

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL**

MATIELY SCHULER

**A IMPORTÂNCIA JURÍDICA DO RESPEITO À AUTONOMIA PRIVADA NA UNIÃO
ESTÁVEL**

**PORTO ALEGRE
2018**

MATIELY SCHULER

A IMPORTÂNCIA JURÍDICA DO RESPEITO À AUTONOMIA PRIVADA NA UNIÃO
ESTÁVEL

Monografia de conclusão de curso apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Porto Alegre

2018

MATIELY SCHULER

A IMPORTÂNCIA JURÍDICA DO RESPEITO À AUTONOMIA PRIVADA NA UNIÃO
ESTÁVEL

Monografia de conclusão de curso apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovada em 09 de julho de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dra. Simone Tassinari Cardoso Fleischmann
Orientadora

Prof. Dra. Lisiane Feiten Wingert Ody

Prof. Dra. Isis Bastos

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, à minha mãe, Zenite, que tenho como maior exemplo de vida e de superação. Obrigada pelo amor, pelo apoio incondicional, e, principalmente, por todo o embasamento ético, substancial na minha formação pessoal e profissional.

Ao meu marido, Cristiano, por me mostrar a alegria de um amor tranquilo e por se fazer presente em todos os momentos, bons e ruins. Obrigada pela paciência e pelo companheirismo.

Agradeço à minha orientadora, Simone Tassinari Cardoso Fleischmann, pelas suas excelentes aulas, que me despertaram o interesse pelo tema, como também por sua dedicação, por seu olhar crítico e humano sobre o Direito, bem como por seu comprometimento, estando sempre disposta a ajudar, sem deixar, com isso, de me conferir grande margem de liberdade na condução de meu tema.

RESUMO

Esta monografia tem como objetivo a análise do reconhecimento forçado da união estável no direito brasileiro e a limitação da liberdade de escolha do indivíduo, buscando-se, dessa forma, demonstrar que ao se impor a união estável, impõe-se aos conviventes regime semelhante ao de um casamento, sem que os mesmos tenham declarado a vontade de casar. Para tanto, em um primeiro momento, será feita uma breve reconstituição da evolução histórica do surgimento da união estável e sua caracterização. Em um segundo momento, far-se-á a diferenciação entre os institutos da autonomia privada e da autonomia da vontade para, depois, adentrar na manifestação da autonomia privada no âmbito do Direito de Família. Após, serão analisados os efeitos jurídicos patrimoniais que surgem para os companheiros diante da intervenção estatal na imposição da união estável. Dessa forma, por fim, com base em doutrinas minoritárias, propõe-se uma menor intervenção estatal no ramo das relações de família como forma de desenvolvimento dos direitos da personalidade daqueles que compõem a unidade familiar.

Palavras-chave: União Estável, Autonomia Privada, Direitos da Personalidade, Intervenção Estatal, Liberdade Individual, Efeitos Patrimoniais.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the forced recognition of stable union under Brazilian Law and the limitation of individual's freedom of choice, intending, in this way, to demonstrate that by imposing the stable union, it is imposed on cohabitant a scheme similar to a marriage without having expressed their willingness to get married. For this purpose, a brief reconstitution of the historical evolution of the emergence of stable union and its characterization will be done in a first moment. In a second moment, it will be done a differentiation between the institutes of private autonomy and the autonomy of the will and then to enter into manifestation of private autonomy within the scope of Family Law. After that, we will analyze the legal effects of property that arise for the comrades before the state intervention in the imposition of the stable union. In this way, finally, based on minority doctrines, it is proposed a minor state intervention in the branch of family relations as a way of developing personality rights of those who make up the family unit.

Keywords: stable union, private autonomy, personality rights, state intervention, right of freedom, patrimonial effects.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	09
2. UNIÃO ESTÁVEL	11
2.1. Histórico.....	11
2.2. Caracterização.....	16
2.3. União estável e efeitos patrimoniais entre os companheiros	23
3. AUTONOMIA PRIVADA	27
3.1. Autonomia da vontade e autonomia privada	27
3.2. Autonomia privada nas relações de família <i>versus imposição da união estável como mitigação à autonomia privada</i>	33
3.3. A proposta de um “Direito de Família Mínimo”	43
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS	48
5. REFÊRENCIAS.....	50

A persistência é o menor caminho do êxito.
(Charles Chaplin)

1. INTRODUÇÃO

A evolução histórica das Constituições Brasileiras erigiu o país a um Estado Democrático de Direito, que, como tal, deve assegurar determinados valores supremos, como segurança jurídica, igualdade, liberdade, vida, dignidade da pessoa humana. A Constituição Federal de 1988 trouxe profundas mudanças concernentes ao Direito de Família, já que elevou à entidade familiar a então renegada união estável. O casamento deixou de ser a única forma de constituição familiar para dar espaços a novas formas de unidades familiares, indo ao encontro das mudanças e dos anseios sociais presentes na atualidade.

Contudo, referida Constituição também assegurou os direitos atinentes à dignidade da pessoa humana e, por conseguinte, garantiu a liberdade de cada pessoa, princípio decorrente da autonomia privada. Dentro desse contexto, teoricamente, haveria liberdade de planejamento familiar por aqueles que compõem a família.

Na união estável, isso não seria diferente. Não obstante assegurada a estas formas de unidade familiar à autonomia privada de seus indivíduos, a quase equiparação integral desse modelo ao casamento gera polêmica, porquanto, no reconhecimento estatal forçado da união estável, há imposição legal do regime da comunhão parcial de bens aos conviventes.

Isso, por vezes, intriga alguns operadores do Direito, na medida em que há o desrespeito estatal à liberdade de não casar das pessoas que deliberadamente optaram por não se sujeitarem às consequências jurídicas do matrimônio. Tal imposição estatal além de ensejar insegurança jurídica no que diz respeito à constituição dessas novas entidades familiares coloca em voga a constitucional e assegurada autonomia privada.

Complexas e controversas as questões patrimoniais decorrentes da união estável, o que leva doutrinadores ao questionamento de quais seriam os limites da intervenção do Estado no âmbito dessas uniões livres. Na presente monografia, dentre os diversos estudos possíveis acerca o tema, procura-se compreender as

características da união estável¹ e fazer uma explanação sobre a autonomia privada nas relações familiares para, ao final, demonstrar que o reconhecimento forçado dessa união pelo Estado acaba por mitigar a autonomia privada de pelo menos um dos companheiros, tendo em vista à limitação da liberdade individual ante os efeitos patrimoniais semelhantes ao casamento. De fato, o sistema, na data de hoje, tem dificuldades em reconhecer, exatamente, quais as diferenças em termos de efeitos jurídicos da relação matrimonial e da família de fato.

Debruçando-se sobre doutrina minoritária, o presente trabalho traz uma proposta de “Direito de Família Mínimo”, hipótese de menor intervenção estatal no âmbito das relações familiares, bem como de ampliação da liberdade de planejamento familiar daqueles que compõem a relação mediante a aplicação da autonomia privada.

¹ Ressalva-se, que o objeto do presente trabalho limita-se às possibilidades de reconhecimento de união estável em geral, portanto, eventuais discussões sobre pessoas do mesmo sexo, ou outros modelos de unidade familiar não serão enfrentados. Entende-se que a autonomia privada dos indivíduos está presente, bem como deve ser observada independente do arranjo familiar.

2. UNIÃO ESTÁVEL

Antes de adentrar especificamente no instituto da união estável como é entendida atualmente, imprescindível a compreensão do contexto de evolução histórica em torno dessa união extramatrimonial.

2.1. Histórico

Para o presente trabalho, essencial a análise do contexto histórico em que surgiu a união estável para a melhor compreensão do reconhecimento do instituto e das suas consequências no mundo jurídico.

A união estável surgiu no Brasil dentro de um contexto em que não havia possibilidade de divórcio, na medida em que somente em 1977, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 9, houve a criação de tal figura no ordenamento jurídico brasileiro, restando regulamentada pela Lei 6.515 de 26 de dezembro de 1977.

Essa ausência de previsão legal era fruto de uma sociedade altamente influenciada por questões religiosas. O cristianismo opunha-se fervorosamente à institucionalização do divórcio, bem como à realização de novo matrimônio pelos cônjuges já separados, ressalvados apenas os casos em que um dos cônjuges viesse a falecer ou da ocorrência de adultério. Valorizava-se, desse modo, a instituição familiar construída em decorrência de casamento, base da pirâmide social.²

Com isso, antes de entrar em vigor a lei do divórcio, existia apenas a possibilidade do desquite no ordenamento jurídico brasileiro,³ figura esta que interrompia com os deveres matrimoniais e terminava a sociedade conjugal, momento em que havia a partilha dos bens, bem como colocava fim à convivência sob o mesmo teto. Ou seja, o desquite liberava os cônjuges das responsabilidades

² LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil**. 3. ed. v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004. p. 34.

³ LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil**. 3. ed. v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004. p. 38.

matrimoniais, contudo, não permitia o segundo casamento. Apesar de liberados das responsabilidades matrimoniais, ressalva-se que persistia o dever quanto à fidelidade entre os desquitados, consoante entendimento adotado pelo STF no julgamento do RE 2323/1933⁴, de relatoria do ministro Eduardo Espíndola.

Verifica-se, portanto, que não era possibilitado aos desquitados o recomeço de suas vidas ao lado de outra pessoa cercados da proteção jurídica advinda do casamento, passando essas novas famílias a viver à margem da sociedade, na informalidade. Essas uniões surgidas sem o selo institucional do casamento passaram a ser identificadas e reconhecidas pelo nome de concubinato, cujos efeitos não ultrapassavam a esfera patrimonial.⁵

Concubinato, por sua vez, era entendido como forma de união livre, a qual possui diferenças significativas com relação ao casamento, principalmente em razão de não estar submetido aos deveres inerentes a este. Por esse motivo, a doutrina clássica destaca que o estado de concubinato poderia ser rompido a qualquer momento, independente do seu tempo de sua duração, não ensejando ao concubido abandonado o direito a qualquer indenização em virtude da mera ruptura do concubinato.⁶

Diante dessa realidade social, a justiça passou a reconhecer essas uniões como sociedades de fato, conforme Súmula 380⁷ do STF, não pertencendo ao ramo do Direito de Família. Referida súmula, com efeito, foi resultado não só de construção, mas também de hermenêutica, fazendo a Corte ativismo judicial ante a omissão deixada pelo legislador.⁸

Nesse contexto, os companheiros eram considerados sócios, de modo que a dissolução da sociedade comercial tramitava junto à Vara de Direito Comercial, uma vez que a situação era tratada no campo do Direito das Obrigações, procedendo-se à divisão dos “lucros” adquiridos enquanto sócios, a fim de evitar que os bens

⁴ Justiça: doutrina, jurisprudência e legislação. Publicação mensal, v. II, fascículos de novembro e dezembro de 1932, janeiro/abril de 1933.

⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 167.

⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, 9. ed., v. 6. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 603.

⁷ Súmula 380, 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.

