principio da solidariedade familiar. Assim, quando há

---

de outras, pela escolha da forma de constituição da família, uma vez que todas as entidades familiares desempenham a mesma função: promover o desenvolvimento de seus membros. Onde houver identificação de situações, especialmente em virtude do amor, respeito e solidariedade que informam os laços familiares, o tratamento deve ser equiparado". (NEVARES, Ana Luiza Maia. *A tutela sucessória do cônjuge do companheiro na legalidade constitucional*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.161-162).

472 NAMUR, Samir. *Autonomia privada para a constituição da família.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p.126.

473 RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)*: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011. p.329.

474 RUZYK, loc. cit.

necessidade ou desequilíbrio de uma das partes, como em hipóteses específicas – alimentos em razão de incapacidade e necessidade de uma das partes, por exemplo – prevalece a solidariedade e justifica-se o tratamento equiparado.

No que tange à constituição da família – embora a doutrina tenha apontado três requisitos ditos imprescindíveis para sua existência, quais sejam, a afetividade, a estabilidade e a ostensibilidade da convivência –,[475] entende-se que os parâmetros doutrinários podem auxiliar na identificação de uma entidade familiar, não consubstanciando requisitos cumulativos essenciais.[476] A recusa, *a priori,* de reconhecimento de efeitos jurídicos às relações familiares que prescindam de um ou mais dos requisitos aludidos fere o desenvolvimento da personalidade da pessoa, privando-a de realizar seu projeto familiar, que é "uma das dimensões que dão sentido à sua própria existência".[477] Entretanto, ao mesmo tempo em que se deve tutelar e reconhecer as diversas famílias constituídas de forma plural e não taxativa, mostra-se necessária a reflexão acerca de como a regulamentação deva ocorrer a fim de que não afete a liberdade de escolha dos indivíduos.

É preciso destacar que não se procura aqui defender um Estado ausente, mas sim espaços de autodeterminação para realizar a autonomia existencial. Para tanto, mostra-se fundamental a privatização das relações conjugais e convivenciais, salvaguardando-se as situações de vulnerabilidade e desigualdade material,[478] em que se faz necessária a ação positiva do Estado[479] diante do princípio da solidariedade e da dignidade da pessoa humana.

---

475 Defendendo os requisitos mencionados: LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil*: famílias. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.172.

476 Da mesma forma entendem: SCHREIBER, Anderson. *Famílias simultâneas e redes familiares.* In: _____. *Direito civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013. p.300; NAMUR, Samir. *Autonomia privada para a constituição da família.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p.164-166.

477 FACHIN, Luiz Edson. Famílias: entre o Público e o Privado. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Família*: entre o Público e o Privado. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2012. p.162.

478 "[...] o direito de família contemporâneo revela-se mais privado do que nunca. Todavia, excepcionalmente, o espaço de realização familiar sofrerá ingerências estatais quando for necessário proteger sujeitos familiares vulneráveis, denotando como marca do Estado Democrático de Direito a busca por igualdade material, obtida pela conformação da autonomia da vontade por preceitos de solidariedade". (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A tensão entre ordem pública e autonomia privada no direito de família contemporâneo: da não intervenção do Estado na (des)constituição familiar e na comunhão de vida. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *O direito das famílias*: entre a norma e a realidade. São Paulo: Atlas, 2010. p.91).

479 "Mas, ao mesmo tempo em que é necessária a configuração de um 'Estado ausente', permitindo que as pessoas constituam suas relações segundo uma *liberdade vivida*, é igualmente necessário que determinados direitos sejam tutelados pela *presente* intervenção do ente estatal, mormente em face daqueles que se encontram

Nessa linha, propõe-se a concepção de um regramento[480] que permita conjugar a tutela estatal, necessária para conferir segurança e efeitos jurídicos aos arranjos familiares e aos espaços de autonomia existencial do indivíduo. É sob esse prisma que a proposta do paternalismo libertário se torna valiosa na medida em que concilia a liberdade de escolha com a preocupação estatal em relação a pontos de partida mínimos de intervenção. Isso porque, ao mesmo tempo em que muitas pessoas desejam fazer uso de sua autonomia existencial da forma mais ampla possível para decidirem os rumos de suas vidas, outras não possuem decisões claras ou ordenadas em relação às diversas formas de entidades familiares e seus diferentes efeitos jurídicos. Nesse ponto, as "regras padrão" devem ser escolhidas com o escopo de nortear as pessoas, de forma a esclarecer e melhorar o seu bem-estar, tutelando as situações patológicas e os interesses dos vulneráveis. Trata-se apenas de um regramento previamente estipulado, que não impede que as pessoas optem de forma diversa, se assim preferirem.

Estudos mostram que as uniões consensuais (como opção preferencial de forma de vida conjugal) vêm atraindo cada vez mais as camadas médias da população. Isso significa uma ruptura com os valores e normas tradicionais. Desde 1995, há registros de uma significativa queda das uniões formalizadas religiosas no Brasil.[481] Isso só comprova a forma anacrônica dos dispositivos infraconstitucionais que regulam as entidades familiares no direito brasileiro. Mesmo no âmbito da Constituição, foi preciso uma hermenêutica em consonância com a sistemática do ordenamento para dirimir a controvérsia com relação à taxatividade do rol de entidades familiares disposto no art. 226 e seus parágrafos,[482] como disposto linhas atrás. De modo diverso, mesmo que não se sustente a hierarquia entre as entidades familiares, não se pode

---

mais vulneráveis e desamparados". (FACHIN, Luiz Edson. Famílias: entre o Público e o Privado. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Família*: entre o Público e o Privado. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2012. p.164).

480 SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. *Nudge*: improving decisions about health, wealth and happiness. New Haven, CT: Yale University Press, New Haven, 2008. p.215-226.

481 Conforme registrado no último censo, "o tipo de união conjugal que mais cresceu no período intercensitário foram as uniões consensuais. Esse crescimento se deu em todas as Unidades da Federação com diferentes intensidades, evidenciando uma mudança de valores culturais. Em 2010, chamou a atenção o elevado percentual de pessoas que viviam em união consensual nas Unidades da Federação das Regiões Norte e Nordeste do País: no Amapá, por exemplo, esse percentual chegou a 63,5%, o maior do País". (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Censo Demográfico 2010*: nupcialidade, fecundidade e migração - resultados da amostra. Disponível em: <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/98/cd_2010_nupcialidade_fecundidade_migracao_amostra.pdf>. Acesso em: 12.jan.2015).

482 LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas. In: *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e cidadania: o novo CCB e a vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey/ IBDFAM, 2002.

ignorar a valorização cultural do casamento dentro da sociedade brasileira, bastando lembrar que a separação entre Igreja e Estado, historicamente considerada, é bastante recente.[483]

Dois exemplos que bem exemplificam esse conflito, embora tratem de casamentos com diferentes concepções religiosas estão dispostos na linguagem cinematográfica, nos filmes *8: A Proposta Mórmon* (2010) e *O Julgamento de Viviane Amsalem* (2015). Ambos são emblemáticos por demonstrarem claramente os problemas da alta carga religiosa e cultural que o termo assume quando imposto à sociedade como um todo. No primeiro documentário, que gira em torno da "Prop 8", são relatados os bastidores da proposta de plebiscito patrocinado pela igreja mórmon a fim de acabar com o casamento gay no estado da Califórnia, que havia sido legalizado em junho de 2008, em razão de uma decisão da Suprema Corte americana. Considerando os homossexuais como "a maior ameaça à América",[484] a igreja mórmon organizou uma campanha a fim de alterar a Constituição do estado da Califórnia e retroceder no sentido de tornar a proibir essas uniões, em uma verdadeira batalha que buscava definir o casamento em seus próprios termos, vedando-o aos casais homoafetivos.

Com o poder financeiro angariado pela igreja, a "Prop 8" passou no dia das eleições presidenciais norte-americanas de 2008 com aproximadamente 52 por cento dos votos, tornando a Califórnia, o primeiro estado na história dos EUA a alterar sua Constituição Estadual para retirar direitos civis de parte da população. Assim, suspendeu-se a possibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo por três anos, até a Suprema Corte proferir nova decisão - no caso *Hollingsworth v. Perry*, julgado em 26 de junho de 2013 – negando a procedência de um recurso de apelação e determinando a prevalência da decisão vinculante da Corte inferior do "Ninth Circuit", que havia proferido decisão contra a "Prop 8" no estado da Califórnia.

O Julgamento de Viviane Amsalem retrata a luta de anos de uma israelense judia que desejava divorciar-se. Ocorre que, em Israel, não existe o casamento civil, sendo reconhecidos apenas os casamentos religiosos (judaico, cristão, muçulmano e druze), embora o Estado

---

483 O Brasil era oficialmente católico até a proclamação da República em 1890, quando Estado e Igreja foram oficialmente separados, o que foi expressamente reforçado com a Constituição de 1891. Todas as constituições seguintes se pronunciaram como uma república laica, embora sob a proteção de Deus. De fato, uma república laica não significa a ausência de religião, mas apenas que nenhuma delas será privilegiada, uma vez que a liberdade de crença é uma questão de foro íntimo de cada pessoa. (LÔBO, Paulo Luiz Netto. Estado laico é conquista de todos e das famílias. *Revista Consultor Jurídico*, 06, dez. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/ 2015-dez-06/processo-familiar-estado-laico-conquista-todos-familias>. Acesso em: 13 dez. 2015).

484 Nas palavras do Senador do estado do Utah, Chris Butt, forte opositor ao casamento entre pessoas do mesmo sexo.

também reconheça casamentos civis celebrados em outros países. O judaísmo foi a primeira religião a contemplar o divórcio; no entanto - nos termos do "gett", sob o qual o marido necessariamente deve concedê-lo à mulher. Assim, Viviane Amsalem passou anos tentando obter o "gett" de seu marido, que não queria o divórcio.

O que mais causa estranheza é que o tribunal rabínico no qual se passa o filme não tem o poder de decretar o divórcio, mas possui diversos poderes na esfera civil. Assim, quando o marido foi convocado para audiência e se ausentou, e a corte rabínica, portanto religiosa, teve poder suficiente para suspender sua carteira de habilitação por um mês para tentar coagi-lo a comparecer no próximo julgamento. A confusão entre as instituições civis e religiosas é tão grande que acaba gerando injustiças gravíssimas. Em Israel, os casais que assim desejam podem viver em uma espécie de união estável, mas terão muito menos direitos. Exemplo dessa diferenciação é a dispensa do serviço obrigatório ao exército às mulheres casadas, o que não se estende às conviventes. Outro problema é que, como o casamento é celebrado exclusivamente por instituições religiosas, há um impedimento para o casamento entre pessoas de religiões distintas, sendo uma delas obrigada a se converter para poder casar em uma das quatro opções religiosas reconhecidas.

Outro ponto que merece destaque refere-se ao fato de não mais se sustentar que somente as pessoas casadas perante o Estado recebam uma série de vantagens econômicas e não só aquelas que resolvam legalizar uma união civil, sob pena de violação aos princípios da igualdade e solidariedade familiar.

É neste ponto que a proposta do paternalismo libertário se coaduna muito mais com um Estado laico e com a principiologia constitucional, que tutela o pluralismo familiar com fulcro nos princípios da dignidade, da igualdade e da solidariedade familiar. Com efeito, ao Estado só cabe regular as uniões civis, uma vez que vai contra a própria hermenêutica constitucional uma norma que venha a privilegiar as pessoas casadas em detrimento daquelas que optem por se unirem em modelos familiares diversos do casamentos.[485] As justificativas patrimonialistas e individualistas para privilegiar o matrimônio não mais se sustentam frente à

---

[485] Ao se referirem sobre o tema Sunstein e Thaler frisam que: "Para dizer o mínimo, há um imenso e diversificado conjunto de benefícios e nós, de forma alguma, listamos todos eles. Os benefícios também tendem a ser relativamente estáveis ao longo do tempo; recorde-se que o status quo é poderoso, e existem sérias restrições políticas a qualquer esforço de se repensar isso". (SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. *Nudge*: improving decisions about health, wealth and happiness. New Haven, CT: Yale University Press, New Haven, 2008. p.217. Tradução livre). No original: *"To say the least, this is an immense and diverse set of benefits, and we have by no means listed them all. The benefits also tend to be fairly stable over time; recall that the status quo is powerful, and there are sharp political constraints on any effort to rethink it."*

principiologia constitucional, que só tutela a família como forma de promoção da dignidade de seus membros e não como um instituto que visa à procriação, à manutenção do patrimônio, à estabilidade social, à paz doméstica e ao controle estatal. A intervenção estatal na família só se justifica para a proteção dos vulneráveis, em regra os filhos, e por vezes, na análise *in concreto,* do cônjuge ou do convivente vulnerável.

Essa é a razão porque se afirma que o termo 'casamento' e a maneira como esta forma de entidade familiar é tutelada pelo Estado, ainda trazem em si certa ambiguidade, já que o termo remete tanto à forma de união civil quanto à religiosa. Não à toa, a proposta do paternalismo libertário sugere a privatização do casamento, passando o Estado a tutelar apenas as uniões civis, de maneira a afastar de sua regulamentação quaisquer regras com traços religiosos, culturais e morais.[486] Dessa forma, a regulação das relações conjugais e convivenciais traria um arcabouço mínimo de direitos e deveres, com a finalidade de traçar regras supletivas para aqueles que decidam formalizar sua união civil perante o Estado, de maneira a deixar as pessoas livres para estabelecerem suas formações familiares, incrementando-as pela via privada, segundo suas crenças individuais, caso desejem, ou, paralelamente ao reconhecimento da união civil estatal, desde que não violem a legalidade constitucional.[487]

---

[486] SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. *Nudge*: improving decisions about health, wealth and happiness. New Haven, CT: Yale University Press, New Haven, 2008. p.215-226. Segundo os autores, o próprio termo *casamento* já se encontra impregnado de significados muito antiquados que criam um conflito de interesses entre os tradicionalistas (normalmente religiosos) e as pessoas que buscam viver suas vidas protegidas pelo direito como todas as demais (sem serem cidadãos de segunda classe). "Para começar, o instituto do casamento estatal possui um histórico altamente discriminatório, entrelaçado, como sempre foi, a desigualdades raciais e sexuais. Não se consegue dissociar completamente esse passado da versão atual do instituto do casamento". (tradução livre). No original: *"For one thing, the institution of state-run marriage has a highly discriminatory past, enmeshed as it has been in both sexual and racial inequality. This past cannot be entirely severed from the current v*ersion of the institution of marriage".

[487] Importante mencionar os dois Projetos de Lei que atualmente tramitam no Congresso Nacional e que buscam alterar a normativa infraconstitucional do direito de família brasileiro. O primeiro deles é o PL 6583/2013, que tem como principal objetivo retroceder em relação às formas plurais de entidades familiares. O ponto principal do projeto encontra-se no seu art. 2º, que define entidade familiar "como o núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes." Em sua justificação, o autor declara que o projeto propugna a ideia de fortalecer os laços familiares "a partir da união conjugal firmada entre o homem e a mulher, ao estabelecer o conceito de entidade familiar". Trata-se do retorno à ideia de taxatividade do rol elencado na Constituição Federal, com clara intenção de proteção da família como instituição ao invés da dignidade de seus membros. A inconstitucionalidade da proposta parece evidente, uma vez que vai de encontro à interpretação constitucional dada pelo Supremo Tribunal Federal na já tão mencionada Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277 que reconheceu as uniões homoafetivas como entidade familiar. O Projeto alcançou grande repercussão na mídia em vista da recente aprovação pela Comissão Especial da Câmara designada para apreciá-lo em 08 de outubro de 2015. Conforme noticiado, o projeto é patrocinado por expressiva da bancada evangélica do Congresso e pelo atual Presidente da Câmara. O projeto, que que será encaminhado para votação no plenário da Câmara dos Deputados, já conta com dois

É nesse cenário que Sunstein e Thaler propõem que o casamento religioso não seja regulamentado mais pelo Estado, mas somente pelas instituições privadas, que podem reconhecer e excluir delas os que optem por nela se casarem caso descumpram suas regras. Ao Estado laico só caberia, portanto, regular as uniões civis. Como afirmam os autores, as organizações religiosas e as demais organizações privadas poderiam manter suas regras sobre o casamento e o divórcio sem qualquer prejuízo, até porque as pessoas que buscam os casamentos privatizados são normalmente as que têm um grande envolvimento com essas organizações e, por isso, acreditam nos termos daquele compromisso a ponto de desejarem contraí-lo e respeitá-lo dentro de suas concepções. [488]

3.2 **Revisão crítica dos deveres conjugais**

A fim de que se defenda a "ausente presença"[489] da intervenção do Estado, mostra-se necessário o questionamento acerca do cabimento e dos limites da atuação estatal no âmbito da vida íntima das relações conjugais por meio da imposição de direitos e deveres recíprocos. Reconhecida a família como um instrumento para realização de seus membros, mostra-se questionável que a pretensa manutenção do vínculo conjugal se sobreponha às necessidades dos cônjuges de se relacionarem conforme melhor lhes aprouver. Os cônjuges e conviventes, ressalvados os direitos de terceiros, devem ser livres para planejar, deliberar, constituir e desconstituir a forma de se relacionarem e de estruturarem suas relações familiares e suas aspirações para a vida conjugal.[490]

---

recursos pendentes decorrentes da recente aprovação pela Comissão designada. O segundo projeto em trâmite no Senado Federal, o PL nº 470/2013denominado Estatuto das Famílias (no plural), foi delineado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) e já conta com parecer favorável de seu Relator. De fato, se significativa parte das intenções deste Estatuto são louváveis, deve-se ponderar a forma adotada por ele, uma vez que proposta é de revogar todo o Livro IV do Código Civil (Do Direito de Família), assim como dispositivos de diversas outras Leis que tratem da matéria, a fim de compilar tudo em um verdadeiro Estatuto com 303 artigos.

488 SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. *Nudge*: improving decisions about health, wealth and happiness. New Haven, CT: Yale University Press, New Haven, 2008. p.215-226.

489 FACHIN, Luiz Edson. Famílias: entre o Público e o Privado. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Família*: entre o Público e o Privado. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2012. p.162.

490 "Esta ideia de igualdade dos dois parceiros da relação, aliada com a privatização do amor e com o enfraquecimento das referências externas dadas ao casal por outros ordenamentos tradicionais — a religião,

O legislador infraconstitucional, seguindo a mesma linha do Código Civil de 1916,[491] positivou, no art. 1.566 do Código de 2002,[492] os deveres conjugais recíprocos que pautam a relação daqueles que optam pela via do matrimônio, como requisitos para a sua eficácia. Da mesma forma, impôs deveres aos componentes da união estável, consoante o art. 1.724 da mesma lei.[493] Indaga-se, pois, quais razões no contexto atual continuariam a justificar a ingerência estatal no âmbito da autonomia existencial dos cônjuges e conviventes. Conforme se depreende do texto legal, são deveres conjugais a "fidelidade recíproca", a "vida em comum no domicílio conjugal", "a mútua assistência", o "sustento, guarda e educação dos filhos" e o "respeito e consideração mútuos". Os deveres de mútua assistência, de respeito e consideração mútuos e de sustento, guarda e educação dos filhos são admissíveis, exigíveis,[494] pois se coadunam com a ordem constitucional, não devendo, todavia, serem classificados como requisitos da conjugalidade, por decorrerem diretamente da solidariedade familiar e da responsabilidade parental, aplicáveis às relações familiares como um todo.

Deve-se buscar proteger os objetivos e as intenções reais das pessoas. Se estas fazem promessas explícitas umas para as outras, a intervenção estatal deve fazer – ou ao menos incentivar – que esses compromissos sejam cumpridos. Todavia, essas pactuações muito

---

os costumes, a vizinhança — têm produzido a diminuição do conteúdo imperativo do casamento, do conjunto dos chamados efeitos pessoais do casamento, tal como estávamos habituados a entendê-los". (OLIVEIRA, Guilherme de. *Temas de direito de família*. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p.338).

491 "O tratamento dado pelo Código Civil de 1916, e conservado pelo Código Civil de 2002 aos deveres conjugais e às suas consequências no momento da ruptura da relação, revelam que houve um prolongamento de seu modo de tratamento, sem um repensar profundo acerca da oportunidade de manutenção da descrição dos deveres conjugais e de seus reflexos na separação judicial". (CARBONERA, Silvana Maria. *Reserva de intimidade*: uma possível tutela da dignidade no espaço relacional da conjugalidade. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.232).

492 "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".

493 "Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos".

494 "Os únicos deveres comuns tanto aos cônjuges quanto aos companheiros que não violam a privacidade e a vida privada deles, nem interferem em tal comunhão de vida, são o dever de mútua assistência e o dever de sustento, guarda e educação dos filhos. Estes são deveres exigíveis e refletem interesse público relevante". (LÔBO, Paulo Luiz Netto. As vicissitudes da igualdade e dos deveres conjugais no direito brasileiro. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v.6, n.26, p.11, out./nov. 2004). Cf. tb. SILVA, Marcos Alves da. *Da monogamia*: a sua superação como princípio estruturante do direito de família. Curitiba: Juruá, 2013. v.1. p.315-317: "relativamente ao direito de sustento, guarda e educação dos filhos, não se pode dizer tratar-se de um dever conjugal, já que independe do casamento. O mesmo pode ser dito sobre o dever de respeito e consideração mútuos, pois este é devido a toda pessoa que estabeleça convivência de qualquer natureza. Para o autor, o único mandamento que pode ser classificado como dever conjugal é o dever de mútua assistência, tanto em sua dimensão moral, consistente em cuidado e atenção, quanto em sua dimensão material, que se refere à provisão de meios para suprir as necessidades da família".

provavelmente não conseguirão resolver todas as questões que podem surgir ao longo de um relacionamento conjugal ou convivencial, deixando lacunas ou incertezas, que devem ser supridas por um conjunto de "regras padrão". Muitas vezes, as pessoas precisam de algum direcionamento ao realizarem compromissos mútuos de longo prazo porque elas tendem a ser muito mais idealistas com relação aos próprios relacionamentos, tendendo a crer que estes nunca vão acabar.[495] Contudo, o mesmo não se pode dizer dos demais deveres conjugais que se mostram verdadeiras ingerências estatais na forma como os cônjuges e conviventes devem guiar suas relações afetivas, desprovidos de qualquer interesse público.[496] Nesse sentido, questiona-se se os deveres em questão devam ser de fato indisponíveis ou como denominados, "de ordem pública", por constituírem aspectos da liberdade, da privacidade e da intimidade das pessoas.[497]

O dever conjugal de fidelidade recíproca, expressão jurídica do princípio da monogamia,[498] consiste na vedação de relações sexuais com terceiro(s). Destaca-se em doutrina que o legislador infraconstitucional, com o objetivo de proteger e de manter o vínculo conjugal, positivou verdadeira intromissão estatal na privacidade dos cônjuges, individual e conjuntamente, sendo um instrumento de cunho moral de controle coercitivo e de repressão sexual.[499] De mais a mais, o dever monogâmico é desnecessário para o reconhecimento da conjugalidade, que deve ser baseada unicamente na vontade livre dos cônjuges de se relacionarem segundo as próprias

---

495 SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. *Nudge*: improving decisions about health, wealth and happiness. New Haven, CT: Yale University Press, New Haven, 2008. p.224.

496 LÔBO, Paulo Luiz Netto. As vicissitudes da igualdade e dos deveres conjugais no direito brasileiro. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v.6, n.26, p.10, out./nov. 2004.

497 SILVA, Marcos Alves da. *Da monogamia*: a sua superação como principio estruturante do direito de família. Curitiba: Juruá, 2013. v.1. p.314. V. também, CARBONERA, Silvana Maria. *Reserva de intimidade*: uma possível tutela da dignidade no espaço relacional da conjugalidade. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.203-208, que classifica os deveres conjugais como direitos relativamente indisponíveis, desprovidos de cogência absoluta.

498 FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direito de família: casamento. Artigos 1.511 a 1.590. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). *Código Civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2003. v.15. p.298; SILVA, Marcos Alves da. *Da monogamia*: a sua superação como princípio estruturante do direito de família. Curitiba: Juruá, 2013. p.320.

499 FACHIN, Luiz Edson. Famílias: entre o Público e o Privado. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Família*: entre o Público e o Privado. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2012. p.163; LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil*: famílias. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.143.

opções pessoais, por meio não de uma fidelidade formal, mas sim de uma lealdade substancial[500] e recíproca.

Por sua vez, o dever de vida em comum, no domicílio conjugal, denominado de dever de coabitação, não se coaduna com a liberdade dos cônjuges em determinarem a possibilidade e a conveniência de viverem em domicílios separados. A imposição, além de anacrônica, não é justificável dentro do ordenamento jurídico brasileiro,[501] estando pautada em padrões culturais e morais ultrapassados, ainda mais se confrontada com norma do próprio Código Civil, que admite a pluralidade de domicílios (art. 71), e com os princípios constitucionais basilares das relações existenciais. A opção pela vida em domicílio comum cabe somente aos cônjuges, de forma que a não observância do dever de coabitação é desprovida de efeitos legais, e, portanto, inexigível.[502]

Do dever de coabitação e de vida em comum, grande parte da doutrina afirma que decorre a obrigação de manutenção de relações sexuais entre os cônjuges. A despeito do entendimento de parcela doutrinária,[503] não se sustenta[504] o denominado débito conjugal, não dentro de uma ordem constitucional que erige como seu princípio máximo a dignidade da pessoa

---

500 Sob essa perspectiva, afirma Luiz Edson Fachin: "[...] é possível inferir que no tempo presente não mais se insculpe, de modo necessário, o dever de fidelidade como elemento intrínseco da manutenção de uma conjugalidade, dado que, se assim o fosse, o casamento exsurgiria como um instrumento de coerção e repressão sexual. A fidelidade formal se verteu na lealdade substancial. [...] E ademais, a lealdade a um projeto de vida não faz morada na fria previsão normativa, mas sim no desejo e vontade daqueles que protagonizam tal projeto, e que nele buscam construir as suas vidas". (FACHIN, op. cit., p.163; LÔBO, op. cit., p.163).

