

AUTONOMIA PRIVADA E DIREITO DE FAMÍLIA: CONTRATUALIZAÇÃO DA FAMÍLIA?

PRIVATE AUTONOMY AND FAMILY LAW: FAMILY AS CONTRACT?

Marcelo Benacchio

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade o exame da mudança de paradigma nas relações familiares passando de um modelo rígido por meio da adesão a um conjunto de normas jurídicas pré-definido para outro, móvel, concebido a partir da utilização da autonomia privada na regulação das relações jurídicas entre as pessoas que vivem em família. Esse fenômeno é tratado pela doutrina estrangeira como contratualização ou consensualização da família, inclusive é fartamente constatável em nosso país essa tendência como se observa das novas compreensões no direito de família fundadas na liberdade e mesmo nas inovações legislativas. Essa nova acepção da autonomia privada no Direito de Família de indiscutível necessidade provoca uma série de problemas tanto entre os próprios integrantes do grupo familiar como no confronto entre os interesses individuais daqueles e os da sociedade, cuja solução ocorre pela aplicação dos direitos fundamentais e direitos humanos nas relações jurídicas reguladas pelo Direito de Família.

PALAVRAS-CHAVES: FAMÍLIA; AUTONOMIA PRIVADA; DIREITOS FUNDAMENTAIS; DIREITOS HUMANOS.

ABSTRACT

This study aims to examine the change of paradigm in family relationships from a model by rigid adherence to a set of legal rules pre-set to another, mobile, designed from the use of private autonomy in the regulation of relations legal between people living in family. This phenomenon is treated by the foreign scholars as family by contract or family by consent, in our country this trend of approach can be seen in the new understanding of family law based on freedom and even in legislative innovations. This new sense of private autonomy in the Family Law unarguable leads to a series of problems who touches the members of the family as the confrontation between the individual interests and those of society, whose solution is the application of fundamental rights and human rights in legal relations governed by the Family Law.

KEYWORDS: FAMILY; PRIVATE AUTONOMY; FUNDAMENTAL RIGHTS; HUMAN RIGHTS.

1. Considerações iniciais.

Este estudo tem por objeto o exame das transformações ocorridas na aplicação da autonomia privada no direito de família, porquanto se antes havia o regramento das relações jurídicas familiares desde modelos rígidos fixados pela lei, atualmente, constatamos a abertura do ordenamento jurídico para soluções consensuais de forma que a cada um é permitida a regulação desse setor da vida privada como melhor lhe pareça em abandono a um arquétipo único e genérico. Esse fenômeno é tratado sob a rubrica de *contratualização* ou *consensualização* da família, expressão essa tradutora da idéia de um movimento no sentido de conceder cada vez maior importância ao acordo de vontades, gerador de obrigações, na organização e definição da vida familiar.

A constatação empírica dessa nova realidade pode ser percebida pela análise da vida familiar atual a qual é muito diversa da situação existente nas famílias brasileiras há alguns anos em decorrência das variadas transformações sociais, políticas e econômicas sofridas pelo mundo desde o final dos anos oitenta.

Além disso, observando os entendimentos doutrinários podemos observar a radical alteração da perspectiva do papel da autodeterminação das pessoas na definição da vida familiar.

Na vereda do Código Civil de 1916 Whashington de Barros Monteiro afirmava que - *no domínio do direito de família, as figuras dos negócios jurídicos, casamento, filiação e parentesco, se acham rigorosamente determinadas, sendo muito limitada a esfera deixada à vontade individual* - noutra quadra, agora a égide da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, Paulo Lôbo refere que - *a liberdade do núcleo familiar deve ser entendida como liberdade do sujeito de constituir família segundo a própria escolha e como liberdade de nela desenvolver a própria personalidade* -; no esteio do pensamento deste último e forte na compreensão da família como uma das formas de realização das pessoas, Luiz Edson Fachin sustenta - *não é mais o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas a família e o casamento existem para o seu desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração à felicidade*.

A abertura jurídica da família decorreu da necessidade de concessão de maior liberdade às pessoas para poderem se realizar na vida familiar da forma mais ampla possível, como garantido pela ordem jurídica encabeçada pela Constituição da República, pois, os seres humanos nascem, vivem e morrem no seio de uma família em sua aceção ampla.

Essa mudança de paradigma acaba por inverter a situação anterior - compreensão totalizante do ordenamento jurídico que impunha soluções únicas com liberdade mínima - para o oposto, ou seja, uma visão fragmentada e plural a permitir a cada um o regramento de sua família conforme as próprias convicções, negociadas com os outros integrantes do grupo familiar, com interferência mínima do Estado, normalmente, para o equilíbrio e proteção dos interesses titulados por aqueles em posição de vulnerabilidade na família. Inclusive, o Estado passa a incentivar soluções negociadas dos conflitos familiares, preferindo o diálogo com a mediação dos interesses em jogo a uma decisão imposta desde as concepções generalizantes contidas no ordenamento jurídico.

