

# NOVAS PERSPECTIVAS EM DIREITO DE FAMÍLIA E O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA: UM ESTUDO À LUZ DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

Teila Rocha Lins D 'Albuquerque\*

**Sumário:** 1 Introdução; 2 Autonomia privada e transformações sociais: breve esboço histórico; 3 Mudança de perspectiva em torno da entidade familiar; 4 Mutabilidade de regime de bens após o casamento e pacto antenupcial; 5 Configuração da união estável e reconhecimento da união homoafetiva; 6 Filiação socioafetiva; 7 A autonomia do idoso; 8 Conclusão.

**Resumo:** O presente artigo investiga a ingerência da autonomia privada nas relações de direito de família. Parte-se da nova concepção de família em que existe liberdade de atuação entre as partes componentes da entidade familiar para definir os contornos de suas vidas e alcançar uma realização plena, exercendo direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana e autonomia privada. Essa reflexão inclui a própria composição familiar, o regime de bens do casamento e a negação da autonomia ao idoso, situações que têm se alterado junto às atuais diretrizes de estudo e aplicação do direito civil à luz da Constituição Federal.

**Palavras-chave:** Autonomia privada. Família. Direitos fundamentais.

---

\* Mestre em Políticas Sociais e Cidadania pela Universidade Católica do Salvador. Mestrado em conclusão em Direito Civil pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela UFBA. Professora da Maurício de Nassau e da Ucsal. Advogada.

## 1 Introdução

O Direito Civil tem sido estudado e aplicado a partir de diretrizes constitucionais na atualidade. Seus diversos institutos tem se modificado com a finalidade de alcançar a dignidade da pessoa humana, ou seja, a realização plena do indivíduo, o que se baseia através do poder de auto-regulamentação de cada um, a liberdade de escolha, direito igualmente fundamental.

A autonomia privada é um princípio-base para o Direito Civil que tem sido referido nas relações de Direito de família de forma muito peculiar por ter sido esse ramo tradicionalmente alvo de intervenção estatal, baseado no modelo de família em que pouco se permitiam manifestações de liberdade das partes.

A partir disso, acreditando-se nas novas concepções em torno da entidade familiar, verifica-se a possibilidade de maior liberdade para o indivíduo reger a composição dessa família, o que inclui o regime de bens e novas formas de uniões devidamente aceitas pelo ordenamento jurídico.

Pretende-se investigar a autonomia privada nessas relações. Parte-se de um estudo das alterações em torno da concepção da autonomia privada e igualmente da evolução em torno do conceito de família e como ambos estão interligados.

Analisa-se a questão da mutabilidade do regime de bens, da configuração da união estável, da união entre pessoas do mesmo sexo, da paternidade socioafetiva e da autonomia do idoso, como formas de exercício da autonomia privada, questionando-se qual o limite para se falar em liberdade nas relações de direito de família.

## 2 Autonomia privada e transformações sociais: breve esboço histórico

A autonomia privada possui grande relevância histórica em virtude do papel desempenhado enquanto princípio norteador dos ideais iluministas de liberdade. Em um contexto histórico de desvinculação do Estado, a liberdade do homem foi deveras enaltecida, fortalecendo o instituto em estudo. Nesse contexto histórico, é mais correto se falar em autonomia da vontade, conforme será abordado adiante.

Entende-se por autonomia privada o princípio segundo o qual os indivíduos podem se autodeterminar, ou seja, a capacidade de regerem suas próprias vidas, inclusive, mediante a realização de negócios jurídicos. Nesse sentido, ressalta Ana Prata a visão de liberdade negocial atrelada ao princípio em análise:

A autonomia privada ou liberdade negocial traduz-se, pois no poder reconhecido pela ordem jurídica ao homem, prévia e necessariamente qualificado como conceito jurídico, de juridicizar a sua actividade (designadamente a sua actividade econômica), realizando livremente negócios jurídicos e determinando os respectivos efeitos. (PRATA, 1982, p. 11).

Contudo, é preciso reforçar que a autonomia privada não se resume a situações negociais, refere-se também ao poder de disposição em situações existenciais, de direito de personalidade, não sendo razoável atrelar esse princípio apenas a relações patrimoniais.

Branco e Moreira (2011, p. 134) tratam do assunto, reforçando as duas possibilidades, “A autonomia privada é bem mais abrangente do que a ‘liberdade de estipulação negocial’, pois abarca questões patrimoniais e questões existenciais. Devemos considerar a autonomia privada como um verdadeiro poder de disposição”.

Como paradigma histórico, entende-se que nos séculos XIX e XX houve importante desenvolvimento do conceito, até então de autonomia da vontade, em rompimento ao absolutismo estatal. Nessa perspectiva, houve a construção do Direito Civil baseada em regras de mercado calcadas em livre iniciativa, autonomia privada e *pacta sun servanda* (LEITE, 2010).

Esses princípios influenciaram o Código Civil de 1916, cujas bases foram firmadas através da força da propriedade e do contrato, o que foi mantido pelo código de 2002, porém, de forma menos individualista e com interpretação direcionada ao novo Estado Social.

A partir da Constituição Federal de 1988, diversas mudanças ocorreram. O modelo de Estado transcendeu de uma realidade liberalista para uma realidade de tentativa de alcance do idealizado estado de bem-estar social. Nesse contexto, passou-se a tratar de Direitos Fundamentais nas relações privadas, o que significa tratar da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

No paradigma liberal, os Direitos Fundamentais se relacionavam com a proteção do homem frente ao Estado, enquanto que as relações privadas eram regidas apenas pelo Código

Civil, destaque para a propriedade e o contrato. Ou seja, a autonomia da vontade regia as relações privadas enquanto que os direitos fundamentais regiam a relação Estado-indivíduo (SARMENTO, 2008).