501 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p.174.

502 LÔBO, op. cit., p. 128-129.

503 PINHEIRO, Jorge Alberto Caras Altas Duarte. O núcleo intangível da comunhão conjugal: os deveres conjugais sexuais. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, v.10, n.4, p.104, jun./jul. 2008; VELOSO, Zeno. Deveres dos cônjuges: responsabilidade civil. In: CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu et al. *Direito de família no novo milênio*: estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2010. p.176-177.

504 "O simples fato de haver arrefecido a paixão ou o desejo não produz qualquer efeito. Ninguém pode ser condenado pela falta do estímulo indispensável para que os contatos físicos sejam um verdadeiro coroamento das relações afetivas que enlaçam o par. Afinal, não é o exercício da sexualidade que mantém o casamento. São muito mais a afetividade e o amor. Desarrazoado e desmedido pretender que a ausência de contato físico de natureza sexual seja reconhecida como inadimplemento de dever conjugal. Tal postura pode, perigosamente, chancelar a violência doméstica, sob a justificativa de garantir o exercício do direito ao contato sexual. Não se pode olvidar a tendência, que prevaleceu por muito tempo, ele desqualificar o estupro conjugal, que repousava na obrigação do coito para os parceiros e era cometido essencialmente por homens, em face do reconhecimento do direito ao exercício da sexualidade". (DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p.174).

humana e que delineia em consequência, a relação sexual como um ato íntimo, voluntário, consensual, livre e espontâneo.[505] A sexualidade e tampouco a procriação são os propósitos únicos da união entre cônjuges ou conviventes.[506] Ademais, – com a modificação promovida no § 6.º do art. 226 da Constituição de 1988 pela Emenda Constitucional 66 de 2010 –, a culpa perdeu relevância para dissolver o vínculo matrimonial, convertendo o divórcio em um direito potestativo (art. 1.580, § 1.º do CC). Isso significa o esvaziamento dos efeitos jurídicos dos deveres conjugais em direito de família,[507] os quais se tornaram meros enunciados morais e não jurídicos,[508] cujo inadimplemento não tem o condão de afetar a existência, a validade ou a eficácia do casamento.[509]

Como já dito, a família constitucionalizada deve ser instrumento para promover a dignidade da pessoa humana, da autonomia existencial, da intimidade e da solidariedade,[510] não podendo, portanto, ser fonte ou motivação de restrições a quaisquer desses aspectos.

---

505 SILVA, Marcos Alves da. *Da monogamia*: a sua superação como principio estruturante do direito de família. Curitiba: Juruá, 2013. v.1. p.316.

506 Registra-se, inclusive, na atualidade casais que assumem serem assexuados. "Relationships F.A.Q." do portal online *Assexual Visibility and Education Network (AVEN)*. Disponível em: <http://www.asexuality.org/home/?q=relationship.html>. Acesso em: 12 jan.2016.

507 Há quem sustente que o descumprimento dos deveres conjugais gera o deveria ser indenizada por parte daquele que os descumpriu. Nesse sentido Tavares da Silva, Regina Beatriz. Reparação civil na separação e no divórcio. São Paulo: Saraiva, 1999. Em recente decisão o juiz da 2.ª Vara Cível de Governador Valadares decidiu que uma técnica de enfermagem, traída, deve ser indenizada pelo rompimento de seu casamento dez dias após a cerimônia. O ex-marido e a amante, réus no processo, terão de pagar, conforme a decisão monocrática, R$ 50 mil por danos morais, já que a situação teria causado "imenso constrangimento, aborrecimento e humilhação" à mulher. Disponível em: http://www.amodireito.com.br/2015/11/ex-marido-e-sua-amante-terao-de.html?m=1. Acesso em: 04.fev. 2016.

508 SILVA, Marcos Alves da. *Da monogamia*: a sua superação como principio estruturante do direito de família. Curitiba: Juruá, 2013. v.1. p.317-318.

509 "Eventual ou reiterado, dissimulado ou público, o inadimplemento dos deveres conjugais, por um ou ambos os cônjuges, em nada afeta a existência, a validade ou a eficácia do casamento. O descumprimento de qualquer dos deveres matrimoniais não gera a possibilidade de o cônjuge credor buscar seu adimplemento em juízo. Com o fim do instituto da separação, não é mais permitido sequer imputar ao infrator a culpa pelo fim do amor. A partir da EC 66/10, a dissolução do casamento só pode decorrer do divórcio, que não admite questionamentos sobre causas e motivos (CC 1.580 § 1.º)". (DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p.169). Em sentido contrário, TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. *Reparação civil na separação e no divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1999. p.157.

510 "Os princípios constitucionais balizadores da relação conjugal têm na tutela da dignidade da pessoa humana seu princípio estruturante, de modo que dele decorrem os demais princípios, gerais ou específicos, que apontam para a concretização da igualdade, do respeito recíproco e à intimidade, da solidariedade, da autonomia, da liberdade, dentre os vários que possam orientar as relações dos dois eixos". (CARBONERA, Silvana Maria. *Reserva de intimidade*: uma possível tutela da dignidade no espaço relacional da conjugalidade. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.271).

As relações conjugais e convivenciais são marcadas pela horizontalidade, representada por indivíduos plenamente capazes de reger seus destinos e de eleger suas escolhas autonomamente.[511] Isso significa a necessidade de uma atuação reduzida por parte do Estado em comparação às demais relações familiares, o que se realiza por meio de princípios e cláusulas gerais, de forma a garantir a promoção e a tutela da dignidade e da personalidade da pessoa humana.[512]

A privatização das relações conjugais e convivenciais permite que as pessoas estabeleçam as próprias regras de convivência,[513] evitando-se, assim, intervenções injustificadas e desnecessárias, salvaguardando-se o intervencionismo para as situações patológicas. Nesse aspecto, como esclarece Silvana Carbonera, a atuação estatal deve ser balizada pelos limites de uma "reserva de intimidade", de forma a promover os princípios constitucionais, somente intervindo efetivamente diante da impossibilidade de resolução de conflitos internos da relação conjugal, mediante solicitação judicial por parte dos próprios cônjuges.[514]

Defende-se, portanto, no que toca às relações conjugais e convivenciais, a possibilidade de afastamento pelas partes dos deveres conjugais que limitem a autonomia existencial, porquanto estes priorizam a proteção do vínculo conjugal em detrimento da dignidade dos membros da relação.[515] Assim, aduz-se a necessidade de uma leitura constitucionalizada da tutela das relações conjugais e convivenciais por meio da retirada das regras cogentes da legislação

---

511 Como elucida Silvana Carbonera: "Com uma atuação não interventora, mas vigilante, o sistema jurídico permite implementar o respeito à dignidade da pessoa humana na dimensão familiar conjugal na medida em que reconhece aos sujeitos liberdade e autonomia, não intervindo em aspectos pessoais que impliquem em restrição injustificada, sem respaldo constitucional, e dispensável, posto que se trata de uma relação entre dois adultos, que em tese já podem dirigir suas vidas". (CARBONERA, loc. cit.).

512 "Trata-se, pode se dizer, de um Direito de Família com graus de intervenção diferenciada, que na esfera das relações conjugais pessoais apresenta um caráter reduzido, onde a não intervenção legal ordinária se traduza em efetiva tutela dos cônjuges e de suas personalidades. Neste caso, diminuir a intervenção é a forma de promover a tutela da personalidade e da dignidade, dando condições de desenvolvimento pleno à personalidade da pessoa humana". (Ibid., p.272).

513 NAMUR, Samir. *Autonomia privada para a constituição da família.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p.176-177.

514 "No desempenho deste papel, compete ao Estado duas ações. A primeira é o balizamento da relação, por meio dos princípios, de modo a promover e fomentar condições de desenvolvimento das personalidades. Outra remete a situações conflitivas que não tenham sido resolvidas no interno da relação conjugal e cuja resposta estatal tenha sido invocada". (CARBONERA, op. cit. p.272).

515 "[...] não é possível observar os efeitos da tutela constitucional da dignidade pois o que se tem é a manutenção do sistema protetivo do vínculo conjugal, amarrado aos deveres conjugais e aos possíveis efeitos que uma violação possa produzir". (CARBONERA, Silvana Maria. *Reserva de intimidade*: uma possível tutela da dignidade no espaço relacional da conjugalidade. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.278).

infraconstitucional. Com essa transformação paradigmática, estariam protegidas as relações conjugais por normas dispositivas em conformidade com a axiologia constitucional, o que implicaria em manter uma tutela jurídica de forma ampla, porém não interventiva, respeitando e valorizando as escolhas, as crenças e os pactos realizados. A eventual alteração permitiria efetivar a relação de direitos e deveres atribuída aos cônjuges, seja no casamento ou na união estável, com fulcro "no plano constitucional, que passa a balizar a relação por meio dos princípios".[516]

Tomando-se por base a solidariedade familiar e o respeito à dignidade da pessoa humana, seria estabelecido por uma leitura civil constitucional, um parâmetro formador de um estatuto constitucional de lealdade apto a embasar e a tutelar de forma não invasiva as relações entre os membros das diversas formas de união civil. Logo, esses princípios abrangeriam e tutelariam todas as relações conjugais e convivenciais - e não apenas aquelas fundadas no casamento -, forma pela qual respeitar-se-ia a igualdade e a pluralidade dos diversos modelos de constituição de família, bem como os pactos celebrados pelas organizações privadas.

Com base nos princípios constitucionais que regem, protegem e promovem a família e a dignidade de seus membros, tutelando todas as espécies de união civil, caberia às pessoas estabelecerem, espontaneamente, se assim desejassem, direitos e deveres, existenciais, como forma de estabelecer, na legalidade constitucional, um código próprio sobre a intimidade e privacidade daquela união. Trata-se de uma proposta para maximizar a autonomia privada existencial das pessoas, que estarão aptas a regulamentarem suas próprias relações segundo seus projetos de vida. Percebe-se, portanto, a desnecessidade da intervenção estatal para delimitar deveres conjugais específicos, uma vez que a observância dos princípios constitucionais se mostra suficiente para uma tutela eficaz das relações conjugais e convivenciais, no que tange a aspectos íntimos como domicílio comum e fidelidade.

A ideia de que os conteúdos da relação íntima é assunto exclusivo dos nela envolvidos e que "cada casal é seu próprio legislador", supõe que os sistemas jurídicos eliminem

---

516 "Afirmar um espaço de convivência sem intervenção legal ordinária em seu conteúdo implica confirmar a permanência da tutela jurídica, ainda mais ampla, a ser concretizada por meio dos princípios constitucionais que orientam as relações familiares e conjugais, nos termos gerais em que as relações são recepcionadas. [...] Como consequência, tem-se a efetiva valorização dos cônjuges, que terão respeitadas suas personalidades na mesma proporção em que tiverem reconhecida a liberdade de exercício de seus sentimentos, crenças, valores, convicções e de respeito às qualidades e características individuais. A alteração consiste concretamente em retirar da legislação ordinária a relação de direitos e deveres atribuída aos cônjuges, seja no casamento ou na união estável, e buscá-los no plano constitucional, que passa a balizar a relação por meio dos princípios". (CARBONERA, Silvana Maria. *Reserva de intimidade*: uma possível tutela da dignidade no espaço relacional da conjugalidade. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.280-281).

progressivamente os conteúdos que outrora serviam a todos, mas que hoje estão sujeitos à negociação, pois os cônjuges e conviventes, que espontaneamente escolheram entrar para uma comunhão de vida, assumem compromissos próprios.[517]

3.3 **Regime de bens e a condução para uma regulamentação minimalista**

Atualmente, vigora no Brasil o regime supletivo da comunhão parcial de bens, a ser aplicado quando as partes, no processo de habilitação ao casamento, não firmarem pacto antenupcial, ou quando os conviventes não formalizarem sua união perante o Estado expressando qualquer opção nesse sentido. A norma prevista no artigo 1.640 do Código Civil é interessante exemplo de regulação no direito brasileiro nos moldes da proposta do paternalismo libertário. Isso porque o legislador dispõe expressamente de uma "regra padrão" a ser aplicada no silêncio das partes, que, no entanto, não restringe, em regra,[518] a ampla liberdade de escolha das pessoas para dela disporem, facultando-lhes outros regimes de bens disciplinados em lei, bem como a opção de combinarem estes entre si ou até formularem seu próprio regime.[519]

Interessante notar, porém, que, na cultura brasileira, ante à inexperiência da grande maioria dos casais jovens, despreocupados com o destino do patrimônio familiar que será adquirido no futuro, mas principalmente diante de uma cultura jurídica avessa a pactos

---

517 Como indaga Guilherme de Oliveira, nos países que abandonaram o divórcio baseado na culpa, "que relevância jurídica tem a violação de um dever conjugal"? Responde o autor que "o resultado que vem se apurando de tudo isto é o de que da relação entre indivíduos 'que lutam', amando-se, pela realização pessoal, desligados de qualquer quadro de valores e de respostas externas – é o de uma 'relação pura' (referida por Giddens), apenas baseada no compromisso permanente e na gratificação renovada, que contêm em si o acordo prévio sobre a sua dissolução. Trata-se, afinal, […] de construir relações possíveis, que diariamente tem de julgar e escolher todos os seus passos". (OLIVEIRA, Guilherme de. Queremos amar-nos… mas não sabemos como. In: *Temas de direito da família.* Coimbra, 2001. p.337).

518 Existem hipóteses excepcionais em que os nubentes são obrigados a adotarem o regime da separação obrigatória de bens, como veremos à frente, previstas no art. 1.641 do Código Civil.

519 "O Código Civil disciplina os regimes da comunhão parcial de bens, da comunhão universal de bens, da participação final nos aquestos e da separação de bens, sendo certo que os nubentes não estão adstritos a escolher um dos referidos regimes disciplinados pela lei, podendo modificá-los ou combiná-los, ou até mesmo criar um regime novo e peculiar que lhes seja próprio e específico. Na ausência de estipulação, aplica-se ao casamento o regime da comunhão parcial de bens (Código Civil, art. 1.640)". (NEVARES, Ana Luiza Maia. O regime de separação obrigatória de bens e o verbete 377 do Supremo Tribunal Federal. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v.3, n. , jan./jun. 2014. Disponível em: <http://civilistica.com/o-regime-de-separaco-obrigatoria-de-bens-e-o-verbete-377-do-supremo-tribunal-federal/>. Acesso em: 22 set. 2015).

familiares, predomina o regime legal supletivo,[520] certamente adotado em larga escala não tanto por ser a preferência da maior parte da população, mas sim em razão do enorme grau de desinformação jurídica.

Embora a regra que estipule um regime supletivo de bens (também amplamente utilizado como regime legal de bens) no direito brasileiro seja amplamente aceita, discute-se em doutrina se o regime da comunhão parcial de bens seria o mais adequado como regime legal, ou como explicitamos até aqui, seria a "regra padrão" na ausência de escolha pelas pessoas que gera mais bem estar e benefícios para os envolvidos. Vale lembrar que, até 1978 – quando entrou em vigor a Lei nº 6.515/1977 (Lei do Divórcio), que alterou o artigo 258 do Código Civil de 1916 –, o regime supletivo era o da comunhão total de bens. O legislador, a esse tempo, caminhou para uma maior independência entre os cônjuges, tendência que se fortaleceu. Nesse contexto, já se discute sobre a conveniência da adoção do regime da separação de bens como regime supletivo, a exemplo de Portugal.[521]

Não é de hoje que alguns doutrinadores defendem que o regime da separação seria o que melhor corresponde ao princípio da igualdade entre os cônjuges, assegurando sua autonomia recíproca por possuir o mérito da simplicidade,[522] sem contar com o fato de reduzir os conflitos que os demais regimes propiciam.[523] Enquanto vigorou o modelo legal de família patriarcal, discorre Paulo Lôbo, o regime da separação era injusto para a mulher, mas no modelo igualitário de família, afirma o autor que o regime da separação de bens é o mais justo, pois é o que melhor respeita a igualdade, dignidade e liberdade de cada cônjuge. [524]

Ressalta-se, ainda, que a ausência de comunicação entre os bens não afeta os deveres de mútua assistência entre cônjuges e conviventes, bem como de ambos contribuírem para a

---

520 LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil*: famílias. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.290. O Censo de 2010, o último realizado pelo IBGE, retratou que, no período de 2000 a 2010, em 81,7% dos divórcios realizados no país o regime adotado pelos cônjuges era o da comunhão parcial; em 13,9% o da comunhão total, e apenas em 4,1% o da separação total de bens. (Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/registrocivil/2010/rc2010.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2016).

521 Sobre o assunto, vide a reportagem do jornal português *O Observador*. Disponível em: <http://observador.pt/2015/09/23/separacao-total-de-bens-estao-a-matar-o-romantismo/>. Acesso em: 12 jan. de 2016.

522 Ver por todos OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Curso de direito de família.* 4.ed. (2001), Curitiba: Juruá, 2005. p.347.

523 LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil*: famílias. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.326.

524 LÔBO, loc. cit.

manutenção da família e da prole em comum. Aponta-se, ademais, para o reconhecimento pela jurisprudência brasileira do instituto dos alimentos compensatórios, que visa justamente a reequilibrar o cônjuge que se vê desamparado financeiramente, com sensível redução de sua condição socioeconômica, em momento após dissolução de uma união regida pela separação de bens. A questão quanto ao melhor regime supletivo como "regra padrão" merece uma análise mais aprofundada, não sendo o escopo desta tese; contudo, o tema assume importância diante do prestígio conferido ao princípio da liberdade nas convenções antenupciais e convivenciais. Como inicialmente abordado, conclui-se que esses pactos comprovam uma utilização bem-sucedida do paternalismo libertário na legalidade constitucional. Isso porque se preserva a liberdade de escolha ao se permitir que as partes decidam por regra distinta que melhor se adeque ao seu projeto de vida familiar,[525] embora subsista uma "regra padrão" disciplinada pelo legislador, caso as partes não desejem dispor sobre o regime de bens de sua união.

Outro ponto relevante sobre o tema refere-se à natureza do pacto antenupcial. De fato, à primeira vista, essas convenções, no direito brasileiro, sempre foram tratadas como uma questão de interesse estritamente patrimonial, como por vezes se encontra definido em doutrina.[526] No entanto, embora sejam situações jurídicas predominantemente patrimoniais, não se pode ignorar os efeitos de tais convenções ao projeto existencial de formação de uma

---

525 Quando não existir o pacto antenupcial, Sunstein e Thaler acreditam que as regras padrão devam sempre proteger o lado mais fraco: Em tradução livre: "Quando as pactos antenupciais não tiverem sido feitos, acreditamos que as regras deveriam direcionar o resultado no sentido que irá beneficiar a parte mais frágil – geralmente as mulheres. Geralmente, os prospectos econômicos de uma mulher came após o divórcio, enquanto que os prospectos dos homens aumentas. Faz sentido adotar regras que protejam contra as piores formas de prejuízo". (SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. Nudge: improving decisions about health, wealth and happiness. New Haven, CT: Yale University Press, New Haven, 2008, p.224). No original: *"When prenuptial agreements have not been made, we believe that the relevant rules should nudge the outcome in a way that will help the weakest parties— usually women. Typically, a woman's economic prospects fall after divorce, whereas the prospects of the man increase. It makes sense to adopt default rules that insure against the most severe kinds of loss"*.

526 "O regime de bens tem por fito regulamentar as relações patrimoniais entre os cônjuges, nomeadamente quanto ao domínio e a administração de ambos ou de cada um sobre os bens trazidos ao casamento e os adquiridos durante a união conjugal". (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil*: famílias. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.290).

família.[527] A escolha relativa ao regime de bens faz parte, nos dizeres de Pietro Perlingieri, das "situações patrimoniais que são instrumentos para a realização de interesses existenciais".[528]

No casamento, exige-se o pacto antenupcial sempre por escritura pública, antes de sua celebração, para que os nubentes possam escolher o regime de bens que melhor lhes aprouver,[529] sendo que na ausência de pactuação, como acima apontado, o regime adotado será o regime supletivo da comunhão parcial. Na assertiva de Caio Mário da Silva Pereira, "a liberdade de escolha tem essencialmente em conta a circunstância de que os próprios cônjuges são os melhores juízes na opção do modo como pretendem regular as relações econômicas a vigorarem durante o matrimônio".[530] Essa liberdade não é, evidentemente, absoluta, sendo limitada pelo artigo 1.655, que determina ser nula a convenção ou cláusula que viole disposição absoluta de lei, a exemplo das hipóteses de adoção obrigatória do regime da separação legal de bens previstas no artigo 1.641, definidas pela maior parte da doutrina como normas de ordem pública, indisponíveis.[531]

Há grande debate doutrinário acerca da constitucionalidade do ônus[532] do regime obrigatório de bens para o nubente maior de setenta anos, previsto no inciso II do art. 1.641. Entre os que consideram a regra como inconstitucional está Paulo Lôbo, para quem "essa

---

527 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Diálogos sobre direito civil.* Rio de Janeiro: Renovar, 2012. v.3. p.15.

528 PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.669.

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

530 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 15.ed., atual. por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v.5. p.190.

531 Nesse sentido, a título de exemplo: "Os arts. 1.639-1.652 compõem o que a doutrina convencionou chamar de regime matrimonial primário, do qual derivam as normas que definem a matriz econômica da família, sua administração, os atos permitidos e os que são vedados, as faculdades atribuídas aos cônjuges, assim como a responsabilidade por dívidas, que variará de acordo com a destinação dada aos recursos. Trata-se de normas de ordem pública, inderrogáveis pela vontade, e que incidem sobre todos os regimes disciplinados pelo CC". (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. v.4. p.258); e "As regras aplicáveis a quaisquer regimes, previstas nos arts. 1.639 a 1.657 do Código Civil, não podem ser derrogadas pelos nubentes. [...] São normas públicas inderrogáveis pelos cônjuges, configuradoras do regime matrimonial comum". (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil*: famílias. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.290).

532 "O regime obrigatório de bens é tipicamente um ônus: a pessoa, incluída em alguma das três hipóteses, escolhe entre casar e não casar; se prefere casar, deverá suportar o ônus do regime obrigatório de bens". (Ibid., p.296).

hipótese é atentatória do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, por reduzir sua autonomia como pessoa e constrangê-lo a tutela reducionista",[533] e Ana Carolina Brochado Teixeira e Renata de Lima Rodrigues, que a julgam inconstitucional "por representar explícita afronta ao princípio da isonomia, por presumir a falta de discernimento em razão da idade avançada dos consortes". [534]

De fato, a justificativa por trás dessa forte heteronomia estatal estaria na prevenção do popularmente denominado "golpe do baú", isto é, na proteção da legítima dos filhos. Ora, se não existe herança de pessoa viva[535] e se o patrimônio do *de cujus* só se transmite aos herdeiros com a morte, não há que se falar em preocupação com a legítima enquanto a pessoa for viva e plenamente capaz.[536] Sustenta-se que a idade avançada não é, por si só, geradora da redução da capacidade civil.[537] A mentalidade por trás desse pensamento é a do chamado "*sanism*", um preconceito irracional que causa atitudes generalizadas de racismo, sexismo, homofobia e intolerância étnica – no presente caso, etária – que pode afetar desde o legislador, passando pela jurisprudência, até os operadores do direito. Os preconceitos originados pelo "*sanism*" são amplamente tomados como verdades absolutas, são difíceis de detectar e são extremamente aceitos pela sociedade. Esse fenômeno se embasa em estereótipos, mitos, superstições, e é perpetuado por apelar ao "senso comum" e a argumentações falhas.[538]

Sustenta-se que a imposição legislativa preza pelos interesses patrimoniais sobre os existenciais, ou seja, não permite a livre pactuação dos bens do casal conforme melhor lhes

---

533 LÔBO, loc. cit.

534 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *O direito de família entre a norma e a realidade*. São Paulo: Atlas, 2010. p.95.

535 Código Civil, Art. 426. Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva.

536 "[...] entre os prováveis futuros herdeiros e o direito de viver como quiser a pessoa, inclusive desfazendo-se de seu patrimônio para viver plenamente a vida, este direito prevalece, desde que preserve o mínimo para sua sobrevivência". (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil*: famílias. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.297).

537 LÔBO, loc. cit.

538 PERLIN, Michael L. International human rights law and comparative mental disability law: the universal factors. *New York Law School Public Law and Legal Theory*, Research Paper Series 06/07, n.29, p.1.

aprouver.[539] Em outras palavras, prima pela realização do projeto de vida em comum,[540] além de mascarar "preconceito contra o idoso, [... ao] supor que toda pessoa que dele se aproxime não o faz motivada pelo afeto, mas pelo interesse material".[541] Outro argumentado suscitado é o fato de o idoso que estiver em condição de vulnerabilidade mental, não sendo capaz de manifestar seu consentimento de modo inequívoco,[542] já ter previsão legal quanto à anulabilidade do casamento (art. 1.550, IV do Código Civil).