2. O contexto da família contemporânea.

Nada obstante toda a controvérsia existente acerca do pós-modernismo, situação além da finalidade deste estudo, a nós importa registrar o pós-modernismo como uma indagação à utilidade do racionalismo modernista, o qual não nos conduziu a verdade como se prometera desde as raízes iluministas.

Desse modo, o pós-modernismo passa pela acepção plural e fragmentada dos valores, inclusive com a busca de soluções específicas em abandono a soluções totalizantes na forma pregada pelo modernismo fundado no racionalismo científico. A palavra chave do pós-modernismo é *desconstrução* no sentido do abandono das soluções racionais para a busca de outros modelos sem preocupação com a ordem ou a razão, assim, os pós-modernistas não lamentam a fragmentação e a incoerência, pelo contrário, celebram-nas.

Nesse contexto, é inegável a existência de profundas mudanças na sociedade ocidental desde os últimos anos século passado, como um processo em curso, desaguando na compreensão da família de forma plural por meio de conceitos amplos e flexíveis permitindo soluções específicas para os diversos modos de vida familiar a partir da aplicação de modelos empíricos sem a preocupação com uma rígida estruturação científica, enfim, um método sem método no sentido da razão iluminista.

Ao tratar da influência do pós-modernismo na família, Semy Glanz, refletindo o paradoxo em comento, afirma:

O pós-modernismo não é um novo estágio do desenvolvimento da família, mas a descrença nos estágios ordenados. Um movimento de recuo e de avanço, em que as pessoas recebem padrões antigos e tentam outros novos, tornando as famílias mais democráticas, mas a instabilidade tem sido maior que a democracia.

De outro lado, a globalização e a lógica econômica por ela imposta determina o enfraquecimento da autoridade legislativa dos Estados, a qual não tem condições de regular o sistema capitalista transnacional, concedendo maior liberdade às pessoas que passam a buscar uma regulamentação específica para fora da visão totalizante do Estado moderno - o chamado "neofeudalismo jurídico". Nessa ótica a dignidade do ser humano é garantida mais pela dilatação do mercado com a conseqüente ampliação da liberdade de escolha e a responsabilidade de decidir que por medidas públicas.

Essa situação também repercute no direito de família, pois a incessante evolução das novas tecnologias de comunicação e informação influencia o comportamento das pessoas, inclusive, o mercado globalizado passa a tratar a família como mais uma unidade de consumo e até mesmo, como um produto, repercutindo na padronização dos comportamentos e anseios das pessoas que compõem as famílias por toda a parte.

O tempo atual se distingue dos momentos anteriores por ser auto-referencial, ou seja, a sociedade regula a própria vida produzindo uma ordem normativa que não tem outra

fonte senão ela mesma em oposição às sociedades pré-modernas fundadas em Deus, na tradição, etc; nessa linha, a força motriz da sociedade contemporânea é o indivíduo enquanto tal e com o escopo fundamental da realização de sua liberdade, livre de qualquer vínculo histórico que não seja ligado a sua vontade.

Pietro Barcellona afirma que o indivíduo moderno não tem ligações naturais (sangue, raça, língua) sendo incondicionado, instaurando suas relações com as outras pessoas pela via jurídica, por sua própria vontade, conforme sua capacidade negocial; destarte, há uma exasperação do individualismo, permanecendo o indivíduo cativo de suas necessidades a serem supridas pelo mercado.

Nessa ordem de idéias fica evidente que o contexto da família moderna (ou pós-moderna, conforme a concepção adotada) encontra sua razão maior na *liberdade* e, disso, passa a criar seus modelos na maior parte não coincidentes com os estabelecidos pelo ordenamento jurídico, daí a mudança do paradigma anterior da família fundada no casamento como único modelo de vida familiar.

3. A família definida pela liberdade.

A família contemporânea encerra um fato social absolutamente diverso do existente em meados do século XIX, a família clássica, grande e correspondente a um modelo econômico passado, hoje a família se reduziu aos pais e filhos, esses em pequeno número ou, por vezes, único, a denominada *família nuclear*.

A compreensão jurídica da família atual tem sido tratada não com um desenho único, totalizante mas sob uma moldura a ser preenchida conforme as aspirações pessoais dos integrantes da família, essa metodologia é absolutamente diversa do paradigma anterior que efetuava a conceituação da família pelo casamento, como ocorria com o art. 175 da Constituição de 1969 ao estabelecer - *A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Podêres Públicos*.

O ponto de partida para o encontro da noção atual de família é a rejeição do paradigma anterior, ou seja, a visão oitocentista reinante no Código Civil de 1916 haurida do Código Civil Francês de 1804, daí podemos afirmar com absoluta segurança que a família *não é mais* (i) chefiada pelo homem (patriarcal), (ii) subordinada a um chefe sem possibilidade de discussão de seus rumos (hierarquizada), (iii) com função primordial de produção e manutenção de patrimônio (patrimonializada) e (iv) constituída somente pelo casamento (matrimonializada).