Já no paradigma social houve uma mudança de perspectiva a partir da observação de que o estado liberal não conseguiu garantir a dignidade humana aos indivíduos, vez que a exploração do homem pelo homem se tornara latente (SARMENTO, 2008).

Essa mudança de paradigma interessa ainda ao estudo da autonomia privada quanto à questão terminológica. Borges (2005) reforça a ideia de que a teoria da autonomia da vontade foi superada pela autonomia privada. Ressalta que não pode consistir somente na declaração de vontade a essência do negócio jurídico, mas na aceitação pelo ordenamento jurídico daquele consenso. Ou seja, a declaração de vontade deve estar autorizada pelo ordenamento jurídico, sendo esse o vetor distintivo entre os dois institutos.

Merece destaque o fato de a passagem da autonomia da vontade para autonomia privada se relacionar com a mudança do direito liberal para os direitos sociais: “A liberdade de realizar negócios jurídicos, assim, deve acompanhar valores e visar a objetivos legítimos, o que significa liberdade negocial” (BORGES, 2005, p. 46).

É importante salientar a diferença entre as terminologias expostas porque tratar de autonomia da vontade pressupõe íntima relação com os tempos liberais em que a vontade do homem, a sua liberdade de escolher e pactuar foi posta em destaque.

Já no contexto do estado Social, muda-se o interesse, e, apesar de se preservar a noção de liberdade, evolui-se à necessidade de uma vontade juridicamente autorizada e não vontade livre, sem filtros. Eis a questão da autonomia privada, um poder de disposição autorizado pelo ordenamento jurídico.

Assim, observa-se a necessidade de se reavaliar o papel desse princípio nos tempos hodiernos em que não se sustenta de forma absoluta a força obrigatória dos contratos nem um direito civil isolado e intangível, devendo toda a interpretação ordinária passar pelo crivo dos princípios constitucionais, inclusive, nas relações de Direito de Família.

### 3 Mudança de perspectiva em torno da entidade familiar

A entidade familiar tem sofrido modificações significativas. O sistema patriarcal em que a mulher não trabalhava ou não sustentava casa, submetendo-se a autoridade do *pater familias* não mais corresponde ao modelo de família e, na verdade, acredita-se não mais existir um modelo, tendo a família adotado uma perspectiva plural e diversa.

A família hoje não se constitui como uma entidade necessariamente composta por homem e mulher casados formalmente e com filhos. O modelo foi alterado. Nem mesmo é necessária a união de homem e mulher para a formação da família, como também se dispensou o papel para o reconhecimento dessa união.

Branco e Moreira (2011) apontam que tais mudanças se relacionam com transformações ocorridas no século XX, tais como a lei do divórcio, a emancipação feminina e a Constituição Federal de 1988. Os autores reforçam a ideia de autonomia privada no campo externo ao do patrimônio como no caso do Direito de Família em que se observa a incidência de Direitos Fundamentais nas relações privadas e a expressão da vontade juridicamente aceita em um campo não negocial.

Nesse contexto de transformações sociais, merece destaque o final da década de 60. A partir desse período, houve a redução da influência da religião sobre o casamento e a igualdade passou a ser um pilar desejado nas relações familiares, verificando-se uma significativa redução na taxa de fecundidade e aumento dos divórcios (SIMIONATO; OLIVEIRA, 2003).

Aponta-se também o surgimento de entidades familiares pluralistas ou pós-modernas cuja formação pode ser observada por produção independente ou através de uniões homoafetivas (SIMIONATO; OLIVEIRA, 2003).

Diante das mudanças apontadas, não poderia o Direito restar inerte. A doutrina aponta que o Código Civil de 2002 aliado à Constituição Federal trouxeram uma nova perspectiva em Direito de Família baseada em ideais de solidariedade, afetividade, igualdade entre os cônjuges e entre os filhos (TARTUCE; SIMÃO, 2011).

Essa nova concepção demonstra a interpretação do Direito Civil através da Constituição federal de 1988 em que a dignidade da pessoa humana é princípio norteador das relações privadas. Nesse sentido, Barroso (2005), no intróito da obra *Interesses públicos*

*versus interesses privados: desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público* analisa o pós-positivismo, período que se caracteriza por um rompimento com o positivismo clássico de legalismo estrito, em que se atribui normatividade aos princípios.

Aponta o autor que tal contexto traz uma reaproximação entre direito e ética, uma reabilitação da argumentação jurídica e uma nova hermenêutica constitucional, em que a dignidade da pessoa humana assume o centro da nova teoria dos direitos fundamentais (BARROSO, 2005).

Esse período no Brasil se inicia após a Constituição Federal de 1988, a qual se torna o centro do sistema jurídico. O autor ressalta o papel da Constituição como norma geral e filtro para a aplicação do direito, devendo toda interpretação infraconstitucional passar por uma análise constitucional. Assim, fala-se em constitucionalização do direito, em que ramos como o direito civil passam a ter seus institutos reinterpretados sob a ótica constitucional.

A mesma análise é feita por Sarmiento (2008), asseverando que o princípio da dignidade da pessoa humana passa a nortear as relações privadas por ser fundamento do ordenamento brasileiro, demonstrando a predominância dos valores constitucionais nas relações privadas, devendo nortear as relações de família, contrato, empresa e demais ramos do direito privado.