Ao longo do tempo, o próprio legislador e também o judiciário temperaram essa norma, que existe desde o Código Civil de 1916, embora, naquele diploma, a idade fosse de sessenta anos para homens e cinquenta anos para mulheres.[543] A Lei n.º 6.515/1977 (Lei do Divórcio) instituiu exceção à regra no art. 45 do referido Código,[544] que afastava dita imposição nos casos em que o casamento tenha sido precedido de uma comunhão de vida entre os nubentes existente antes de 28 de junho de 1977 (data em que a lei foi promulgada), que haja perdurado por 10 anos consecutivos ou da qual tenha resultado prole, possibilitando, nessas hipóteses, a livre escolha do regime de bens. Posteriormente, na IV Jornada de Direito Civil, foi promulgado enunciado dispondo que "a obrigatoriedade do regime da separação de

---

539 Conforme mencionado na introdução deste item, a opinião desta autora é de que os pactos antenupciais realizam interesses também existenciais. Como oportunamente apontam Ana Carolina Brochado e Carlos Konder, "uma escolha errada pode se tornar, inclusive, causa motivadora de divórcio, por estarem intrinsecamente vinculados os aspectos patrimoniais ao equilíbrio psicológico dos membros da família". (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Diálogos sobre direito civil.* Rio de Janeiro: Renovar, 2012. v.3. p.15).

540 LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil*: famílias. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.297.

541 LÔBO, loc. cit. Ainda na vigência do Código Civil de 1916, dizia João Baptista Villela, "a proibição, na verdade, é bem reflexo da postura patrimonialista do Código e constitui um dos ultrajes gratuitos que a nossa cultura inflige à terceira idade". (VILLELA, João Baptista. Liberdade e família. *O direito de família no senado: emendas ao projeto de Código Civil.* Belo Horizonte, UFMG, 1985. p.30-31).

542 Vide Lei n.º 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). BRASIL. Lei n.º 13.146, de 6 de julho de 2015. 13.105, Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 14 mar. 2016.

543 Art. 258. Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens, entre os cônjuges, o regime da comunhão universal. Parágrafo único. É, porém, obrigatório o da separação de bens no casamento: [...] II. Do maior de sessenta e da maior de cinquenta anos.

544 Art 45. Quando o casamento se seguir a uma comunhão de vida entre os nubentes, existentes antes de 28 de junho de 1977, que haja perdurado por 10 (dez) anos consecutivos ou da qual tenha resultado filhos, o regime matrimonial de bens será estabelecido livremente, não se lhe aplicando o disposto no artigo 258, parágrafo único, n.º II, do Código Civil de 1916.

bens não se aplica a pessoa maior de sessenta anos, quando o casamento for precedido de união estável iniciada antes dessa idade".[545] Atualmente, além de vigorar o entendimento, a idade foi alterada para 70 anos, como acima mencionado.[546]

Ainda na vigência do Código Civil anterior –por força de interpretação do art. 259, que determinava que, embora o regime não fosse o da comunhão de bens, prevaleceriam, no silêncio do contrato, os princípios daquele regime sobre a comunicação dos bens adquiridos na constância do casamento –, consagrou-se o entendimento de, que no regime de separação de bens convencional, era preciso mencionar, no pacto e expressamente, que a separação era absoluta e total, para que não houvesse comunicação de aquestos entre os cônjuges.

A jurisprudência passou, assim, a aplicar os princípios da comunhão parcial de bens quanto aos bens adquiridos no curso do casamento nos casos do regime de separação obrigatória de bens. Nesse contexto, foi editado o verbete 377 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, que determina que "no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento". O referido enunciado revelou-se, com efeito, em muitos casos, solução justa para partilha do patrimônio de muitos casais forçados a continuar no regime da separação obrigatória – ainda quando cessada a causa de sua imposição, principalmente diante da impossibilidade de alteração do regime. Entretanto, havia também aqueles que se insurgiram contra a aplicação desse entendimento, preferindo que vigorasse o regime da separação pelo qual foram obrigados a se casar e que, portanto, regia o casamento. Nestes casos, optaram por celebrar pacto antenupcial para garantir a vigência do regime da absoluta e total separação patrimonial e a não aplicação do enunciado 377.

---

545 Enunciado 261: "Art. 1.641: A obrigatoriedade do regime da separação de bens não se aplica a pessoa maior de sessenta anos, quando o casamento for precedido de união estável iniciada antes dessa idade".

546 A questão toma ainda mais relevo com a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Isso porque pode-se interpretar que o diploma atribui a todos o direito de casar e escolher, inclusive, o regime de bens (art. 83). BRASIL. Lei n.º 13.146, de 6 de julho de 2015. 13.105, Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 14 mar. 2016. Como pondera Joyceanne Bezerra de Menezes, "outra inquietação que a nova lei traz, ao instituir a igualdade de condições para que as pessoas com deficiência possam interagir livremente na seara civil, está na interpretação do art.1.641, inciso II e a obrigatoriedade do regime da separação obrigatória para as pessoas com mais de 70 (setenta) anos. Conquanto o idoso não padeça de qualquer deficiência intelectual ou psíquica, por que se sustentaria essa restrição à sua autonomia? Se as pessoas que têm deficiência psíquica e intelectual não podem sofrer óbice à sua autonomia, sequer pelo tratamento discriminatório dos notários (art.83); também não se sustentará a restrição imposta ao idoso no art.1.641, II, do Código Civil Brasileiro." (MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do estatuto da pessoa com deficiência. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 4, n. 1, jan.-jun./2015. Disponível em: <http://civilistica.com/o-direito-protetivo-no-brasil/>. Acesso em: 14.03.2016.)

Porém, nem sempre o pacto antenupcial era aceito. Assim pontua Ana Luiza Maia Nevares, em especial pelo disposto no art. 70 da Lei n.º 6.015/1973, que determina que as escrituras antenupciais não poderão ser consignadas no assento de casamento quando o regime for o legal.[547] Além disso, destaca que, não raro, o Ministério Público opina pelo cancelamento do pacto antenupcial lavrado ao argumento de nulidade, caindo por terra as disposições expressas dos nubentes sobre a preservação do regime da separação total de bens.[548] Isso porque, não existindo pacto, há, de fato sério risco de incidência do verbete 377 da Súmula do Supremo Tribunal Federal por ocasião da dissolução do casamento.[549] Ora, referido intervencionismo

---

547 NEVARES, Ana Luiza Maia. O regime de separação obrigatória de bens e o verbete 377 do Supremo Tribunal Federal. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v.3, n.1, jan./jun. 2014. Disponível em: <http://civilistica.com/o-regime-de-separaco-obrigatoria-de-bens-e-o-verbete-377-do-supremo-tribunal-federal/>. Acesso em: 07 fev. 2016.

548 NEVARES, Ana Luiza Maia. loc. cit.

549 Para alguns autores, permanece em vigor o verbete 377 da súmula do Supremo Tribunal Federal. Neste caso, a partilha do patrimônio adquirido na constância do casamento independe de prova do esforço comum, sendo este presumido. Ver LOBO, Paulo. *Famílias*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.331 e TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*. 5.ed. São Paulo: Método, 2010. v.5. Em relação a esta última obra, há divergência entre os coautores diante da questão. Enquanto Flávio Tartuce defende a permanência do verbete 377 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, José Fernando Simão defende o contrário, em virtude da revogação do art. 259 do Código Civil de 1916. Nessa linha, estão algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça. ("Direito Civil. Família. Alimentos. União Estável entre sexagenários. Regime de bens aplicável. Distinção entre frutos e produto. [...] 5. Embora tenha prevalecido no âmbito do STJ o entendimento de que o regime aplicável na união estável entre sexagenários é o da separação obrigatória de bens, segue esse regime temperado pela Súmula 377 do STF, com a comunicação dos bens adquiridos onerosamente na constância da união, sendo presumido o esforço comum, o que equivale à aplicação do regime da comunhão parcial. [...] 8. Recurso especial de G. T. N. não provido. 9. Recurso especial de M. DE L. P. S. provido". (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RESP 1199790/MG*. Relator: Min. Vasco della Giustina. Julgamento: 14.12.2010. Órgão Julgador: 3.ª T. Publicação: DJe 02.02.2011). Recurso especial - Ação anulatória de aval - Outorga conjugal para cônjuges casados sob o regime da separação obrigatória de bens - necessidade - Recurso provido. 1. É necessária a vênia conjugal para a prestação de aval por pessoa casada sob o regime da separação obrigatória de bens, à luz do artigo 1647, III, do Código Civil. 2. A exigência de outorga uxória ou marital para os negócios jurídicos de (presumidamente) maior expressão econômica previstos no artigo 1647 do Código Civil (como a prestação de aval ou a alienação de imóveis) decorre da necessidade de garantir a ambos os cônjuges meio de controle da gestão patrimonial, tendo em vista que, em eventual dissolução do vínculo matrimonial, os consortes terão interesse na partilha dos bens adquiridos onerosamente na constância do casamento. 3. Nas hipóteses de casamento sob o regime da separação legal, os consortes, por força da Súmula n.º 377/STF, possuem o interesse pelos bens adquiridos onerosamente ao longo do casamento, razão por que é de rigor garantir-lhes o mecanismo de controle de outorga uxória/marital para os negócios jurídicos previstos no artigo 1647 da lei civil. 4. Recurso especial provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1163074/PB*. Relator: Massami Uyeda. Julgamento 15.12.2009. Órgão Julgador: 3.ª T. Publicação: DJe 04.02.2010). Há ainda na jurisprudência posicionamentos que defendem uma interpretação restritiva do referido verbete do Supremo Tribunal Federal, exigindo prova de contribuição para a partilha do patrimônio adquirido na constância do matrimônio, aos moldes de uma sociedade de fato, ao argumento de que, de modo diverso, restaria descaracterizado o próprio regime. (Apelação Cível. União Estável. Varão Sexagenário ao tempo do início do relacionamento. Separação Obrigatória de bens. Aplicação da súmula n.º 377 do STF. Interpretação restritiva desse enunciado. Partilha mediante prova de contribuição dos bens havidos na vigência da união estável. 1. Não há vício material na norma do inciso II

estatal não se sustenta, devendo ser garantido aos nubentes a possibilidade de escolha e não havendo nenhum motivo para declarar a nulidade de um pacto antenupcial que busca exatamente o que a lei previa.[550]

De modo diverso, considerando a possibilidade de alteração do regime de bens, mesmo para os casados antes da vigência do atual Código Civil,[551] aqueles que assim pretenderem basta que, uma vez cessada a causa de imposição do regime da separação, proponham ação judicial para realizarem a alteração. No caso dos idosos, porém, em que, por óbvio, a causa irá sempre perdurar, a aplicação da súmula 377 do STF revela-se uma alternativa para temperar injustiças, pela partilha do patrimônio adquirido na constância da união, especialmente quando há prova do esforço comum.

Assim, persiste a discussão apenas sobre se a alteração necessita da chancela judicial ou se basta a expressa manifestação da vontade das partes para sua modificação. A jurisprudência atual entende que – ainda que não se trate de hipótese de mudança de opção daqueles que livremente escolherem por um regime –, é necessária a autorização judicial imposta pelo § 2.º do art. 1.639, sendo esse entendimento acompanhado pela doutrina.[552]

---

do art. 1.641 do CCB, uma vez que a própria Constituição Federal – e, destacadamente, a Lei n.º 10.741/03 – estabelece necessidade de proteção especial e diferenciada às pessoas com idade igual ou superior a 60 anos- em consonância com o intuito da regra do Código Civil (na redação anterior à atual, que torna obrigatório o regime de separação de bens somente a partir dos 70 anos). 2. Aplica-se às uniões estáveis a regra de separação obrigatória/legal de bens, sob pena de tratamento privilegiado dessa entidade familiar. Precedente do STJ. 3. Incidente, também, por decorrência, a Súmula n.º 377 do STF, em sua interpretação restritiva, que exige prova de contribuição, aos moldes de uma sociedade de fato. Entender em sentido diverso significa descaracterizar o próprio regime de separação de bens, porquanto, ao fim e ao cabo, a presunção de contribuição seria uma forma de burlar a regra, transformando esse regime em uma verdadeira comunhão parcial. 4. Não há nos autos mínima comprovação de que a autora tenha efetivamente contribuído na aquisição dos bens que pretende partilhar, o que leva à improcedência do pleito. Por maioria, negaram provimento". (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n.º 70043554161*. Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Julgamento: 04.08.2011. Órgão Julgador: 8.ª CC).

550 NEVARES, Ana Luiza Maia. O regime de separação obrigatória de bens e o verbete 377 do Supremo Tribunal Federal. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v.3, n.1, jan./jun. 2014. Disponível em: <http://civilistica.com/o-regime-de-separaco-obrigatoria-de-bens-e-o-verbete-377-do-supremo-tribunal-federal/>. Acesso em: 07 fev. 2016.

551 "É possível a alteração de regime de bens de casamento celebrado sob a égide do CC de 1916, em consonância com a interpretação conjugada dos arts. 1.639, § 2.º, 2.035 e 2.039 do Código atual, desde que respeitados os efeitos do ato jurídico perfeito do regime originário". (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1533179/RS*. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Julgamento: 08.09.2015. Órgão Julgador: 3.ª Turma).

552 "Depois de cessada a circunstância que justificou a obrigatoriedade do regime de separação, ele não se altera *ipso facto* [...] a mudança do regime de bens do casamento para outro que não o da separação depende de processo judicial". (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2006. v.5. p.87).

Por fim, vale lembrar que antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002, a autonomia no regime de bens estava adstrita à estruturação do regime (como regra geral), sendo impossível posterior modificação.[553] Assim, a despeito da vontade das partes ou do advento de circunstâncias supervenientes, a escolha feita no momento das núpcias perpetuava-se até o fim do casamento. Com o advento do atual Código Civil, o pedido de alteração do regime de bens tornou-se juridicamente possível, mas, para tanto, não basta a simples manifestação de vontade dos cônjuges, exigindo a lei que o pedido seja motivado, em razões a serem apuradas pelo juiz, a quem compete autorizar a mudança, ressalvando-se, ainda, direitos de terceiros.

Se, por um lado, a possibilidade de alteração prestigia a liberdade dos cônjuges e conviventes, por outro, o fato de a vontade do casal ainda necessitar de prévia apreciação do poder Judiciário denota, a demais que o Estado possui discutível ingerência na vida privada dos cônjuges e conviventes, principalmente no que tange à exigência de exposição da motivação. Sob esse prisma, o Novo Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105/2015) já nasce desatualizado em relação a outras projeções, como o Projeto de Lei n.º 470/2013, que prevê a possibilidade de se modificar o regime de bens por escritura pública.[554]

Nas razões do referido projeto, o único limite à alteração seria o direito de terceiros, a qual se ressalta que é bem vinda e de fácil cumprimento por meio da apresentação, na lavratura da escritura, das certidões indicativas de inexistência de dívidas. O projeto de lei extirpa ainda o requisito de exposição de motivos, hoje ponderado até pela jurisprudência, tendo já se pronunciado o Superior Tribunal de Justiça, em 2013, no sentido de que "a melhor interpretação que se deve conferir ao art. 1.639, § 2.º, do CC/02 é a que não exige dos cônjuges e convivente justificativas exageradas ou provas concretas do prejuízo na manutenção do regime de bens originário, sob pena de se esquadrinhar indevidamente a própria intimidade e a vida privada dos consortes".[555]

---

553 Art. 230 do já revogado Código Civil de 1916: "O regime dos bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento, e é irrevogável".

554 Projeto de Lei n.º 470/2013, Art. 39. É admissível a alteração do regime de bens mediante escritura pública, ressalvados os direitos de terceiros. § 1.º A alteração não produz efeito retroativo. § 2.º A alteração produz efeito a partir da averbação no assento de casamento.

555 "1. O casamento há de ser visto como uma manifestação vicejante da liberdade dos consortes na escolha do modo pelo qual será conduzida a vida em comum, liberdade essa que se harmoniza com o fato de que a intimidade e a vida privada são invioláveis e exercidas, na generalidade das vezes, em um recôndito espaço privado também erguido pelo ordenamento jurídico à condição de 'asilo inviolável'. 2. Assim, a melhor

No entanto, verifica-se que o Superior Tribunal de Justiça ainda oscila na afirmação da autonomia dos cônjuges. Em 2015, confrontado com o caso de cônjuges que, após trinta e sete anos casados sob a comunhão universal de bens, buscavam a alteração do regime para o da separação de bens, a Quarta Turma decidiu pela manutenção da decisão do tribunal inferior, afastando a vontade dos cônjuges sob a alegação de que "a mera vontade de preservação e individualização dos patrimônios dos cônjuges não configura justo motivo, requisito legal indispensável".[556] Vê-se, portanto, bastante espaço para evolução da legislação e da jurisprudência no que diz respeito à livre escolha do regime de bens, bem como sua alteração, no sentido de garantir a autonomia dos cônjuges e conviventes.

3.4 **A disciplina dos alimentos pela ótica da solidariedade familiar**

À primeira vista, poder-se-ia argumentar que os alimentos são um instituto de caráter puramente patrimonial. Porém, conforme asseveram Maria Celina Bodin de Moraes e Thamis

---

interpretação que se deve conferir ao art. 1.639, § 2.º, do CC/02 é a que não exige dos cônjuges justificativas exageradas ou provas concretas do prejuízo na manutenção do regime de bens originário, sob pena de se esquadrinhar indevidamente a própria intimidade e a vida privada do consortes. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1119462/MG*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgamento: 26.02.2013. Órgão Julgador: Quarta Turma). No mesmo sentido: "Apelação Cível. Regime de bens. Modificação. Inteligência do art. 1.639, § 2.º, do Código Civil. Dispensa de consistente motivação. 1. Estando expressamente ressalvados os interesses de terceiros (art. 1.639, § 2.º, do CCB), em relação aos quais será ineficaz a alteração de regime, não vejo motivo para o Estado Juiz negar a modificação pretendida. Trata-se de indevida e injustificada ingerência na autonomia de vontade das partes. Basta que os requerentes afirmem que o novo regime escolhido melhor atende seus anseios pessoais que se terá por preenchida a exigência legal, ressalvando-se, é claro, a suspeita de eventual má fé de um dos cônjuges em relação ao outro. Três argumentos principais militam em prol dessa exegese liberalizante, a saber: 1) não há qualquer exigência de apontar motivos para a escolha original do regime de bens quando do casamento; 2) nada obstaria que os cônjuges, vendo negada sua pretensão, simulem um divórcio e contraiam novo casamento, com opção por regime de bens diverso; 3) sendo atualmente possível o desfazimento extrajudicial do próprio casamento, sem necessidade de submeter ao Poder Judiciário as causas para tal, é ilógica essa exigência quanto à singela alteração do regime de bens. 2. Não há qualquer óbice a que a modificação do regime de bens se dê com efeito retroativo à data do casamento, pois, como já dito, ressalvados estão os direitos de terceiros. E, sendo retroativos os efeitos, na medida em que os requerentes pretendem adotar o regime da separação total de bens, nada mais natural (e até exigível, pode-se dizer) que realizem a partilha do patrimônio comum de que são titulares. 3. Em se tratando de feito de jurisdição voluntária, invocável a regra do art. 1.109 do CPC, para afastar o critério de legalidade estrita, decidindo-se o processo de acordo com o que se repute mais conveniente ou oportuno (critério de equidade). Deram provimento unânime". (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível N.º 70042401083, 8.ª CC, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, julgado em 28.07.2011).

556 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1427639/SP*. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgamento: 10/03/2015. Órgão Julgador: Terceira Turma.

Dalsenter, não há linhas que inscrevam situações jurídicas subjetivas somente no campo existencial ou no campo patrimonial, consequência do rompimento da concepção prioritariamente patrimonialista das relações privadas.[557]

O direito civil constitucionalizado impõe a releitura dos institutos de direito civil à luz dos valores constitucionais, sobretudo, a dignidade da pessoa humana, o que traz como consequência a posição da pessoa humana no centro da disciplina civilista, mesmo quando se estiver diante de situações tradicionalmente centradas no patrimônio.[558] Assim, os alimentos – que têm como natureza uma verba pecuniária cuja finalidade é fazer frente ao sustento de pessoas que estão desprovidas de condições de arcarem, sozinhas, com a própria subsistência – possuem "aspecto patrimonial intensamente funcionalizado a um componente existencial – a subsistência do alimentando".[559]

Precisamente sob essa abordagem teleológica, destacam Ana Carolina Brochado Teixeira e Carlos Nelson Konder que "os alimentos visam a proporcionar àquele que os recebe condições mínimas de sobrevivência, para que possa ter uma vida digna, estruturada, de modo a lhe facultar o desenvolvimento de todas suas potencialidades."[560]

Tendo em vista que o processo de democratização da família indica que a vida familiar deve conseguir combinar escolhas individuais e solidariedade familiar,[561] quando tratamos de alimentos, o princípio da solidariedade sobrepõe-se ao da liberdade, a ponto de se poder justificar a imposição de uma obrigação mesmo após ter sido dissolvido o vínculo conjugal. A solidariedade que deve existir entre pessoas que já compartilharam uma vida juntas

---

557 BODIN DE MORAES, Maria Celina; DALSENTER, Thamis. A autonomia existencial nos atos de disposição do próprio corpo. *Pensar – Revista de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v.19, n.3, p.795, 2014.

558 MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.52-53.

559 SCHREIBER, Anderson. O princípio da boa fé objetiva no direito de família. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.453.

560 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Diálogos sobre direito civil.* Rio de Janeiro: Renovar, 2012. v.3. p.16-17.

561 BODIN DE MORAES, Maria Celina. A nova família, de novo: estruturas e funções das famílias contemporâneas. *Revista Pensar*, Fortaleza, v.18, n.2, p.609, maio/ago. 2013.

fundamenta a possibilidade de requerer alimentos quando, em dificuldade de subsistência, não existirem outros familiares que possam ajudar o ex-cônjuge.[562]

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça acertadamente admite que se fixe obrigação alimentar mesmo quando há lapso temporal entre o divórcio e o pedido de alimentos. Em outras palavras, a fixação é possível nos casos em que o alimentando não tenha requerido pensão alimentícia por ocasião da dissolução do vínculo conjugal, mas decidiu fazê-lo em momento posterior, em razão de necessidade superveniente.[563] Excetuou o Tribunal, porém, as hipóteses em que haja renúncia aos alimentos no divórcio ou na dissolução de união estável.

A irrenunciabilidade é uma característica antiga dos alimentos, prevista desde o Código Civil de 1916,[564] confirmada para o extinto desquite pela Súmula 379 do Supremo Tribunal Federal, editada em 1964[565] e agora legislada no artigo 1.707 do Código Civil. O diploma contemporâneo determina que "pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora".

A despeito da disposição legal codificada, parte expressiva da doutrina manifesta entendimento a favor da possibilidade de renúncia aos alimentos nas relações conjugais. É o exemplo do posicionamento de Guilherme Calmon Nogueira da Gama, autor do Enunciado 263 da III Jornada de Direito Civil, realizada em 2004.[566] Há ainda quem argumente que

---

562 CHAGAS, Marcia Correia. Alimentos. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Org.). *Direitos das famílias por juristas brasileiras.* São Paulo: Saraiva, 2013. p.589.

563 "Em atenção ao princípio da mútua assistência, mesmo após o divórcio, se um dos ex-cônjuges padecer de recursos materiais, por não dispor de meios para suprir as próprias necessidades vitais (alimentos necessários), seja por incapacidade laborativa, seja por insuficiência de bens, poderá requerê-la de seu ex-consorte, desde que não tenha renunciado aos alimentos e estejam presentes os requisitos legais. [...] É juridicamente possível a prestação de alimentos entre pessoas divorciadas, não estando condicionada a obrigação alimentar ao anterior deferimento em separação judicial ou em ação de divórcio, e a falta de pedido de fixação do encargo em tais ações não pode ser tida como renúncia tácita ao direito". (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1073052/SC*. Relator: Ministro Marco Buzzi. Órgão Julgador: Quarta Turma. Julgamento: 11.06.2013).

564 Art. 404. Pode-se deixar de exercer, mas não se pode renunciar o direito a alimentos.

565 Súmula 379. No acordo de desquite não se admite renúncia aos alimentos, que poderão ser pleiteados ulteriormente, verificados os pressupostos legais.

566 Enunciado 263: O art. 1.707 do Código Civil não impede seja reconhecida válida e eficaz a renúncia manifestada por ocasião do divórcio (direto ou indireto) ou da dissolução da "união estável". A irrenunciabilidade do direito a alimentos somente é admitida enquanto subsista vínculo de Direito de Família.

pleitear alimentos após sua renúncia seria comportamento contraditório vedado pelo direito, em decorrência do princípio da boa-fé objetiva.[567] O Superior Tribunal de Justiça atualmente sustenta entendimento pela validade da renúncia aos alimentos no divórcio ou na dissolução da união estável,[568] contrariando o dispositivo legal. Em julgado recente, porém – no qual se discutia a possibilidade de renúncia ao tempo da lavratura de escritura de união estável, no início do relacionamento, e não quando da dissolução (hipótese mais comum de renúncia) –, o Tribunal decidiu que era cabível o pleito de alimentos. O argumento foi de que a renúncia, se feita no início ou na constância da união, é, na verdade, mera dispensa, sendo certo que a irrenunciabilidade dos alimentos persiste na constância do relacionamento em razão do dever de mútua assistência previsto no Código Civil,[569] apoiando-se, para tanto, na parte final do

---

567 "Não é razoável que um cônjuge, companheiro ou parceiro homoafetivo venha a renunciar à prestação alimentícia no acordo de dissolução consensual da conjugalidade, criando no outro uma expectativa, e, posteriormente, de forma surpreendente, venha a pleitear os alimentos, com base em interpretação literal do texto legal. Trata-se de típica hipótese de *nemo venire contra factum proprium* (proibição de comportamento contraditório), caracterizando um ato ilícito objetivo, também chamado de abuso de direito (CC, art. 187)". (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENLVALD, Nelson. *Curso de direito civil*: famílias. 4.ed. Salvador: Juspodivm, 2021. p.764-765).

568 "Consoante entendimento pacificado desta Corte, após a homologação do divórcio, não pode o ex-cônjuge pleitear alimentos se deles desistiu expressamente por ocasião do acordo de separação consensual. Precedentes da 2.ª Seção". (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo 1044922/SP*. Relator: Ministro Raul Araújo. Julgamento: 22.06.2010. Órgão Julgador: Quarta Turma).