⁸ FACHIN, Luiz Edson. **Elementos Críticos do Direito de Família**: curso de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 64.

adquiridos durante a vigência da sociedade mercantil ficasse somente com um dos envolvidos na sociedade em detrimento do outro.⁹

Essas uniões extramatrimoniais consistiam na união entre pessoas que passavam a viver juntas, bem como se entendiam como família, no entanto, à luz da legislação vigente, em virtude da inexistência de casamento - única hipótese em que havia previsão de constituição familiar - tal fenômeno fático não encontrava amparo no instituto familiar, já que este nascia apenas com o matrimônio.

Com a Lei do Divórcio, essas pessoas puderam constituir novas famílias sob a tutela estatal, haja vista a possibilidade de celebração de novo matrimônio. Contudo, na prática, já a partir de 1970, havia o registro demonstrando o aumento das uniões informais.¹⁰ Muitos casais permaneceram na convivência em união extramatrimonial por opção, não havendo um reconhecimento jurídico pacífico para este tipo de fenômeno, em face do preconceito social existente com essas formas de união.

O Código Civil de 1916, influenciado pelo Direito Canônico, estabelecia em alguns dispositivos restrições ao modo de convivência da união extramatrimonial, proibindo, por exemplo, doações ou benefícios testamentários do homem casado à concubina, ou, ainda, a inclusão desta como beneficiária de contrato de seguro de vida.¹¹ Com a promulgação da Constituição Federal em 1988, entendeu o legislador por dar nova dimensão à concepção de família, resultando na adoção do termo generalizante: entidade familiar, razão pela qual as uniões fáticas entre homem e mulher foram reconhecidas como entidade familiar, porém, com o nome de união estável, bem como os vínculos monoparentais.¹²

Dessa forma, outorgou tutela estatal às mais variadas formas de uniões extramatrimoniais existentes com o disposto em seu artigo 226, § 3º,¹³ transferindo o tratamento de mencionadas uniões do campo do direito obrigacional à esfera do

⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 168.

¹⁰ MULTEDO, Renata Vilela. **Liberdade e família: limites para a intervenção do estado nas relações conjugais e parentais**. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 32.

¹¹ GONÇALVES, **Direito Civil Brasileiro**, 9. ed., v. 6. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 603.

¹² DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 168.

¹³ Art. 226, § 3º. Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Direito de Família. Portanto, houve a substituição do termo “concubinato” para dar espaço à nova expressão: união estável.¹⁴

A Constituição Federal de 1988 acabou por reconhecer juridicidade ao afeto na medida em que elevou às uniões constituídas pelo vínculo de afetividade à categoria de entidade familiar.¹⁵ A partir daí foi possível reconhecer a relação familiar originada fora do casamento, a qual foi denominada de “união estável” e, por sua vez, ganhou novo *status* dentro do ordenamento jurídico brasileiro.¹⁶

Contudo, estabeleceu o referido dispositivo legal uma conversão futura em casamento, vez que a ideia sempre foi o casamento como instituição familiar mais tradicional. Ou seja, o Estado tutela essas relações, uma vez que as reconhece como entidade familiar por entender que não é apenas do matrimônio que estas emergem.¹⁷

Salienta-se que a Constituição Federal de 1988 não apenas elevou à união estável, mas também à comunidade monoparental à categoria de entidade familiar, de modo que a família passa a ser plural, havendo as mais variadas formas e maneiras de constituição de família.¹⁸ Contudo, em virtude destas comunidades não serem objeto de estudo da presente pesquisa, o trabalho não se debruçará sobre o tema.

Dessa forma, observa-se que a Constituição elevou algumas linhas de Direito Civil de Família (hoje conhecidas como Direito das Famílias) para dentro de sua redação, introduzindo uma visão aberta e ampla de família, quando passa a denominá-la de “entidade familiar”, reconhecendo famílias não oriundas do casamento, diferentemente do que ocorre em alguns países europeus, como é o caso da Alemanha. No caso alemão, o país adota uma postura abstencionista no

¹⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 8. ed., 2. tir. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 18.

¹⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 169.

¹⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, 9ª ed., v. 6. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 606.

¹⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Elementos Críticos do Direito de Família**: curso de direito civil, Rio de Janeiro: Renovar. 1999. p. 67.

¹⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 8. ed., 2. tir. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 21.

que toca à união estável, já que o direito alemão se caracteriza por não regulamentá-la, deixando o deslinde do caso concreto para os Tribunais.¹⁹

Em que pese à previsão constitucional, não ocorreram muitas mudanças na seara da união estável no que toca à resolução dos conflitos decorrentes destas, então, entidades familiares, tendo em vista a ausência de reflexos, durante certo tempo, na jurisprudência pátria.

A relação concubinatória, com a denominação legal de união estável, permaneceu sendo tratada no âmbito do Direito das Obrigações, havendo resistência dos Tribunais na concessão de direitos, bem como a Súmula 380 do STF continuou a ser invocada e aplicada nas decisões.²⁰ Isso resultou na continuidade das demandas judiciais tramitando perante as Varas Cíveis, porquanto alguns ramos do judiciário ainda entendiam que não se tratavam de sociedades conjugais, o que pode ser facilmente observado no julgamento do REsp 142.694/MG²¹, de relatoria do ministro Carlos Alberto Menezes Direito, demonstrando que ainda no ano de 1998 havia resquícios do conflito de competência entre as Varas de Direito Civil e de Família perante os Tribunais.

Foi com o advento da Lei nº 8.971/94 que ocorreu a concretização constitucional supramencionada, havendo, portanto, a equiparação da união estável ao casamento, uma vez que estabeleceu como “companheiros” os casais formados por um homem e uma mulher cuja união era comprovada por período superior a cinco anos ou que tivessem com filhos, não podendo ser casados com outra pessoa.

¹⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Comentários ao novo Código Civil**: v.20 (arts. 1723 a 1783). 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2013. p. 17.

²⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011. p. 168.

²¹ Conflito de competência. União estável.

1. É certo que a Constituição Federal regulou matéria no capítulo próprio da família. É, mais ainda, configurou a união estável entre um homem e uma mulher como entidade familiar para os fins da proteção do Estado. A proteção do Estado vem pela legislação que edita. As leis sobre direito de família são aquelas que devem proteger as uniões estáveis, pois enxergar diversamente a matéria é desconhecer a natureza do próprio instituto, com o que a competência para tais matérias está na cobertura das varas especializadas de família.

2. Neste caso, porém, o Acórdão recorrido considerou a matéria sob o aspecto da competência constitucional para a edição das normas de organização e divisão judiciárias, alcançando a iniciativa do Tribunal de Justiça. Depois, cuidou de assentar a interpretação da lei estadual em vigor. Estes campos estão fora do âmbito do especial.

3. Recurso especial não conhecido.

(REsp 142.694/MG, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/11/1998, DJ 14/12/1998, p. 229)

Ou seja, o *status* civil deveria ser de solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo para que a união extramatrimonial fosse considerada como estável.²²

Todavia, foi apenas a Lei 9.278/96 que se propôs de forma exclusiva a regulamentar a redação trazida no parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988,²³ vindo a alterar o conceito anteriormente adotado, porquanto suprimiu os requisitos de natureza pessoal, bem como a exigência do tempo mínimo de convivência e a necessidade de filhos,²⁴ o que tornou subjetiva a análise dessa união, ao passo que dispunha o artigo 1º que a entidade familiar se tratava da convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e de uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição familiar. Houve, dessa forma, a substituição da expressão “companheiros” para dar espaço à nova expressão, qual seja: “conviventes”.²⁵

Como reflexo desta previsão, muitos casais entenderam não ser mais necessária a celebração do matrimônio, haja vista a lei proporcionar amparo civil à união estável, no que tange à comunicação do patrimônio, isto é, o reconhecimento de tais relacionamentos passou a ensejar consequências jurídicas sem a necessidade de qualquer manifestação formal por parte dos companheiros.

Além disso, referido reconhecimento envolve aspectos por demasiados subjetivos e relativos, uma vez que cada indivíduo pode ter a sua percepção do que se enquadra nesse conceito abrangente contemplado pela referida lei, de modo que dificulta a verificação de um simples relacionamento amoroso de uma união estável, levando a um grande número de casais a baterem às portas do Judiciário para dirimirem seus conflitos em virtude da dissolução do relacionamento ausente de prévia pactuação.

2.2. Caracterização

²² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, 9. ed., v. 6. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 606.

²³ FACHIN, Luiz Edson. **Elementos Críticos do Direito de Família**: curso de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar. 1999. p. 100.

²⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, 9. ed., v. 6. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 606.

²⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, 9. ed., v. 6. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 606-7.

A Constituição Federal de 1988 excluiu o casamento como única forma de ser a base da sociedade, trazendo em substituição a família, em seu art. 226, *caput*.²⁶ Nesse contexto, a união estável passou à categoria de família de fato, não havendo necessidade de solenidade oficial para encontrar amparo constitucional.²⁷ A Constituição, em verdade, apenas tratou de reconhecer um fenômeno social já banalizado e generalizado em todo o território nacional.²⁸

A união estável está prevista na esfera constitucional e infraconstitucional, de modo que restaram revogadas as mencionadas Leis nº 8.971/94 e nº 9.278/96 diante da incorporação deste conteúdo no âmbito do Código Civil de 2002. Tal Código inseriu uma parte específica a fim de abordar a união estável em cinco artigos (1.723 a 1.727), sob o embasamento dos princípios basilares das mencionadas leis, o que proporcionou novos contornos e mudanças impactantes na matéria. E, ainda, trouxe outras disposições espalhadas pelo Código no que tange a determinados efeitos.²⁹

Seguindo o entendimento já adotado no artigo 1º da Lei nº 9.278/96, o novo diploma legal em seu artigo 1.723³⁰ também não se estabeleceu período mínimo de convivência para que fosse reconhecida a união estável. A explicação seria de que não é o tempo em anos que será determinante para que seja caracterizada o relacionamento como estável, mas sim a análise conjunta dos elementos previstos no *caput* de tal artigo.

Percebe-se que as expressões “pública”, “contínua”, “duradoura” e “objetivo de constituição de família” adotadas pelo Código Civil se mostram abertas e genéricas, o que enseja a análise casuística pelo julgador.³¹

Da leitura do artigo constata-se que a codificação privada limitou-se a reproduzir a legislação que existia, tendo o legislador se baseado na ideia de família

²⁶ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

²⁷ Art. 226. § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

²⁸ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2014. p. 843.

²⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, 9. ed. v. 6. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 608.

³⁰ Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

³¹ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 4. ed. v. único. São Paulo: Método. 2014. p. 1.232.

para propiciar consequências jurídicas a essas formas de união extramatrimonial.³² Trata-se de tarefa árdua diante do grau de subjetividade e complexidade existentes, sendo agregado aos mencionados fatores a observância de duração temporal mínima da união estável, apesar de a lei não o exigir de forma expressa, no que toca à divisão patrimonial.

Hoje, portanto, adota-se um conceito mais fluido e abrangente de família dentro do contexto brasileiro do que nos demais países, como alguns países de origem europeia, por exemplo, visto que o Brasil está passando por um grande processo de modificação no que se refere ao antigo conceito de família adotado, conferindo-lhe um aspecto mais amplo.³³ Não é possível atribuir um conceito estrito ao que se entende pela entidade familiar prevista na Constituição Federal de 1988 para fins de caracterização da união estável, havendo meras tentativas conceituais pela doutrina.