A compreensão atual da noção de família é construída tomando-se o caráter normativo das normas constitucionais, sendo efetividade *a atuação prática da norma, fazendo prevalecer, no mundo dos fatos, os valores por ela tutelados*, assim, posicionada a Constituição Federal no centro do ordenamento jurídico é de seu conteúdo que verterá a axiologia a ser obedecida pelos institutos do Direito Civil.

Nessa linha, a Constituição de 1988 em seu artigo 226 estabelece uma noção plural da família ao referir a fundada no casamento, na união estável e a monoparental e, nada obstante a existência de entendimentos diversos, o rol constitucional é meramente

exemplificativo por não abarcar todas as possibilidades de família a exemplo da *universalidade dos filhos que não contam com a presença dos pais*, e também das famílias recompostas, refeitas ou reconstituídas, ou seja, a *reorganização familiar de pessoas que formam pelas núpcias ou pela união estável novas entidades familiares e nelas agregam, ordinariamente, seus filhos havidos das anteriores relações, criando-se novas figuras e vínculos que o Direito de Família não se dedicou, como a do marido que se torna “padrasto”, e a esposa vira “madrastra”, e os filhos são denominados de “enteado” e “enteada”, criando-se vínculos de afinidade parental*.

Além disso, também entendemos não haver qualquer hierarquia entre as formas de família previstas na carta constitucional, destarte, o casamento não se encontra em patamar superior, mas sim igual ao da união estável, família monoparental e outras entidades familiares possíveis desde as prescrições das normas constitucionais.

A pluralidade das entendidas familiares constitucionalmente previstas tem redundado na expressão *direitos das famílias*, com apelo a noção multifacetária do direito frente aos atuais arranjos da vida familiar, conforme as conveniências, desejos e dificuldades da vida pessoal de cada um.

O abandono do modelo rígido e único do casamento em favor da pluralidade dos estatutos jurídicos, na própria definição da família, reforça a liberdade das pessoas no sentido da privatização do direito de família em um duplo aspecto, (i) as escolhas individuais estabelecem as matizes da vida privada e, (ii) a vontade individual, dentro dos limites da autonomia privada, desenha as vinculações jurídicas na família em conformidade com os estatutos jurídicos oferecidos pelo Direito. Essa situação, da possibilidade de cada pessoa poder construir sua família segundo as próprias aspirações, é nominada, com especial argúcia, por Philippe Malaurie e Hugues Fulchiron de *família lego*.

Desse modo, a compreensão da família passa necessariamente pela autonomia privada das pessoas na busca de sua completa realização existencial por meio do uso dos estatutos jurídicos postos à disposição de todos ante a pluralidade dos modos de vida familiar.

Apesar da possibilidade da autonomia privada ser observada de múltiplos ângulos e por vários instrumentos de análise jurídica, sem dúvida a formulação comum de todas as vertentes é o fato de sua compreensão como a liberdade na satisfação do próprio interesse particular obviamente observados os limites impostos pelo ordenamento jurídico, portanto, defina a família por meio da autonomia privada de seus membros, efetivamente o valor em referência é o da *liberdade*.

4. A aproximação do direito de família à estrutura jurídica do negócio jurídico.

A autonomia privada consiste no poder reconhecido ou atribuído pelo ordenamento jurídico às pessoas para a auto-regulação dos próprios interesses, determinando seu próprio comportamento individual.

Em sentido amplo, a autonomia privada abarca vários aspectos da vida humana. Daniel Sarmiento comenta essa amplitude nos seguintes termos:

(...) a autonomia privada envolve tantos aspectos ligados a escolhas existenciais (com que pessoas mantereí relações de amizade e de amor? Como vou conduzir minha vida sexual? Como vou me vestir e manter minha aparência?), como engloba também uma dimensão mais prosaica da vida humana, concernente à celebração de contratos e outros negócios jurídicos de caráter patrimonial.

De maneira mais específica a autonomia privada é gênero da autonomia negocial e nesse prisma é realizada no meio social pelo instituto do negócio jurídico, o qual, segundo Renan Lotufo é *a atividade e potestade criadoras, modificadoras ou extintoras de relações jurídicas entre particulares, portanto o pressuposto e causa geradora de relações jurídicas, abstratamente e genericamente admitidas pelas normas do ordenamento.* Assim, a teoria do negócio jurídico está na base do exercício da autonomia privada.