569 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1178233/RJ*. Relator: Ministro Raul Araújo. Julgamento: 06.11.2014. Órgão Julgador: Quarta Turma. Voto do Ministro Relator Raul Araújo: "A questão jurídica aqui controvertida diz respeito tão somente à possibilidade ou não de serem pleiteados alimentos pela ex-companheira, quando existir, a respeito, declaração anterior, firmada pelos companheiros nos primórdios do relacionamento, no sentido de que seriam desnecessários em razão da independência econômica das partes. [...] A situação posta no presente caso é bastante distinta daquelas de que tratam os precedentes julgados por esta Eg. Corte, em que a renúncia aos alimentos dá-se ao término da relação conjugal. [...] Aqui, a hipótese é de prévia dispensa dos alimentos, estabelecida em declaração pública de união estável firmada no início do relacionamento, ou seja, quando ainda existentes os laços conjugais que, por expressa previsão legal, impõem aos companheiros, reciprocamente, o dever de assistência. [...] Nesse contexto, e não obstante considere-se válida e eficaz a renúncia manifestada por ocasião de acordo de separação judicial ou de divórcio, nos termos da reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não pode ela ser admitida na constância do vínculo familiar. [...] A alegada renúncia, diferentemente dos precedentes julgados por esta Corte, teria ocorrido na constância da união, daí por que foi considerada pelas instâncias ordinárias como mera dispensa, e não renúncia, conforme expresso na r. sentença de primeiro grau [...] Com efeito, ante o princípio da irrenunciabilidade dos alimentos, decorrente do dever de mútua assistência expressamente previsto nos dispositivos legais citados, não se pode ter como válida disposição que implique renúncia aos alimentos na constância da união, pois esses, como dito, são irrenunciáveis." Em voto da Ministra Maria Isabel Gallotti: "V. Exa., bem estabeleceu a diferença entre renunciar a alimentos quando findo o vínculo conjugal, entendida válida pela jurisprudência desta Corte, e o caso ora em exame, em que se pretendeu fazer uma renúncia por escritura, no curso da união estável, à possibilidade futura de pedir alimentos em face do companheiro. Quando as partes decidem por fim ao relacionamento e, portanto, terão tido fim também o vínculo e os deveres da assistência mútua, as partes podem, a despeito da regra de irrenunciabilidade do Código Civil, estabelecer que, como estão desfazendo o vínculo, não há mais dever de assistência recíproca, abrem mão de, no futuro, se houver uma necessidade futura, demandar alimentos. Essa renúncia é aceita como válida pela jurisprudência consolidada do Tribunal.

mencionado Enunciado 263 da III Jornada de Direito Civil e no entendimento de Yussef Cahali.[570]

Outro fundamento do julgado foi o da existência, no caso, de fato superveniente à data da renúncia que modificou a situação econômica da pretensa alimentanda, fazendo surgir a necessidade de alimentos que antes inexistia.[571] É importante pontuar, porém, que o fundamento da obrigação alimentar não é somente o dever conjugal de mútua assistência, mas decorre essencialmente do princípio da solidariedade, que se apresenta como uma forma de superação do predomínio dos interesses individuais que perdurou pelos primeiros séculos da modernidade.[572] Em oposição ao mundo moderno liberal, a contemporaneidade visa muito mais à interação necessária entre as pessoas, tornando-se a solidariedade um "elemento conformador dos direitos subjetivos".[573]

Em que pese a jurisprudência atual da Corte Superior e da doutrina, no sentido de que, em caso de renúncia ao tempo da extinção do vínculo conjugal, não cabe posterior pedido de

---

[...] [No caso] estava vigente a união estável, e, portanto, entendeu a sentença de primeiro grau e o acórdão nos embargos infringentes que não era válido durante a união estável, assim como não seria válido durante o casamento, um cônjuge renunciar ao auxílio do outro. Penso que seja inerente à noção de casamento e também à noção de união estável que, durante a convivência, haja assistência recíproca. Trata-se de dever intrínseco ao casamento ou à união estável. [...] Penso que o voto de V. Exa., assim como a sentença e o acórdão recorrido, estabeleceram a melhor interpretação do Código Civil, que é a mesma da jurisprudência do nosso Tribunal, ou seja, é válida a renúncia, mas a feita ao final da união estável. Com o fim do vínculo, renuncia-se à possibilidade de pedir do ex-marido ou do ex-companheiro alimentos. Mas que a renúncia estabelecida durante a união estável, realmente, não poderia impedir um dos conviventes de demandar alimentos em função de uma necessidade surgida durante a união estável e posterior a essa escritura, que foi o câncer."

570 "Não obstante o princípio da irrenunciabilidade dos alimentos, reafirmado no art. 1.707 do CC/2002, revela-se proveitosa a jurisprudência formada em torno do Código anterior, devendo ser admitida como válida e eficaz a cláusula de renúncia dos alimentos constante do acordo homologado de desfazimento da união estável. Com efeito, tal como acontece com o divórcio, que extingue o vínculo conjugal, o acordo de extinção da união estável desvincula definitivamente os ex-companheiros entre si, passando eles a ser considerados como sendo duas pessoas estranhas. Entenda-se, pois, que somente seriam irrenunciáveis os alimentos devidos na constância da união estável. Nesse sentido, é exaustiva a análise feita por Cahali, no sentido da inadmissibilidade de inserção de cláusula de exclusão ou de renúncia de alimentos no contrato de convivência". (CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 7.ed. São Paulo: RT, 2012. p.162).

571 "No que se refere à situação econômica da recorrida, tem-se que sobreveio importante alteração ainda na constância da união, em razão da 'superveniência de moléstia grave (que) teria reduzido consideravelmente sua capacidade para o trabalho, ocasionando-lhe sérias dificuldades financeiras' (fl. 1.096). Portanto, no momento da ruptura da sociedade conjugal, a situação que antes permitira à recorrida renunciar aos alimentos já não mais existia". (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1178233/RJ*. Relator: Ministro Raul Araújo. Julgamento: 06.11.2014. Órgão Julgador: Quarta Turma).

572 LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias.* 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.56.

573 Id., A nova principiologia do direito de família e suas repercussões. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes et al. (Coord.). *Direito de família e das sucessões*: temas atuais. São Paulo: Editora Método, 2009. p.6.

alimentos, o fundamento da obrigação de alimentar, qual seja, a solidariedade, não permite outro entendimento que não o da possibilidade de o ex-cônjuge ou de o ex-companheiro pleitear alimentos, uma vez comprovada necessidade superveniente e ausência de parentes que possam assisti-lo.

A solidariedade, como esclarece Maria Celina Bodin de Moraes, faz as vezes tanto de princípio jurídico como de virtude ético-teologal. Por esse motivo, poderia-se entender que seu principal sentido seria vinculado a ideias cristãs, nas quais todos seriam "filhos do mesmo Pai", gerando uma noção de fraternidade. No entanto, ressalta a autora que o sentido mais importante da solidariedade para o direito é o do comportamento pragmático.[574] A solidariedade oxigena as relações no âmbito da família, já que os vínculos familiares precisam desenvolver-se em um ambiente de reciprocidade, compreensão e cooperação.[575] De fato, uma das formas mais claras de concretização do princípio constitucionalmente previsto da solidariedade familiar, são os alimentos, que, por sua vez, consagram a ideia de que a pessoa só existe enquanto coexiste.[576]

No direito brasileiro, o princípio da solidariedade fundamenta ainda um reequilíbrio entre as partes no fim da sociedade conjugal quando esta ainda era regida pelo regime da separação de bens. Essas hipóteses têm ensejado uma intervenção heterônoma judicial para determinar o que se vem denominando de "alimentos compensatórios".

Defende-se em doutrina a possibilidade de fixação desta verba, de natureza diferente dos alimentos destinados à subsistência (previstos na Lei n.º 5.478/1968 e no Código Civil),[577] com a finalidade de preservar o equilíbrio econômico-financeiro existente ao tempo do casamento, compensando-se o cônjuge ou convivente que se separou e, de uma hora para a outra, não mais possui meios econômicos autônomos para se manter no anterior padrão de vida, em razão do regime de bens pactuado. É a realidade de muitos ex-casais, em que o

---

574 BODIN DE MORAES, Maria Celina. O princípio da solidariedade. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (Orgs.). *Os princípios da constituição de 1988*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p.161-163.

575 MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5.ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p.93.

576 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p.48-49.

577 MADALENO, Rolf. Obrigação, dever de assistência e alimentos transitórios. *Revista CEJ*, v.8, n.27, p.69-78, out./dez. 2004. Disponível em: <http://www.rolfmadaleno.com.br/novosite/conteudo.php?id=37>. Acesso em: 15 jan. 2016.

matrimônio ou a união estável se extingue sem que uma das partes receba algo na partilha, seja pela adoção de um regime de bens convencional de separação total, seja pelo regime legal imposto em lei ou por circunstâncias inerentes à evolução do patrimônio do casal durante sua união.

No que tange à duração da prestação, afirma-se que ela não seria predeterminada, mas fixada a depender das condições específicas de cada união e da capacidade de trabalho ou de aprendizado de um ofício pelo alimentando.[578] Ao longo do tempo, porém, a jurisprudência dos tribunais inferiores acabou por desenvolver entendimento no sentido de que tem direito a alimentos compensatórios também aquele que não está na posse dos bens do casal, enquanto aguarda a efetivação da partilha,[579] situação que não ocorre quando o regime do casamento ou união estável é o da separação total de bens, mas sim o da comunhão universal ou comunhão parcial. No entanto, é de se notar que é um entendimento com origem em uma interpretação equivocada dos alimentos compensatórios como oriundos do art. 4.º da Lei de Alimentos,[580]

---

578 MADALENO, Rolf. Obrigação, dever de assistência e alimentos transitórios. *Revista CEJ*, v.8, n.27, p.76, out./dez. 2004. Disponível em: <http://www.rolfmadaleno.com.br/novosite/conteudo.php?id=37>. Acesso em: 15 jan. 2016.

579 A título de exemplo: "Em que pese existir divergência acerca da possibilidade de concessão dos alimentos compensatórios, tem sido cada vez mais frequente os tribunais reconhecerem ao cônjuge desfavorecido o direito de buscar tutela jurisdicional que estabeleça uma espécie de *indenização provisória*, enquanto não efetivada a partilha de bens do casal, pela exploração por um dos cônjuges do patrimônio comum. [...] para serem concedidos os alimentos compensatórios, não há sequer que se fazer a prova da necessidade, porque não têm conteúdo alimentar, mas indenizatório. O cônjuge financeira e economicamente prejudicado com a ruptura da relação conjugal pode ser credor de alimentos mesmo tendo meios suficientes para a sua mantença pessoal, pois o que interessa é apurar se, com a separação, instalou-se visível disparidade na condição de vida de um dos cônjuges em confronto com a do outro, em decorrência da exploração do patrimônio comum". (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, *Agravo de Instrumento n.º 0003627-90.2012.8.19.0000*. Relator: Desembargadora Patricia Ribeiro Serra Vieira. Julgamento: 21.03.2012. Órgão Julgador: Décima Sétima Câmara Cível); "Considerando que os litigantes estão separados de fato e estando o requerido na posse exclusiva dos bens do casal, em especial do microônibus, detendo maior capacidade de exploração econômica, sendo ele quem, desde aquela data, usufrui do rendimento amealhado, mostra-se correta a fixação em favor da agravada de alimentos compensatórios, até que se efetive a partilha de bens". (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Agravo de Instrumento n.º 70046238671*. Relator: Desembargador Ricardo Moreira Lins Pastl. Julgamento: 16.02.2012. Órgão Julgador: Oitava Câmara Cível); "Cabe a fixação de alimentos compensatórios, em valor fixo, decorrente da administração exclusiva por um dos cônjuges das empresas do casal. Caso em que os alimentos podem ser compensados, dependendo da decisão da ação de partilha de bens, bem como não ensejam possibilidade de execução pessoal sob o rito de prisão. O deferimento dos alimentos não implica na conclusão de que as cotas sociais das empresas do casal devem ser repartidas em 50% para cada cônjuge. Matéria essa que deverá ser julgada de forma autônoma na ação de partilha de bens". (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n.º 70026541623*. Relator: Desembargador Rui Portanova. Julgamento: 04.06.2009. Órgão Julgador:Oitava Câmara Cível).

580 Lei n.º 5.478/1968, Art. 4.º Ao despachar o pedido, o juiz fixará desde logo alimentos provisórios a serem pagos pelo devedor, salvo se o credor expressamente declarar que deles não necessita. Parágrafo único. Se se

quando, na realidade, sua inspiração se encontra em dispositivos dos códigos civis francês [581] e espanhol,[582] para situações diversas.

Caso notório em que se discutiu o instituto dos alimentos compensatórios foi o julgamento do Superior Tribunal de Justiça, [583] amplamente divulgado na mídia brasileira. No julgado, assentou-se que "os chamados alimentos compensatórios, ou prestação compensatória, não têm por finalidade suprir as necessidades de subsistência do credor, tal como ocorre com a pensão alimentícia regulada pelo art. 1.694 do CC/2002, senão corrigir ou atenuar grave desequilíbrio econômico-financeiro ou abrupta alteração do padrão de vida do cônjuge desprovido de bens e de meação". Aqui, o instituto foi corretamente aplicado nos moldes em que foi originalmente adaptado pela doutrina brasileira, isto é, para os casos em que, em razão da adoção do regime de separação de bens, um dos cônjuges se vê em queda brusca de padrão de vida, por vezes até mesmo sem bens, nem fonte de renda.[584]

---

tratar de alimentos provisórios pedidos pelo cônjuge, casado pelo regime da comunhão universal de bens, o juiz determinará igualmente que seja entregue ao credor, mensalmente, parte da renda líquida dos bens comuns, administrados pelo devedor.

581 Código Civil Francês, artigo 270: "O divórcio coloca fim ao dever de assistência entre os cônjuges. Um dos cônjuges pode ser obrigado a pagar ao outro uma prestação destinada a compensar, na medida do possível, a disparidade que a ruptura do casamento criou em suas respectivas condições de vida. Esta prestação tem um caráter pré-fixado. Ela tem a forma de um capital, cujo montante é fixado pelo juiz. Todavia, o juiz pode se recusar a conceder uma semelhante prestação se a equidade lhe comandar, seja em consideração aos critérios previstos no artigo 271, seja quando o divórcio for concedido por culpa exclusiva do cônjuge que demanda o benefício desta prestação, na observância das circunstâncias particulares da ruptura". (tradução livre). No original: *"Code civil, Article 270: Le divorce met fin au devoir de secours entre époux. L'un des époux peut être tenu de verser à l'autre une prestation destinée à compenser, autant qu'il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives. Cette prestation a un caractère forfaitaire. Elle prend la forme d'un capital dont le montant est fixé par le juge. Toutefois, le juge peut refuser d'accorder une telle prestation si l'équité le commande, soit en considération des critères prévus à l'article 271, soit lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs de l'époux qui demande le bénéfice de cette prestation, au regard des circonstances particulières de la rupture".*

582 Código Civil espanhol, artigo 97: "O cônjuge com relação a quem a separação ou o divórcio produza um desequilíbrio econômico com relação à posição do outro, que gere um agravamento da sua situação anterior ao casamento, terá direito a uma compensação que poderá consistir de pensão por tempo determinado ou indeterminado, ou de uma prestação única, conforme estabelecido no acordo ou na sentença". (Tradução livre). No original: *"El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia".*

583 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1290313/AL*. Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira. Julgamento: 12.11.2013. Órgão Julgador: Quarta Turma.

584 "Os alimentos compensatórios estão à margem de qualquer questionamento causal da separação, ou do divórcio dos cônjuges e da dissolução da união estável, e ingressam unicamente as circunstâncias pessoais da vida matrimonial ou afetiva, na qual importa apurar a situação econômica enfrentada com o advento da separação e se um dos consortes ficou em uma situação econômica e financeira desfavorável em relação à

No caso, o Tribunal de Justiça de Alagoas inicialmente havia fixado alimentos a serem pagos por três anos, e, após o recurso de embargos infringentes, o tribunal estadual afastou esta limitação temporal. No julgamento, após intensa discussão, o Superior Tribunal de Justiça deu parcial provimento ao recurso especial para fixar novamente um termo final para a obrigação alimentar, sob o entendimento de que "os alimentos devidos entre ex-cônjuges devem, em regra, ser fixados com termo certo, assegurando-se ao alimentando tempo hábil para sua inserção, recolocação ou progressão no mercado de trabalho, que lhe possibilite manter, pelas próprias forças, o status social similar ao período do relacionamento".[585]

Conforme destaca Otávio Luiz Rodrigues Junior, o acórdão analisado apresenta diversas questões de interesse para o direito de família, tais como (i) a existência dos chamados "alimentos compensatórios" como figura jurídica autônoma no ordenamento jurídico; (ii) os limites à interferência judicial em um regime de separação convencional de bens; (iii) a extensão temporal do direito aos alimentos; e (iv) a formulação de um princípio do equilíbrio econômico nas relações conjugais.[586]

Por ocasião do julgamento de outro recurso, o RHC 28.853/RS, no qual surgiu a questão da possibilidade de prisão civil pelo inadimplemento no pagamento dos alimentos compensatórios, o Ministro Sidnei Beneti, em voto-vista, teceu valorosas considerações sobre a natureza dos alimentos compensatórios, concluindo que estes possuem, na verdade, natureza indenizatória, diversa dos alimentos previstos no art. 1.694 do Código Civil,[587] sendo esse entendimento, afinal, o do tribunal superior [588] e, portanto, impassível de ensejar prisão civil.

---

vida que levava durante o matrimônio, os alimentos compensatórios corrigem essa distorção e restabelecem o equilíbrio material". (MADALENO, Rolf. *Responsabilidade civil na conjugalidade e alimentos compensatórios*. Disponível em: <http://docslide.com.br/documents/responsabilidade-civil-e-alimentos-compensatorios-rolf-madaleno.html>. Acesso em: 18 jan. 2016).

585 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1290313/AL*. Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira. Julgamento: 12.11.2013. Órgão Julgador: Quarta Turma.

586 RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Alimentos compensatórios no Brasil e no exterior. *Revista Consultor Jurídico*, 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-jan-08/direito-comparado-alimentos-compensatorios-brasil-exterior-parte>. Acesso em: 20 jan. 2016.

587 "Resume-se a questão em definir se a verba devida, cujo inadimplemento serviu de base para a decretação da prisão do ora Recorrente (CPC, art. 733, § 1.º), caracteriza propriamente verba alimentar ou se constitui modalidade diversa de débito, de natureza não alimentar, que o alimentando, ora Recorrente, veio caracterizando como 'alimentos compensatórios'. A expressão 'alimentos compensatórios', trazida aos autos, presta-se a confusão que se evita facilmente se dela retirado o termo 'alimentos' e substituído por 'prestação' (Cód. Civil Francês, arts 270 e 271) ou 'pensão' (Cód. Civil Espanhol, art. 97), reservando-se o termo 'alimentos' para aquilo que mais que centenária terminologia legal e doutrinária sempre assim denominou no mundo, ou seja, a verba destinada à subsistência material e social do alimentando (alimentos naturais e civis, ou côngruos) [...].Não têm, os ditos 'alimentos compensatórios', caráter alimentar natural ou

Os alimentos compensatórios, portanto, não têm como pressuposto a necessidade do alimentando, razão pela qual parte da doutrina tende a atribuir natureza indenizatória ao instituto. Contudo, em verdade o instituto atua como instrumento de compensação do desequilíbrio econômico[589] gerado pelo término da relação conjugal ou convivencial.[590]

Isso porque, por meio desse instituto, não se objetiva indenizar a quebra de deveres conjugais, tampouco a perda do vínculo afetivo, dado que a ruptura não pode ser caracterizada como um dano em si. Veja-se que a sua *ratio* não se encontra no campo da responsabilidade civil, não comportando discussões em torno da culpa pela dissolução da união. Sua função não é propriamente o ressarcimento, mas, sim, a diminuição do desequilíbrio daquele que, não obstante o tempo de parceria, sai prejudicado com o fim do relacionamento.[591]

Desse modo, os alimentos compensatórios decorrem, na verdade, da ampliação do princípio da solidariedade constitucional como meio de compensar a desvantagem do cônjuge ou convivente, a despeito da situação favorável do outro. Isso não significa igualar a situação financeira entre os ex-consortes após a ruptura, porquanto essa desigualdade já precedia o início

---

civil, mas, sim, natureza indenizatória. [...] Não sendo verba alimentar, mas indenizatória, o inadimplemento da 'prestação ou pensão compensatória' não pode levar às mesmas consequências do inadimplemento da obrigação alimentar, não se justificando, pois, com base no seu inadimplemento, a decretação da prisão do devedor (CPC, art. 733, § 1.º)". (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RHC 28.853/RS*. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Relator para Acórdão Ministro Massami Uyeda. Julgamento: 01.12.2011. Órgão Julgador: Terceira Turma).

588 "Levando-se em conta o caráter compensatório e/ou ressarcitório da verba correspondente à parte dos frutos dos bens comuns, não se afigura possível que a respectiva execução se processe pelo meio coercitivo da prisão, restrita, é certo, à hipótese de inadimplemento de verba alimentar, destinada, efetivamente, à subsistência do alimentando". (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RHC 28.853/RS*. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Relator para Acórdão Ministro Massami Uyeda. Julgamento: 01/12/2011. Órgão Julgador: Terceira Turma).

589 Esclarece Waldyr Grisard Filho que "para determinar a situação de desequilíbrio, é necessário seu exame em duas dimensões, uma temporal, comparando-se a situação de cada cônjuge individualmente para estabelecer se sua situação posterior ao divórcio é pior do que a que ostentava anteriormente, e outra pessoal, para estabelecer se na pós-ruptura a situação em que se encontra um cônjuge é pior que a do outro. Somente no caso em que a situação atual de um cônjuge seja pior que a perdida e pior que a do outro é que se reconhece uma situação de desequilíbrio à concessão da pensão compensatória". (GRISARD FILHO, Waldyr. Pensão compensatória: efeito econômico da ruptura convivencial. In: LEAL, Pastora do Socorro Teixeira (Coord.). *Direito civil constitucional e outros estudos em homenagem ao Prof. Zeno Veloso*. São Paulo: Método, 2014. p.757).

590 GRISARD FILHO, loc. cit.

591 "A pensão compensatória avalia pura e simplesmente uma pauta eminentemente objetiva, indiferente ao motivo do divórcio, pois sua concessão judicial está baseada na ausência de equilíbrio econômico e no empobrecimento do credor, e ao estabelecer o pagamento de uma prestação única ou através de prestações vitalícias, ou pela entrega de bens procura ajustar a assimetria econômica produzida entre os esposos, e além de reequilibrar as condições sociais afetadas com a crise conjugal também possibilita a readaptação material do esposo em desfavorável situação econômica e financeira". (MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5.ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p.997).

da união. Deve-se levar em conta "o que cada um já possuía, perdeu ou deixou de produzir em função do relacionamento".[592]

Em suma, como afirma Rolf Madaleno, trata-se de atenuar o desequilíbrio econômico que se produziu "em comparação com o estilo de vida experimentado durante a convivência matrimonial, compensando deste modo a disparidade social e econômica com a qual se depara o alimentando em função da separação, comprometendo suas obrigações materiais, seu estilo de vida e a sua subsistência pessoal".[593]

Assim, alguns autores atualmente têm, por vezes, utilizado outras denominações para os alimentos compensatórios, como "pensão compensatória" [594] ou "prestação compensatória",[595] a fim de desfazer a confusão ocasionada pela terminologia entre os institutos comumente encontrada em doutrina [596] e jurisprudência ocasionada pela terminologia. jurisprudência. Importante frisar que ambos não se confundem ainda com a *pensão transitória*, que considera um estado de necessidade como temporário, enquanto o alimentando não ingressa novamente no mercado de trabalho.[597]

---

592 GRISARD FILHO, Waldyr. Pensão compensatória: efeito econômico da ruptura convivencial. In: LEAL, Pastora do Socorro Teixeira (Coord.). *Direito civil constitucional e outros estudos em homenagem ao Prof. Zeno Veloso*. São Paulo: Método, 2014. p.1000.

593 Ibid., p.995.

594 "A pensão compensatória (compensação econômica) não se confunde com a pensão alimentícia, pois a sua finalidade é evitar o brusco desequilíbrio econômico, ao contrário dos alimentos conferidos para a subsistência do alimentando que não tem meios próprios para garantir sua subsistência, [...] os alimentos compensatórios (compensação econômica) encontram uma natureza indenizatória, que está direcionada a reequilibrar a situação daquele convivente que, por decorrência da cessação de seu vínculo se vê em debilitada situação econômica em relação àquela que vivenciava na constância do casamento". (Id.. Alimentos compensatórios. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Tratado de direito das famílias*, Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p.580-581).

595 "Os prejuízos que são ressarcidos com a prestação compensatória advêm do enriquecimento sem causa, ou seja, do fato de um dos cônjuges, na dissolução do casamento, enriquecer-se à custa do outro, porque recebeu dele auxílio em sua ascensão profissional, e contribuiu para o seu progresso, inclusive em razão da dedicação que o outro cônjuge deu à educação dos filhos comuns, deixando de progredir na mesma medida que o devedor da prestação compensatória, ou mesmo porque, após a dissolução, o credor dessa prestação não gozará mais dos benefícios, inclusive patrimoniais do outro cônjuge". (MONTEIRO, Washington de Barros; DA SILVA, Regina Beatriz Tavares. *Curso de direito civil*: direito de família. 42.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v.2).

596 Como por exemplo quando defende-se a atribuição de "efeitos reparatórios" aos alimentos fundados no art. 1.694 do Código Civil.