Ademais, adotou o legislador brasileiro postura intervencionista no âmbito dessas relações familiares em observância à desigualdade presente na sociedade, o que difere das legislações adotadas pela maior parte dos países.³⁴

Em que pese à lei ter utilizado a denominação “público” como critério para a caracterização da união estável, importante salientar que este requisito não deve ser interpretado de forma isolada, bem como a interpretação não deve se restringir ao seu sentido denotativo. A publicidade, com isso, relaciona-se com a exposição dos companheiros como casal junto ao meio social frequentado, sendo a união revestida de entidade familiar, na intenção de excluir do instituto familiar as meras relações amorosas descompromissadas em detrimento daqueles que assumem compromisso em face da sociedade.³⁵

Outrossim, embora a legislação não exija duração mínima da relação para a caracterização da união estável, o relacionamento não pode ser casual ou mesmo esporádico, devendo ser duradouro a fim de demonstrar um vínculo contínuo e

³² DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011. p. 171.

³³ ARAUJO, Nádya de. **Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira**. 5. ed., Rio de Janeiro: Renovar. 2011. p. 441.

³⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Comentários ao novo Código Civil: v.20 (arts. 1723 a 1783)**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2013. p. 07.

³⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 173.

monogâmico entre o casal. Todavia, para não haver o engessamento do instituto, a singularidade do laço afetivo é percebida equilibrando-se os demais requisitos legais previstos de forma conjunta.³⁶

Para Fachin, a união estável trata-se de ninho sem moldura, bem como se assemelha à família originada mediante matrimônio, possibilitada a sua conversão em casamento, haja vista suscetível mencionada conversão. Explica, porém, que a expressão “ninho” não traduz o sentido de “casa” ou “sob o mesmo teto”, na medida em que a moradia comum não é pressuposto da união estável,³⁷ o que fornece contornos ainda mais amplos à caracterização.

A afetividade, a estabilidade e a ostensibilidade são características comuns sem as quais não há formação de entidade familiar. Todavia, ressalva-se que a afetividade não considera o móvel econômico como fundamento e finalidade da entidade familiar. No tocante à estabilidade, exclui-se os relacionamentos efêmeros e descompromissados, isto é, sem o ânimo de constituição familiar. Por sua vez, a ostensibilidade é compreendida como pressuposto da unidade familiar, tendo em vista a publicidade da relação face à sociedade.³⁸

Observa-se, dessa forma, que assim como não define a maioria dos institutos que regulamenta, o Código Civil também não traz o conceito preciso de união estável,³⁹ já que o conceito assumido padece de objetividade, sendo reflexo do § 3º do artigo 226 da Constituição Federal, haja vista a ausência de determinação específica de requisito para caracterizar a união estável ou mesmo qualquer subordinação da validade do eficácia do instituto à conversão em casamento.⁴⁰ Isso, na prática, acaba por conferir desafios ao Direito de Família moderno ante as constantes mudanças sociais e culturais envolvendo o instituto familiar.

³⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011. p. 173.

³⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Elementos Críticos do Direito de Família: curso de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar. 1999. p. 60.

³⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus***. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre. síntese/ibdfam. jan,fev,mar. 2002. n.12. p.40-55.

³⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011. p. 170.

⁴⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus***. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre. síntese/ibdfam. jan,fev,mar. 2002. n.12. p. 40-55.

Segundo Dias, o Direito das Famílias foi buscar amparo fora do Código Civil, na medida em que a nova conceituação de família restou consagrada pela Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06), a qual traz à ideia de família a relação íntima de afeto,⁴¹ causando impacto na caracterização da união estável em virtude de o bojo da legislação prever “o objetivo de constituição familiar”.

Apesar de referidas caracterizações atribuídas à união estável, o que ainda se tem, em verdade, são meras tentativas de objetivação àquilo que carece de objetividade, visto que se trata de fenômeno puro e exclusivamente fático e permeado de subjetividade, bem como por estar atrelado ao conceito de entidade familiar, o que sequer legislador e doutrina sabem precisar.

Não há uma única exigência ou hipótese para a caracterização da união estável, havendo os desdobramentos subjetivos e objetivos da sua configuração. Gonçalves aponta os de ordem subjetiva os seguintes: a) convivência *more uxorio*; b) *affectio maritalis*: ânimo ou objetivo de constituir família. E, como de ordem objetiva: a) diversidade de sexos⁴²; b) notoriedade; c) estabilidade ou duração prolongada; d) continuidade; e) inexistência de impedimentos matrimoniais; e f) relação monogâmica.⁴³

Não configuram, com efeito, união estável os meros encontros amorosos não obstante a sua frequência e a existência de relação sexual entre os parceiros, não importando a quantidade de atividades realizadas juntas pelos parceiros, tal como viagens, jantares, etc., bem como os eventos sociais em que aparecem juntos, sem que atrelado a isso haja o objetivo de o casal formar uma entidade familiar.⁴⁴ Foi nesses termos a decisão do Des. relator Rui Portanova do TJRS no julgamento do processo de nº 70022632723, em 13/03/2008. Dessa forma, a característica essencial da união estável é o objetivo de formar uma entidade familiar.

⁴¹ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011. p. 170.

⁴² O Supremo Tribunal Federal em 05/05/2011 julgou procedentes duas ações do controle concentrado de constitucionalidade (ADPF 132 e da ADI 4277), reconhecendo a união estável homoafetiva, dentre outros modelos familiares, ao definir como exemplificativo o rol trazido no art. 226 da CF/88. A partir disso, o Estado imprimiu a ideia de princípio de pluralidade de formação familiar no ordenamento jurídico e, por consequência, instituiu liberdade de formação familiar.

⁴³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, 9. ed., v. 6. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 612.

⁴⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, 9. ed., v. 6. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 615.

Embora doutrine nesses termos Gonçalves, bem como a jurisprudência do TJRS seja nesse sentido, na prática, tem-se uma linha muito tênue entre os aludidos relacionamentos amorosos, aos quais o autor refere com uma possível caracterização da união estável, e esta união extramatrimonial, sendo este um dos maiores problemas enfrentados pela jurisprudência brasileira.⁴⁵

A única afirmação possível a ser feita a despeito da união estável, então, é que esta tem início com o vínculo afetivo entre duas pessoas, ao passo que o envolvimento entre ambos ultrapassa a esfera privada do casal. É essencial que invada o ambiente público, com a identificação na sociedade como um par.⁴⁶ É o entendimento de Dias, elucidando que os critérios de notoriedade, continuidade e durabilidade do vínculo somente possuem o condão de demonstrar que entre aquelas pessoas existe um relacionamento.⁴⁷

Com relação à coabitação, no julgamento do REsp 275.839/SP, a 3ª Turma do STJ posicionou-se no sentido de ser dispensável à caracterização da união estável a coabitação, invocando o artigo 1º da Lei nº 9.278/96.⁴⁸ Logo, na prática,

⁴⁵ DIREITO DE FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. IMPOSSIBILIDADE. RELACIONAMENTO AFETIVO QUE SE CARACTERIZA COMO NAMORO. AUSÊNCIA DE OBJETIVO DE CONSTITUIÇÃO DE FAMÍLIA. RECURSO NÃO PROVIDO. Não é qualquer relacionamento amoroso que se caracteriza em união estável, sob pena de banalização e desvirtuamento de um importante instituto jurídico. Se a união estável se difere do casamento civil, em razão da informalidade, a união estável vai diferir do namoro, pelo fato de aquele relacionamento afetivo visar a constituição de família. Assim, um relacionamento afetivo, ainda que público, contínuo e duradouro não será união estável, caso não tenha o objetivo de constituir família. Será apenas e tão apenas um namoro. Este traço distintivo é fundamental dado ao fato de que as formas modernas de relacionamento afetivo envolvem convivência pública, contínua, às vezes duradoura, com os parceiros, muitas vezes, dormindo juntos, mas com projetos paralelos de vida, em que cada uma das partes não abre mão de sua individualidade e liberdade pelo outro. O que há é um EU e um OUTRO e não um NÓS. Não há nesse tipo de relacionamento qualquer objetivo de constituir família, pois para haver família o EU cede espaço para o NÓS. Os projetos pessoais caminham em prol do benefício da união. Os vínculos são mais sólidos, não se limitando a uma questão afetiva ou sexual ou financeira. O que há é um projeto de vida em comum, em que cada um dos parceiros age pensando no proveito da relação. Pode até não dar certo, mas não por falta de vontade. Os namoros, a princípio, não têm isso. Podem até evoluir para uma união estável ou casamento civil, mas, muitas vezes, se estagnam, não passando de um mero relacionamento pessoal, fundados em outros interesses, como sexual, afetivo, pessoal e financeiro. Um supre a carência e o desejo do outro. Na linguagem dos jovens, os parceiros se curtem. (TJMG - Apelação Cível 1.0145.05.280647-1/001, Relator(a): Des.(a) Maria Elza, 5ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 18/12/2008, publicação da súmula em 21/01/2009)

⁴⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011. p. 174.

⁴⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011. p. 174.

⁴⁸ DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. CONFIGURAÇÃO. COABITAÇÃO. ELEMENTO NÃO ESSENCIAL. SOCIEDADE DE FATO. AUSÊNCIA DE PROVA DE COLABORAÇÃO PARA A AQUISIÇÃO DOS BENS EM NOME DO DE CUJUS. NÃO CONFIGURAÇÃO DA SOCIEDADE DE FATO. UNIÃO ESTÁVEL. PRESUNÇÃO DE MÚTUA COLABORAÇÃO PARA FORMAÇÃO DO PATRIMÔNIO. DIREITO À PARTILHA.

constata-se que o deslinde dos conflitos oriundos desses relacionamentos, bem como os critérios de sua caracterização, no intuito de avaliar suas consequências, principalmente na esfera patrimonial, vêm sendo objeto da jurisprudência brasileira mediante a análise casuística,⁴⁹ o que gera o sentimento de insegurança jurídica.

Eis a pergunta que fica no ar: bastam tais caracterizações para atrair ao relacionamento a definição de entidade familiar e, por consequência, a imposição de um regime de bens equiparada ao casamento àquela união extramatrimonial, desrespeitando a esfera privada de um dos companheiros em prol do outro, quando ambos deliberadamente optaram por não casar?

Ainda que a união estável não possua contornos próprios de instituição formalizada, à proporção que surge regulamentação sobre a matéria a união extramatrimonial vai ganhando formas aproximadas de casamento, ao passa que a legislação dessas uniões vem se inspirando na união originada no matrimônio. Tal fenômeno legislativo acarreta modificações à união livre, de forma a trazê-la cada vez mais para perto do regramento imposto pelo ente estatal, fazendo com que deixe de ser união livre.⁵⁰

É cristalino, pois, que a constituição da união estável dispensa o formalismo, sendo esta uma das suas principais características, enquanto o casamento padece de processo de habilitação prévio, com todos os procedimentos e formalidades decorrentes do referido processo, a união estável, por sua vez, não exige qualquer ato solene, bastando a convivência entre os companheiros.⁵¹ Nota-se que a proteção estatal envolvendo a união estável surgiu em momento no qual imperava,

- O art. 1º da Lei nº 9.278/96 não enumera a coabitação como elemento indispensável à caracterização da união estável. Ainda que seja dado relevante para se determinar a intenção de construir uma família, não se trata de requisito essencial, devendo a análise 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 fidelidade, a continuidade da união, entre outros, nos quais se inclui a habitação comum.