Atribuindo valor relevante à autonomia privada, Maria Berenice Dias, alicerçada na vontade dos cônjuges, conclui pela inconstitucionalidade das normas jurídicas que limitam a obtenção da separação e do divórcio, são suas proposições:

É absolutamente indevida a intromissão do Estado na vontade das partes, estabelecendo prazos ou identificação de “culpas” para desfazer o casamento. Evidente o desrespeito ao direito à liberdade, razão pela qual não há como deixar de reconhecer como inconstitucional a regra que impõe limitações à separação e ao divórcio (CF 226, p. 6º), por afrontar o princípio maior que consagra a dignidade da pessoa humana como bem supremo. É absurdo forçar a manutenção do estado de casado, quando o casamento não mais existe. Ninguém está obrigado a viver com quem não esteja feliz, devendo preponderar o respeito à dignidade da pessoa humana.

No passado havia um espaço mais limitado para o exercício da autonomia privada no direito de família, quando muito havia a adesão a uma série de conseqüências jurídicas que não poderiam ser alteradas, verdadeira instituição, todavia, essa situação modificou-se sobremaneira com o fenômeno em estudo – *contratualização ou consensualização da família.*

Desse modo, sendo a atual organização familiar (e social) plural, individualista e sem apego aos modelos passados de família, parece-nos estar ocorrendo uma mudança de paradigma, assim, o exercício da autonomia privada passa a ser a regra e o regramento institucional pelo ordenamento jurídico a exceção no direito de família.

A expressão *mudança de paradigma* é aqui utilizada na acepção de Thomas S. Kuhn, destarte, essa modificação repercutirá na percepção dos operadores do direito de família, donde lhes será necessário a reformulação de seus conceitos ante a modificação de seu objeto de estudo, o comportamento das pessoas em suas relações familiares e o regramento oriundo do ordenamento jurídico.

A compreensão oitocentista da autonomia da vontade não impunha limite à vontade individual, destarte, era compreensível o direito de família se afastar dessa concessão, entretanto, houve a alteração dessa realidade ao se passar para a autonomia privada, pois, a liberdade concedida pela autonomia privada é limitada em sua gênese como uma moldura definida pelo ordenamento jurídico, destarte, atualmente é plenamente compatível a aproximação do direito de família a modelos negociais ligados à vontade.

Nada obstante sempre ter havido um espaço para a autonomia da vontade no direito de família no direito oitocentista, a aplicação dessa autonomia é diversa do modelo atual da autonomia privada, a qual surge como um novo arquétipo regido por princípios diversos do paradigma anterior.

Enfim, atualmente o exercício da autonomia privada em diversos *negócios jurídicos de família* vai permitir a adequação da vinculação jurídica para que cada um tenha sua família conforme sua aspiração de afeto e realização pessoal.

5. Alguns exemplos da ampliação do exercício da autonomia privada no direito de família.

As recentes modificações legislativas e dos valores aplicados pela jurisprudência evidenciam o avanço da autonomia privada no direito de família, tanto pela concessão de liberdade como de respeito aos arranjos familiares já um tanto quanto distantes do modelo único anterior, o casamento.

Prova da maior importância concedida à autonomia privada é utilização de modelos alternativos de solução de conflitos em direito de família, por toda parte há um enorme incentivo para mediações e soluções negociadas pelas pessoas em conflito com simples homologação judicial quando necessária. Inclusive o incremento da liberdade no Direito de Família provocou a inibição da atividade de controle do juiz (p. ex. a cláusula de dureza na separação consensual) somente negando homologação às composições apresentadas nas hipóteses incontornáveis de ofensas a direitos fundamentais, mormente de incapazes.

Inegavelmente está em curso um processo de concessão de maior autonomia aos particulares para a regulação de seus interesses familiares (privatização da família), exemplo disso é a possibilidade da separação e do divórcio extrajudiciais por escritura pública nos termos das alterações introduzidas no Código de Processo Civil pela Lei n. 11.441/07.

A possibilidade dos nubentes criarem um regime de bens personalizado no casamento, bem como de sua posterior alteração nos termos do art. 1639, *caput*, e parágrafo

segundo, respectivamente, do Código Civil, igualmente, é uma afirmação da autonomia privada.

O mesmo se diga do contrato de convivência na União Estável (CC, art. 1.725) e dela própria no que toca à sua constituição.

O instituto da adoção, sendo mais marcante no caso da adoção de maiores, também segue a linha consensual, ademais o Estatuto da Criança e do Adolescente impõe o consentimento do menor caso seja ele maior de doze anos (ECA, art. 45, p. 2º).

A opção legislativa pela guarda compartilhada ou conjunta decorrente da alteração dos arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil pela Lei n. 11.698/08, trata do aumento de atuação da autonomia privada no campo da guarda dos filhos, pois, sabidamente a guarda compartilhada imporá a necessidade de detalhada e constante regulamentação entre os pais acerca do exercício da guarda. Do mesmo modo, as homologações judiciais de estipulações acerca de guarda unilateral e visitas pressupõem a atuação da vontade dos genitores (ou titulares da guarda) e do menor quando possível.