O conceito de dignidade humana, por sua vez, é debatido pelo mesmo autor, em sua obra sobre direitos da personalidade, Schreiber (2013) asseverando que se trata de um valor essencial ao ser humano, de sua realização e desenvolvimento, que deve ser apurado em cada sociedade de acordo com sua cultura e momento histórico.

Branco e Moreira (2011) asseveram que o foco na dignidade da pessoa humana a partir da Constituição Federal de 1988 modificou o sentido da família, havendo uma desinstitucionalização. Cada membro é visto de forma individual, reflexo da dignidade humana. Os autores abordam essa mudança de perspectiva inaugurada pela Constituição Federal de 1988 através da ampla possibilidade de os indivíduos definirem a sua entidade familiar podendo esta ser de união estável, de família monoparental ou união homoafetiva.

Destaque-se o questionamento sobre do papel do Estado como regulador das relações familiares, até que ponto é legítima sua intervenção em esfera tão íntima. Ocorre que a seara do direito de família compreende uma estrutura pública e uma relação privada, sendo a pessoa humana parte de um contexto social e de um vínculo familiar privado (DIAS, 2013).

Em que pese o Estado sempre ter regulado as relações familiares, observa-se a mudança de foco para a dignidade da pessoa, suas opções, orientações e sentimentos, podendo-se referir a um direito de família do afeto, tentando-se alcançar um meio-termo entre o papel do Estado de impor um sistema jurídico formalista e proteger de forma democrática as relações, privilegiando a igualdade e o respeito mútuo (DIAS, 2013).

Essa mudança de paradigma em torno do papel do Estado já se vê após a Constituição de 1988, embora o Estado social tenha tentado retomar certa intervenção estatal prejudicada pelos excessos do liberalismo, no que toca ao direito de família, pode-se observar o caminho inverso. É em plena construção de Estado social pela CF/1988 que as relações de família passam a se desenvolver com crescente autonomia privada e menor intervenção estatal.

Maria Berenice Dias (2013) assevera que não se pode falar em decadência da família, mas do contrário, uma maior valorização do ser humano, dos princípios da solidariedade, lealdade, afeto, amor e respeito, o que chama de interesses mais valiosos das pessoas, cabendo ao Estado o papel de constituir e desenvolver as famílias.

A entidade familiar assume novos contornos em que há crescente liberdade por parte do indivíduo em definir as relações familiares, o que se vê em diversos tópicos relacionados ao exercício da autonomia privada em direito de família, o que será a seguir exposto.

#### **4 Mutabilidade de regime de bens após o casamento e pacto antenupcial**

Relevante tema que denota considerável manifestação da autonomia privada no direito de família é a o da mutabilidade de regime de bens. A abordagem refere-se tanto a possibilidade de alterar os bens após o casamento ou mediante pacto antenupcial, inclusive com a opção da adoção de regimes híbridos de bens, os quais serão a seguir tratados.

O Código Civil de 1916 não trazia a possibilidade de alterar o regime de bens após o casamento. Isso refletia o pensamento desse contexto histórico em que se acreditava ser necessária maior intervenção estatal para evitar que a ascendência do homem sobre a mulher pudesse lhe prejudicar através de alterações lesivas no regime de bens, evitando fraudes de qualquer tipo (BRANCO; MOREIRA, 2011).

Entende-se que essa concepção se adequava à época, partindo-se do pressuposto de que ao homem seria muito mais acessível a utilização de artifícios para ludibriar a mulher sem

que esta tivesse condições de se defender. Ocorre que a mudança de contexto social aqui já abordada não mais permitiria tal justificativa para impedir um maior grau de liberdade na administração do regime de bens, traduzindo o novo pressuposto da igualdade entre as partes na relação familiar.

A partir disso, o Código Civil de 2002 passou a admitir de forma expressa que mesmo após o casamento os cônjuges têm a possibilidade de alterar o regime de bens, conforme leitura do artigo 1639, § 2.

Verifica-se que podem as partes definir o regime de bens através de pacto antenupcial ou após o casamento, alterando e ajustando o regime de bens de acordo com sua livre disposição sobre os mesmos. Leia-se breve exposição sobre o tema, em que a autora destaca a possibilidade de mudança de regime de bens no casamento e na união estável:

Ainda que fale a lei em alteração do regime de bens, tal não significa que a única possibilidade seja trocar um regime por outro, ou fazer uma combinação entre as modalidades existentes. Como os nubentes têm plena autonomia para deliberar sobre seus bens antes do casamento, dispõem da mesma liberdade para introduzirem as modificações que quiserem durante o matrimônio. Na união estável, existe essa mesma possibilidade. A qualquer tempo os conviventes podem, por meio de sucessivos contratos de convivência, modificar o que quiserem sobre o regime de bens. E não reconhecer que existe a mesma liberdade no casamento gera injustificável desigualdade entre os dois institutos. (DIAS, 2013, p. 261)

Tende-se a uma aceitação da possibilidade de adoção de regimes de bens não previsto em lei como, por exemplo, a adoção da comunhão parcial com alguma ressalva expressa em relação a um determinado bem, o que poderia ser realizado através de pacto entre as partes, desde que não haja vício de vontade, por óbvio, sendo um legítimo exercício da autonomia privada essa questão (TARTUCE, 2015).

Ressalte-se que não há unanimidade no assunto, havendo divergência doutrinária entre aqueles que entendem causar insegurança jurídica e riscos de fraude essa mutabilidade e aqueles que entendem pela aplicação integral da isonomia entre os cônjuges, não se sustentando intervenção legal em contrário senso (NICKNICH, 2005).