- A ausência de prova da efetiva colaboração da convivente para a aquisição dos bens em nome do falecido é suficiente apenas para afastar eventual sociedade de fato, permanecendo a necessidade de se definir a existência ou não da união estável, pois, sendo esta confirmada, haverá presunção de mútua colaboração na formação do patrimônio do de cujus e conseqüente direito à partilha, nos termos do art. 5º da Lei nº 9.278/96. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 275.839/SP, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/10/2008, DJe 23/10/2008)

⁴⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 8. ed., 2. tir. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 47-8.

⁵⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011. p. 170.

⁵¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, 9ª ed., v. 6, São Paulo: Saraiva. 2012. p. 611.

na grande maioria dos casos, a proteção à parte mais vulnerável da relação, “escravização”⁵² do lado mais fraco, o que não se afasta a existência de tais ocorrências ainda hoje. Contudo, há de se observar que determinados casais optam por não casar justamente por não existir o interesse no matrimônio e nas consequências acarretadas em razão deste, devendo o ente estatal respeitar essa deliberação, não impondo regimes e amarras legais semelhantes ao casamento em virtude do relacionamento amoroso.

Ausentes, com efeito, a necessidade de duração mínima, coabitação ou mesmo manifestação expressa formal, diferindo de forma substancial do matrimônio, todavia em tanto se aproximando de suas consequências a união estável. Com isso, o fato de inexistir formalidade para a sua constituição pode despertar vantagem para alguns, bem como desvantagens para outros, haja vista o desinteresse nas aludidas consequências que podem surgir com o reconhecimento judicial da união estável.

2.3. União estável e efeitos patrimoniais entre os companheiros

O reconhecimento da união estável como unidade familiar pelo artigo 226, §3º, da CF/88, portanto, foi no sentido de albergar proteção especial do Estado, sem qualquer equiparação ao casamento.⁵³ Todavia, embora a Constituição não traga no bojo do seu texto a equiparação, conforme já exaustivamente abordado ao longo do presente trabalho, verifica-se que o Código Civil, a legislação extravagante, bem como a jurisprudência pátria têm conferido aos companheiros direitos muito próximos daqueles tidos com o matrimônio, inclusive a concessão de participação no patrimônio adquirido.⁵⁴

Assim como o ordenamento jurídico não exige formalidades para a constituição da união estável, também não exige o ordenamento qualquer formalidade para o desenlace, o qual pode ser dissolvido de forma livre, sem

⁵² AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da Família de Fato**. 2. ed., São Paulo: Atlas. 2002. p. 239.

⁵³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 25 ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 403.

⁵⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 25 ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 404-405 e 413.

qualquer justificativa ou ação judicial.⁵⁵ O problema dessa união surge quando um dos companheiros sobrepõe seus interesses individuais sobre o do outro, de forma a dificultar a dissolução amigável da relação, momento em que um dos conviventes, ou ambos, procura o Poder Judiciário para dirimir o conflito e reconhecer de maneira forçada àquela união extramatrimonial.

Com essa situação e, somada à ausência de exercício prévio da faculdade de firmar contrato de convivência, aos companheiros será imposto o regime legal da comunhão parcial de bens, em razão da presunção de colaboração mútua, sendo considerado fruto do esforço comum os bens adquiridos, motivo pelo qual a propriedade dos bens ficará em condomínio e em partes iguais ao casal.⁵⁶ Portanto, evidente que a união estável, quando reconhecida, enseja efeitos jurídicos, aplicando-se as mesmas regras que dizem respeito ao regime da comunhão parcial de bens, já que a união estável, por si só, produz resultados patrimoniais.⁵⁷

Nesse quesito, Rodrigo da Cunha Pereira pondera que, ante a inexistência de regras jurídicas norteadoras da convivência em união estável em diversos aspectos, seu rompimento pode ser muito mais complexo e difícil do que o divórcio.⁵⁸

Segundo precedentes do STJ⁵⁹, existe a presunção absoluta de que os bens adquiridos de forma onerosa na constância da união são resultado do esforço comum dos conviventes, com base no artigo 5º da Lei 9.278/1996.

⁵⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 8. ed., 2. tir. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 77.

⁵⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011. p. 179.

⁵⁷ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 9. ed, Rio de Janeiro: Forense. 2014. p. 854.

⁵⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 8. ed., 2. tir. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 77.

⁵⁹ CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL MANEJADO SOB A ÉGIDE DO CPC/73. FAMÍLIA. DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA DE BENS. OFENSA A ARTIGO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO STF. ALEGAÇÃO GENÉRICA DE AFRONTA À CF. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INCIDÊNCIA, POR ANALOGIA, DA SÚMULA Nº 284 DO STF. COMPROVAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL CONTÍNUA E DURADOURA. CONCLUSÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO COM BASE NOS ELEMENTOS E PROVAS DOS AUTOS. REVISÃO NA VIA DO RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE PROVAS. VEDAÇÃO. SÚMULA Nº 7 DO STJ. ALEGAÇÃO GENÉRICA DE OFENSA A LEI FEDERAL. AUSÊNCIA DE ESPECIFICAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL OFENDIDO. DEFICIÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO. INCIDÊNCIA, POR ANALOGIA, DA SÚMULA Nº 284 DO STF. ANULAÇÃO DE REGISTRO PÚBLICO DE ESCRITURA COM BASE EM OCORRÊNCIA DE SIMULAÇÃO. AÇÃO AUTÔNOMA. ART. 1.245 DO CC/02. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO DA FAMÍLIA. APÓS A EDIÇÃO DA LEI Nº 9.278/1996, NA UNIÃO ESTÁVEL, VIGENTE O REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL, HÁ PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE QUE OS BENS ADQUIRIDOS ONEROSAMENTE NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO SÃO RESULTADO DO ESFORÇO COMUM DOS CONVIVENTES. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. 1. As disposições do NCPC, no que se refere

O artigo 1.725⁶⁰ do Código Civil estabelece os efeitos patrimoniais resultantes do reconhecimento da união estável, de modo que ausente contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais o regime da comunhão parcial de bens, sendo referido contrato denominado pela doutrina de “contrato de convivência”.⁶¹ Conforme ressalta Flávio Tartuce, essa modalidade de contrato pode regular a união estável pela adoção de outro regime pelos companheiros, todavia não pode ser instrumento elaborado no intuito de afastar a existência da união estável quando ela existir, de modo que, nos casos de dúvida, aplicar-se-á o princípio do *in dubio pro familia*.⁶²

Sobre o dispositivo de lei supramencionado, Carlos Roberto Gonçalves assevera que não é possível afastar o direito de meação ao companheiro na dissolução da união estável, sendo, neste aspecto, equiparado na integralidade ao regime da comunhão parcial de bens do casamento, ou seja, os bens adquiridos de forma onerosa na constância da união serão partilhados de igual modo entre ambos, já que pertencem ao casal.⁶³

Hoje, para fins de divisão patrimonial, restou superado o entendimento de apuração de esforço comum entre os companheiros como critério adotado para a

aos requisitos de admissibilidade dos recursos, são inaplicáveis ao caso concreto ante os termos do Enunciado Administrativo nº 2 aprovado pelo Plenário do STJ na Sessão de 9.3.2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. 2. Não compete ao STJ o exame de violação a dispositivo da Constituição Federal, sob pena de usurpação da competência do STF. Precedentes.

3. A conclusão da instância ordinária, formada com suporte nos elementos fáticos e probatórios dos autos de que se configurou a união estável pública, contínua e duradoura dos litigantes, não pode ser revista em recurso especial em razão do óbice contido na Súmula nº 7 do STJ.

4. A alegação de ofensa genérica à Lei Federal, sem indicação do dispositivo legal violado pelo acórdão recorrido, caracteriza deficiência da fundamentação e faz incidir, por analogia, a Súmula nº 284 do STF.

5. Não obstante o Juízo de Família seja competente para reconhecer e dissolver a união estável, bem como para determinar a partilha dos bens adquiridos na constância da convivência, eventual nulificação de registro de escritura pública de transferência de propriedade a terceiro que não participou da lide familiar, ainda que com base em simulação, deve ser realizada em ação autônoma, a teor do art. 1.245 do CC/02, em decorrência do princípio da fé pública. Precedentes.

6. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 1485014/MA, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/04/2017, DJe 15/05/2017)

⁶⁰ Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

⁶¹ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 4 ed., vol. único, São Paulo: Método. 2014. p. 1241.

⁶² TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 4 ed., vol. único, São Paulo: Método. 2014. p. 1241.

⁶³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, 9ª ed., v. 6, São Paulo: Saraiva. 2012. p. 630.

realização da partilha dos bens adquiridos a título oneroso durante o período da união estável, sob pena de contrariar o disposto no art. 1.725 do Código Civil.⁶⁴

Esse novo posicionamento adotado pela legislação e pela jurisprudência, contudo, traz retrocesso ao Direito Consuetudinário, adverte Rodrigo da Cunha Pereira, na medida em que união estável e casamento estão praticamente equiparados, do ponto de vista jurídico.⁶⁵ Concluindo, o autor faz ressalvas que *“chegará um momento em que a liberdade de não casar, ou seja, viver em união estável, não haverá, pois aqueles que vivem em união estável estarão sob as mesmas regras do casamento”*, sendo salutar ao ordenamento a manutenção das diferenças entre os institutos, sob pena de cerceamento da liberdade de escolha das pessoas, já que a equiparação implica intervir diretamente em seus desejos.⁶⁶

Certo é que a escolha do legislador foi pautada na proteção da parte economicamente mais fraca, entretanto, não se pode esquecer que um instituto cujo ponto central é justamente a liberdade na elaboração das suas regras - singulares a cada casal - está caminhando ao encontro do casamento civil, oposto do que se busca com a união estável.⁶⁷

⁶⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 8. ed., 2. tir. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 91.

⁶⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 8. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 92.

⁶⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 8. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 92.

⁶⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 8. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 92.

3. AUTONOMIA PRIVADA

3.1. Autonomia privada e autonomia da vontade

Inicialmente, antes de abordar a autonomia privada no ramo das relações de família, especificamente na seara da união estável, insta salientar a diferença existente entre os princípios da autonomia privada e da autonomia de vontade. Em que pese muito confundidos, ambos os institutos apresentam diferenças basilares entre si, tendo em vista possuírem distintas origens históricas. Referida diferenciação adotada proporcionou maiores contornos e importância à liberdade individual como elemento angular da sociedade, tornando-se fundamento das relações jurídicas privadas.