A possibilidade do decreto da separação judicial independentemente da prova da culpa de quaisquer dos cônjuges na forma do art. 1.573, parágrafo único, do Código Civil, demonstra a necessidade da *comunhão plena de vida* para a manutenção do casamento, ausente isso não é possível forçar as pessoas contra sua vontade (em ofensa a autonomia privada - liberdade) a permanecerem casadas como ocorria sob a égide do Código Civil de 1.916 e da Lei do Divórcio.

No campo científico também há maior influência da autonomia privada como acontece com a retomada do prestígio da tese da natureza jurídica contratual do casamento como um contrato *sui generis* em detrimento da tese institucional. Hervé Lécuyer explica essa tendência sustentando a reaproximação entre os institutos do contrato e do casamento, pois, de um lado os contratos sofreram uma radical mudança com a interferência das normas de ordem pública, de outra parte o casamento ficou mais suscetível ao poder de autodeterminação das pessoas, portanto, os motivos determinantes da adoção da teoria institucionalista (excessiva liberdade nos contratos e ausência de uma vinculação normativa mais intensa) não mais permanecem, bem como, a idéia de instituição não é conforme a maior atuação da autonomia da vontade, assim, renovados os institutos seria possível a explicação do casamento pelo acordo de vontades como base do negócio jurídico na forma dos contratos (negócios jurídicos bilaterais); o referido autor também assevera que as normas de ordem pública são fatores de unificação ao passo que a autonomia privada é fonte de diversificação, desse modo, somente pela compreensão em exame seria possível a efetivação da máxima *a cada um seu casamento, a cada um seu direito*.

O traço comum nos exemplo citados encerra a substituição do paradigma no Direito de Família da mera adesão a um instituto jurídico pré-definido e de difícil mutabilidade para outro moldado pela autonomia privada (com seus limites), o qual possibilita às pessoas criam a forma jurídica da regulação de seus interesses existências e econômicos nas relações jurídicas de família.

Como ocorreu em outras áreas, doravante no Direito de Família a preocupação não é apenas com as estruturas jurídicas, mas também com sua função, portanto, não mais

interessa somente como são constituídos os institutos jurídicos incidentes nas relações familiares, mas também para que servem, notadamente a finalidade de realização do ser humano como um todo, o que somente poderá ocorrer por meio da concessão de autonomia (liberdade) àquele.

6. Os problemas gerados pela *contratualização* da família.

O fenômeno em estudo está inserido em um contexto social de aumento da liberdade das pessoas na busca da concretização de seus desejos, existências e ou econômicos; essa situação fez surgir a visão da família eudemonista, referida por Maria Berenice Dias da seguinte forma:

Surgiu um novo nome para essa nova tendência de identificar a família pelo seu envolvimento afetivo: família eudemonista, que busca a felicidade individual vivendo um processo de emancipação de seus membros. O eudemonismo é a doutrina que enfatiza o sentido de busca pelo sujeito de sua felicidade. A absorção do princípio eudemonista pelo ordenamento altera o sentido da proteção jurídica da família, deslocando-o da instituição para o sujeito (...). A possibilidade de buscar formas de realização pessoal e gratificação profissional é a maneira que as pessoas encontram de viver, convertendo-se em seres socialmente úteis, pois, ninguém mais deseja e ninguém mais pode ficar confinado à mesa familiar.

Fruto da globalização é tendência atual a cessão do lugar antes ocupado pela lei ao contrato, porquanto desse modo é possível a utilização da liberdade para a realização dos anseios do indivíduo que se vê livre das amarras legais em processo iniciado na Revolução Francesa.

O aumento da autonomia privada no direito de família pode redundar na banalização do casamento, inclusive, entre nós encontra-se em tramite na Câmara dos Deputados a PEC n. 413/2005 que propõe a extinção da separação judicial de molde a prevalecer apenas o divórcio, para tanto sugere que o art. 226, p. 6º, da Constituição Federal passe a ter a seguinte redação - *O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio consensual ou litigioso, na forma da lei.* Desse modo, haverá uma facilitação para a extinção do casamento de forma direta.

Considerado o caráter ambíguo da família contemporânea há proposição doutrinária para que o magistrado ao decidir conflitos familiares se comporte como um conselheiro da família, atuando com mais tato e humanidade e menos como um órgão do Estado, respeitando a liberdade da família na escolha do modelo de criação dos filhos conforme suas crenças ou mesmo a ausência delas.

Jean Carbonnier menciona ser a família um espaço do *non-droit*, porquanto seus regramentos se estabeleceriam não apenas pelo direito, mas também pela moral, costumes, amor e afeição, na família as pessoas teriam um regramento de

comportamentos mais amplo que o direito, o qual apareceria de quando em quando, p. ex. na celebração do casamento civil, venda de bens comuns, etc., fora desses momentos a família viveria como se o direito não existisse. Desse modo, haveria longos períodos de *non-droit*, permeados por alguns instantes de *droit*.

Tudo isso amplia o espaço privado e em consequência diminui o espaço público na família, com mínima interferência estatal, tão só para os casos de confronto entre interesses de natureza individual com os de gênese social.