Contudo, não é permitida a adoção de um regime de bens distinto para cada cônjuge, o que se chama de princípio da indivisibilidade do regime de bens. Nesse caso, a autonomia privada pode sofrer limitações, vez que será nulo o negócio jurídico pactuado com a indicação de um regime para a esposa e outro para o marido (TARTUCE, 2015).



Wesendonck (2012) aborda o debate doutrinário quanto à mutabilidade do regime de bens quando puder atingir situações em que a separação total é obrigatória, concluindo que uma vez superadas as causas que impõem tal regime, nada obsta a alteração do regime de bens. Ressalta que a jurisprudência tem igualmente caminhado nesse sentido.

Destaca ainda Dias (2013) que, por exemplo, no caso do viúvo com filhos menores que venha a casar por separação obrigatória, após o fim do inventário, poderá alterar o regime de bens do seu casamento.

Essa circunstância de manifestação de vontade autorizada pela lei também é observada no pacto antenupcial em que as partes determinam o direcionamento do regime de bens que melhor lhes convir (TARTUCE, 2015).

O pacto possui de natureza jurídica negocial e se submete a condição suspensiva, pois depende do casamento se concretizar para ter efeitos. Não ocorrendo o casamento, o ato será ineficaz. Ocorrendo apenas uma união estável, o pacto será recebido como contrato de convivência (TARTUCE, 2015).

Saliente-se que no caso de pacto antenupcial é necessária a realização de escritura pública, enquanto que a mutabilidade após o casamento necessita de autorização judicial, o que demonstra a supervisão do Estado-cartório ou Estado-juiz, conforme o caso. Essas inovações do Código Civil de 2002 revelam a autonomia privada dos indivíduos em decidir como melhor gerir seu patrimônio.

Assim, embora a lei atue de forma limitadora em algumas situações que impõem o regime de separação obrigatória, por exemplo, observa-se importante evolução na forma de autorizar certa diversidade ao regime de bens em privilégio da autonomia das partes envolvidas.

## **5 Configuração da união estável e reconhecimento da união homoafetiva**

Um ponto relevante de demonstração de livre determinação das pessoas no que tange ao seu núcleo familiar é a configuração da União Estável. O seu reconhecimento se deu na Constituição Federal no artigo 226, § 3º, rompendo com a anterior ideia de concubinato não reconhecido como entidade familiar.

Tartuce (2015) aborda a questão, ressaltando que embora a Constituição Federal apenas tenha expressado a proteção à união estável em 1988, já havia posicionamentos jurisprudenciais e infraconstitucionais no sentido de reconhecer o instituto até então denominado de concubinato, a exemplo da súmula 380 do STF que previa a partilha de bens quando comprovado esforço comum, bem como a lei 6.015/1973, de registros públicos, que permitia à companheira utilizar o nome do companheiro.

A consagração da união estável esteve relacionada às demandas perante o judiciário. Concubinas buscavam direitos sucessórios ou após a separação, sendo-lhes deferida uma indenização compensatória até que se passou a reconhecer esse vínculo afetivo como sociedade de fato, onde se exigia a participação de ambos os companheiros para a construção do patrimônio como se fossem verdadeiros sócios (DIAS, 2013).

Contudo, o reconhecimento da união estável como entidade familiar se deu apenas com a Constituição Federal de 1988, aliada à legislação infraconstitucional (lei 8971/94 e lei 9278/96). A segunda lei teve maior abrangência, pois retirou a necessidade de um prazo, que anteriormente era de 05 anos, para o reconhecimento da união, bem como incluiu a proteção a pessoas separadas de fato, estipulou a competência das varas de família para julgar as ações, além de retirar a necessidade de comprovação da contribuição para o patrimônio, introduzindo a ideia de presunção de esforço comum dos companheiros. (DIAS, 2013)

Como conceito de união estável, Lôbo (2008, p. 5) destaca a posição de natureza jurídica de ato-fato:

um ato-fato jurídico, por não necessitar de qualquer manifestação ou declaração de vontade para que produza seus jurídicos efeitos. Basta sua configuração fática, para que haja incidência das normas constitucionais e legais cogentes e supletivas e a relação fática se converta em relação jurídica.

Tartuce (2015) traz o conceito do Código Civil de 2002 em que é ressaltada a necessidade de união pública entre homem e mulher, o que, como será abordado, não é critério que desmereça a união homoafetiva, contínua e duradoura.