Gerson Branco e José Alberto Moreira definem a autonomia da vontade como o produto da implementação do Estado Liberal no século XIX pela burguesia, sendo baseado em concepções egoísta, individualista e focada no aspecto privado do Direito Civil, contexto histórico em que a simples declaração de vontade era suficiente para embasar negócios jurídicos.⁶⁸

Nesse novo modelo cabia ao Estado apenas assegurar a execução dessas vontades estipuladas entre os indivíduos, ao passo que a vontade de todo ser humano deve ser concebida como vontade legisladora universal, segundo Immanuel Kant,⁶⁹ visando a alavancar o direito dos particulares quando de suas pactuações.⁷⁰

Fruto da Revolução Francesa de 1789, a autonomia da vontade, portanto, ganha força e concretude com o surgimento do Estado Liberal, ao passo que houve o reconhecimento da liberdade negocial como forma de manifestação da personalidade humana.⁷¹

⁶⁸ BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MOREIRA, José Alberto Marques. **Autonomia privada nas relações do direito de família**. Seminário Nacional de Dimensões Materiais e Eficaciais dos Direitos Fundamentais, I. Chapecó: Unoesc. 2011. p. 131-146.

⁶⁹ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. São Paulo: Discurso Editorial – Barcarolla. 2009. p. 133.

⁷⁰ SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. **Regimes de bens no casamento e na união familiar estável**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2015. p. 20.

⁷¹ SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. **Regimes de bens no casamento e na união familiar estável**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2015. p. 32.

Maria de Fátima Freire de Sá⁷² destaca o caráter subjetivo e psicológico vinculado à expressão “autonomia da vontade”, enquanto a autonomia privada está relacionada à objetividade e ao caráter real e concreto da vontade no direito, citando Francisco Amaral⁷³, tendo como balizadores a ordem pública e os bons costumes, de modo a possibilitar aos indivíduos a determinação do conteúdo, forma e/ou efeitos daquele negócio jurídico, não cabendo ao direito a análise intrínseca da vontade, mas apenas a manifestação concreta desta.⁷⁴

A expressão “autonomia da vontade” encontra amparo em Kant, cuja filosofia entendia que a dignidade da pessoa não deveria se curvar a leis senão àquelas próprias do indivíduo. Ou seja, traz a ideia do homem naturalmente livre, cujas obrigações somente poderiam emanar da sua vontade, o que demonstra influência do jusracionalismo iluminista do século XVIII.⁷⁵

No entanto, este princípio perdeu força, passando a ser relativizado, na medida em que a sociedade evolui, o que se deu principalmente após a Segunda Guerra Mundial, momento em que as questões jurídicas envolvendo a pessoa humana ganharam força.⁷⁶ Além disso, o Estado assume posição mais intervencionista, passando a regular com mais rigor as relações entre privados, no intuito de diminuir as desigualdades sociais existentes em decorrência das legislações até então vigentes, nascendo o dirigismo contratual e a autonomia privada, conceito este mais adequado aos novos desdobramentos sociais emergentes.

A expressão “dirigismo contratual” refere-se às medidas estatais adotadas no intuito de proteger a supremacia dos interesses coletivos em contraposição aos interesses de cunho meramente individual dos contraentes, cujo embasamento estava atrelado à política de proteção e controle estatal às mais variadas classes sociais em face dos vulneráveis economicamente, por vezes sacrificando benefícios

⁷² SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey. 2002. p. 115-116.

⁷³ AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2000. p. 337-338.

⁷⁴ SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey. 2002. p. 116.

⁷⁵ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**. São Paulo: Saraiva. 1994. p. 112.

⁷⁶ MULTEDO, Renata Vilela. **Liberdade e família: limites para a intervenção do estado nas relações conjugais e parentais**. Rio de Janeiro: Processo. 2017. p. 40.

individuais em prol da coletividade, no entanto, sem deixar de observar não só os interesses dos envolvidos, como também os da sociedade.⁷⁷

No Brasil, antes da inauguração do Estado Democrático de Direito com a Constituição de 1988, a qual consagrou princípios o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e o da solidariedade social (art. 3º, I), a autonomia da vontade estava prevista nas constituições anteriores, bem como no Código Civil de 1916.⁷⁸ Referido código refletia o individualismo exacerbado que embasava a autonomia da vontade, no intuito de tornar livre o interesse de regulamentar dos particulares para que assim pudessem acumular mais propriedades, tendo como ápice a preservação do interesse individual em prol do social, isto é, a força vinculante dos negócios jurídicos (*pacta sunt servanda*).⁷⁹

Com o Estado Democrático de Direito, portanto, houve redimensionamento do estudo atrelado ao Código Civil, uma vez que os princípios supramencionados na Carta constitucional passaram a ser limite à autonomia privada, tornando-se instrumentos de funcionalização deste instituto,⁸⁰ chamada constitucionalização do direito civil⁸¹, também conhecida por personalização.⁸²

Dessa forma, a autonomia da vontade está associada a um conceito mais amplo, isto é, refere-se a uma manifestação de vontade ilimitada, enquanto a autonomia privada é uma liberdade de autorregulação que o indivíduo possui, de acordo com Adriana da Silva Maillart e Samyra Dal Farra Naspolini Sanches. Para ambas, tal mudança representa um novo significado à autonomia, uma vez que

⁷⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 25 ed. São Paulo: Saraiva. 2009. p.25.

⁷⁸ BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MOREIRA, José Alberto Marques. **Autonomia privada nas relações do direito de família**. Seminário Nacional de Dimensões Materiais e Eficaciais dos Direitos Fundamentais, I, Chapecó: Unoesc. 2011. p. 131-146.

⁷⁹ SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. **Regimes de bens no casamento e na união familiar estável**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2015. p. 27.

⁸⁰ BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MOREIRA, José Alberto Marques. **Autonomia privada nas relações do direito de família**. Seminário Nacional de Dimensões Materiais e Eficaciais dos Direitos Fundamentais, I. Chapecó: Unoesc. 2011. p. 131-146.

⁸¹ Para ler mais sobre o tema *vide* Eugênio Facchici Neto no artigo “A constitucionalização do direito privado”.

⁸² SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. **Regimes de bens no casamento e na união familiar estável**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2015. p. 35-36.

passa a ser adotada a autonomia privada em detrimento da autonomia da vontade, a qual era utilizada de maneira ampla é ilimitada antes do século XX.⁸³

Ana Prata, por sua vez, afirma que a autonomia privada surge na implantação do modo de produção capitalista, momento em que há desvinculação do trabalhador à terra e ao senhor feudal, vindo a tona a noção de negócio jurídico, razão pela qual a autonomia privada ganha contorno autônomo e operativo por afirmar a liberdade das pessoas.⁸⁴

Com efeito, entende-se a autonomia privada como a autorização concedida pelo Estado ao particular de administrar e gerenciar a sua vida pessoal da forma que entender mais apropriada, na medida em que o próprio Estado fixa as ações no tocante ao conteúdo, efeitos e consequências jurídicas.⁸⁵

É facultado aos privados, em síntese, o autogoverno na sua esfera jurídica quando no âmbito da autonomia privada, de modo que lhes é conferida a capacidade de gerir suas próprias relações: constituir, modificar, extinguir e, sobretudo, determinar o seu conteúdo.

Nesses moldes, tem-se a caracterização ainda mais evidente da presença de um Estado assistencial em detrimento de um modelo intervencionista, haja vista o exercício da autonomia privada fomentar as relações entre particulares na elaboração de cláusulas que têm como destino obrigações que se ocupam dos aspectos estabelecidos pelo ente estatal.⁸⁶

Princípio fundamental do direito civil, para Clóvis do Couto e Silva, autonomia privada é materializada com a regulamentação espontânea do interesse do próprio particular quando da celebração de negócios jurídicos, tornando-se instrumento de realização do direito, visto que permite aos indivíduos reger da forma que melhor lhes traga proveito o pacto, de modo que a interferência na organização da esfera

⁸³ MAILLART, Adriana da Silva; SANCHES, Samyra dal Farra Napolini. **Os limites à liberdade na autonomia privada**. Pensar: Revista de Ciências Jurídicas. Fortaleza, v. 16. n. 1. p. 09-34. jan/jun. 2011. Semestral.

⁸⁴ PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina. 1982. p. 09.

⁸⁵ BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MOREIRA, José Alberto Marques. **Autonomia privada nas relações do direito de família**. Seminário Nacional de Dimensões Materiais e Eficaciais dos Direitos Fundamentais, I. Chapecó: Unoesc. 2011. p. 131-146.

⁸⁶ SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. **Regimes de bens no casamento e na união familiar estável**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2015. p. 22-23.

individual advinda dos modelos de Estados constitucionais sofre limitação em virtude dos direitos e garantias previstas na Constituição aos particulares.⁸⁷

Autonomia privada tem embasamento na liberdade – maior desenvolvimento - condicionada ao valor jurídico, visualizando no ser humano o elemento estruturante do ordenamento jurídico, no intuito de reger a livre manifestação da vontade dos indivíduos dentro dos limites legais conferidos, razão pela qual não se confunde liberdade com autonomia privada, haja vista que esta se trata de mero desdobramento da liberdade.⁸⁸

Judith Martins Costa define que o princípio da dignidade da pessoa humana implica o reconhecimento da capacidade de autodeterminação do ser humano, tendo em vista que não ser possível exercer a dignidade com submissão, o que comportaria em escravidão. Para ela, autodeterminação traduz-se no exercício da liberdade humana, cujo embasamento fundamental encontra amparo na filosofia, sendo a autonomia privada uma das formas de expressão jurídica da liberdade no campo negocial.⁸⁹

Leciona a doutrinadora, ainda, que os princípios da liberdade, autonomia privada, auto-responsabilidade e dignidade da pessoa humana estão interligados entre si, ao passo que a dignidade se manifesta por intermédio da liberdade, a qual, por sua vez, é traduzida no âmbito dos negócios jurídicos pela referida autonomia privada, estando esta última associada à imputação responsável pelos próprios comportamentos (auto-responsabilidade). No entanto, os atos de autonomia são fruto da sociedade, havendo vinculação daqueles que emitiram a declaração na celebração do negócio jurídico a eventuais terceiros afetados por ela, diante do princípio da confiança legítima presente nestes atos.⁹⁰

⁸⁷ COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 27.

⁸⁸ SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. **Regimes de bens no casamento e na união familiar estável**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2015. p. 23.

⁸⁹ MARTINS-COSTA, Judith; REALE, Miguel. **Casamento sob o regime da separação total de bens, voluntariamente escolhido pelos nubentes**. Compreensão do fenômeno sucessório e seus critérios hermenêuticos a força normativa do pacto antenupcial. Revista Trimestral de Direito Civil, v. 24. 2009. p. 205-228. Out./Dez.

⁹⁰ MARTINS-COSTA, Judith; REALE, Miguel. **Casamento sob o regime da separação total de bens, voluntariamente escolhido pelos nubentes**. Compreensão do fenômeno sucessório e seus critérios hermenêuticos a força normativa do pacto antenupcial. Revista Trimestral de Direito Civil. v. 24. 2009. p. 205-228.