597 GRISARD FILHO, op. cit. p.762.

Apenas com fim elucidativo, ressalta-se que existe uma parte minoritária da doutrina que nem mesmo admite a possibilidade de alimentos compensatórios.[598] Porém, entende-se que, apesar da ausência de previsão expressa do instituto na legislação civil, esses alimentos se mostram uma ferramenta de grande valia para efetivar-se o princípio constitucional da solidariedade, amparando-se o cônjuge ou convivente abruptamente diminuído em seu padrão de vida. Em última instância, o reconhecimento da aplicabilidade do instituto no ordenamento jurídico pátrio decorre do paradigma axiológico fundado na dignidade da pessoa humana.

3.5 **Contratos de direito de família e merecimento de tutela**

Como já diversas vezes assinalado, vale lembrar que a desejada redução da intervenção estatal não significa recusar hipóteses excepcionais em que o Estado deva desempenhar um papel ativo de ingerência na seara da família. São os casos já mencionados e previstos em lei que envolvem sujeitos vulneráveis, violência doméstica no âmbito familiar, entre outros. Como destacam Ana Carolina Brochado Teixeira e Renata de Lima Rodrigues, "por um comando da igualdade substancial, pode se fazer necessário que o Estado intervenha, para garantir a dignidade da pessoa em condições de vulnerabilidade".[599] Assim, justifica-se que a liberdade consubstanciada na autonomia privada ceda espaço à incidência da solidariedade familiar. Com uma atuação não interventora, mas vigilante, como sustenta Silvana Carbonera, o sistema jurídico permite a implementação do respeito à dignidade da pessoa humana na

---

598 Leonardo de Faria Beraldo argumenta que os alimentos compensatórios não encontraria guarida no ordenamento jurídico brasileiro: "Primeiro porque, com o fim da relação a dois, é natural que ambos passem a ter maiores dificuldades financeiras e que o padrão de vida caia, afinal de contas várias dívidas irão dobrar. Segundo porque o próprio caput do art. 1.694 do CC já fala em 'alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social', o que é exatamente o que se prega para defender a existência dos alimentos compensatórios. Terceiro porque, para se conseguir certas pretensões, há procedimentos judiciais próprios, que são, por exemplo, a prestação de contas, a cobrança ou o locupletamento, [...], logo, despiciendo seria criar-se uma nova categoria jurídica para suprir a inércia de uma das partes. Quarto porque, como já visto em capítulos anteriores, a jurisprudência consolidou-se no sentido de que não se deve estimular o ócio do cônjuge-alimentando, isto é, se for jovem e tiver condições de trabalho, não se pode onerar o alimentante injustificadamente". (BERALDO, Leonardo de Faria. *Alimentos no Código Civil*: aspectos atuais e controvertidos com enfoque na jurisprudência. Belo Horizonte: Forum, 2012. p.140-141).

599 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *O direito das famílias entre a norma e a realidade*. São Paulo: Atlas, 2010. p.105.

dimensão familiar, na medida em que reconhece aos sujeitos liberdade e autonomia, não intervindo em aspectos pessoais que impliquem restrição injustificada, sem respaldo constitucional.[600]

Uma das grandes dificuldades encontradas pelos contratos do direito de família decorre da necessária compatibilização de instrumentos tipicamente patrimoniais (contratos) às situações existenciais (família) para efetivar a função principal das relações familiares. Importa recordar que a distinção entre as relações existenciais e patrimoniais não é estanque; pelo contrário, como provam os pactos conjugais e convivenciais que se pretende analisar. É aqui que entra o questionamento: "até onde vai a autonomia na escolha das normas que regerão a conjugalidade: ela se restringe ao aspecto patrimonial ou pode englobar, também, a seara existencial?"[601]

Antes de se debruçar sobre esse tema, é importante recordar alguns aspectos contratuais relevantes. É preciso lembrar que a palavra *contrato* é empregada em várias acepções distintas – para se referir ao documento que instrumentaliza o negócio jurídico; ou ao conjunto de normas que eleva o contrato de simples meio de criação de deveres para fonte permanente de comandos concretos e específicos; ou, ainda, à conduta que cumprem os contratantes conforme o pactuado e o acordo convergente de vontades visando à produção de efeitos jurídicos. Entretanto, apesar da pluralidade de sentido, apenas as duas últimas definições interessam à presente análise, "porque é em torno desses dois significados que giram os problemas estruturais e de eficácia do contrato, nomeadamente no âmbito do Direito de Família".[602]

O mais comum dos chamados "contratos" de direito de família é o pacto antenupcial, expressamente previsto no art. 1.639 do Código Civil e regulado nos arts. 1.653 a 1.657. Nesta sede, sempre se permitiu a liberdade aos cônjuges para disporem de questões patrimoniais, a não

---

600 CARBONERA, Silvana Maria. *Reserva de intimidade*: uma possível tutela da dignidade no espaço relacional da conjugalidade. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.271.

601 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Diálogos sobre direito civil.* Rio de Janeiro: Renovar, 2012. v.3. p.16.

602 BAPTISTA, Silvio Neves. Contratos no direito de família. In. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e solidariedade*: teoria e prática do direito de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.428.

ser que os envolvidos se encontrem nas situações previstas no art. 1.641, que demandam o regime de separação obrigatória de bens.[603]

Há indagação, atualmente, se os "pactos antenupciais" não seriam instrumentos adequados para conter as "regras existenciais". Em outras palavras, há dúvida sobre se seria possível aos cônjuges dispensarem o dever de fidelidade ou de coabitação e aos companheiros fazerem o mesmo com o dever de lealdade.[604] Por meio de uma análise legalista, Ana Carolina Brochado Teixeira e Carlos Konder respondem que não, mas destacam que "no âmbito de um Estado Democrático de Direito, em que se renova o conceito de ordem pública de modo a atrelá-lo à realização da dignidade humana, vem sendo discutida a possibilidade de o próprio casal construir a 'ordem pública familiar'"[605] De fato, como concluem os autores, o pacto antenupcial é exemplo de situação jurídica patrimonial que pode ter também função existencial.[606]

Além disso, comprova-se uma utilização bem sucedida do paternalismo libertário na legalidade constitucional. Isso porque é preservada a liberdade de escolha ao se permitir que as partes, pelo pacto antenupcial, decidam por regra distinta que melhor se conforme ao seu projeto de vida familiar[607] embora subsista uma "regra padrão" disposta pelo legislador caso as partes não disponham sobre o regime de bens de sua união, que é o regime da comunhão parcial de bens, como aquele gera mais bem estar para o casal em hipótese de dissolução.

Não se pode negar que a licitude de disposições de natureza existenciais ainda é questão controversa. Identifica-se que, para grande parte da doutrina, a natureza do pacto destina-se "exclusivamente a regular os direitos patrimoniais dos cônjuges. Segundo esse entendimento, cláusulas que flexibilizam, suprimam ou estabeleçam deveres extraconjugais jamais poderiam

---

603 Importante ressaltar que a doutrina majoritária sustenta que o inciso II do artigo 1641, que impõe obrigatoriamente aos maiores de setenta anos o regime de separação de bens no casamento, é a hipótese mais emblemática da existência de dispositivos da codificação civil de 2002 que, por violarem o princípio da liberdade, são considerados como inconstitucionais.

604 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Diálogos sobre direito civil.* Rio de Janeiro: Renovar, 2012. v.3. p.16.

605 TEIXEIRA; KONDER, loc. cit.

606 TEIXEIRA; KONDER, loc. cit.

607 V., a questão dos pactos antenupciais em SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. *Nudge*: improving decisions about health, wealth and happiness. New Haven, CT: Yale University Press, New Haven, 2008. p.224.

considerar válidas".[608] De modo diverso, a doutrina mais atenta considera não haver justificativas vedar o pacto antenupcial tratando de questões extrapatrimoniais. Mais ainda, "se a lei impõe deveres e assegura direitos ao livre planejamento familiar, não há qualquer impedimento a que estipulem encargos outros, inclusive sobre questões domésticas".[609]

Argumenta-se que o impacto na esfera extrapatrimonial é inevitável. Os contratos executados antes do casamento buscam regulamentar relações aparentemente patrimoniais, mas que levam os nubentes na direção do projeto de vida por eles desejado. Embora a situação, em análise simplista, seja tipicamente patrimonial, parece inegável que o aspecto funcional está ligado a um projeto existencial. Isso porque o regime de bens escolhido pode impactar nos esforços dos membros da família, repercutindo diretamente na construção da realidade financeira e emocional daquelas pessoas. Como ressaltam Carlos Konder e Ana Carolina Brochado Teixeira, uma simples escolha errada nesse sentido pode ser a diferença entre o sucesso do casamento ou o divórcio, já que estão "intrinsecamente vinculados os aspectos patrimoniais ao equilíbrio psicológico dos membros da família".[610]

É justamente por isso que, ao ampliar o espaço de manobras da autonomia privada existencial, jamais devem ser deixados de lado os "princípios informadores da autonomia privada na legalidade constitucional, de modo a conciliar a liberdade individual com a tutela dos valores existenciais que, especialmente na comunidade familiar, devem ser preservados e privilegiados".[611] São esses os motivos que levam a crer que os pactos antenupciais também podem dispor acerca das questões existenciais, mas diante de um juízo de merecimento de tutela, tendo tão somente a principiologia constitucional como limite.[612] Nesse sentido, não poderiam ser utilizados para colocar uma das partes em situação de desigualdade ou

---

608 TEPEDINO, Gustavo. Contratos em direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Tratado de direito das famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p.477- 478.

609 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p.314.

610 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Diálogos sobre direito civil.* Rio de Janeiro: Renovar, 2012. v.3. p.15.

611 TEPEDINO, op. cit.. p.496.

612 "Tendo-se a autonomia como um pressuposto do discurso moral, o que implica valorar a atividade de valorar, pode-se dizer que o valor da autonomia permite, de imediato, a atribuição de valor intrínseco a alguns entes, dado que não existe, obviamente, juízo de valor sem sujeito que leve a termo a dita valoração". (SILVA, Denis Franco. O principio da autonomia: da invenção à reconstrução. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.148).

dependência, para restringir a liberdade, para violar direitos fundamentais de um parceiro; sendo esses limites que se impõem a qualquer pacto realizado na seara do direito de família.

Hoje, já não é incomum que as pessoas vivendo em uniões estáveis e homoafetivas realizem contratos de convivência, também denominados de "pactos de união estável". Como situação de fato, essas uniões não requerem, para a própria configuração, nenhum tipo de instrumento, ao contrário do casamento, que segue como o ato mais solene do direito civil. Em outras palavras, "o contrato de convivência não cria a união estável, pois sua constituição decorre do atendimento dos requisitos legais dispostos no art. 1.723 do Código Civil, mas muitas vezes desejam as partes disporem sobre questões patrimoniais ou prever efeitos diferentes que os dispostos em lei, buscando não só concretizarem seus projetos de vida, mas também uma maior segurança jurídica, sem necessitar de toda formalidade do ato do casamento". Define-se em doutrina o referido contrato como "instrumento pelo qual os sujeitos de uma união estável promovem regulamentações quanto aos reflexos da relação".[613] Da mesma forma, como já mencionado, parte da doutrina defende, aqui também, a possibilidade da presença de questões de ordem existencial, em decorrência da "singeleza com que a lei se refere à possibilidade de os conviventes disciplinarem o regime de bens denota a ampla liberdade que têm os companheiros de estipularem tudo o que quiserem".[614]

Vale notar que, mais ainda, que, no casamento, deve haver ampla liberdade para que os companheiros organizem sua relação. A equiparação da união estável ao casamento é, como anteriormente dito, um enorme equívoco, configurando interferência grave e inoportuna na vontade das partes. Não se justifica a imposição de deveres conjugais àqueles que optaram justamente por não se casar. Destaca-se em doutrina que a união estável, por consistir em uma situação de fato, permite no contrato de convivência disposições mais amplas do que a simples adoção de um sistema patrimonial, descrito na lei ou fora dela.[615] É por isso que há

---

613 CAHALI, Francisco José. *Contrato de convivência na união estável*. São Paulo: Saraiva, 2002. p.55.

614 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p.257.

615 VENOSA, Sílvio de Salvo. Contratos afetivos: o temor do amor, notas e comentários. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, n.44, p.84, set./out. 2011.

quem sustente que os direitos e deveres impostos aos conviventes, por força do art. 1.724 do Código Civil, não possuem eficácia vinculante.[616]

Por fim, ainda sobre os pactos em seara familiar, questão mais controversa refere-se aos recentes celebrados contratos de namoro, definidos como "pactos por meio dos quais casais de namorados passaram a estabelecer convencionalmente a ausência de comprometimento recíproco e a incomunicabilidade de seus respectivos patrimônios, em busca de segurança jurídica".[617]

A questão de fundo nessa discussão acaba perpassando pela definição dos limites turvos entre uniões estáveis e namoros na contemporaneidade. Destaca-se em doutrina que "o casal de namorados vivencia hoje experiências que só poderiam ser tidas após o casamentos, tais como viagens, relações sexuais, coabitação [...]", não sendo o namoro mais encarado como mero período experimental que conduz necessariamente ao casamento. Pode-se dizer que o namoro ganhou contornos autônomos, o que faz casais optarem por vivenciá-lo durante longos anos.[618]

Assim, pontuam-se, como principais diferenças entre o namoro e a união estável, os critérios da estabilidade, comunhão plena de vida e ânimo de constituir família,[619] ressaltando-se o último como o principal critério diferenciador.[620] Com efeito, se atualmente a coabitação sob o mesmo teto não é determinante para a existência de uma união estável – conforme decisão da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, que considerou que casal que coabitava e posteriormente veio a contrair núpcias não vivia uma união estável antes do

---

616 Maria Berenice Dias vislumbra que os únicos limites são os de impossibilidade de se contravir as disposições absolutas de lei de acordo com o art. 1.655 do Código Civil. "Ou seja, não cabem deliberações sobre direito sucessório (CC 426), ou sobre alimentos (CC 1.707). Nada mais é proibido". (DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p.258).

617 TEPEDINO, Gustavo. Contratos em direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Tratado de direito das famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p.495.

618 XAVIER, Marília Pedroso. *Contrato de namoro*: amor líquido e direito de família mínimo. 2011. 128 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011. p.106.

619 MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.1.081.

620 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*: direito de família. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v.6. p.615.

casamento, mas sim um "namoro qualificado"[621] –, não se pode negar a dificuldade de precisar objetivamente a natureza de determinadas relações.

Sobre o tema, Zeno Veloso destaca que não há nada no ordenamento jurídico brasileiro que proíba os contratos de namoro, os quais são contratos atípicos.[622] Da mesma forma, Rodrigo da Cunha Pereira considera que, para alguns casais, em especial para aqueles que já haviam constituído família anteriormente, o contrato de namoro poderia evitar futuros aborrecimentos. Caso as partes manifestem que aquele relacionamento é um namoro, sem a intenção de constituir família, fica ao menos clara sua intenção ao tempo do pacto. Desta forma, "embora o contrato de namoro possa parecer o anti-namoro, muitos casais, em busca de uma segurança jurídica, e para evitar que a relação equivocadamente seja tida como união estável, desviando assim o animus dos namorados, têm optado por imprimir esta formalidade à relação". Assim, conclui, que o contrato de namoro poderia ser "um bom instrumento jurídico para ajudar os casais a namorarem em paz".[623]

Nesse sentido foi o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, de relatoria do Des. Luiz Felipe Brasil Santos, acerca de pedido de reconhecimento de união estável. Na decisão proferida, declara o relator que "o Estado-Juiz deve ter um certo pejo para intervir na vida privada das pessoas e dizer que, embora não tenham casado, obtiveram os efeitos plenos de um casamento. Antes e acima de tudo, deve ser respeitada a opção das pessoas, a liberdade individual de cada um constituir a forma de relacionamento que melhor lhe aprouver, indagando, com muita cautela, as razões pelas quais essas pessoas teriam optado por não casar, podendo fazê-lo, mas não o fazendo. E, por isso, só reconhecendo a união estável em

---

621 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1454643/RJ*,.Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Julgamento: 03.03.2015. Órgão Julgador: Terceira Turma. Ementa: "Tampouco a coabitação, por si, evidencia a constituição de uma união estável (ainda que possa vir a constituir, no mais das vezes, um relevante indício), especialmente se considerada a particularidade dos autos, em que as partes, por contingências e interesses particulares (ele, a trabalho; ela, pelo estudo) foram, em momentos distintos, para o exterior, e, como namorados que eram, não hesitaram em residir conjuntamente. Este comportamento, é certo, revela-se absolutamente usual nos tempos atuais, impondo-se ao Direito, longe das críticas e dos estigmas, adequar-se à realidade social. 3. Da análise acurada dos autos, tem-se que as partes litigantes, no período imediatamente anterior à celebração de seu matrimônio (de janeiro de 2004 a setembro de 2006), não vivenciaram uma união estável, mas sim um namoro qualificado, em que, em virtude do estreitamento do relacionamento projetaram para o futuro - e não para o presente -, o propósito de constituir uma entidade familiar, desiderato que, posteriormente, veio a ser concretizado com o casamento".

622 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Contrato de namoro estabelece diferença em relação a união estável. *Revista Consultor Jurídico.* Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mai-10/processo-familiar-contrato-namoro-estabelece-diferenca-relacao-uniao-estavel>. Acesso em: 21 jan. 2016.

623 PEREIRA, loc. cit.

situações em que ela esteja palpitante na prova dos autos, nunca em situações dúbias, contraditórias, em que a prova se mostre dividida, porque assim estar-se-á casando de ofício quem não o fez *motu proprio*".[624]

Percebe-se que a tendência de parte da doutrina e da jurisprudência brasileira é rechaçar o contrato de namoro, por entender que este constitui fraude à lei. Isso porque o referido contrato teria, afinal, o objetivo de afastar a união estável. Assim, defende-se que o contrato de namoro seria nulo, pois as normas que regem a união estável são indisponíveis.[625] Outra parte da doutrina afirma a inutilidade desse tipo de pactuação, porque, embora válida e eficaz, a declaração de vontade das partes, naquele momento, não tem o condão de negar futura configuração de uma união estável com base na constatação fática dos requisitos impostos pela lei.[626] De fato, o contrato de namoro, por si só, não é capaz de definir se houve ou não união estável, já que seus requisitos são verificados *a posteriori*.

Muitas são as questões que ainda permeiam a autonomia privada nas relações conjugais e convivenciais. Como já alertava Orlando Gomes, em seu artigo datado de 1969 intitulado "A função renovadora do direito", é fundamental ao jurista a sensibilidade, para que elimine o fosso existente entre a forma jurídica e a realidade social.[627] Nesse trilhar, ainda que no Brasil a cultura contratual no direito de família seja algo bastante recente, como não pensar no aumento do número de casais que optam por viver junto sem se casar? Como não reconhecer a opção de muitas pessoas que simplesmente não mais necessitam que o compromisso firmado seja tutelado pelo Estado? Ou que optam por uma união como um teste prévio ao casamento? Ou, ainda, aqueles que repudiam o casamento porque passaram por um divórcio conturbado? Ou aqueles casais de namorados mais jovens que decidem morar juntos tão somente para reduzir o custo de vida alto nas áreas urbanas, sem intuito de constituírem família? Há ainda aquelas que optam por não casar para não prestigiar uma instituição que consideram como

---

624 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *AC n.º 70006235287*. Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Julgamento: 16.06.2004. Órgão Julgador: 7.ª Câmara Cível.

625 Já se manifestaram nesse sentido MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.1082, GAGLIANO, Pablo Stolze. *Contrato de namoro*. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/8319/contrato-de-namoro> Acesso em: 10 nov. 2015 e DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.186.

626 TEPEDINO, Gustavo. Contratos em direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Tratado de direito das famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p.495-496.

627 GOMES, Orlando. A função renovadora do direito. *Revista de Direito da UFPR*, Curitiba, v.12, p.39, 1969.

falida. Muitos evitam, ainda, um novo casamento por conta das complexas questões sucessórias em relação aos filhos de um casamento anterior ou da propriedade de bens muito valiosos. Enfim, são realidades que retratam as mudanças sociais de atitude e de valores que reduziram o estigma do significado do "morar junto", outrora considerado como imoral.[628]

Embora seja papel do Estado intervir para continuar a garantir a supressão, tanto quanto for possível, de vulnerabilidades no âmbito da família, é preciso também que alguns assuntos sejam regulados pelos próprios partícipes da relação, levando-se em conta a necessidade de tutelar a pessoa de cada membro da família. Nesse sentido, o ambiente do direito de família é singular porque, mesmo as questões patrimoniais, intuitivamente disponíveis, podem produzir uma "reverberação existencial, onde afloram as manifestações conditas da personalidade".[629]

---

628 IHARA, Toni; WARNER, Ralph; HERTZ, Frederick. *Living Together: a legal guide for unmarried couples*. 14.ed. Berkeley: Nolo, 2008. p.2-3.

629 TEPEDINO, Gustavo. Contratos em direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Tratado de direito das famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p.476.

CONCLUSÃO

*Em família ninguém cresce sem fazer crescer, nem destrói, sem se autodestruir: a solidariedade aqui tudo impregna e tudo alcança.**

As palavras "direito" e "amor" são compatíveis ou conflitantes?[630] Segundo os ensinamentos de Stefano Rodotà, na experiência histórica, o direito se apoderou do amor. Fechou-o em apenas um perímetro, considerado como o único juridicamente legitimo: o casamento. Um contrato de direito público: vigiado pelo Estado; baseado na estabilidade social, na procriação e na educação dos filhos; e portador de uma moral considerada como prevalente, a católica. Era a obediência e a subordinação para as mulheres, uma lógica autoritária e patrimonial, um bloco compacto no qual o amor conseguia, com esforço, abrir alguma brecha. Hoje encontramos o futuro declinado em modo bem diferente do passado e parecemos despedir-nos de um direito hostil ao amor.[631]

A razão jurídica atual é aquela de uma história que construiu um sistema constitucional de liberdade e de direitos fundamentais e que constitui uma já sólida, ainda que às vezes negada, referência a esses direitos. Justamente isso é que nos permite, hoje, demandar respeito pleno à pessoa humana, e, portanto, instituir sobre novas bases a relação entre amor e direito.[632] Só a família fundada na aptidão pode responder ao mistério do amor, e só a comunicação que habita cada ser humano pode livrá-lo do vazio e da solidão. A família há de ser, portanto,

---

* VILLELA, João Baptista. Liberdade e família. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizente, p.11, 1980.

630 RODOTÀ, Stefano. Amore 'a bassa istituzionalizzazione'. In: *Diritto d´amore*. Bari: Laterza, 2015. Disponível em: <https://tolinoreader.ibs.it/library/library.html#!/epub?id=DT0245.9788858123645>. Acesso em: 03 fev 2016.

631 RODOTÀ, loc. cit.

632 No original: "La ragione occidentale è pure quella di una storia che ha costruito un sistema costituzionale di libertà e diritti fondamentali, che costituisce ormai un saldo, anche se troppe volte negato, riferimento. Proprio questo ci consente oggi di chiedere rispetto pieno della persona umana, e quindi di istituire su nuove basi il rapporto tra amore e diritto". (RODOTÀ, loc. cit.)

plural, aberta e inspirada na liberdade, sendo a regra de ouro atribuir ao Estado sua garantia e promoção e ao homem sua construção.[633]

No cenário que se desenha sobre um século já sedimentado na prevalência dos interesses existenciais sobre os patrimoniais, as situações jurídicas subjetivas devem ser individuadas em relação às circunstâncias concretas e devem, ainda, considerar a historicidade e a relatividade do que é a família.[634] Partindo do contraponto entre liberdade e solidariedade – que, traduzidas no plano da regulamentação, exigem o reconhecimento de garantias e de tutelas diferenciadas –, esta tese se propôs a realizar uma análise sobre a intervenção estatal nas relações de família.

Ao analisar a presença do Estado, buscou-se, ainda, invocar as ideias propostas pelo paternalismo libertário norte-americano, sem se descurar de sua compatibilização com a principiologia constitucional brasileira. Pelo cotejo entre a ordem pública e a autonomia privada, refletiu-se sobre o direito de família sob um prisma crítico. Para tanto, analisou-se a temática sob um recorte definido, delimitando-se espaços de não intervenção estatal nas relações conjugais, convivenciais e parentais; formulando-se limites para a heteronomia legislativa no âmbito dessas relações, por meio de uma regulamentação padrão; e, por fim, considerando-se a contextualização e a compatibilização com o exercício da liberdade de escolha, baseada em justificativas para intervenção em determinadas situações de fato e de direito.

É importante frisar que nem sempre a liberdade de escolha deve prevalecer. Evidentemente que – em se tratando de leis protetivas em favor de vulneráveis e contra situações de violência – as regras não podem ser afastadas pelas partes. Isso porque esses regramentos atuam como salvaguardas das minorias e como promotoras da dignidade dos membros que compõem o núcleo familiar. Para essas hipóteses, tão importante quanto o papel do legislador é o papel do Judiciário, ator essencial na manutenção da igualdade e da dignidade no seio da família e na resposta aos anseios de uma realidade social, que o direito, na maioria das vezes, não acompanha.

Sob esse prisma, destaca-se que, se antes as soluções repousavam na lei, no contexto atual, cabe à doutrina agora traçar critérios, para nortear o magistrado em sua fundamentação

---

633 VILLELA, João Baptista. Liberdade e Família. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG***.** Belo Horizonte, UFMG, 1980. p.40.

634 PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.1.002.

na legalidade constitucional.[635] "O deslocamento foi radical e parece imprescindível sua rápida identificação, para que se comece, doutrinariamente, a sugerir limites e a indicar possibilidades".[636] Cabe ao legislador não se descuidar dessa diversa configuração do sistema jurídico, pois é só pela necessária ligação entre solidariedade, igualdade e liberdade que não se coloca em risco todo o quadro dos princípios fundadores da ordem constitucional, em prol da promoção do valor maior: a dignidade da pessoa humana.