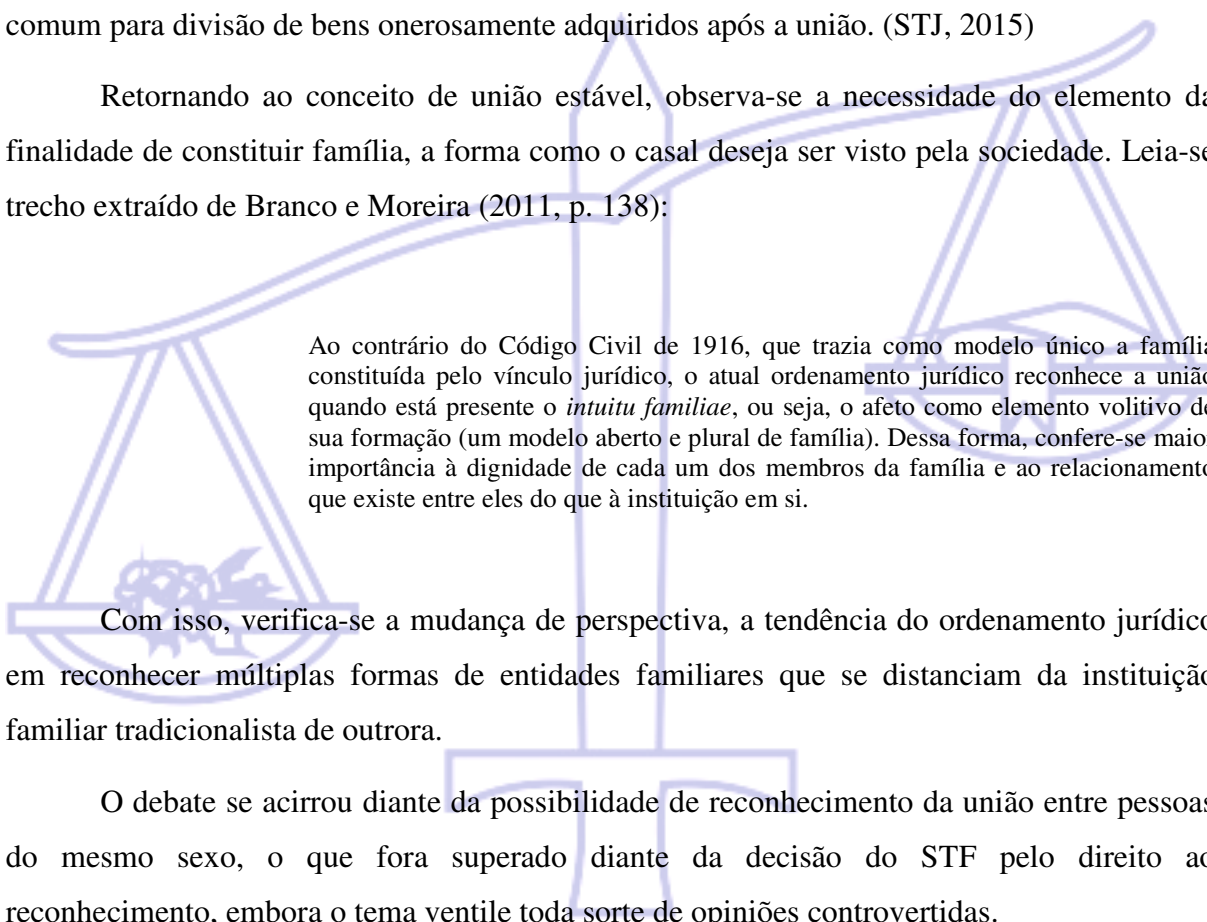
O autor apresenta algumas questões controvertidas sobre a união estável cotejada ao casamento, defendendo a ideia de que o que cabe à união, ainda que muitas vezes se apliquem normas mais favoráveis que ao próprio casamento, não pode sofrer limitações em face de

previsões legais restritivas que se aplicam ao casamento, como a questão do regime de bens obrigatório ao idoso de 70 (setenta) anos (TARTUCE, 2015).

Impende destacar que o STJ vem se pronunciando no sentido de estender à união estável essas restrições, sendo de separação obrigatória o regime de bens em que idosos acima de 70 anos contraem união estável.

Ressalte-se ainda que, recentemente, houve decisão em um processo, não divulgado por questão de segredo de justiça, em que a súmula 377 foi aplicada em um caso de separação obrigatória de idoso em união estável. No caso, restou decidida a necessidade de esforço comum para divisão de bens onerosamente adquiridos após a união. (STJ, 2015)

Retornando ao conceito de união estável, observa-se a necessidade do elemento da finalidade de constituir família, a forma como o casal deseja ser visto pela sociedade. Leia-se trecho extraído de Branco e Moreira (2011, p. 138):



Ao contrário do Código Civil de 1916, que trazia como modelo único a família constituída pelo vínculo jurídico, o atual ordenamento jurídico reconhece a união quando está presente o *intuitu familiae*, ou seja, o afeto como elemento volitivo de sua formação (um modelo aberto e plural de família). Dessa forma, confere-se maior importância à dignidade de cada um dos membros da família e ao relacionamento que existe entre eles do que à instituição em si.

Com isso, verifica-se a mudança de perspectiva, a tendência do ordenamento jurídico em reconhecer múltiplas formas de entidades familiares que se distanciam da instituição familiar tradicionalista de outrora.

O debate se acirrou diante da possibilidade de reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, o que fora superado diante da decisão do STF pelo direito ao reconhecimento, embora o tema ventile toda sorte de opiniões controvertidas.

O STF entendeu que a Constituição Federal proíbe qualquer discriminação em função de raça, cor, sexo e que o artigo 1723 do Código Civil, ao tratar sobre o tema da união estável fazendo referência a homem e mulher, não pode ser interpretado como empecilho à união homoafetiva justamente por contrariar preceitos constitucionais.

Branco e Moreira (2011) elucidam que o artigo 226, § 4º traz a possibilidade de união entre pessoas do mesmo sexo, uma vez que tratam da entidade familiar formada por quaisquer dos pais e seus descendentes. Além desse dispositivo, todas as outras previsões que

corroboram o direito fundamental à igualdade, inviabilizam o não reconhecimento dessa união.

De acordo com Dias (2013), existe uma concepção arraigada de que a família seria a união entre homem e mulher de modo que a própria Constituição não foi expressa ao permitir a união entre pessoas de mesmo sexo, também não proibindo, de todo modo. O Código civil também não trata do assunto, não exigindo, portanto, a diversidade do sexo como requisito para o casamento. Conclui, então, que diante da ausência de vedação constitucional ou legal não se pode proibir o casamento homossexual.