A professora Maria Cláudia Cachapuz, ao tratar sobre liberdades humanas, afirma que o assunto envolve, na realidade, os meios para “tornar compatível o agir de cada indivíduo no mundo da relação”, e, na hipótese de confronto entre liberdades subjetivas, haverá maior grau de dificuldade para estabelecer hierarquia entre as liberdades que se contrapõem, na medida em que é tarefa árdua ponderar qual direito se sobrepõe ao outro.⁹¹

Entende-se por autonomia privada, de acordo com Perlingieri, o poder conferido pelo ente estatal ao particular de conceber consequências jurídicas àqueles comportamentos objeto de livre pactuação, tendo como fundamento a liberdade dos indivíduos de regularem suas próprias ações, isto é, aquele comportamento comum a ambos os envolvidos no negócio ser regrado mediante um entendimento comum.⁹²

Assim, Fernando Noronha elucida sobre as diferenças existentes entre os institutos, afirmando que o contrato constitui um comando, ou preceito, que, embora privado, é como tal reconhecido pelo ordenamento jurídico⁹³ e, com isso, o contrato e a autonomia possuem uma função econômico-social. Sustenta o autor, dessa forma, que a expressão mais adequada a ser adotada atualmente no tocante à autonomia nos contratos é autonomia privada, e não autonomia da vontade, motivo pelo qual autonomia privada exprime a nova concepção de liberdade individual: a liberdade de autorregulamento de interesses individuais nas relações privadas como fato social.⁹⁴

O que se entende, portanto, é que houve o abandono da concepção clássica de autonomia (da vontade) preconizada pelo antigo liberalismo, na qual as partes possuíam liberdade ampla e ilimitada para estipular, bem como pactuar suas relações jurídicas, preocupando-se exclusivamente com o seu benefício econômico

⁹¹ CACHAPUZ, Maria Cláudia. **Direito de personalidade e responsabilidade civil na perspectiva da ética do discurso**. Revista Jurídica Luso Brasileira. v. 3. p. 1123-1154, 2017.

⁹² PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional**. 3 ed, Rio de Janeiro: Renovar. 2007. p. 17.

⁹³ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**. São Paulo: Saraiva. 1994. p. 88.

⁹⁴ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**. São Paulo: Saraiva. 1994. p. 89.

próprio e exclusivo, em detrimento da autonomia privada cujo corolário é o princípio da liberdade contratual.⁹⁵

Vale lembrar, ainda, a ponderação trazida por Ana Prata com relação à autonomia privada, já que assevera que esta autonomia não indica toda a liberdade, seja ela privada, seja ela jurídica privada, mas apenas o aspecto desta última, qual seja: a liberdade negocial.⁹⁶ O direito subjetivo e a liberdade negocial são os meios com os quais os indivíduos exercitam a tutela jurídica de seus próprios interesses relativo à expressão da liberdade.⁹⁷

Equivocada a análise que trata ambos os institutos como se iguais fossem, porquanto simplista, haja vista desconsiderar o contexto histórico em que estão inseridas, devendo ser observado que a autonomia da vontade é princípio jurídico fundamental do Direito Privado, a qual foi superada para dar espaço para a autonomia privada.⁹⁸ Por isso, não se coaduna com o contexto social atual a afirmação de que o negócio jurídico é fonte de lei para os contraentes, pois, é retrato do liberalismo fundado na liberdade sóciojurídica, a qual, todavia, não deixou de existir, mas sim passou por um processo de readequação para atender ao novo modelo social,⁹⁹ que se baseia na tutela da personalidade como meio de garantir a dignidade da pessoa.¹⁰⁰

3.2. Autonomia privada nas relações de direito de família *versus* imposição da união estável como mitigação à autonomia privada

Conforme já assinalado, a Constituição Federal de 1988 preocupou-se em proteger a pessoa humana, principalmente quando trouxe como um dos fundamentos da República o princípio da dignidade da pessoa humana no inciso III

⁹⁵ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**. São Paulo: Saraiva. 1994. p. 111.

⁹⁶ PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina. 1982. p. 13.

⁹⁷ PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina. 1982. p. 15.

⁹⁸ SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. **Regimes de bens no casamento e na união familiar estável**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2015. p. 24-25.

⁹⁹ SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. **Regimes de bens no casamento e na união familiar estável**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2015. p. 29.

¹⁰⁰ COSTALUNGA, Karime. **Direito de herança e separação de bens**. São Paulo: Quartier Latin. 2009. p. 58.

do artigo 1º¹⁰¹, enquanto o artigo 5º¹⁰² elevou à categoria de valores fundamentais a liberdade e a igualdade, dentre outros,¹⁰³ tendo o princípio da dignidade humana preponderância do direito de família.¹⁰⁴

O Código Civil atual reflete as mudanças pelas quais a sociedade passou, principalmente no que se refere às relações familiares, incluindo um sistema de cláusulas gerais a fim de proporcionar aos intérpretes e aplicadores do direito maior aproximação entre os valores inerentes da Constituição e as inúmeras formas de organização familiar.¹⁰⁵

Para abordar o princípio da autonomia privada no âmbito da relação familiar, faz-se necessário elucidar as diferenças existentes nas expressões direitos humanos e direitos de personalidade para melhor compreensão do tema, porquanto muitas vezes confundidos. Enquanto a primeira expressão é desde o princípio igual a última, a expressão direitos da personalidade, por sua vez, possui enfoque tanto constitucional quanto privado.¹⁰⁶ Em suma, conclui-se que a autonomia privada deriva dos direitos de personalidade.

Extrai-se da Constituição, portanto, uma atuação unificadora, de modo que traz no bojo de seu texto legal a fixação de princípios básicos norteadores do direito, os quais também devem ser observados no âmbito do Direito de Família.¹⁰⁷

Pode o aplicador do direito, com isso, lançar mão dos princípios quando da interpretação das relações humanas nas hipóteses de lacuna legislativa, haja vista a leitura do texto constitucional remeter ao indivíduo como elemento crucial da ordem constitucional.¹⁰⁸ Em conformidade com essa linha, Flávio Tartuce elucida que a

¹⁰¹ Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;

¹⁰² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...).

¹⁰³ SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey. 2002. p. 91-92

¹⁰⁴ SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. **Regimes de bens no casamento e na união familiar estável**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2015. p. 36.

¹⁰⁵ SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. **Regimes de bens no casamento e na união familiar estável**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2015. p. 51.

¹⁰⁶ SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey. 2002. p. 93.

¹⁰⁷ SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. **Regimes de bens no casamento e na união familiar estável**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2015. p. 54.

¹⁰⁸ SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. **Regimes de bens no casamento e na união familiar estável**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2015. p. 58.

pessoa humana é o centro do Direito de Família, de modo que a legislação converge à ordem pública ou cogente, motivo pelo qual tais normas não estão autorizadas a sofrer objeção mediante convenções, face à lei de caráter imperativo (art. 166, VI, do CC).¹⁰⁹

Da análise do Código Civil, portanto, é possível observar uma tendência à personalização do Direito Civil, ao passo que existe maior foco na pessoa em detrimento do patrimônio, ou seja, há despatrimonialização, evidenciando uma distinção entre direito patrimonial e direito existencial trazidas pelo código, o que apresenta reflexo em todo direito patrimonial, de acordo com Flávio Tartuce.¹¹⁰

Como Direito Fundamental¹¹¹, a autonomia privada ganha mais força quando no âmbito do Direito de Família e Sucessões, porquanto são ramos do Direito Privado ligados à intimidade do indivíduo, com relação à liberdade de casar, testar, etc, encontrando limites, por óbvio, nas disposições legais. Por essa razão, não cabe ao Estado intervir nessas relações, salvo nas hipóteses de disparidade entre as partes, em que houver manifesta vulnerabilidade, haja vista a atual preponderância do asseguramento dos direitos da personalidade de cada integrante da família.¹¹²

Sobre as consequências resultantes do artigo 226 da Constituição Federal de 1988 não é possível afirmar, com precisão, a profundidade extraída deste dispositivo aberto quando a interpretação for tanto no sentido de favorecer as realidades sociais do Brasil quanto a de toda sistemática do direito privado, o que inclui o regramento sobre Direito de Família, sem atentar ao fato de que destas relações emergem não só efeitos pessoais e sociais, mas também patrimoniais.¹¹³

Da análise histórica e da caracterização da união estável, verifica-se que essa elevação da união estável à entidade familiar demonstra a preocupação da Constituição Federal de 1988 no que toca ao princípio da igualdade dessas novas

¹⁰⁹ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 4 ed., vol. único, São Paulo: Método. 2014. p. 1108.

¹¹⁰ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 4 ed., vol. único, São Paulo: Método. 2014. p. 1108.

¹¹¹ Art. 5º, II, CF/88 - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

¹¹² LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil**. 3. ed. v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004. p. 40.

¹¹³ SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. **Regimes de bens no casamento e na união familiar estável**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2015. p. 51.

entidades.¹¹⁴ No entanto, conforme ilustra Paulo Lôbo, não pode ser deixado de lado o princípio da liberdade de escolha, o qual consiste em concretização do já referido princípio da dignidade da pessoa humana - conjunto de princípios e valores que tem a função de garantir que cada cidadão tenha seus direitos respeitados -, o que acaba por ser princípio genérico e mais abrangente.¹¹⁵

Nesse novo contexto de prevalência da pessoa humana, imprescindível que sejam preservados os espaços de não interferência estatal, bem como a adoção de limites e justificativas em conformidade com os princípios do sistema para que se possibilite a apuração da legitimidade das intervenções legislativas e judiciais no tocante a determinadas escolhas relativas à esfera íntima da pessoa humana no âmbito da família.¹¹⁶

Dessa maneira, diante da soberania do princípio da dignidade da pessoa humana, caberia às pessoas a liberdade de escolher, bem como de constituir a forma de entidade familiar que lhes melhor couber e atender a realidade social dos envolvidos, de modo que não é função do legislador assim definir, consoante assevera Paulo Lôbo.¹¹⁷ Renata Vilela Multedo complementa ao apontar que é papel do ordenamento jurídico a garantia do espaço para que o indivíduo possa exercer e usufruir da sua autonomia.¹¹⁸

Todavia, embora a parte que regula o Direito de Família dentro do Código Civil ter como base a autonomia privada, na prática, verifica-se a inobservância deste princípio pelo ente estatal. Exemplo disso é a nulidade do contrato de namoro celebrado entre pessoas que buscam fugir dos efeitos patrimoniais decorrentes da união estável, sob o fundamento de que uma das partes envolvidas estaria renunciando os seus direitos por intermédio do instrumento contratual, bem como de

¹¹⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus***. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre. síntese/ibdfam. jan,fev,mar. 2002. n.12. p.40-55.

¹¹⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus***. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre. síntese/ibdfam. jan,fev,mar. 2002. n.12. p.40-55.

¹¹⁶ MULTEDO, Renata Vilela. **Liberdade e família: limites para a intervenção do estado nas relações conjugais e parentais**. Rio de Janeiro: Processo. 2017. p. 40.

¹¹⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus***. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre. síntese/ibdfam. jan,fev,mar. 2002. n.12. p.40-55.

¹¹⁸ MULTEDO, Renata Vilela. **Liberdade e família: limites para a intervenção do estado nas relações conjugais e parentais**. Rio de Janeiro: Processo. 2017. p. 45.

forma indireta, a determinados direitos de essência pessoal, dentre os quais estão os alimentos.¹¹⁹

Ademais, ao tratar de autonomia privada no âmbito das relações familiares, vale o destaque da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil em 1992 e internalizada mediante o Decreto 678/1992, estabelece, consoante disposto no artigo 17.3¹²⁰, que o casamento não pode ser celebrado sem o livre consentimento dos contratantes. Ou seja, a redação do texto da Convenção exterioriza o princípio da autonomia privada nas relações de família, vez que reconhece a suma importância deste princípio no âmbito do direito internacional, demonstrando haver clara preocupação do legislador com a vontade íntima do indivíduo.