Pode ocorrer embate entre liberdades, como se resolverá um conflito entre integrantes de dada entidade familiar na qual há democracia, todos são iguais e todos têm direito a se realizarem enquanto pessoa, podendo e devendo ser felizes, obviamente haverá um temperamento e acomodação entre o direito dos envolvidos como tem sido comum atualmente, entretanto, é certo, alguém terá seu interesse subordinado ao de outro integrante, enfim sua felicidade diminuída em prol do outro.

Para a ilustração mais concreta dessa problemática, pensemos na seguinte indagação: poderiam os cônjuges consensualmente afastar o dever de fidelidade recíproca no casamento constante do art. 1.566, inc. I, do Código?

A literatura e o cinema, reverberando fatos sociais, são pródigos em episódios nos quais há quebra do dever de fidelidade, todavia, marido e mulher, perdoam-se, reconciliam-se, continuando casados.

Hausse e Huet-Weiller referem que a violação do dever de fidelidade a título de proteção da vida privada não deveria ser exposto, concluindo ser o dever de fidelidade da órbita privada das relações conjugais, de forma a não ser cabível a interferência estatal, relativizando-o, portanto.

Maria Berenice Dias ao mencionar não ser a fidelidade um direito exequível e a infidelidade ser desnecessária ao fundamento da separação arremata ser *inútil a previsão legislativa desse dever* (fidelidade).

Com exposto até aqui, bem como a tendência à privatização e consensualização das relações familiares, poderíamos chegar à conclusão da possibilidade dos cônjuges, calcados em sua autonomia, estabelecerem um casamento sem fidelidade; entretanto, a questão, a nosso ver, permite outro enfoque.

Até mesmo no campo dos contratos, enquanto formas jurídicas da circulação da riqueza patrimonial ocorrem limitações, nos termos do art. 421 do Código Civil, concernentes à função social do contrato, a qual, segundo Teresa Negreiros *significa muito simplesmente que o contrato não deve ser concebido como uma relação jurídica que só interessa às partes contratantes, impermeável às condicionantes sociais que o cercam e que são afetadas por ele próprio afetadas*.

Rolf Madaleno trata da importância atual do dever de fidelidade nos seguintes termos:

Certamente a infidelidade não perdeu seu status de representar a mais abjeta causa de separação afetiva, de formação monogâmica, repugna à natureza humana dos povos ocidentais qualquer pluralidade de relações, muito embora tenha sido descriminalizado o adultério, provavelmente segue sendo uma das mais dolorosas causa de separação.

O adultério está na ante-sala da infidelidade, que supõe exclusividade do débito conjugal, porque com o casamento cada cônjuge renuncia à sua liberdade sexual, e lança mão do direito de unir-se sexual ou em íntima afetividade com qualquer outra pessoa que não seja o seu consorte.

É fundamental ser considerado o fato do dever de fidelidade estar ligado à monogamia, uma das bases de nossa cultura ocidental, assim, em nosso entendimento a fidelidade não tem um prisma apenas individual, mas social, afastá-la envolve renunciar ao aspecto monogâmico e mesmo os costumes e deveres morais de nossa sociedade, portanto, faz parte do núcleo do conceito de autonomia privada sua limitação e aqui vemos um limite claro.

Diante disso, nossa resposta seria negativa à indagação supra apesar dos aspectos atinentes à vida privada dessa questão e mesmo a possibilidade de nem sequer ser levada à discussão judicial, resolvendo-se por meio do *non-droit*, contudo sem o reconhecimento pelo ordenamento jurídico.

Nada obstante a possibilidade de outra solução à reflexão posta, haverá sempre uma zona de confronto entre os limites dos campos da autonomia privada e das restrições colocadas pelas normas de ordem pública.

7. Os direitos fundamentais e os direitos humanos como elementos de equilíbrio entre a autonomia privada no direito de família e os interesses sociais.

O Estado Democrático de Direito tem em sua gênese o reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais como um núcleo de proteção positiva e negativa dos contornos da dignidade da pessoa humana, permitindo a realização do indivíduo libertando-o da opressão imanente nas relações de poder.

É absolutamente possível a aplicação dos direitos fundamentais nas relações horizontais entre particulares ante a possibilidade de relações de poder limitativas da liberdade, como ocorre na família. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais é defendida no Brasil por Daniel Sarmento, Wilson Steinmetz e Vigílio Afonso da Silva, entre outros.

Os direitos humanos igualmente afirmam a proteção do ser humano em sua dignidade tendo um espectro de maior amplitude em relação aos direitos fundamentais cujo catálogo, na expressão Ingo Wolfgang Sarlet, tratam dos direitos humanos em sua dimensão constitucional positiva.

Não é objeto de nosso estudo aprofundamentos acerca dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, tão só desejamos destacar esses valores como fatores de mediação dos interesses da autonomia privada no direito de família.