Não se pode esquecer que, se a experiência de recorrer ao judiciário é traumática para a maioria dos grupamentos de pessoas, no caso da família essa experiência é especialmente indesejável. Nesse caso, as partes geralmente estão de tal modo envolvidas no litígio que não conseguem enxergar uma saída. Não à toa, foi constatado que, com o proporcional aumento da judicialização dos conflitos familiares, está a insatisfação com as suas soluções. Questões exógenas ao direito podem representar um desvio da prestação jurisdicional. Como elucida o psiquiatra Jurandir Freire Costa, "judicializar a vida familiar pode ser uma bengala para dias difíceis, mas se dependermos disso para existir como indivíduos sociais, ou muda a justiça ou muda a família, tanto quanto entendo as duas instituições não podem atropelar uma a outra [...]".[637]

Na relação parental, a preocupação com a forma como crianças e adolescentes são tratados – nas diversas esferas que circulam e, principalmente, no âmbito estritamente privado que é a família – é, há tempos, questão de interesse público. Não há dúvida de que as regras estão a serviço da proteção da criança e do adolescente, cujos melhores interesses, o Estado, a sociedade e a família têm a responsabilidade de sempre buscar. "Convivem, portanto, no Direito de Família, o público e o privado, não sendo possível demarcar fronteiras estanques",[638] sendo justificável a interferência do Estado para maiores salvaguardas em prol da tutela dos vulneráveis quando, na situação concreta, essa proteção se mostrar necessária.

---

635 BODIN DE MORAES, Maria Celina. Do juiz boca-da-lei à lei boca-de-juiz: reflexões sobre a aplicação-interpretação do direito no início do século XXI. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v.56, 2013, p.11-30.

636 BODIN DE MORAES, Maria Celina. loc. cit.

637 COSTA, Jurandir Freire. O nome que fica. *Boletim Oficial do IBDFAM*, n.73, mar./abr. 2012. Entrevista.

638 BODIN DE MORAES, Maria Celina; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Comentário ao artigo 226. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p.2.119.

Considerando que o legislador conferiu aos pais "qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar", vislumbra-se que a aludida intervenção na autoridade parental deve ser justificada, exatamente porque compete aos pais a assistência, a educação e a criação em prol do desenvolvimento e da autonomia dos filhos. Qualquer intervenção heterônoma relacionada a vulnerabilidades específicas, como são os casos da criança e o do adolescente, só se legitima pela proteção dos próprios interesses do sujeito sobre quem se intervém.

Assim, na contemporaneidade a autoridade parental tem a finalidade precípua de promover o desenvolvimento da autonomia dos filhos, cuja dignidade pessoal deve ser respeitada, rumo à emancipação. A eles devem ser conferidas as escolhas existenciais personalíssimas para as quais eles venham a mostrar o amadurecimento e o discernimento necessários. A relação entre pais e filhos não pode ser pensada exclusivamente como contraposição, já que diz respeito, também, ao chamado desenvolvimento fisiológico de uma família. Essa relação revela-se uma via de mão dupla, indispensável à efetivação dos ditames constitucionais, uma vez que não só envolve a realização dos interesses existenciais dos filhos, mas também a concretização do sentido da parentalidade, exercida pelos pais na busca de promover a pessoa dos filhos. Do ponto de vista dialético existencial da relação, pais e filhos se completam, numa relação pautada na solidariedade familiar em sua forma mais pura, essencial e espontânea. "A função do poder-dever atribuída aos pais com relação aos filhos não está em guardá-los de todo o mal, nem em convertê-los em cópias de seus guardiões, mas em assisti-los e encaminhá-los à senhoria das próprias vidas".[639]

Nas relações conjugais e convivenciais, o Estado deve cumprir o papel promocional, por meio de uma tutela que não implique necessariamente intervenção, sem restringir sua constituição e dificultar sua dissolução. A descoberta do caminho de realização do próprio projeto de vida pertence, de forma exclusiva, ao casal. Quando se trata de pessoas livres e iguais, soa ilegítima a heteronomia em matéria tão íntima, sendo a interferência estatal válida tão somente para garantir o exercício da liberdade em condições de igualdade material.

A proteção das vulnerabilidades nas relações conjugais e convivenciais se consubstancia mais fortemente no instituto dos alimentos. Isso porque eles promovem a solidariedade que deve existir entre pessoas que já compartilharam uma vida juntas. Como o processo de

---

639 VILLELA, João Baptista. Família hoje. In: BARRETTO, Vicente (Org.). *A nova família*: problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p.85-86.

democratização da família indica que a vida familiar deve conseguir combinar escolhas individuais e solidariedade familiar,[640] quando se trata de alimentos, o princípio da solidariedade sobrepõe-se ao da liberdade.

Embora seja papel do Estado intervir para continuar a garantir a supressão, tanto quanto for possível, de vulnerabilidades no âmbito da família, é preciso também que alguns assuntos sejam regulados pelos próprios partícipes da relação, levando-se em conta a necessidade de tutelar a pessoa de cada membro da família. Nesse sentido, o ambiente no direito de família é singular porque, mesmo as questões patrimoniais, intuitivamente disponíveis, podem produzir uma "reverberação existencial, onde afloram as manifestações conditas da personalidade".[641]

A ideia de que os conteúdos da relação íntima é assunto exclusivo dos nela envolvidos e de que "cada casal é seu próprio legislador"[642] supõe que os sistemas jurídicos eliminem progressivamente os conteúdos que outrora serviam a todos, mas hoje estão sujeitos à negociação. Isso porque cônjuges e conviventes, ao espontaneamente escolherem entrar para uma comunhão de vida, assumem compromissos próprios. E mais, não são apenas os compromissos de natureza existencial de que se está falando, é importante também que se possa dispor de seu patrimônio da forma que lhes pareça mais aceitável, especialmente considerando o impacto que essas questões têm na vida de uma família.

A família, hoje, é grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida. Passa, portanto, a exigir uma "tutela jurídica mínima, que respeite a liberdade de constituição, convivência e dissolução; a igualdade irrestrita de direitos, embora com reconhecimento das diferenças naturais e culturais entre os gêneros"; [643] a igualdade entre cônjuges e conviventes; irmãos biológicos, socioafetivos e adotivos; com respeito aos direitos fundamentais, fundados na solidariedade recíproca, que deve ser protegida acima de quaisquer interesses patrimoniais.

---

640 BODIN DE MORAES, Maria Celina. A nova família, de novo: estruturas e funções das famílias contemporâneas. *Revista Pensar*, Fortaleza, v.18, n.2, p.609, maio/ago. p.29-30.

641 TEPEDINO, Gustavo. Contratos em direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Tratado de direito das famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p.476.

642 OLIVEIRA, Guilherme de. Queremos amar-nos… mas não sabemos como. In: *Temas de direito da família.* Coimbra, 2001. p.337.

643 LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v.36, n.141, p.99-100, jan./mar. 1999.

No momento em que exercito meu direito personalíssimo ao amor, reconfirmo continuamente a abertura em relação ao outro. A referência ao outro perde, assim, o estigma que tanto constantemente acompanha essa palavra e recupera o senso de uma humanidade que, justamente, é feita somente de outros.[644] O ambiente familiar apresenta-se, então, como um espaço privilegiado para promover o amor, a solidariedade e a realização pessoal, tudo com uma riqueza de tons e com uma desenvoltura que mostra como a justiça, a igualdade, a participação e a democracia se empobrecem quando o fio da solidariedade é despedaçado, pois a família é vínculo que une todos os cidadãos entre si.[645]

Dos diversos questionamentos abordados na trajetória até aqui percorrida, certo é que alguns problemas ainda aguardam respostas, no entanto, é possível inferir as seguintes conclusões encontradas nesta tese, as quais, para fins expositivos, estão sistematizadas a seguir em tópicos.[646]

Quanto aos principais pressupostos fáticos e teóricos aplicados às relações de família:

1. O direito existe sempre "em sociedade", isto é, as soluções jurídicas são contingentes em relação a determinado ambiente. As normas jurídicas apenas podem ser entendidas se estão integradas aos complexos normativos que organizam a vida social, pois a própria produção do direito é, ela mesma, um processo social. Reconhece-se hoje o ordenamento jurídico como um sistema com função de traduzir sua unidade interior e desenvolver a adequação valorativa dos institutos, sem se esquecer de sua abertura diante da essência do direito como fenômeno situado no processo da História e, por isso, mutável.

2. Na perspectiva contemporânea do direito civil, todas as situações jurídicas subjetivas submetem-se a controle de merecimento de tutela, com base no projeto constitucional.

---

644 RODOTÀ, Stefano. Amore 'a bassa istituzionalizzazione'. In: *Diritto d´amore*. Bari: Laterza, 2015. Disponível em: <https://tolinoreader.ibs.it/library/library.html#!/epub?id=DT0245.9788858123645>. Acesso em: 03 fev 2016.

645 Id. *Perché laico*. Roma: Gius. Laterza & Figli Spa, 2009. p.170.

646 Por motivo tanto de estruturação do texto como de opção metodológica, informa-se que os tópicos conclusivos a seguir expostos não contêm indicações bibliográficas. Far-se-á menção completa tão somente quando a referência for mencionada apenas nesta ocasião.

Uma visão moderna da família requer, portanto, uma funcionalização do instituto que responda às escolhas de fundo da sociedade contemporânea, operadas pela Constituição: a cláusula geral de tutela da pessoa humana e notadamente os artigos 226, § 5.º, que estabeleceu a igualdade dos cônjuges no casamento, e 227, que atribuiu aos filhos a posição de centralidade no grupo familiar, garantindo concretude ao princípio da igualdade material e "absoluta prioridade" às crianças e aos adolescentes. Os movimentos intrafamiliares que podem ser identificados são, de um lado, a forte expansão da autonomia nas relações conjugais; e de outro, a responsabilização crescente, solidarista, nas relações parentais.

3. O princípio da liberdade individual consubstancia-se numa perspectiva de privacidade, intimidade e livre exercício da vida privada, em que liberdade significa poder realizar o próprio projeto de vida. Isso não equivale a dizer, como outrora, que a liberdade antecede o direito. Pelo contrário, ela se desenvolve no âmbito do ordenamento, que a qualifica e a legitima. Mesmo a inexistência de regulamentação em matérias atinentes à liberdade individual não retira do ordenamento as relações ali levadas a cabo, na medida em que a liberdade configura um valor constitucional, sendo incentivada pelo direito.

4. A autonomia privada, entendida como exercício da liberdade, constitui instrumento de expressão e concretização da dignidade humana. Dessa forma, seu exercício não pode ser concebido como uma 'concessão' ou 'atribuição' do Estado, mas, sim como o reconhecimento do poder do sujeito privado de autorregular-se, nos limites da lei. Esta, ainda, deve ser entendida em seu sentido amplo, que tem na Constituição da República sua expressão maior. Isso significa reconhecer a instrumentalidade do papel desempenhado pela autonomia privada, condicionado aos ditames constitucionais

5. Tanto na constituição da família como no projeto parental, assume maior importância a reflexão quanto à necessidade de se garantirem os espaços de autodeterminação, reservados às pessoas, sem que haja nenhuma interferência estatal. Entende-se que a inexistência de regra específica sobre determinada matéria não é suficiente para afirmar a existência de espaços fora do direito, mas significa que há situações que só dizem respeito à autodeterminação da própria pessoa e que – em razão do conjunto de direitos fundamentais individuais e, em especial, da vida privada – autorizam o exercício de uma

autonomia responsável por meio da qual é garantido à pessoa o direito de tomada de certas decisões que somente impactam a ela própria.

6. Cabe ao ordenamento garantir espaços onde a pessoa possa desenvolver suas escolhas autônomas, sendo certo que de toda liberdade decorre, direta e proporcionalmente, uma responsabilidade. Liberdade e responsabilidade passam a ser vistas como os dois lados de uma mesma moeda, pois as situações em que a autonomia existencial pode ser exercida de forma mais livre são justamente aquelas em que o sujeito deve agir com mais responsabilidade.

7. Afirmar a ausência de limites internos à autonomia existencial não significa que ela possa ser considerada como um valor absoluto. Por um lado, cuida-se de estabelecer a autonomia existencial como espaço de livre desenvolvimento da personalidade, e que, por isso, não está sujeita a intervenções legislativas e judiciais que esvaziem de sentido este projeto. Por outro, nem toda intervenção estatal será, por si só, intolerável de acordo com a Constituição Federal. Os imperativos da solidariedade, que garantem sua dimensão social, podem justificar a heteronomia estatal.

8. No que tange às relações familiares, necessária se faz a distinção da incidência de uma maior ou menor intervenção estatal em decorrência dos tipos de sujeitos envolvidos. Enquanto as relações conjugais têm fundamentos na liberdade e na igualdade, as parentais se baseiam justamente na responsabilidade. Não se deve deixar de se atentar, na última, para a vulnerabilidade de uma das partes, já que o foco da relação parental são os filhos menores a quem o ordenamento deve a máxima proteção por se tratar de pessoas humanas em desenvolvimento.

9. O direito assumiu hoje, mais do que nunca, um papel transformador, sobretudo de fomento de condutas socialmente desejadas. Como intervenção legislativa, o paternalismo libertário tenta influenciar os indivíduos a optar pelo arranjo que os interventores julgam ser a melhor opção do ponto de vista do bem-estar, ao mesmo tempo concedendo a esses mesmos indivíduos a possibilidade de recusa ao arranjo se assim desejarem e preservando, assim, a liberdade de escolha. Entende-se que uma regulamentação básica em direção ao bem-estar por meio da promoção de direitos e proteção dos vulneráveis, sem eliminar a liberdade de opção por outro arranjo, está em

consonância com o pluralismo e com o exercício da liberdade conformada pela solidariedade familiar, de acordo com os ditames constitucionais.

10. Nem sempre a liberdade de escolha deve prevalecer. Evidentemente que não o deve no caso de leis protetivas em favor de vulneráveis e contra situações de agressão, por exemplo, como nos casos de violência no âmbito da família. Para essas hipóteses, tão importante quanto o papel do legislador é o papel do Judiciário, ator essencial na manutenção da compatibilidade do direito de família com a realidade social. A intervenção judiciária, porém, embora seja necessária em determinadas hipóteses, não deve ser a regra, mas, sim, a exceção.

11. Os julgadores são pessoas que vivem em uma sociedade que compartilha valores majoritários produzidos culturalmente. É muito importante que o julgador, quando o for chamado a atuar em terrenos próximos da moralidade, abrace uma moralidade laica, despida de valores pessoais ou religiosos, em oposição à moralidade judaico-cristã. A devida fundamentação das decisões judiciais pode ser uma arma poderosa, eis que fundamentação exige declarações explícitas do julgador, o qual precisará demonstrar seus posicionamentos; estes poderão, então, ser valorados e qualificados de acordo com a principiologia constitucional. O compromisso com a axiologia constitucional é a nova concepção de segurança jurídica.

12. O significativo incremento na judicialização dos conflitos impõe celeridade aos julgamentos, com sacrifício do cuidado necessário na apreciação do caso concreto, gerando um descontentamento dos jurisdicionados com as precárias soluções. A atual insatisfação da sociedade com a abordagem judicial dos conflitos tem identificado a mediação interdisciplinar como o complemento ideal de auxílio à justiça, na medida em que se busca a transformação dos conflitos de forma pacífica para que se resolvam os problemas com menor custo emocional, econômico e social. A mediação é meio concorrente de administração da justiça, convidando os componentes do núcleo familiar a tomarem por si mesmos as decisões concernentes ao futuro de suas relações.

Quanto aos limites da heteronomia estatal no exercício da autoridade parental:

1. Considerando-se que compete aos pais a criação, a educação e a assistência em prol do desenvolvimento e da autonomia dos filhos, deve ser excepcional o intervencionismo estatal na esfera privada da família, sobretudo, para restringir a autonomia existencial da criança e do adolescente em suas escolhas existenciais quando em consonância com o consentimento dos pais. O intervencionismo estatal, nessas hipóteses, só se justifica para maiores salvaguardas em prol da tutela do infante em situações prejudiciais na análise do caso concreto e, excepcionalmente, até irreversíveis.

2. Não obstante haver um interesse público nas formas de exercício da autoridade parental, esse interesse não pode extrapolar uma esfera de eleição que diga respeito somente aos pais, não só pela singularidade dos vínculos ali formados, mas também pela proximidade e pelo conhecimento dos aspectos personalíssimos dos filhos. São os pais que estão em melhores condições de compreender o que é necessário à efetiva preparação para as questões da vida de seus filhos, bem como avaliar seu grau de discernimento. Sobretudo último critério, atrelado à idade, é que deve pautar a intensidade de intervenção dos pais nas escolhas existenciais dos filhos.

3. Os interesses existenciais, que têm prevalência sobre os patrimoniais, devem ser individuados em relação às circunstâncias concretas, em respeito à historicidade da família. Assim, qualquer intervenção heterônoma relacionada a vulnerabilidades específicas – como é o caso da criança e o do adolescente – só se legitima pela proteção dos próprios interesses do sujeito sobre quem se intervém.

4. Entende-se que o melhor interesse da criança está inteiramente imbricado à garantia do desenvolvimento da pessoa e, consequentemente, ao respeito de sua dignidade e autonomia. Assim, o conteúdo do melhor interesse não coincidirá, necessariamente, com a vontade do Estado, dos pais ou mesmo da própria criança/adolescente, devendo ser avaliado diante de cada situação concreta.

Quanto à intervenção legislativa estabelecendo a guarda compartilhada como regra:

1. Apesar dos problemas decorrentes da intervenção legislativa que alterou radicalmente a disciplina da guarda, para adotar como regra a modalidade compartilhada, não se pode reputar de todo como excessivo o dirigismo estatal nessa matéria, eis que, na prática, ele

visa a levar ao mais alto grau a convivência de ambos os pais com os filhos menores e a coparticipação na vida destes.

2. Os benefícios da inovação se encontram para além do campo jurídico, como força modificadora do comportamento dos pais em relação a seus filhos, conscientizando e responsabilizando aqueles quanto à criação e à tutela destes. Trata-se de uma medida que democratiza o arranjo familiar e que, sobretudo, torna a família mais participativa, em sintonia com a nova axiologia constitucional. Ao mesmo tempo, garante aos pais mais segurança jurídica e confiança no próprio sistema jurídico diante de uma eventual ruptura, pois lhes assegura, em regra, a mesma oportunidade de convivência, preservando-se o melhor interesse da criança.

3. Isso não significa dizer que a guarda compartilhada seja inafastável pelo julgador no caso concreto. Conforme disposto na lei, quando o genitor expressamente manifestar o não interesse na guarda do filho, a vontade deverá ser respeitada, de sorte que não se trata de uma imposição aos pais, mas de um *standard* normativo. Além disso, há casos em que a relação conflituosa dos pais poderá colocar em risco a integridade psicofísica do filho. Nessas hipóteses, se o juízo adotar a modalidade da guarda compartilhada, estará, na verdade, contrariando o melhor interesse da criança e do adolescente.

4. A expressão "convivência equilibrada" não deve ser interpretada de forma literal, devendo estar atento o julgador para as circunstâncias do caso concreto, tais como a idade da criança, a distância entre as moradias e a razoabilidade da rotina pretendida, entre outras peculiaridades relativas às condições pessoais dos filhos em atenção a seu melhor interesse.

5. Em relação à fixação da moradia dos filhos, embora a lei disponha tão somente que "a cidade considerada base de moradia será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos", a jurisprudência tem-se preocupado em fixar uma moradia base mesmo em casos de compartilhamento da guarda de pais que residam na mesma cidade, optando-se pela preservação da residência habitual da criança antes da dissolução.

6. Com inspiração no paternalismo libertário, é possível pensar que a guarda compartilhada é considerada pelo legislador como a forma mais desejável de exercício da guarda, como

uma “regra padrão”. Isso pode encorajar a coparticipação e a corresponsabilidade parental, sendo provável que a consciência de que ambos os pais são igualmente responsáveis pelos filhos, mesmo após a ruptura da vida comum, possa, pouco a pouco, seja absorvida pela sociedade, mantendo-se, no entanto, certo espaço de liberdade para os pais que não puderem exercer a guarda desta forma, ou, ainda, para os casais separados que decidam consensualmente por arranjos diferenciados com relação a seus filhos.

7. O estabelecimento da guarda compartilhada não implica a ausência, nem a redução, do pagamento de pensão alimentícia.

Quanto à intervenção legislativa estabelecendo a visitação avoenga:

1. A jurisprudência pátria, há mais de uma década, não obstante a ausência de dispositivo jurídico, já reconhecia um direito à convivência familiar decorrente do vínculo biológico e afetivo, habitualmente presente entre netos e avós, tutelando a visitação avoenga nos casos em que, após a separação, o divórcio ou a morte de um dos pais, um dos genitores afastava os filhos da família daquele que não detinha a guarda. A intervenção legislativa que introduziu o direito de visitação avoenga no ordenamento brasileiro teve origem na demanda social pela regulamentação deste direito, tendo o legislador estendido a visitação a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente.

2. A convivência familiar não é tutelada em si mesma, mas como medida que promove o melhor interesse da população infanto-juvenil. Se a realidade fática demonstra que inexiste prévia relação socioafetiva entre avós e netos ou que a relação entre aqueles e os pais é conflituosa a ponto de atingir a criança, e por isto, ambos os pais rejeitam a visita, certo é que esta não pode ser utilizada como instrumento para tentar reestabelecer vínculos que se romperam entre pais e avós por razões certamente alheias ao infante, muitas vezes anteriores a seu nascimento.

3. Não se pode considerar, de antemão, que a relação entre pais e avós se distinga com a relação entre eles e a criança, especialmente em casos em que ambos os pais se opõem à

visitação e a criança é de tenra idade. Na família, todas as relações de convivência estão interligadas, devendo, portanto, serem avaliados os motivos justificadores da inexistência de relação entre os pais e os avós, a fim de perquirir se é justificada ou não a proibição de visitação, eis que os pais são os detentores da autoridade parental. Pela habitual proximidade e pelo conhecimento dos aspectos do caráter e personalidade dos filhos, deve ser reservada aos pais uma esfera de eleição sobre a vida dos filhos, não obstante haja um interesse público em relação às formas de exercício da autoridade parental.

4. Hipótese mais complicada ocorre quando há relação socioafetiva anterior ao ajuizamento da ação, mas ambos os pais se opõem à convivência entre avô e neto. Os laços socioafetivos construídos não podem ser rompidos subitamente, sob pena dos reflexos indesejados na integridade psicofísica das crianças, reações que estariam evidentemente contrariando o melhor interesse. Importante notar que existem opções de visitação aptas a assegurar a convivência entre avós e netos sem gerar tantos conflitos. É o caso das visitações supervisionadas e sem pernoite. A ruptura dos laços afetivos é opção a ser adotada apenas em casos extremos.

5. Nos casos em que ambos os pais entendam como prejudicial a visitação dos avós, é a estes que caberá o ônus da prova de desqualificar o motivo pelo qual ambos os pais de seu neto compreendem como nociva a convivência. Assim, na dialética processual, caberá a esse avô ou avó comprovar que o eventual afastamento é injustificado, ou seja, que o exercício da autoridade parental é contrário ao melhor interesse da criança.

Quanto à intervenção judicial e o reconhecimento da parentalidade socioafetiva:

1. É inegável que o afeto é apto a produzir efeitos jurídicos, estando, entre os mais relevantes, a constituição da filiação socioafetiva. A jurisprudência tem considerado que a parentalidade socioafetiva deve decorrer de um ato de vontade do suposto pai ou mãe socioafetivo aliado à posse de estado de filho. O melhor entendimento, porém, é o que não vê a vontade como requisito essencial, embora ela seja elemento apto a contribuir para o reconhecimento de relações socioafetivas. A ausência de vontade, no entanto, deve ser levada em consideração, embora não possa fulminar, por si só, a possibilidade de criação dos laços. O que há de ser examinado pelo julgador na análise do caso concreto não é tanto a anuência do suposto pai ou mãe socioafetivo com o pedido de

reconhecimento, mas sim a existência de prática reiterada de atos típicos da autoridade parental, objetivamente verificados.

2. A solução mais difundida pela doutrina e pela jurisprudência é a aferição, no caso concreto, da posse de estado de filho. Na verdade, a efetiva prática das condutas necessárias para criar e educar os filhos menores, com o escopo de edificar sua personalidade, independentemente de vínculos consanguíneos que geram essa obrigação, é que irão gerar a posse de estado de filho; e, por isso, a própria posse basta como requisito para o reconhecimento da parentalidade socioafetiva. Nessa linha de raciocínio, o que realmente cria o liame entre os envolvidos é o exercício da autoridade parental.

3. Uma vez confirmada a possibilidade do parentesco socioafetivo, não se pode qualificá-lo como inferior ao biológico. O Código Civil não o faz, e a Constituição veda o tratamento desigual entre filhos. A parentalidade socioafetiva, uma vez reconhecida, deve tornar-se irrevogável da mesma forma que ocorre com a paternidade biológica. Assim, esse vínculo de paternidade ou de maternidade impõe todas as obrigações e deveres – existenciais e patrimoniais – referentes a essa condição privilegiada. O princípio constitucional da paternidade responsável se soma aos princípios da solidariedade, da dignidade humana e do melhor interesse da criança, todos empregados para impor a satisfação das necessidades físicas e psíquicas da criança.