Logo, constata-se que o Código Civil brasileiro de 2002 se coaduna com o respeito ao princípio da autonomia privada presente na referida Convenção, na medida em que o Direito de Família possui embasamento no referido princípio quando, conforme já referido, cabendo à presença do Estado intervir no gozo do pleno direito decorrente da personalidade quando na manifestação de vontade dos nubentes houver algum impedimento, bem como para se certificar que o ato cumpriu os preceitos legais. Inexistentes as referidas situações, o ente estatal deve agir no sentido de apenas declarar os nubentes casados, nos termos do artigo 1.514¹²¹.

Em outras palavras, o casamento possui amparo no mútuo consentimento entre os nubentes,¹²² sendo ato solene e celebrado perante a presença de testemunhas, podendo ser atribuído efeitos civis ao matrimônio celebrado somente no religioso, desde que obedeça aos requisitos legais estipulados nos artigos 1.515 e 1.516 do Código Civil.¹²³

Outra forma de manifestação da autonomia privada no ramo do Direito de Família consiste na escolha do regime de bens pelos nubentes, sendo-lhes facultado por lei a estipulação do regime que melhor se adequar a realidade do casal,

¹¹⁹ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 4 ed., vol. único, São Paulo: Método. 2014. p. 1108.

¹²⁰ Art. 17 - Proteção da Família. 3. O casamento não pode ser celebrado sem o livre e pleno consentimento dos contraentes.

¹²¹ Art. 1.514, CC/02. O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados.

¹²² DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 25 ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 55.

¹²³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011. p. 151-152.

conforme artigo 1.639, caput¹²⁴ do Código Civil. Dessa forma, não há qualquer tipo de vedação imposta pela legislação à escolha do regime de bens, o que garante plena liberdade de escolha aos futuros cônjuges.¹²⁵ Além disso, não há restrição quanto à escolha por regimes mistos, o que seria manifesta afronta ao princípio da liberdade, havendo a possibilidade, inclusive, de elaboração de um regime singular, isto é, que melhor atenda aos interesses específicos daqueles nubentes.¹²⁶

Na mesma linha do regime de bens e do casamento, também o divórcio representa maneira de exteriorização do princípio da autonomia privada, já que, assim como há liberdade para constituir matrimônio, por razões óbvias, livres são os cônjuges para desfazê-lo a qualquer momento, havendo formalização do rompimento.

Assim, verifica-se que os atos civis decorrentes do Direito de Família, desde a união, regime de bens, casamento e dissolução da sociedade conjugal estão intimamente relacionados à autonomia privada do indivíduo que, por sua vez, encontram amparo nos direitos da personalidade, tendo como traço comum o formalismo por intermédio da manifestação expressa dos cônjuges, como forma de desenvolvimento de liberdade, haja vista a necessidade de cumprimento das formalizações legais. Tais observações são de suma importância para o presente estudo, pois será demonstrado que a união estável consiste em exceção à regra pelo fato de relativizar a autonomia privada.

No atual contexto social, o legislador brasileiro optou por medidas mais intervencionistas com relação ao Direito de Família, sob o fundamento de haver desigualdade entre seus integrantes, o que faz surgir o debate sobre o direito de não casar, bem como se essa intervenção nas relações extramatrimoniais devem ser regulamentadas ou não, conforme Luiz Edson Fachin.¹²⁷

Entre casamento e união estável, portanto, observam-se diferenças essenciais. Enquanto o primeiro consiste em ato solene, formal e de natureza

¹²⁴ Art. 1.639, CC/02. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.

¹²⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011. p. 221.

¹²⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011. p. 221.

¹²⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Elementos Críticos do Direito de Família: curso de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar. 1999. p. 66.

pública, haja vista a realização ocorrer perante autoridade competente e mediante manifestação de vontade¹²⁸, de acordo com explanação já abordada anteriormente, a união estável não exige forma solene, porquanto pode ser expressa ou tácita, sendo um fenômeno fático.¹²⁹

Embora haja divergências doutrinárias quanto à natureza jurídica do casamento, as teorias (teorias contratualista, do casamento como instituição familiar e eclética ou mista) envolvendo esta questão contemplam a forma e a manifestação expressa dos nubentes como pré-requisito comum, o que demonstra a observância do princípio da autonomia privada das partes e, por conseguinte, os direitos de personalidade dos envolvidos.

Francisco José Cahali remonta a importância de edição de disposição legal específica para tratar a despeito da imposição de obrigações, ou mesmo fixação de direitos e deveres aos companheiros, não sendo admissível a analogia ou equiparação das regras aplicadas ao casamento à união estável com o fundamento constitucional, ao passo que a Constituição se limitou apenas no acolhimento da união estável com relação aos seus efeitos externos em face do Estado e da sociedade.¹³⁰

Nessa mesma linha sobre a situação da união estável no âmbito brasileiro, apontamentos importantes são feitos por João Baptista Villela, elucidando que:

Especialmente grave tem sido nos últimos anos o furor regulamentatório da República em matéria das chamadas uniões estáveis. Não há na Constituição uma só palavra de onde se possa derivar a suposta necessidade de submeter essas formações espontâneas à cravelha da lei. O que quis e quer a Constituição é, por óbvias razões de justiça social, estender a tais construções informais o manto protetor da lei, especialmente os benefícios da seguridade social.¹³¹

Seguindo as ponderações de Villela, assim como à Igreja, cabe ao Estado apenas reconhecer a família. Contudo, adverte o autor que tal reconhecimento deve possuir o objetivo de assegurar a faculdade de autonomia, isto é, de

¹²⁸ Art. 1.514, CC/02. O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados.

¹²⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 8. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 95.

¹³⁰ CAHALI, Francisco José. **União estável e alimentos entre os companheiros**. São Paulo: Saraiva. 1996. p. 190-191.

¹³¹ VILLELA, Baptista João. **Repensando o direito de família**. Rio de Janeiro: COAD. Tomo 2. SC Editora Jurídica. 1999. p. 52/59.

autorregramento, não bastando o espaço reservado na constituição e nos códigos, para depois submetê-las a regras de organização e funcionamento. Para ele, então, “o casamento e a família só serão o espaço do sonho, da liberdade e do amor à condição de que os construam os partícipes mesmos da relação de afeto”.¹³²

Portanto, percebe-se que há um contínuo e crescente desrespeito estatal com relação à liberdade de autorregramento dos sujeitos. Além da mitigação da autonomia privada no reconhecimento forçado da união estável pelo ente estatal, objeto do presente estudo, destaca-se, a título de exemplo, o esfacelamento do pacto antenupcial pelo direito sucessório, o qual impõe comunhão *post-mortem*, embora a autonomia do casal tenha sido no sentido de atribuir separação total ao regime de bens, estudos realizados por Karime Costalunga na obra “Direito de herança é separação de bens”¹³³, e Judith Martins-Costa e Miguel Reale em artigo publicado na Revista Trimestral de Direito Civil¹³⁴.

Na jurisprudência, a 6ª Turma Cível do TJDFT ao julgar a apelação civil nº 20100110051558¹³⁵, entendeu se tratar de *pacta corvina* o pacto antenupcial realizado pelos cônjuges, ao passo que havia a convenção de que um estaria excluído da sucessão do outro, sob a alegação de que é vedado pelo ordenamento jurídico pátrio convencionar sobre herança de pessoa viva, com base nos arts. 426 e 1.655 do Código Civil, afastando a autonomia privada das partes.

Para Villela, a usurpação desse direito pelo Estado causa, inicialmente, a desqualificação do indivíduo, seguida pela “infantilização das pessoas e a castração

¹³² VILLELA, Baptista João. **Repensando o direito de família**. Rio de Janeiro: COAD. Tomo 2. SC Editora Jurídica. 1999. p. 52/59.

¹³³ COSTALUNGA, Karime. **Direito de herança e separação de bens**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

¹³⁴ MARTINS-COSTA, Judith; REALE, Miguel. **Casamento sob o regime da separação total de bens, voluntariamente escolhido pelos nubentes**. Compreensão do fenômeno sucessório e seus critérios hermenêuticos a força normativa do pacto antenupcial. Revista Trimestral de Direito Civil. v. 24. 2009. p. 205-228.

¹³⁵ APELAÇÃO. INVENTÁRIO. CÔNJUGE SUPÉRSTITE. CASADO SOB REGIME DE SEPARAÇÃO CONVENCIONAL. HERDEIRO NECESSÁRIO. PACTO ANTENUPCIAL QUE TRATOU DA SUCESSÃO HEREDITÁRIA. PACTA CORVINA. NEGÓCIO NULO. O cônjuge supérstite é herdeiro necessário (artigo 1.845, do Código Civil) e, se era casado com o falecido sob o regime de separação convencional de bens, concorre na sucessão com os descendentes do de cujus (artigo 1.829, I, do Código Civil). Neste sentido, REsp 1.382.170-SP (Informativo 562) e enunciado 270, da III Jornada de Direito Civil. O pacto antenupcial que trata de direito sucessório, nesta parte, caracteriza o denominado *pacta corvina*, cujo vício deve ser pronunciado de ofício pelo juiz, não admite suprimento, não é suscetível de confirmação e nem convalesce pelo decurso do tempo. (TJ-DF 20100110051558 DF 0001334-06.2010.8.07.0016, Relator: ESDRAS NEVES, Data de Julgamento: 25/10/2017, 6ª TURMA CÍVEL, Data de Publicação: Publicado no DJE : 31/10/2017 . Pág.: 318/343)

da sociedade civil”, na medida em que há presunção de que nem todos são civilmente capazes de reger suas próprias regras de convivência, bem como de composição de seus interesses. Dentro dessa realidade fantasiada pelo Estado, pondera o autor, caberia somente a ele tutelar a forma como seria organizada a convivência, ditando como vivenciar a experiência amorosa, o que não é uma verdade.¹³⁶

Sobre o reconhecimento estatal da união estável, Villela entende se tratar de delírio normativista do Estado, já que haveria o “casamento *ex officio*” daqueles que deliberadamente optaram por não realizar matrimônio, consistindo em verdadeira hipótese compulsória ao regime legal do casamento, conforme trecho que segue:

O par que opta por não se casar (podendo fazê-lo gratuitamente quantas vezes queira) e escolhe outra forma de união, o faz porque, definitivamente, não se quer pôr sob o regime que a lei estabelece. Portanto, haveria que deixá-lo em paz, vivendo seu próprio e personalíssimo projeto de vida amorosa. Mas nas estruturas autoritárias de poder isso é impensável: há que regulamentar, regulamentar, regulamentar. Na hipótese concreta, o delírio normativista do Estado traduz-se, por assim dizer, em casar *ex officio* quem não quis casar *motu proprio*. Ou seja, submeter compulsoriamente ao regime legal do casamento, tanto quanto possível, aqueles que deliberadamente fizeram a opção pelo não casamento.¹³⁷

Vai além o autor quando sustenta que, no Brasil, um simples namoro enseja direitos e deveres entre os envolvidos, assumindo que a situação chegou a tal ponto que não é mais possível o envolvimento amoroso sem o receio da atração de responsabilidade civil para o relacionamento, o que põe em risco o convívio humano baseado no prazer, para dar lugar a uma “usina de riscos”.¹³⁸ Em síntese, o rumo tomado pelo legislador ao atribuir consequências jurídicas, principalmente de cunho patrimonial, à união estável, demonstra a impossibilidade de mero relacionamento amoroso sem o receio da atração de um regime de bens equiparado ao casamento para aquela relação.