Ressalta a autora que o legislador não trata do assunto de forma expressa, pois teme a rejeição de grupos tradicionais e perda de seu eleitorado. Assim, acabaram por marginalizar essas uniões. Contudo, isso não implica ausência de tutela jurisdicional, tendo sido no campo do Judiciário que se deu o reconhecimento dessa união como legítima entidade familiar.

Controvérsia maior se deu diante do reconhecimento do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. O STJ trouxe, no ano de 2011, mesmo ano em que se aprovou a união estável entre pessoas do mesmo sexo pelo SFT, precedente no sentido de autorizar o casamento civil a pedido de duas mulheres do Rio Grande Sul.

No caso em comento, as mulheres tiveram o pedido de conversão da união estável em casamento negado em primeira e segunda instância, restando reformado no STJ. Todavia, esse precedente da quarta turma não gerou efeito vinculante, tendo a resolução n° 175 do CNJ sido decisiva para obrigar as autoridades a realizarem a conversão ou o ato de casamento.

O reconhecimento que se verifica nos últimos anos traduz importante mudança com valorização da autonomia privada. Observa-se a consciência social atingida de que a pessoa pode dispor livremente acerca dos atos pertinentes a sua própria vida, decidindo o melhor caminho a seguir.

O direito de ter sua orientação sexual reconhecida no sistema jurídico, de sair da marginalização, representa, além de uma conquista para os casais homoafetivos, uma verdadeira celebração a autonomia privada no Direito de Família.

## 6 Filiação socioafetiva

Outro aspecto pertinente ao presente estudo é o vínculo afetivo entre as pessoas em virtude de posse de estado de filho, aquilo que não corresponde à verdade, podendo ser chamado de posse de estado pai ou de filho. Tal vínculo encontra fundamento na teoria da aparência, uma relação aparente de filiação em que é necessária uma manifestação de vontade em homenagem a relação entre a criança e aquele (a) que cuida e participa da sua vida, independente de vínculos biológicos (DIAS, 2013).

Tartuce e Simão (2011, p. 342) conceituam filiação como “a relação jurídica decorrente do parentesco por consangüinidade ou outra origem, estabelecida particularmente entre os ascendentes e descendentes de primeiro grau”.

Os autores trazem diversos exemplos na jurisprudência, em especial do Tribunal do Rio Grande do Sul, São Paulo e Minas Gerais em que prepondera o vínculo socioafetivo sobre o biológico. No geral, são ações em que terceiros, filhos biológicos, por exemplo, ingressam buscando a negativa da paternidade, mas a existência do vínculo afetivo traduzida por uma manifestação de vontade livre prepondera sobre a ausência de vínculo biológico (TARTUCE; SIMÃO, 2011).

Decisão interessante se refere ao vínculo de maternidade socioafetiva. Nesse caso, a filha biológica entrou com o pedido de negatória de maternidade em face da irmã, após o falecimento da genitora. Observa-se no decorrer do processo que a autora alegou a inexistência de vínculo biológico pelo fato de a mãe ter 56 anos à época do nascimento da irmã e nenhum sinal de gravidez, insurgindo-se contra o fato de a mãe ter deixado 66% da herança para a menor. Leia-se a ementa:

Trata-se, na origem, de ação negatória de maternidade cumulada com pedido de anulação de assento de nascimento ajuizada pela ora recorrente contra a ora recorrida, à época menor, representada por seu tutor. Alega, em seu pedido, falsidade ideológica perpetrada pela falecida mãe, que registrou filha recém-nascida de outrem como sua. O tribunal a quo afirmou como espontâneo o reconhecimento da maternidade, a anulação do assento de nascimento da criança apenas poderia ser feita na presença de prova robusta, qual seja, de que a mãe teria sido induzida a erro por desconhecer a origem genética da criança, ou, então, valendo-se de conduta reprovável e mediante má-fé, declarar como verdadeiro vínculo familiar inexistente. No caso, inexistente meio de desfazer um ato levado a efeito com perfeita demonstração de vontade da mãe, que um dia declarou, perante a sociedade, em ato solene e de reconhecimento público, ser mãe de criança, valendo-se, para tanto, da verdade socialmente construída com base no afeto, demonstrando, dessa forma, a efetiva existência de vínculo familiar. A diferença de registro de nascimento com a

realidade biológica, em razão de conduta que desconsiderava a verdade sobre o aspecto genético, somente pode ser pleiteada por aquele que teve sua filiação falsamente atribuída, e os efeitos daí decorrentes apenas podem operar-se contra aquele que realizou o ato de reconhecimento familiar. Isso porque prevalece, na espécie, a ligação socioafetiva construída e consolidada entre mãe e filha, que tem proteção indelével conferida à personalidade humana, mediante cláusula geral que a tutela e encontra apoio na preservação da estabilidade familiar. Assim, a Turma negou provimento ao recurso. REsp 1.000.356-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 25/5/2010. (TARTUCE, 2010)

Observa-se desse caso concreto uma importante evolução jurisprudencial em que, apesar de haver indícios da ausência de vínculo biológico, a intenção da falecida genitora e o vínculo afetivo criado entre esta e sua filha menor foram respeitados pelo Tribunal, em uma demonstração de aplicação do princípio da autonomia privada nas relações de família.