4. Define-se multiparentalidade como a possibilidade de concomitância na determinação da filiação de uma pessoa, o que, na acepção mais aceita tanto em doutrina como em jurisprudência, decorre do acúmulo de diferentes critérios de filiação. Afirma-se que, estando presentes os requisitos para a paternidade socioafetiva e existindo uma paternidade biológica, ambas as modalidades de paternidade podem coexistir.

5. Atualmente, já existem decisões que tanto reconhecem a multiparentalidade *a posteriori* (paternidade biológica e socioafetiva) quanto admitem a multiparentalidade *a priori* (planejada antes do nascimento). Exemplo da multiparentalidade *a priori* é a gestação compartilhada, atualmente reconhecida pela Resolução 2.121/2015 do CFM, que trata das normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. A referida resolução reconheceu, expressamente, a possibilidade da gestação compartilhada em união homoafetiva feminina, mesmo que não haja infertilidade envolvida. Assim, uma das

mulheres oferecerá o óvulo a ser fecundado, enquanto a outra gestará o bebê. Não se pode ignorar que o material genético possa advir de um homem escolhido, e não um doador anônimo, e que este também deseje participar do projeto parental.

6. Além das técnicas reprodutivas modernas, dos avanços crescentes da medicina e do reconhecimento do afeto como formador de vínculos de parentesco, parece insustentável que o intérprete do direito se utilize de análises estáticas e estruturais das entidades familiares. A busca de interpretações dinâmicas e funcionais, despindo-se de velhos preconceitos e de discursos de ordem moral ou religiosa, mostra-se essencial para construir tutela concreta diante de uma realidade que o Estado democrático de Direito não pode ignorar.

Quanto à intervenção do Estado nas relações conjugais:

1. A passagem da família instituição, que se sobrepunha aos seus componentes, para a família instrumento, "que coloca as aspirações coexistenciais dos seus membros acima do 'todo' institucional", apreendida, sobretudo, pelo tratamento constitucionalmente oferecido a essas relações, modifica o destino das próprias prestações funcionais esperadas da família.

2. Se a expressão jurídica da família tem, entre suas funções, o exercício, a proteção e a promoção de liberdade(s), admitir uma interpretação restritiva que elimine, em termos concretos, a proteção jurídica de opções de constituição familiar livres na normatividade que esse (con)viver enseja *a priori* pode ser encarado como uma violação dessa dimensão funcional. Na medida em que a família é um espaço de autoconstituição coexistencial, não cabe nem ao Estado, nem à comunidade, a definição de como essa autoconstituição será desenvolvida.

3. A funcionalização dos institutos jurídicos e a unidade do ordenamento impõem uma interpretação sistemática que impede tratamento dispensado à família segundo sua estrutura, para tutelar, tão somente, aquelas que realizem sua função. Portanto, não se sustenta nenhuma restrição apriorística em relação às diversas manifestações quanto ao tipo de família que cada pessoa pretenda formar. A análise de merecimento de tutela das relações conjugais e convivenciais de acordo com a principiologia constitucional não

deve ser pautada unicamente nos paradigmas do casamento e da monogamia, em que pese serem esses os valores que prevalecem em nossa sociedade.

4. Em termos de conjugalidade, relação essencialmente volitiva, a família só existe se e enquanto representa a vontade dos cônjuges, não cabendo ao Estado restringir sua constituição, nem dificultar sua dissolução. A descoberta do caminho de realização do próprio projeto de vida pertence, de forma exclusiva, ao casal. Quando se trata de pessoas livres e iguais, soa ilegítima a heteronomia em matéria tão íntima, sendo a interferência estatal válida tão somente para garantir o exercício da liberdade. Justamente por isso, as entidades familiares previstas em lei devem ser interpretadas como exemplificativas.

5. Em vista da facilitação, disposta no texto constitucional, de converter união estável em casamento, não se pode inferir que a união estável seja uma entidade familiar preliminar ou de segunda categoria em relação ao matrimônio. A única interpretação cabível é a de que a união estável constitui mera instrução operacional, diante de dois diferentes modelos familiares, dotados de análoga relevância jurídica e dignidade, a serem escolhidos conforme a conveniência e a liberdade de escolha de seus membros.

Quanto aos deveres conjugais:

1. A união estável é essencialmente distinta do casamento, não havendo motivo para a interpretação estrutural que equipara as duas entidades em direitos e deveres recíprocos. A primeira é muito mais fluida e flexível, e a segunda é mais formal e rígida. Não obstante, ambos os modelos são merecedores da mesma tutela estatal, embora preservem aspectos distintos em sua essência.

2. Propõe-se a concepção de um regramento que permita conjugar a tutela estatal, necessária para conferir segurança e efeitos jurídicos, aos arranjos familiares e aos espaços de autonomia existencial do indivíduo. Nesse ponto, as “regras padrão” devem ser escolhidas com o escopo de nortear as pessoas, de esclarecer e de melhorar o seu bem-estar, tutelando as situações patológicas e os interesses dos vulneráveis. Trata-se apenas de um regramento previamente estipulado, que não impede que as pessoas optem de forma diversa, se assim preferirem.

3. Tanto o termo ‘casamento’ como a respectiva maneira de como essa forma de entidade familiar é tutelada pelo Estado ainda trazem, em si certa ambiguidade. Isso porque ambos remetem tanto à forma de união civil quanto à religiosa. Não à toa, a proposta do paternalismo libertário sugere sua privatização, passando o Estado a tutelar apenas as uniões civis, de maneira a afastar de sua regulação quaisquer regras com traços religiosos e morais. A regulação das relações conjugais e convivenciais traria um arcabouço mínimo de direitos e deveres, com a finalidade de traçar regras supletivas para aqueles que decidam formalizar sua união civil perante o Estado. Isso deixa as pessoas livres para estabelecerem suas formações familiares, incrementando-as pela via privada, segundo suas crenças individuais, caso desejem, ou, ainda, paralelamente ao reconhecimento da união civil estatal, desde que não se viole a legalidade constitucional.

Quanto à intervenção estatal nos regime de bens:

1. No que tange ao regime de bens, o legislador prestigiou a autonomia conjugal, não constituindo os regimes constantes no Código Civil opções *numerus clausus*. Os direitos de livre pactuação e alteração são coerentes com as diretrizes de um direito de família constitucionalizado, que tem como premissa ser a união conjugal uma comunhão plena de vida. Para que isso ocorra, nada melhor do que as próprias partes escolherem as regras que regerão sua relação, vigorando o regime supletivo da comunhão parcial como regra padrão na falta de pactuação em outro sentido.
2. Esses pactos comprovam uma utilização bem-sucedida do paternalismo libertário na legalidade constitucional, Isso porque se preserva a liberdade de escolha ao se permitir que as partes decidam por regra distinta que melhor se conforme ao próprio projeto de vida familiar, embora subsista uma “regra padrão” disciplinada pelo legislador, caso as partes não desejem dispor sobre o regime de bens de sua união.

3. Há grande debate doutrinário acerca da constitucionalidade do ônus do regime obrigatório de bens para o nubente maior de setenta anos, previsto no inciso II do art. 1.641 do Código Civil em vigência. Sustenta-se que a imposição legislativa preza pelos interesses patrimoniais sobre os existenciais, ou seja, não permite a livre pactuação dos bens do casal conforme melhor lhes aprouver. A jurisprudência não vem aplicando a obrigatoriedade se estiver comprovada a existência de união estável anterior. Também vem mitigando a regra, aplicando o entendimento de que é possível

a partilha de bens adquiridos na constância da relação regida pelo regime da separação legal, desde que esteja comprovado o esforço comum.

4. Não obstante a solução do verbete 377 da súmula do Supremo Tribunal Federal tenha-se revelado, em muitos casos, solução justa para partilha do patrimônio de muitos casais forçados a continuar no regime da separação obrigatória – ainda quando cessada a causa de sua imposição, principalmente diante da impossibilidade de alteração do regime –, havia também aqueles que se insurgiram contra a aplicação desse entendimento, preferindo que vigorasse o regime da separação pelo qual foram obrigados a se casar e que, portanto, regia o casamento. Nesses casos, optaram por celebrar pacto antenupcial para garantir a vigência do regime da absoluta e total separação patrimonial e a não aplicação do enunciado 377. Entretanto, pelo disposto no art. 70 da Lei nº 6.015/1973, que determina que as escrituras antenupciais não poderão ser consignadas no assento de casamento quando o regime for o legal, não raro, o Ministério Público opina pelo cancelamento do pacto antenupcial lavrado ao argumento de nulidade. Considera-se que tal intervencionismo estatal não se sustenta, devendo ser garantido aos nubentes a possibilidade de escolha, não havendo nenhum motivo para declarar a nulidade de um pacto antenupcial que busca exatamente o que a lei previa. Atualmente, com a possibilidade de alteração do regime de bens, mesmo para os casados antes da vigência do atual Código Civil, àqueles que assim pretenderem basta que, uma vez cessada a causa de imposição do regime da separação, proponham ação judicial para realizarem a alteração.

Quanto ao dever de alimentos como decorrência da solidariedade familiar:

1. O processo de democratização da família indica que a vida familiar deve conseguir combinar escolhas individuais e solidariedade familiar, quando tratamos de alimentos, o princípio da solidariedade sobrepõe-se ao da liberdade, a ponto de se poder justificar impor uma obrigação mesmo após a dissolução do vínculo conjugal. A Jurisprudência acertadamente admite a fixação da obrigação alimentar mesmo quando há lapso temporal entre o divórcio e o pedido de alimentos, ou seja, nos casos em que o alimentando não requereu pensão alimentícia por ocasião da dissolução do vínculo conjugal, mas decidiu fazê-lo em momento posterior, em razão de necessidade superveniente.

2. O fundamento da obrigação alimentar não é somente o dever conjugal de mútua assistência, mas decorre essencialmente do princípio da solidariedade, que se apresenta como uma forma de superação do predomínio dos interesses individuais que perdurou pelos primeiros séculos da modernidade. Em que pese o entendimento da jurisprudência atual e da doutrina – no sentido de que, em caso de renúncia ao tempo da extinção do vínculo conjugal, não cabe posterior pedido de alimentos –, o fundamento da obrigação de alimentar, qual seja, a solidariedade, não permite outro entendimento que não o da possibilidade, ainda que excepcionalmente, do ex-cônjuge ou companheiro pleitear alimentos, uma vez comprovadas necessidade superveniente e ausência de parentes que possam prestá-los.

3. Já há decisões que reconhecem o instituto dos alimentos compensatórios, ainda que não previstos no ordenamento brasileiro. Trata-se de uma intervenção judicial fundamentada no princípio da solidariedade visando a diminuir o desequilíbrio entre as partes ao fim da sociedade conjugal quando esta era regida pelo regime da separação convencional de bens.

4. Os alimentos compensatórios não têm como pressuposto a necessidade do alimentando, razão pela qual parte da doutrina tende a atribuir natureza indenizatória ao instituto. Veja-se que a *ratio* do instituto não se encontra no campo da responsabilidade civil, não comportando, portanto, discussões em torno da culpa pela dissolução da união. Sua função não é propriamente o ressarcimento, mas, sim, a diminuição do desequilíbrio àquele que, em razão do tempo de união, sai prejudicado com o fim do relacionamento. Isso não significa igualar a situação financeira entre os ex-consortes após a ruptura, porquanto a desigualdade já precedia o início da união. O que deve ser levado em conta é o que cada um já possuía, perdeu ou deixou de produzir em função do relacionamento. Os alimentos compensatórios decorrem da ampliação e concretização do princípio da solidariedade.

Quanto aos contratos que regulam situações de direito de família:

1. Uma das grandes dificuldades encontradas pelos contratos do direito de família decorre da necessária compatibilização de instrumentos tipicamente patrimoniais (contratos) a situações existenciais (família). Não se pode negar que a licitude de

disposições de natureza existenciais ainda é questão controversa. Considera-se, apesar de opiniões contrárias, que não há nenhuma justificativa razoável para vedar o pacto antenupcial que disponha sobre questões extrapatrimoniais. Deve-se, no entanto, executar-se um juízo de merecimento de tutela dos pactos, tendo a principiologia constitucional como limite. Os pactos não podem ser utilizados para colocar uma das partes em situação de desigualdade ou de dependência, nem para restringir a liberdade ou para violar direitos fundamentais de um parceiro. Esses limites se impõem a qualquer pacto realizado na seara do direito de família.

2. O contrato de convivência não cria a união estável, cuja constituição decorre do atendimento aos requisitos legais dispostos no art. 1.723 do Código Civil. Entretanto, muitas vezes, as partes desejam dispor sobre questões patrimoniais ou prever efeitos diferentes dos dispostos em lei, buscando, com isso, não só concretizar seus projetos de vida, mas, também, obter maior segurança jurídica, sem necessitar de toda a formalidade do ato do casamento. Define-se o referido contrato como instrumento pelo qual os sujeitos de uma união estável promovem regulamentações sobre os reflexos da relação.

3. Na união estável mais ainda que no casamento, deve haver ampla liberdade para que os companheiros organizem sua relação. Não se justifica a imposição de deveres conjugais àqueles que optaram justamente por não se casar. Destaca-se que a união estável, por consistir em uma situação de fato, permite, no contrato de convivência, disposições mais amplas do que a simples adoção de um sistema patrimonial, descrito na lei ou fora dela.

4. O contrato de namoro, por si só, não é capaz de definir se houve ou não união estável, já que seus requisitos são verificados *a posteriori.*

REFERÊNCIAS

A JUDICIALIZAÇÃO do afeto. *Direito e Sociedade*, 10 mar. 2011. Disponível em: <http://decaraparaodireito.blogspot.com.br/2011/03/judicializacao-do-afeto.html>. Acesso em 10 dez. 2014.

ALEMANY GARCIA, Macario. *El paternalismo juridico*. Madrid: Iustel, 2006.

ALMEIDA, Leonor Duarte. Suscetibilidade: novo sentido para a vulnerabilidade. Revista Bioética, v. 18, n. 3, 2011. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewArticle/582 Acesso em: 05 jan. 2016.

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito civil:* famílias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

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

ANDRADE, Gustavo. Mediação familiar. In: ALBUQUERQUE, Fabíola Santos et al. (Coord.). *Famílias no direito contemporâneo*: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo. Salvador: JusPDVM, 2010. p.491-509.

ARANTES, Esther Maria de Magalhães. Proteção integral à criança e ao adolescente: proteção versus autonomia? *Psicologia Clínica*, Rio de Janeiro, v.21, n.2, p.431-450, 2009.

ARIÈS, Philippe. *História social da criança e da família*. 2.ed. Rio de Janeiro: LTC, 2011.

BAPTISTA, Silvio Neves. Contratos no direito de família. In. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e solidariedade*: teoria e prática do direito de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.429-445.

BARBOSA, Águida Arruda. *Educação para mediar; não mais para litigar*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?boletim&artigo=293>. Acesso em: 10 nov. 2015.

BARBOZA, Heloisa Helena. Reflexões sobre a autonomia negocial. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *O direito e o tempo*: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 407-423.

_____. Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos. In: PEREIRA, Tania; OLIVEIRA, Guilherme de (Coords.). *Cuidado e vulnerabilidade.* São Paulo: Atlas, 2009. p.106-118.

_____. A pessoa na era da biopolítica: autonomia, corpo e subjetividade. *Cadernos IHU Idéias* (UNISINOS), v 194, p.1-20, 2013.

BARROS, Sérgio Resende de. *Matrimônio e patrimônio. Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese IBDFAM, v.2, n 8, p.5-12, jan./mar., 2001.

BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, n.17, p.105-138, jan./jun. 2011.

_____. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v.5, n.2, 2015. Disponível em: <http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/RBPP/article/view/3180>. Acesso em: 11 jan. 2016.

BAUMAN, Zigmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzein. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

_____.44 cartas do mundo líquido moderno. Tradução de Vera Pereira. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

_____. *Amor líquido*: sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

BERALDO, Leonardo de Faria. *Alimentos no Código Civil*: aspectos atuais e controvertidos com enfoque na jurisprudência. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BERNARDO, 11 anos, pediu ajuda ao Ministério Público antes de morrer. *Pragmatismo Político*, 17 abr. 2014. Disponível em: <http://www.pragmatismopolitico.com.br/2014/04/bernardo-11-anos-pediu-ajuda-ao-ministerio-publico-antes-de-morrer.html>. Acesso em: 08 set. 2015

BERQUÓ, Elza. Arranjos familiares no Brasil: uma visão demográfica. In: SCHWARCZ, Lilia (Org.). *História da vida privada no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. v.4. p.411-438.

BIANCA, Cesare Massimo. *Famiglia*: Diritto. Disponível em: <http://www.treccani.it/enciclopedia/famiglia_%28Enciclopedia_delle_scienze_sociali%29/>. Acesso em: 13 de jan. 2016.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função:* novos estudos de teoria do direito. São Paulo: Manole, 2007.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. A união entre pessoas do mesmo sexo: uma análise sobre a perspectiva civil-constitucional. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, Rio de Janeiro, ano 1, v. 1, jan./mar. 2000. p. 89-112.

_____. *Danos à pessoa humana*: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p.105-147.

_____. Jurisprudência comentada: deveres parentais e responsabilidade civil. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n.31, p.39-66, 2005.

_____. O princípio da solidariedade. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (Orgs.). *Os princípios da constituição de 1988*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p.157-176.

_____. Quarta capa de *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Liberdade individual, acrasia e proteção da saúde. In: LOPEZ, Teresa Ancona (Coord.). *Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente – o paradigma do tabaco*: aspectos civis e processuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.319-374.

_____. A família democrática. In: _____. *Na medida da pessoa humana*: estudos de direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p.207-234.

_____. A tutela do nome da pessoa humana. In: _____. *Na medida da pessoa humana*: estudos de direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p.149-168.

_____. Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil. In: _____. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p.423-455.

_____. Ampliando os direitos da personalidade. In: _____. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 121-148

_____. *Na medida da pessoa humana*: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

_____. A nova família, de novo: estruturas e funções das famílias contemporâneas. *Revista Pensar*, Fortaleza, v.18, n.2, p.587-628, maio/ago. 2013.

_____. Do juiz boca-da-lei à lei boa-de-juiz: reflexões sobre a aplicação-interpretação do direito no início do século XXI. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v.56, p.11-30, 2013.

_____. A responsabilidade e a reparação civil no direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Tratado de direito das famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p.805-831.

BODIN DE MORAES, Maria Celina; DALSENTER, Thamis. A autonomia existencial nos atos de disposição do próprio corpo. *Pensar – Revista de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v.19, n.3, p.779-818, 2014.

BODIN DE MORAES, Maria Celina; KONDER, Carlos Nelson. *Dilemas do direito civil constitucional*: casos e decisões. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

BODIN DE MORAES, Maria Celina; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Comentário ao artigo 226. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p.2114-2147.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015.

BRASIL. Decreto n.º 181, de 24 de janeiro de 1890. Promulga a lei sobre o casamento civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D181.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015.

BRASIL. Decreto n.º 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015.

BRASIL. Decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015.

BRASIL. Decreto-lei n.º 4.529, de 30 de julho de 1942. Estabelece prazo de prescrição para ação de anulação de casamento. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-4529-30-julho-1942-414622-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 10 nov. 2015.

BRASIL. Emenda Constitucional n.º 66, de 13 de julho de 2010. Dá nova redação ao § 6.º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc66.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015.

BRASIL. Projeto de Lei n.º 5002/2013. Dispõe sobre o direito à identidade de gênero e altera o art. 58 da Lei n.º 6.015 de 31 de dezembro de 1973. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=565315>. Acesso em: 10 nov. 2015.

BRASIL. Lei n.º 3.071, de 1.º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015.

BRASIL. Lei n.º 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6015original.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015.

BRASIL. Lei n.º 9.263, de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7.º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015.

BRASIL. Lei n.º 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9394.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015.

BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015.

BRASIL. Lei n.º 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8.º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015.

BRASIL. Lei n.º 11.698, de 13 de junho de 2008. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015.

BRASIL. Lei n.º 11.924, de 17 de abril de 2009. Altera o art. 57 da Lei n.º 6.015, de 31 de dezembro de 1973, para autorizar o enteado ou a enteada a adotar o nome da família do padrasto ou da madrasta. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11924.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015.

BRASIL. Lei n.º 12.398, de 28 de março de 2011. Acrescenta parágrafo único ao art. 1.589 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e dá nova redação ao inciso VII do art. 888 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, para estender aos avós o direito de visita aos netos.. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12398.htm>. Acesso em: 14 mar. 2016.

BRASIL. Lei n.º 13.058, de 22 de dezembro de 2014. Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015.

BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015.

BRASIL. Lei n.º 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei n.º 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2.º do art. 6.º da Lei n.º 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015.

BRASIL. Lei n.º 13.146, de 6 de julho de 2015. 13.105, Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 14 mar. 2016.

BRASIL. Parecer do Conselho Federal de Medicina nº 8/2013. Disponível em: < http://www.portalmedico.org.br/pareceres/CFM/2013/8_2013.pdf>. Acesso em 14 mar. 2016.

CAHALI, Francisco José. *Contrato de convivência na união estável*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 7.ed. São Paulo: RT, 2012.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. *Princípio da afetividade no direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Câmara aprova Estatuto da Família formada a partir da união de homem e mulher. 08 out. 2015. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/ camaranoticias/noticias/direitos-humanos/497879-camara-aprova-estatuto-da-familia-formada-a-partir-da-uniao-de homem-e-mulher.html>. Acesso em: 23 jan. 2016.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CÂNDIDO, Antonio. The Brazilian Family. In: SMITH, T. Lynn (Ed.). *Brazil*: Portrait of a Half Continent. Nova Iorque: Marchant General, 1951. p.

CARBONERA, Silvana Maria. *Reserva de intimidade*: uma possível tutela da dignidade no espaço relacional da conjugalidade. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Laicidade e família: um diálogo necessário a partir do olhar de Stefano Rodotà. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. v.3. p.373-399.

CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CHAGAS, Marcia Correia. Alimentos. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Org.). *Direitos das famílias por juristas brasileiras.* São Paulo: Saraiva, 2013. p.561-608.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2006. v.5.

COHEN-KETTENIS, Peggy T.; SCHAGEN, Sebastian E. E.; STEENSMA, Thomas D.; VRIES, Annelu L. C. de; DELEMARRE-VAN DE WAAL, Henriëtte A. Puberty Suppression in a Gender-Dysphoric Adolescent: A 22-Year Follow-Up. *Archives of Sexuals Behavior*, v.40, p.843-845, 2011. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/51061522_Puberty_Suppression_in_a_Gender-Dysphoric_Adolescent_A_22-Year_Follow-Up>. Acesso em: 18 jan. 2016.

COONTZ, Stephanie. *Taking Marriage Private*. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2007/11/26/opinion/26coontz.html?_r=3&em&ex=1196226000&en=5e70532fce256fe0&ei=5087%0A&oref=slogin >&. Acesso em: 20 set. 2015.

COOPER, David. *A morte da família*. São Paulo: Martins Fontes, 1986.

CORRÊA DE OLIVEIRA, José Lamartine; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Curso de direito de família*. 2.ed. Curitiba: Juruá, 1998.

CORRÊA, Mariza. Repensando a família patriarcal brasileira. In: ALMEIDA, Angela (Org.). *Colcha de retalhos*: estudos sobre a família no Brasil. São Paulo: Brasiliense, 1982.

COSTA, Jurandir Freire. O nome que fica. *Boletim Oficial do IBDFAM*, n.73, mar./abr. 2012. Entrevista.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

DALSENTER, Thamis. *Autonomia existencial na legalidade constitucional*: critérios para interpretação da cláusula geral de bons costumes no Código Civil brasileiro. 2015. Tese (Doutorado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Rio de Janeiro, 2015.

DECLARAÇÃO dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2016

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Manual de direito das famílias*. 10.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DIAS, Maria Berenice; GROENINGA, Giselle Câmara. *A mediação no confronto entre direitos e deveres.* Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=42>. Acesso em: 08 nov. 2014.

DIEZ-PICAZO, Luis. *Família y derecho*. Madrid: Editorial Civitas, 1984.

DWORKIN, Gerald. Paternalism. In: SARTORIUS, Rolf. Paternalism. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1983. p.19-34.

DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here? Principles for a new political debate.* Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2008.

FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. *Direito de família*: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Do direito de família. Do direito pessoal. Das relações de parentesco. Arts. 1.591 a 1.638. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v.18.

_____. Famílias: entre o Público e o Privado. Problematizando espacialidades à luz da fenomenologia paralática. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, v.23, p.5-14, 2011.

_____. Famílias: entre o Público e o Privado. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Família*: entre o Público e o Privado. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2012. p.158-169.

_____. *Direito civil*: sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direito de família: casamento. Artigos 1.511 a 1.590. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). *Código Civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2003. v.15.

_____. A família parental. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Tratado de Direito das Famílias*, Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p.247-273.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENLVALD, Nelson. *Curso de direito civil*: famílias. 4.ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

FEINBERG, Joel. *Harm to Self*. Oxford: Oxford University Press, 1986.

FREYRE, Gilberto. *Casa grande & senzala*: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. Rio de Janeiro: José Olympio, 1977.

FRIEDMAN, Lawrence. *The Republic of Choice*: Law, Authority and Culture. Cambridge: Harvard UP, 1990.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação*: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade, filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Função social da família. *Revista Brasileira de Direito de Família*, v.39, p.154-170, 2007.

GIDDENS, Anthony. *A transformação da intimidade*: sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas. São Paulo: UNESP, 1992.

_____. *A terceira via*: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia. Rio de Janeiro: Record, 2000.

GOMES, Orlando. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

_____. A função renovadora do direito. *Revista de Direito da UFPR*, Curitiba, v.12, p.39-47, 1969.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*: direito de família. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v.6.

GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada*: um modelo de responsabilidade parental. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. Pensão compensatória: efeito econômico da ruptura convivencial. In: LEAL, Pastora do Socorro Teixeira (Coord.). *Direito civil constitucional e outros estudos em homenagem ao Prof. Zeno Veloso*. São Paulo: Método, 2014. p.753-791.

GROENINGA, Gisele. Guarda de filhos e alienação parental têm ocupado a cena no direito de família. *Revista Consultor Jurídico*, 24 maio 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mai-24/processo-familiar-latente-discussoes-respeito-guarda-filhos-alienacao-parental>. Acesso em: 24 jan. 2016.

HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*: contributions to a discourse theory of law and democracy. Cambridge: MIT Press, 1998.

HARSANYI, David. O Estado babá: como radicais, bons samaritanos, moralistas e outros burocratas cabeças duras tentam infantilizar a sociedade. Trad. Carla Werneck. Rio de Janeiro: Litteris Ed., 2011.

HESPANHA, António Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica européia*. 2.ed. Lisboa: Europa-América, 1998.

_____. *A cultura jurídica européia*: síntese de um milênio. Coimbra: Almedina, 2012.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade civil na relação paterno-filial. In: *Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e Cidadania: o Novo CCB e a Vacatio Legis*, 3., 2002, Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002. p.403-432.

IHARA, Toni; WARNER, Ralph; HERTZ, Frederick. *Living Together: a legal guide for unmarried couples*. 14.ed. Berkeley: Nolo, 2008.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Estatísticas do Registro Civil 2007. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/registrocivil/2007/ registrocivil 2007.pdf> Acesso em: 07 fev. 2012.

_____. *Censo Demográfico 2010*: resultados da amostra. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/default_ resultados_amostra.shtm>. Acesso em: 05. set. 2015.

_____. *Censo Demográfico 2010*: nupcialidade, fecundidade e migração - resultados da amostra. Disponível em: <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/98/cd_2010_nupcialidade_fecundidade _migracao_amostra.pdf>. Acesso em: 12.jan.2015.

_____. *Estatísticas do registro civil*: 2010. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/ estatistica/populacao/registrocivil/2010/ rc2010.pdf>. Acesso em: 05 set. 2015.

KIRBY, Emma Jane. La niña a la que sus padres no le permiten crecer. *BBC*, 5 jan. 2016. Disponível em: <http://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/01/160105_salud_nina_padres_ impiden_crecer_ch?ocid=socialflow_facebook>. Acesso em: 08 jan. 2016.

KONDER, Carlos Nelson. *O papel da causa na qualificação dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro*. 2009. Tese (Doutorado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Rio de Janeiro, 2009.

_____. Distinções hermenêuticas da constitucionalização do direito civil: o intérprete na doutrina de Pietro Perlingieri. *Revista da Faculdade de Direito (UFPR)*, v.60, p.193-213, 2015.

_____. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. *Revista de Direito do Consumidor*, v.99, p.101-123, 2015.

LAGO, Pablo Antonio. O princípio da solidariedade familiar: importância e eficácia. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. v.3. p.269-289.

LASCH, Christopher. *Refúgio num mundo sem coração – a família*: santuário ou instituição sitiada? Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

LEBRUN, Jean-Pierre. *Um mundo sem limites:* ensaio para uma clínica psicanalítica do social. Rio de Janeiro: Cia de Freud, 2004.

LÉVI-STRAUSS, Claude. *As estruturas elementares do parentesco*. Tradução de Mariano Ferreira. Petrópolis: Vozes, 1982.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A nova principiologia do direito de família e suas repercussões. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes et al. (Coord.). *Direito de família e das sucessões*: temas atuais. São Paulo: Método, 2009.

_____. *Famílias.* 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Estado laico é conquista de todos e das famílias. *Revista Consultor Jurídico*, 06, dez. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-dez-06/processo-familiar-estado-laico-conquista-todos-familias>. Acesso em: 11.

_____. *Entidades familiares constitucionalizadas*: para além do numerus clausus. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2016

_____. Constitucionalização do direito civil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v.36, n.141, p.99-110, jan./mar. 1999.

_____. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. In: Família e cidadania: o novo CCB e a vacatio legis, 3., 2002. Belo Horizonte. *Anais*. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2002. p.89-107.

_____. A repersonalização das relações de *família*. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n.24, p.136-156, jun./jul. 2004.

_____. As vicissitudes da igualdade e dos deveres conjugais no direito brasileiro. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v.6, n.26, p.5-17, out./nov. 2004.

_____. A repersonalização das relações de família. In: DEL'OLMO, Florisbal de Souza; ARAÚJO, Luis Ivani de Amorim. *Direito de família contemporâneo e novos direitos*: estudos em homenagem ao Professor José Russo. Rio de Janeiro: Forense. 2006. p.99-114.

_____. Princípio da solidariedade familiar. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Família e solidariedade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v.1. p.1-17.

_____. Direito-dever à convivência familiar. In: DIAS, Maria Berenice (Org.). *Direito das famílias*: contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. v.1. p.392-404.

_____. *Direito civil*: famílias. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Direito civil*: famílias. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Direito de família e os princípios constitucionais. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Tratado de direito das famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p.101-132.

MADALENO, Rolf. Obrigação, dever de assistência e alimentos transitórios. *Revista CEJ*, v.8, n.27, p.69-78, out./dez. 2004. Disponível em: <http://www.rolfmadaleno.com.br/novosite/conteudo.php?id=37>. Acesso em: 15 jan. 2016.

_____. *Curso de direito de família.* Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. *Curso de direito de família*. 5.ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. Alimentos compensatórios. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Tratado de direito das famílias*, Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p.577-592.

_____. *Responsabilidade civil na conjugalidade e alimentos compensatórios*. Disponível em: <http://docslide.com.br/documents/responsabilidade-civil-e-alimentos-compensatorios-rolf-madaleno.html>. Acesso em: 18 jan. 2016.

MAGALDI NETTO, Guilherme. O Supremo em "crise". *Jota*. <Disponível em: http://jota.info/o-supremo-em-crise>. Acesso em: 12 jan. 2016.

MAIA, Antônio Cavalcanti. Notas sobre direito e argumentação. In: CAMARGO, Margarida Lacombe (Org.). *1988-1998*: uma década de Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.395-431.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *União entre pessoas do mesmo sexo*: aspectos jurídicos e sociais. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p.87-114.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *O elo perdido da filiação*: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. O cuidado com o menor de idade na observância da sua vontade. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme. *O cuidado como valor jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.335-354.

_____. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. Em busca da nova família: uma família sem modelo. *Civilistica.com – Revista Eletrônica de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v.1, n.1, jul./set. 2012. Disponível em: <http://civilistica.com/embusca-da-nova-familia/>. Acesso em: 15 set. 2015.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau; ABÍLIO, Viviane da Silveira. Autoridade parental como relação pedagógica: entre o direito à liberdade dos filhos e o dever de cuidado dos pais. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. v.3. p.339-353.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. A família e o direito de personalidade. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Org.). *Direitos das famílias por juristas brasileiras.* São Paulo: Saraiva, 2013. p.91-130.

_____. O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do estatuto da pessoa com deficiência. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 4, n. 1, jan.-jun./2015. Disponível em: <http://civilistica.com/o-direito-protetivo-no-brasil/>. Acesso em: 14.03.2016.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. BODIN DE MORAES, Maria Celina. Autoridade parental e a privacidade do filho menor: o desafio de cuidar para emancipar. *Novos Estudos Jurídicos (Online)*, v.20, n.2, p.501-532, 2015.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; VILELA MULTEDO, Renata. A autonomia ético-existencial do adolescente nas decisões judiciais sobre o próprio corpo e a heteronomia dos pais e do Estado no Brasil. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, v.13, n.58, jan./fev. 2016.

MERCURI, Isabela. Trisal de MT registra união poliafetiva e luta por certidão de casamento e para os três registrarem o filho. Disponível em: <http://www.olhardireto.com.br/conceito/noticias/exibir.asp?noticia=Trisal_de_MT_registra_uniao_poliafetiva_e_luta_por_certidao_de_casamento_e_para_os_tres_registrarem_o_filho&edt=7&id=9763>. Acesso em: 07 dez. 2015.

MILL, John Stuart. *A liberdade*: utilitarismo. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 2.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. Tomos 3 e 25.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Rumos cruzados do direito civil pós 1988 e do constitucionalismo de hoje. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo*: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional De Direito Civil-Constitucional da cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008. v.1. p.262-281.

_____. Autonomia contratual em análise: um problema de interpretação e qualificação do negócio em concreto. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v.46, p.201-208, 2011.

NAMUR, Samir. A inexistência de espaços de não direito e o princípio da liberdade. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v.42, p.131-140, 2010.

_____. *Autonomia privada para a constituição da família.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

NEDER, Gizlene; CERQUEIRA FILHO, Gisálio. Os filhos da lei. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v.16, n.45, fev. 2011. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-69092001000100006>. Acesso em: 05 set. 2015.

NERY JÚNIOR, Nelson; MACHADO, Martha de Toledo. O Estatuto da Criança e do Adolescente e o Novo Código Civil à luz da Constituição Federal: Princípio da Especialidade e Direito Intertemporal. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v.3, n.12, p.9-49, out./dez. 2002.

NEVARES, Ana Luiza Maia. O regime de separação obrigatória de bens e o verbete 377 do Supremo Tribunal Federal. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v.3, n.1, jan./jun. 2014. Disponível em: <http://civilistica.com/o-regime-de-separaco-obrigatoria-de-bens-e-o-verbete-377-do-supremo-tribunal-federal/>. Acesso em: 07 fev. 2016.

_____. *A tutela sucessória do cônjuge do companheiro na legalidade constitucional*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

NEVARES, Ana Luiza Maia. SCHREIBER, Anderson. *Do sujeito à pessoa*: uma análise da incapacidade civil. (Texto ainda não publicado cedido gentilmente pelos autores).

OLIVEIRA, Guilherme de. *Temas de direito de família*. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____. Queremos amar-nos… mas não sabemos como. In: _____. *Temas de direito da família*. Coimbra, 2001. p.333-346.

OLIVEN, Leonora Roizen Albek. *A judicialização da família*. Disponível em: <http://portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/view/2546/1550>. Acesso em: 04 jan. 2015.

PARENTING PLANS. *Putting your children first*: a guide for separating parents. Disponível em: <http://www.cafcass.gov.uk/PDF/FINAL%20web%20version%20251108.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2016.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. O novo divórcio no Brasil. In: _____ (Coord.). *Família e responsabilidade*: teoria e prática do direito de família. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010. p.465-472.

_____. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Contrato de namoro estabelece diferença em relação a união estável. *Revista Consultor Jurídico.* Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mai-10/processo-familiar-contrato-namoro-estabelece-diferenca-relacao-uniao-estavel>. Acesso em: 21 jan. 2016.

PEREIRA, Tânia da Silva. O melhor interesse da criança. In: _____. *O melhor interesse da criança*: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.1-101.

_____. Proteção dos idosos. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Tratado de direito das famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p.343-366.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 15.ed., atual. por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v.5.

PERLIN, Michael L. International human rights law and comparative mental disability law: the universal factors. *New York Law School Public Law and Legal Theory*, Research Paper Series 06/07, n.29, p.1.

PERLINGIERI, Pietro. Normas constitucionais nas relações privadas. *Revista da faculdade de direito da UERJ*, Rio de Janeiro, n.6 e 7, p.63-77, 1998/1999.

_____. *Perfis do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. *Manuale di diritto civile*. 5.ed. Napoli: ESI, 2005.

_____. A doutrina do direito civil na legalidade constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo*: novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008. p 01-11.

_____. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PINHEIRO, Jorge Alberto Caras Altas Duarte. O núcleo intangível da comunhão conjugal: os deveres conjugais sexuais. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, v.10, n.4, p.103-109, jun./jul. 2008.

POMPEU, Renata Guimarães. A mediação nos conflitos familiares: convite ao exercício dialógico da autonomia privada. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Org.). *Problemas da família no direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p.103-116.

PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada.* Coimbra: Almedina, 1982.

PROJETO de Estatuto das Famílias é apresentado no Senado. IBDFAM, 12 nov. 2013. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/5182/Projeto+de+Estatuto+das+Fam%C3%ADlias+%C3%A9+apresentado+no+Senado. Acesso em 29. jan. 2016.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira. *Família sem casamento*: de relação existencial de fato a realidade jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

RIOS, Roger Raupp. As uniões homossexuais e a "família homoafetiva": o direito de família como instrumento de adaptação e conservadorismo ou a possibilidade de sua transformação e inovação. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v.2, n.2, abr./jun. 2013.

ROCA, Encarna. Los problemas de las famílias reconstituídas. In: HERERRA, Marisa (Coord.). *La família em el nuevo derecho*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2009. p. 327-344.

RODOTÀ, Stefano. *La vita e le regole*: tra diritto e non diritto. Milano: Feltrinelli, 2006.

_____. *Perché laico*. Roma: Gius. Laterza & Figli, 2010.

_____. *Autodeterminação e laicidade.* Tradução de Carlos Nelson Konder texto original constante da obra *Perché laico*. Roma: Gius. Laterza & Figli, 2010.

_____. *Dal soggetto alla persona*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2011.

_____. *Solidarietà*: un'utopia necessaria. Bari: Laterza, 2014.

_____. Definire l'amore? In: _____. *Diritto d´amore*. Bari: Laterza, 2015. Disponível em: <https://tolinoreader.ibs.it/library/library.html#!/epub?id=DT0245.9788858123645>. Acesso em: 03 fev. 2016.

_____. Amore 'a bassa istituzionalizzazione'. In: *Diritto d´amore*. Bari: Laterza, 2015. Disponível em: <https://tolinoreader.ibs.it/library/library.html#!/epub?id=DT0245. 9788858123645>. Acesso em: 03 fev 2016.

_____. *Politici, liberateci dalla vostra coscienza.* Disponível em: <http://daleggere.wordpress.com/2008/01/13/stefano-rodota-%C2%ABpolitici-liberateci-dalla-vostra-coscienza%C2%BB/>. Acesso em: 19 set. 2015.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. . Alimentos compensatórios no Brasil e no exterior. *Conjur*, 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-jan-08/direito-comparado-alimentos-compensatorios-brasil-exterior-parte>. Acesso em: 20 jan. 2016.

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *A prática da mediação e o acesso à justiça.* Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

RUDINESCO, Elizabeth. *A família em desordem.* Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2002.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Famílias simultâneas*: da unidade codificada à pluralidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. *Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)*: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

SAMARA, Eni de Mesquita. A história da família no Brasil. *Revista Brasileira de História*, São Paulo, v.9, n.17, p.7-35, set. 1988/fev. 1989.

_____. *O que mudou na família brasileira*. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-65642002000200004>. Acesso em: 28 nov. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

_____. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: _____. (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados*: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. 2.ª tir. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2007. p.23-116.

_____. Ubiqüidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A constitucionalização do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.113-148.

SCHRAMM, Fermim. A autonomia difícil. *Bioética*, Brasília, v.6, n.1, p.27-37,1998.

SCHREIBER, Anderson. O princípio da boa fé objetiva no direito de família. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.125-143.

_____. Famílias simultâneas e redes familiares. In: _____. *Direito civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013. p.297-314.

SCHUCH, Patrice. *Família no plural*: considerações antropológicas sobre família e parentesco. Disponível em: <http://www.pim.saude.rs.gov.br/a_PIM/noticias/987/PatriceSchuch.pdf>. Acesso em: 05 set. 2015.

SÊCO, Thaís. *A autonomia da criança e do adolescente e suas fronteiras*: capacidade, família e direitos da personalidade. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

_____. O ouriço sabe uma grande coisa: resenha à obra "Justiça para os ouriços", de Ronald Dworkin. *Civilistica.com – Revista Eletrônica de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v.2, n.3, jul./set.2013. Disponível em: <http://civilistica.com/o-ourico/>. Acesso em: 20 set. 2015.

_____. Por uma nova hermenêutica do direito da criança e do adolescente. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v.3, n.2, p.1-26, ago./dez. 2014.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça.* São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SENNETT, Richard. *O declínio do homem público*: as tiranias da intimidade. Tradução de Lygia Araújo Watanabe. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

SILVA, Denis Franco. O principio da autonomia: da invenção à reconstrução. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.135-162.

SILVA, Marcos Alves da. . *Da monogamia*: a sua superação como principio estruturante do direito de família. Curitiba: Juruá, 2013. v.1.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do exercício do poder paternal nos casos de divórcio*. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2002.

SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio. Sanções decorrentes da irresponsabilidade parental: para além da destituição do poder familiar e da responsabilidade civil. *Civilistica.com – Revista eletrônica de direito civil*, Rio de Janeiro, v.2, n.2, abr./jun. 2013. Disponível em: <http://civilistica.com/sancoes-decorrentes-dairresponsabilidade-parental/>. Acesso em: 12 jan. 2016.

SPANJER, Noor. Estas cinco pessoas vão ter um bebê juntas. *Vice*, 2015. Disponível em: <http://www.vice.com/pt_br/read/estas-cinco-pessoas-vao-ter-um-bebe-juntas>. Acesso em: 12 dez. 2015.

STANCIOLI, Brunelo. Sobre a capacidade de fato e da criança e do adolescente: sua gênese e desenvolvimento na família. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v.1, n.2, p.37-42, jul./ago./set. 1999.

STANZIONE, Pasquale. Personalidade, capacidade e situações jurídicas do menor. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; COLTRO, Antônio Carlos Mathias; TELLES, Marília Campos Oliveira e (Org.). *Problemas da família no direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p.215-223.

STANZIONE, Pasquale; SCHIANCALEPORE, Giovani. *Minori e diritti fondamentali*. Milano: Giuffré Editore, 2006.

SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. Libertarian Paternalism. *The American Economic Review*, Vol. 93, n. 2, Papers and Proceedings of the One Hundred Fifteenth Annual Meeting of the American Economic Association, Washington, DC, January 3-5, 2003. May, 2003, p. 175-179

SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. *Nudge*: improving decisions about health, wealth and happiness. New Haven, CT: Yale University Press, New Haven, 2008.

_____. Privatizing Marriage. *The Monist*, v.91, n.3 & 4, p.377-387, July/Oct. 2008. Disponível em: <http://secure.pdcnet.org/monist/content/monist_2008_0091_0003m_0377_0387>. Acesso em: 20 set. 2015.

_____. Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron. *Civilistica.com – Revista eletrônica de direito civil*. Rio de Janeiro, v.4, n.2, 2015. Disponível em: <http://civilistica.com/libertarian-paternalism-is-not-an-oxymoron>. Acesso em: 05 jan. 2016.

_____. O paternalismo libertário não é uma contradição em termos. Trad. Fernanda Cohen Civilistica.com. - Revista eletrônica de direito civil. Rio de Janeiro: a. 4, n. 2, 2015. Disponível em: <http://civilistica.com/o-paternalismo-libertario-não-e-uma-contradicao>. Acesso em 05 jan. 2016.

TARTUCE, Flávio. *Estatuto da Família x Estatuto das Famílias. Singular x plural. Exclusão x inclusão*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI229110,41046-Estatuto+da+Familia+x+Estatuto+das+Familias+Singular+x+plural>. Acesso em: 29 jan. 2016.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*. 5.ed. São Paulo: Método, 2010. v.5

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. *Reparação civil na separação e no divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1999.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Direito de visitas dos avós. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v.10, p.62-64, 2002.

_____. *Família, guarda e autoridade parental.* Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. Integridade psíquica e capacidade de exercício. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, Rio de Janeiro, v.9, v.33, p.3-36, jan./mar. 2008.

_____. *Saúde, corpo e autonomia privada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

_____. A (des)necessidade da guarda compartilhada. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). *Manual de direito das famílias e das sucessões.* 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p.301-319.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Diálogos sobre direito civil.* Rio de Janeiro: Renovar, 2012. v.3. p.3-24.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; PENALVA Luciana Dadalto. Autoridade parental, incapacidade e melhor interesse da criança: uma reflexão sobre o caso Ashley. *Revista de Informação Legislativa*, v.180, p.293-304, 2008.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *O direito de família entre a norma e a realidade.* São Paulo: Atlas, 2010.

_____. *O direito das famílias*: entre a norma e a realidade. São Paulo: Atlas, 2010. p.?-?.

_____. A multiparentalidade como nova estrutura de parentesco na contemporaneidade. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v.4, p. 9-36, abr./jun. 2015.

_____. Multiparentalidade como efeito da socioafetividade nas famílias recompostas.

_____. *O direito das famílias entre a norma e a realidade.* São Paulo: Atlas, 2010.

_____. Alienação parental: aspectos materiais e processuais. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, v.2, n.1, p.--24, jan./mar. 2013.

_____. O papel da autonomia privada na reconstrução do pacto antenupcial e da natureza jurídica do casamento. In: PATROCÍNIO, Daniel Moreira do (Org.). *Princípios jurídicos.* Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2015. v.1. p.15-32.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; VIEIRA, Marcelo de Mello. Construindo o direito à convivência familiar de crianças e adolescentes no Brasil: um diálogo entre as normas constitucionais e a Lei n.º 8.069/1990. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v.4, n.2, 2015. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/12/Teixeira-e-Vieira-civilistica.com-a.4.n.2.20151.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2016.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional. *Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC*, v.17, n.5, p.33-49, jan./mar. 2004.

_____. Itinerário para um imprescindível debate metodológico. *Editorial da Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v.35, 2008.

_____. Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. In: _____. *Temas de direito civil*. 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.393-418.

_____. *Temas de direito civil*. 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. A tutela constitucional da criança e do adolescente. In: _____. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. Tomo 3. p.201-226.

_____. Editorial. *Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC*, Rio de Janeiro, v.47, 2011.

_____. A legitimidade constitucional das famílias formadas por uniões de pessoas do mesmo sexo. *Boletim Científico* – Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília, v.6, n.22/23, p.89-116, jan./jun. 2007.

_____. Liberdades, tecnologia e teoria da interpretação. *Revista Forense*, v. 419, p.77-96, 2014.

_____. Contratos em direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Tratado de direito das famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p.475-501.

_____. *Dilemas do afeto*. Disponível em: <http://jota.info/dilemas-do-afeto>. Acesso em: 31 dez. 2015.

_____. O novo e o velho direito. In: _____. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Tomo 2. p.398-401.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. v.4.

TERUYA, Maria Tayra. *A família na historiografia brasileira*: bases e perspectivas teóricas. Disponível em: <http://www.abep.nepo.unicamp.br/docs/anais/pdf/2000/Todos/A%20Fam%C3%ADlia%20na%20Historiografia%20Brasileira....pdf>. Acesso em: 28 nov. 2014.

TRISAL de mulheres registra primeira união estável: "Nós três nos amamos". *Plox*, 03 nov. 2015. Disponível em: <http://www.plox.com.br/mulher/trisal-de-mulheres-registra-primeira-uniao-estavel-nos-tres-nos-amamos>. Acesso em: 07 dez. 2015.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito de personalidade*. Coimbra: Almedina, 2006.

VASTA, Lauren; CLARK, Peter. The Ashley Treatment: an Ethical Analysis. *The Internet Journal of Law, Healthcare and Ethics*, v.5, n.1, 2006. Disponível em: <http://ispub.com/IJLHE/5/1/8005>. Acesso em: 18 jan. 2016.

VELOSO, Zeno. Deveres dos cônjuges: responsabilidade civil. In: CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu et al. *Direito de família no novo milênio*: estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Contratos afetivos: o temor do amor, notas e comentários. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, n.44, p.334-337, set./out. 2011.

VIANA, Luiz Werneck. Não há limites para a patológica judicialização da política. *Revista Consultor Jurídico*, 03 jan 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jan-03/luiz-werneck-vianna-nao-limites-judicializacao-politica>. Acesso em: 20 jan. 2016.

VIANNA, Oliveira. *Instituições políticas brasileiras*. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: EDUSP, Niterói: Ed. da Univ. Federal Fluminense, 1987.

VILELA MULTEDO, Renata. A judicialização da família e a (des)proteção da pessoa dos filhos. In: MATOS, Ana Carla H.; MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). *Direito das famílias por juristas brasileiras*. São Paulo: Saraiva, 2012. p.433-454.

VILELA, Renata; ALMEIDA, Vitor. Guarda compartilhada: entre o consenso e a imposição judicial. Comentários ao REsp 1.251.000/MG. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v.1, n.2, jul./dez. 2012. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Vilela-e-Almeida-civilistica.com-a.1.n.2.2012.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2015.

VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. *Revista da Faculdade de Direito*, n.21, 1979. Disponível em: <http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1156>. Acesso em: 10 jan. 2016.

_____. Liberdade e família. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizente, Vol. 3, Série de monografias. n.º 2. p.1-47, 1980.

_____. Liberdade e família. *O direito de família no senado: emendas ao projeto de Código Civil*. Belo Horizonte, UFMG, 1985.

_____. Família hoje. In: BARRETTO, Vicente (Org.). *A nova família*: problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p.71-76.

_____. *Repensando o direito de família*. Disponível em: <http://jfgontijo.com.br/2008/artigos_pdf/Joao_Baptista_Villela/RepensandoDireito.pdf>. Acesso em: 03 fev. 2016.

WANJEK, Christopher. Pausing Puberty with Hormone Blockers May Help Transgender Kids. *Live Science*, 06 maio 2015. Disponível em: <http://www.livescience.com/50755-transgender-kids-hormone-blocker-puberty.html>. Acesso em: 18 jan. 2016.

WINNICOTT, Donald W. *Tudo começa em casa*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *A família e o desenvolvimento individual.* Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

WOLFE, Alan. The Final Freedom. *The New York Times Magazine*. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2001/03/18/magazine/the-final-freedom.html?pagewanted=all>. Acesso em: 28 out. 2015.

XAVIER, Marília Pedroso. *Contrato de namoro*: amor líquido e direito de família mínimo. 2011. 128 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.