Desse modo, o incremento da autonomia privada no Direito de Família vai ser controlado pela aplicação dos direitos fundamentais e direitos humanos nas relações familiares como salvaguarda da dignidade da pessoa humana, sobretudo nos casos mais difíceis de confronto entre dignidades.

O estabelecimento de uma forma de vida familiar que viole a condição humana dos envolvidos ou impeça prestações a menores ou componentes do grupo familiar com limitação de autonomia, deverá ser controlada pela aplicação dos direitos fundamentais e humanos nas relações familiares.

Se de um lado houve a concessão de maior liberdade às pessoas para pela ampliação da autonomia privada nas relações familiares, de outro o paradigma da aplicação horizontal dos direitos fundamentais é plenamente suficiente ao controle dessa mesma liberdade.

8. Proposições conclusivas.

É um fato social a modificação do Direito de Família em seus regramentos, do outrora modelo único e totalizante do casamento atualmente passamos a visões plurais das entidades familiares, como pode ser facilmente observado das normas jurídicas existentes na Constituição da República, Código Civil e mesmo na legislação extravagante.

A família é o local ideal para a realização da pessoa com a possibilidade de ser feliz, para tanto cada indivíduo utiliza sua liberdade para a consecução de suas aspirações pessoais.

A forma jurídica de regulação dessa situação social foi estabelecida por meio da concessão de maior largueza ao instituto da autonomia privada nas relações familiares, permitindo a cada um a formação de sua família com o regramento jurídico conforme aos desejos de realização da pessoa humana, em regra, todos vivemos numa família em sentido amplo.

A concessão de maior liberdade poderá redundar em conflitos tanto entre os interesses particulares dos membros da família quanto em confronto com os valores sociais, havendo dificuldade na solução frente a necessidade da mínima constrição da liberdade, sobretudo se considerado a titularidade de direitos por todos os integrantes do grupo familiar.

Nesse contexto, o paradigma para solução desses conflitos é a aplicação da teoria dos direitos fundamentais e dos direitos humanos nas relações familiares de modo a limitar e moldar o exercício da autonomia privada em conformidade com os valores estabelecidos por esses institutos fortemente vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Bibliografia

AFONSO DA SILVA, Virgílio. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARCELLONA, Pietro. *Diritto senza società: dal disincanto all' indifferenza*. Bari: Dedalo, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidade da constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BERENICE DIAS, Maria. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Barueri: Manole, 2007.

BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. *Regime de bens no novo código civil*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARBONNIER, Jean. *Flexible droit: pour une sociologie du droit sans rigueur*. Paris: LGDJ, 2001.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004.

GALGANO, Francesco. *La globalizzazione nello specchio del diritto*. Bologna: Il Mulino, 2005.

GLANZ, Semy. *A família mutante: sociologia e direito comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GRISI, Giuseppe. *L'autonomia privata: diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*. Milano: Giuffrè, 1999.

HAUSER, Jean e **HUET-WEILLER**, Danièle. *Traité de droit civil. La famille: foundation et vie de la famille*. Paris: L.G.D.J., 1993.

IRTI, Natalino. *L'ordine giuridico del mercato*. Milano: Laterza, 2004.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2006.

LÉCUYER, Hervé. *Mariage et contrat*. In: **FENOUILLET**, Dominique e **VAREILLES-SOMMIÈRES**, Pascal de. (coord). *La contractualisation de la famille*. Paris: Economica, 2001.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOTUFO, Renan. *Código civil comentado: parte geral* (arts. 1º a 232), v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

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

MALAURIE, Philippe, **FULCHIRON**, Hugues. *La famille*. Paris: LGDJ, 2006.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito de família*, 2º v. São Paulo: Saraiva, 1988.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

POSNER, Richard A. *Economic analysis of Law*. New York: Aspen, 2003.

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

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

Malaurie, Philippe, Fulchiron, Hugues. *La famille*. Paris: LGDJ, 2006, p. 19.

Washington de Barros Monteiro. *Curso de direito civil: direito de família*, 2º v. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 04.

Famílias. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 59.

Direito de família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 306.

A família mutante: sociologia e direito comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 55.

José Eduardo Faria. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 25 e 325/329.

L'ordine giuridico del mercato. Milano: Laterza, 2004, p. 109.

Conforme a esse ideário de mercado é aplicação da análise econômica do direito no âmbito do direito de família, a exemplo de Richard A. Posner ao mencionar que os

filhos são a maior *commodity* que o casamento produz e dado ao investimento de tempo e *market imputs* (comida, vestuário, etc.) que as crianças necessitam dos pais, merecem proteção legal para que possam, em termos econômicos, realizar seu potencial de produção quando adultos (*Economic analysis of Law*. New York: Aspen, 2003, p. 146 e 154/155).

Pietro Barcellona. *Diritto senza società: dal disincanto all' indifferenza*. Bari: Dedalo, 2003, p. 10 e 58.

Ob. cit., p. 59 e 82.