Desse modo, o exercício da autonomia privada, do poder de cada indivíduo de dispor sobre suas relações tem preponderado na jurisprudência, não se sustentando mais uma visão arcaica de que o vínculo biológico deve prevalecer.

Contrariamente, não havendo má-fé ou erro, entende-se como legítima a manifestação de vontade de vínculo socioafetivo, o que garante às partes o integral reconhecimento da lei, inclusive para fins sucessórios.

## **7 A autonomia do idoso**

A autonomia privada da pessoa idosa é um aspecto que muito se discute, em especial diante de casos de casamento devido ao regime de bens e situações de interdição civil.

O Código Civil impõe o regime da separação obrigatória de bens no seu artigo 1641, II para aqueles que se casam após completarem 70 (setenta) anos. Tal norma objetiva proteger o patrimônio do idoso de pessoas mal intencionadas. Há uma presunção de fragilidade em relação à pessoa idosa que se tornaria alvo fácil de pessoas interessadas em enriquecer. (TARTUCE, 2015)

Contudo, tal norma vem sendo considerada inconstitucional por ferir a dignidade da pessoa humana e por presumir uma incapacidade da pessoa ao atingir certa idade, consistindo em preconceito ao idoso. (TARTUCE, 2015)

Em que pese haver garantias e direitos determinados na CF/1988 e no estatuto do idoso, observa-se uma discriminação em torno dessas pessoas de forma não justificável. Pode-se falar em subtração da plenitude e da capacidade, sendo negado ao idoso a escolha do regime de bens que melhor desejar. (DIAS, 2013)

A previsão é no sentido de impor o regime da separação obrigatória dos bens, o que, como assevera Maria Berenice Dias, causa estranheza porque na ausência de manifestação em situações genéricas o que prevalece é o regime da comunhão parcial de bens. (DIAS, 2013)

Destaque-se que a súmula 377 do STF prevê a possibilidade de comunicação dos bens adquiridos onerosamente na constância do casamento em casos de regime de separação legal, o que é alvo de controvérsias quanto a sua atual aplicabilidade por ter sido editada anteriormente ao código de 2002.

Tartuce e Maria Berenice Dias entendem que na união estável não haveria qualquer proibição quanto ao regime de bens, cabendo o regime da comunhão parcial ou pacto entre as partes. Todavia, ressalte-se que o entendimento do STJ é no sentido contrário em que a união estável também impede regime de bens diverso do da separação obrigatória para o idoso.

Outro ponto para debate em relação à autonomia da pessoa idosa se refere aos casos de interdição civil. Brandão (2013) em interessante artigo de conclusão de especialização em Educação e saúde mental coletiva propõe o debate acerca do instituto, se seria a construção de um cuidado ou a desconstrução da autonomia privada.

Defende a necessidade de se exigir maior cuidado com o idoso por parte daquele que busca cercear sua autonomia através de um processo de interdição. Assevera que deve haver a compensação pela perda da autonomia com uma rede de acolhimento disponível ao idoso, ressaltando que tal instituto não deve atender a interesses mesquinhos (BRANDÃO, 2013).

Não se pode ignorar que o processo de interdição civil muitas vezes revela uma preocupação de cunho patrimonialista em detrimento da preocupação com a pessoa e sua dignidade.

Nesse sentido, Lima e Sá (2013) debatem, ressaltando que os filhos passam a dotar uma postura com relação aos pais de preocupação com a herança antes mesmo de ocorrer o falecimento. Asseveram que a generosidade do idoso é interpretada como senilidade, provocando reação de desrespeito por parte dos filhos em relação aos reais desejos do idoso, sob a mácula da proteção ao patrimônio.

Verifica-se, portanto, que existe uma tendência do ordenamento jurídico em cercar a autonomia privada do idoso tanto na situação de regime de bens como na questão da interdição civil. É preciso refletir se realmente é possível sustentar limitações ao exercício da autonomia privada dessas pessoas ou se no fundo trata-se apenas de uma questão de proteção a herança de pessoa viva, em nítido desrespeito a dignidade da pessoa humana.

## 8 Conclusão

O presente artigo procurou debater a questão da autonomia privada no direito de família. Partiu-se dos conceitos e evoluções que permeiam a noção do princípio, bem como da entidade família, à luz da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, especialmente, da dignidade da pessoa humana como centro do ordenamento jurídico, o que fundamenta todas as novas concepções em torno da família.

A partir disso, demonstrou-se que a autonomia privada possui aplicabilidade não só em relações negociais como também em situações existenciais. Além disso, em que pese a autonomia privada em um estado social de direito demonstrar certas limitações pela necessidade de se romper com a autonomia da vontade que de forma exacerbada permeou as relações liberais de outrora, pode-se considerar que no direito de família, esse conceito encontra-se em ascensão.

Como formas de demonstrar essa concepção, referiu-se a questão da mutabilidade dos regimes de bens e do pacto antenupcial em que é permitido aos casais definir a melhor forma de gerir seus bens em que se observam algumas limitações legais, mas se pode falar em perfeita aplicação do princípio da autonomia privada.

Tratou-se ainda da configuração da união estável e das famílias homoafetivas como formas de evolução social que permitem ao indivíduo decidir a melhor maneira de compor sua família, incluindo a questão aí o relacionamento homoafetivo que muito fora marginalizado até pelo direito.

Foi discutida questão da filiação socioafetiva, crucial ponto de observância da autonomia privada, vez que a jurisprudência tem caminhado no sentido de sobrepor a vontade humana em reconhecer vínculos afetivos ainda que não biológicos.