Jean Hauser e Danièle Huet-Weiller. *Traité de droit civil. La famille: foundation et vie de la famille*. Paris: L.G.D.J., 1993, p. 726.

Um ponto interessante acerca do Código Napoleônico é o fato dele ter efetuado um retrocesso no direito de família, pois, apesar da Revolução Francesa pregar a liberdade e a igualdade, as prescrições codificadas estabeleceram uma noção tradicional da família, patriarcal, hierarquizada e disciplinada, não obstante o individualismo reinante naquele diploma legal. Essa situação permaneceu até meados do século passado em virtude de uma organização social estruturada e consciente de seus valores; como ensinam Philippe Malaurie e Hugues Fulchiron, ob. cit. p. 41/42.

Luís Roberto Barroso. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidade da constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 279.

Acerca do fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, entre muitos, confira-se Pietro Perlingieri. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

Maria Berenice Dias. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 41.

Rolf Madaleno. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 08.

Encerra questão não pacificada a inclusão ou não das uniões homoafetivas na noção de família, havendo respeitáveis posicionamentos tanto em um sentido como noutro. Em verdade, atualmente, a discussão permanece em aberto merecendo estudo específico. Seja como for, admitida a união homoafetiva como família há maior comprovação da tese da pluralidade das entidades familiares.

Paulo Lôbo, ob. cit. , p. 56/75.

Ob. cit., p. 44.

Giuseppe Grisi. *L'autonomia privata*. Milano: Giuffrè, 1999, p. 09/10.

Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 142.

Código civil comentado: parte geral (arts. 1º a 232), v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 271.

Ob. cit., p. 275.

A estrutura das revoluções científicas. São Paulo: Perspectiva, 2006, p. 148.

Débora Vanessa Caús Brandão. *Regime de bens no novo código civil*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 58/59.

Nesse sentido, o seguinte entendimento jurisprudencial:

Direito civil. Família. Ação de separação judicial. Pedidos inicial e reconvenção fundados na culpa. Não comprovação. Insuportabilidade da vida em comum. Decretação da separação sem atribuição de causa. Possibilidade.

- *Verificada a insuportabilidade da vida conjugal, em pedidos de separação com recíproca atribuição de culpa, por meio de ação e reconvenção, e diante da ausência de comprovação dos motivos apresentados conforme posto no acórdão impugnado, convém seja decretada a separação do casal, sem imputação de causa a nenhuma das partes.*

- *Ressalte-se que, após a sentença de improcedência dos pedidos de separação com culpa, as partes formularam petição conjunta pleiteando a dissolução do vínculo conjugal, com fundamento no art. 1.573 do CC/02, e mesmo assim não alcançaram o desiderato em 2º grau de jurisdição.*

- *Dessa forma, havendo o firme propósito de dissolução do vínculo matrimonial, nada obsta que o decreto de separação-sanção seja modificado para o de separação-remédio.*

Recurso especial conhecido e provido. (STJ, RE n. 783.137 - SP (2005/0156573-4), rel. Min. Nancy Andrighi)

A comunhão plena de vida, constante do art. 1.511 do Código Civil, é uma cláusula geral aberta de comportamento conjugal ligada à felicidade e pressuposto da união, assim, à falta de comunhão de vida não mais haveria razão para manutenção do casamento e, desse modo, cabível a separação judicial do casal independentemente da prova da culpa. A tanto, confira-se Rolf Madaleno, ob. cit, p. 72/74.

Mariage et contrat. In: FENOUILLET, Dominique e VAREILLES-SOMMIÈRES, Pascal de. (coord). *La contractualisation de la famille*. Paris: Economica, 2001, p. 59/65.

A idéia aqui exposta funda-se na concepção de Norberto Bobbio acerca das funções do direito na sociedade em abandono ao conhecimento meramente estrutural, assim, não importa apenas saber o que é a norma jurídica, mas também para que serve. Assim, em oposição ao pensamento de Kelsen, o direito não é um meio, mas tem um fim. A respeito, consulte-se a obra de Bobbio, *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Barueri: Manole, 2007, p. 53/113.

Ob. cit., p. 54.

Francesco Galgano. *La globalizzazione nello specchio del diritto*. Bologna: Il Mulino, 2005, p. 93 e ss.

Hervé Lécuyer, ob. cit., p. 63.

Philippe Malaurie e Hugues Fulchion, ob. cit., p. 22/23.

Flexible droit: pour une sociologie du droit sans rigueur. Paris: LGDJ, 2001, p. 34.

Em consideração às idéias de Carbonnier, Phillippe Malaurie e Hugues Fulchiron (ob. cit., p. 25) fazem a seguinte indagação - Quantas famílias vivem e morrem com total ignorância das regras jurídicas?

Ob. cit., p. 745.

Ob. cit. p. 243.

Teoria do contrato: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 206.

Ob. cit.

A vinculação dos particulares a direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2004.

A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008.

A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 39/41.