Abordou-se em sequência a questão da autonomia do idoso em que se pôde observar uma lenta evolução, o que se deve muito mais ao debate doutrinário, pois até o momento vigoram normas de proteção ao patrimônio que essencialmente não são capazes de proteger sem ferir a dignidade da pessoa humana nesses casos.

Diante das hipóteses ventiladas, verifica-se um Direito de Família dividido entre a proteção ao patrimônio arraigado em valores já ultrapassados, em notório desrespeito à pessoa humana e a proteção a autonomia privada de cada indivíduo.

Avanços se verificam, como abordado, mas muito há o que se modificar, em especial, na lei, já que o Judiciário tem suprido muitas lacunas e esclarecido controvérsias no sentido de privilegiar a autonomia privada no Direito de Família.

Acredita-se que esse entendimento deve prevalecer, a liberdade de cada indivíduo com uma intervenção mínima do Estado, respeitando-se os princípios basilares do ordenamento jurídico pátrio.

### **New prospects in Family Law and the private autonomy principle: a study about effectiveness of fundamental rights in private relations**

**Abstract:** This paper investigates the interference of private autonomy in family law relationships. It starts with the new concept of family where there is freedom of action between the component parts of a family unit to define the contours of their lives and achieve fulfillment, exercising fundamental rights of human dignity and personal autonomy. This reflection includes family composition itself, the matrimonial property regime and the denial of autonomy to the elderly, situations that has changed with the current study guidelines of civil law in the light of the Constitution.

**Keywords:** Private autonomy. Family. Fundamental rights.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Intróito. In: SARMENTO, Daniel et al (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MOREIRA, José Alberto Marques. Autonomia privada nas relações de direito de família. In: SEMINÁRIO NACIONAL DE DIMENSÕES MATERIAIS E EFICACIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, 1., 2011, Chapecó. **Anais eletrônicos...** Chapecó: Editora Unoesc, 2011. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/seminarionacionaldedimensoes/article/view/959>>. Acesso em: 28 jan. 2014.

BRANDÃO, Sérgio Vieira. **Interdição civil solicitada por familiar em face de parente idoso: desconstrução da autonomia privada ou construção de um cuidado?** 2013. 25 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Saúde Mental Coletiva)–Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2013. Disponível em: <[www.lume.ufrgs.br/handle/10183/78023](http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/78023)>. Acesso em: 8 de fev. 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

LEITE, Gisele Pereira Jorge. A autonomia privada sob a visão jurídica contemporânea. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. 13, n. 75, abr. 2010. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7294](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7294)>. Acesso em: 3 fev. 2014.

LIMA, Taísa Maria Macena; SÁ, Maria de Fátima Freire. A família e o idoso entre dois extremos: abandono e superproteção. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 16, n. 31, jan./jun. 2013.

LÔBO, Paulo. A concepção da união estável como ato-fato jurídico e suas repercussões processuais. **Evocati Revista**, Aracaju, n. 48, dez. 2009. Disponível em: <[http://evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp\\_codartigo=385](http://evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=385)>. Acesso em: 28 jan. 2016.

NICKNICH, Mônica. A (i)mutabilidade do regime de bens no casamento sob a ótica do Código Civil Brasileiro. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. 9, n. 33, set. 2006. Disponível em: <<http://www.ambito->

juridico.com.br/site/index.php?n\_link=revista\_artigos\_leitura&artigo\_id=1284>. Acesso em: 4 fev. 2014.

PARTILHA de bens em união estável no regime de separação obrigatória exige prova de esforço comum. **Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, 21 set. 2015. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/noticias/noticias/Partilha-de-bens-em-uni%C3%A3o-est%C3%A1vel-no-regime-de-separa%C3%A7%C3%A3o-obrigat%C3%B3ria-exige-prova-de-esfor%C3%A7o-comum](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/noticias/noticias/Partilha-de-bens-em-uni%C3%A3o-est%C3%A1vel-no-regime-de-separa%C3%A7%C3%A3o-obrigat%C3%B3ria-exige-prova-de-esfor%C3%A7o-comum)>. Acesso em: 29 jan. 2016.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Lisboa: Livraria Almedina, 1982.

SARMENTO, Daniel. In: SARMENTO, Daniel et al (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

SIMIONATO, M.A.W.; OLIVEIRA, R.G. Funções e transformações da família ao longo da história. In: ENCONTRO PARANAENSE DE PSICOPEDAGOGIA – ABPpPr, 1., 2003, Maringá. **Anais eletrônicos...** Maringá: Universidade Estadual de Maringá, 2003. Disponível em: <<http://www.institutounipac.com.br/aulas/2012/1/UBSOC05N1/000229/000/func%C3%B5es%20e%20transforma%C3%A7%C3%B5es%20da%20fam%C3%ADlia%20ao%20longo%20da%20hist%C3%B3ria.pdf>>. Acesso em: 4 fev. 2014.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

TARTUCE, Flávio. Resumo: informativo 436 do STJ. **Blog Professor Flávio Tartuce - Direito Civil**, São Paulo, 8 jun. 2010. Disponível em: <<http://professorflaviotartuce.blogspot.com.br/2010/06/resumo-informativo-436-do-stj.html>>. Acesso em: 8 fev. 2014.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernandes. **Direito Civil: Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2011.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. v. 5.

WESENDONCK, Tula. Questões controvertidas a respeito da mutabilidade de regime de bens. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3341, ago. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22479>>. Acesso em: 6 fev. 2014.

□ Recebido: março/2015. Aprovado: julho/2015.