Nesse contexto, severas são as críticas feitas:

¹³⁶ VILLELA, Baptista João. **Repensando o direito de família**. Rio de Janeiro: COAD. Tomo 2. SC Editora Jurídica. 1999. p. 52/59.

¹³⁷ VILLELA, Baptista João. **Repensando o direito de família**. Rio de Janeiro: COAD. Tomo 2. SC Editora Jurídica 1999. p. 52/59.

¹³⁸ VILLELA, Baptista João. **Repensando o direito de família**. Rio de Janeiro: COAD. Tomo 2. SC Editora Jurídica. 1999. p. 52/59.

Quem, podendo casar, prefere a união livre, deveria ter o direito de viver segundo suas próprias regras e não segundo aquelas que deliberadamente rejeitou. Mas, se é verdade, que tudo na vida tem seu lado bom, o desta política parece estar em melhorar o já próspero mercado dos advogados, dos cartórios e dos despachantes...¹³⁹

O autor, indo na contramão de maior parte da doutrina, faz críticas importantes nesse reconhecimento forçado da união estável pelo ente estatal, baseando-se no simples fato de que é facultado ao casal a escolha pelo casamento e, se assim não o optaram, não cabe ao Estado adotar medidas autoritárias, desrespeitando direitos personalíssimos, para trazer os efeitos do matrimônio à união estável.

Observa-se, com isso, que regulamentar ou não a união estável consiste em verdadeiro paradoxo, ao passo que na primeira hipótese haverá interferência na liberdade daqueles sujeitos que não casaram oficialmente, enquanto a hipótese de não regulamentar eventualmente poderá proteger a parte economicamente mais fraca.¹⁴⁰

Com isso, fica claro que o posicionamento intervencionista do legislador brasileiro gera insegurança jurídica quando do reconhecimento forçado da união estável, porquanto, de acordo com o exposto no capítulo anterior, a caracterização do instituto decorre da análise casuística pelo operador do direito, já que se trata de fenômeno fático, o que prejudica aquele que optou por não casar quando há imposição judicial a regime de bens análogo ao matrimonial.

Analisada a legislação vigente, as pessoas são livres para casar, bem como para escolher o regime patrimonial, havendo nulidade quando um dos nubentes for obrigado a contrair matrimônio.¹⁴¹ Todavia, em que pese à necessidade de manifestação de vontade dos nubentes, verifica-se a nítida mitigação da autonomia privada de uma das partes, ao passo que relativizada a liberdade individual decorrente deste princípio pelo Estado.

¹³⁹ VILLELA, Baptista João. **Repensando o direito de família**. Rio de Janeiro: COAD. Tomo 2. SC Editora Jurídica. 1999. p. 52/59.

¹⁴⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Comentários ao novo Código Civil**: v.20 (arts. 1723 a 1783). 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2013. p. 04.

¹⁴¹ Art. 1.550, CC/02. É anulável o casamento: III - por vício da vontade, nos termos dos [arts. 1.556 a 1.558](#).

3.3. A proposta de um “Direito de Família Mínimo”

Leonardo Barreto Moreira Alves propõe a ideia de “Direito de Família Mínimo” em sua dissertação sobre “Direito de família mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no Direito de Família”, publicada no ano de 2010, na qual, como o próprio título sugere, traz a ideia de uma menor intervenção estatal no âmbito das relações familiares.

O princípio da intervenção mínima fundamenta-se na autonomia privada de cada indivíduo, de modo que, via de regra, lhes seja permitido o desenvolvimento da personalidade, mediante a não intervenção estatal no âmago da entidade familiar para que a relação possa fluir da melhor forma para os envolvidos, entendendo que, em face das mudanças ocorridas nas relações familiares, não cabe mais ao Estado sufocar estas relações, porquanto deixaram de constituir “célula do Estado”.¹⁴² É dever do ente estatal possibilitar que as pessoas exercitem seus direitos fundamentais - objetivo maior do Estado Democrático de Direito -, o que é garantido somente com a preservação da autonomia privada.¹⁴³

O proposto Direito de Família Mínimo, então, é a hipótese em que o Estado intervenha no âmago familiar no intuito de apenas efetivar a promoção dos direitos fundamentais por aqueles que compõem a unidade familiar, conforme explica o autor, com fundamento no artigo 1.513¹⁴⁴ do Código Civil, dispositivo que se aproxima ao tratamento jurídico dado à dispensa de planejamento familiar pela Constituição Federal de 1988, consoante disposto no artigo 226, § 7º¹⁴⁵.¹⁴⁶

¹⁴² ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de família mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no Direito de Família**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte. 2009. p. 138-139.

¹⁴³ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de família mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no Direito de Família**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte. 2009. p. 140-141.

¹⁴⁴ Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.

¹⁴⁵ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

¹⁴⁶ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de família mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no Direito de Família**. Dissertação (Mestrado em

Segundo referido artigo, portanto, não se justifica a intervenção estatal no planejamento familiar do casal, haja vista ser decisão livre, o que remete necessariamente à autonomia privada, sendo excepcional a interferência para propiciar recursos educacionais e científicos. Tal mandamento constitucional foi integralmente transcrito no artigo 1.565, § 2º¹⁴⁷ do Código Civil, o que também é aplicado à união estável, de acordo com o Enunciado nº 99 da I Jornada de Direito Civil do STJ.¹⁴⁸

Utilizando-se dessa atual abordagem, Multedo observa, ainda, que deve o Estado realizar o cumprimento do papel promocional por intermédio de tutela, contudo, sem que isso implique, necessariamente, em sua intervenção.¹⁴⁹ Para a autora, é inerente ao Direito de Família constitucionalizado o direito à livre pactuação, bem como a alteração desta pactuação, na medida em que a união conjugal visa à comunhão plena de vida, de modo que a família reúne a solidariedade, elemento do qual emana o propósito de vida comum do conjunto familiar, e o respeito à individualidade, permitindo a cada integrante o desenvolvimento dentro de suas particularidades para que seja visto dentro da sua singularidade, isto é, se desenvolva de forma livre.¹⁵⁰

A expressão dessa singularidade, sem dúvida, seria reflexo decorrente dos direitos da personalidade, os quais devem ser compreendidos como “instrumento normativo aberto às situações concretas”, de modo que “todo desejo, opinião, sentimento possa ser discutido na perspectiva de potencializar um direito de livre

Direito) - Programa de pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009, p. 141.

¹⁴⁷ Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família. § 2º O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.

¹⁴⁸ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de família mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no Direito de Família**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte. 2009. p. 146.

¹⁴⁹ MULTEDO, Renata Vilela. **Liberdade e família: limites para a intervenção do estado nas relações conjugais e parentais**. Rio de Janeiro: Processo. 2017. p. 208.

¹⁵⁰ MULTEDO, Renata Vilela. **Liberdade e família: limites para a intervenção do estado nas relações conjugais e parentais**. Rio de Janeiro: Processo. 2017. p. 199 e 205.

desenvolvimento da personalidade”, consoante pondera a professora Cachapuz ao tratar da universalização deste direito pela normatividade.¹⁵¹

Nos dias atuais, ante a legitimação da união estável com relação à sociedade e ao Direito, cada vez mais as pessoas vêm optando por este regime, tendo em vista a maior liberdade na confecção das regras do planejamento familiar conferidas ao modelo desta união.¹⁵² A liberdade de constituição familiar, bem como a liberdade de não casar seriam exemplos emblemáticos de exercício da autonomia privada na seara do Direito de Família, já que representam o exercício do direito existencial do ser humano que, por sua vez, integra o conjunto de direitos da personalidade.¹⁵³

Nessa linha de conjugação de tutela estatal com espaços de autonomia existencial dos indivíduos, é feita pela autora a proposta de privatização das relações conjugais sob o embasamento do paternalismo libertário, visto que concilia “a liberdade de escolha com a preocupação estatal em relação a pontos de partida mínimos de intervenção”.¹⁵⁴

Vale a lembrança de que não se trata de inexistência indiscriminada de intervenção estatal nas relações de família, mas sim uma redução desta, justificando o papel ativo do Estado apenas naquelas situações em que envolvam sujeitos manifestamente vulneráveis, violência doméstica ou qualquer outra situação assemelhada.¹⁵⁵

Conforme já abordado em tópico anterior, a autora adverte sobre o equívoco existente na equiparação impositiva da união estável ao casamento por entender que imprescindível à ampla liberdade entre os conviventes na elaboração de suas regras, sendo a interferência na vontade das partes algo grave e inoportuno.¹⁵⁶

¹⁵¹ CACHAPUZ, Maria Cláudia. **Direito de personalidade e responsabilidade civil na perspectiva da ética do discurso**. Revista Jurídica Luso Brasileira. v. 3, 2017. p. 1123-1154.

¹⁵² MULTEDO, Renata Vilela. **Liberdade e família: limites para a intervenção do estado nas relações conjugais e parentais**. Rio de Janeiro: Processo. 2017. p. 217.

¹⁵³ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de família mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no Direito de Família**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte. 2009. p. 148.

¹⁵⁴ MULTEDO, Renata Vilela. **Liberdade e família: limites para a intervenção do estado nas relações conjugais e parentais**. Rio de Janeiro: Processo. 2017. p. 220.

¹⁵⁵ MULTEDO, Renata Vilela. **Liberdade e família: limites para a intervenção do estado nas relações conjugais e parentais**. Rio de Janeiro: Processo. 2017. p. 273.

¹⁵⁶ MULTEDO, Renata Vilela. **Liberdade e família: limites para a intervenção do estado nas relações conjugais e parentais**. Rio de Janeiro: Processo. 2017. p. 279.

Portanto, a interferência nessas relações mediante à imposição de deveres conjugais não se coaduna com a opção adotada pelos conviventes, qual seja: não casar.

Nesses termos foi o posicionamento adotado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no acórdão de relatoria do Des. Luiz Felipe Brasil Santos, cujo pedido se tratava de reconhecimento de união estável. Em seu voto, destaca o relator:

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 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*.¹⁵⁷

O posicionamento do relator demonstra o respeito à autonomia privada, tendo em vista que considera a liberdade individual de cada um para a constituição familiar da forma que melhor se adequa à realidade do casal, ressaltando a opção de ambos pelo não matrimônio, o que se traduz na liberdade de não casar.

Embora o desembargador mencione a possibilidade de reconhecimento da união estável somente nas situações em que demonstrada de forma cabal nos autos, isto é, com a existência de provas contundentes, seguindo o entendimento dos autores abordados no tópico anterior, seria possível falar em autonomia privada existencial e, por sua vez, em uma “liberdade de não casar”, até mesmo por que ninguém poderia ser compelido a casar, nem mesmo àqueles que já possuem a promessa de casamento, como ocorre no caso dos noivos, sob pena de violação da autonomia privada.¹⁵⁸

Em suma, verifica-se que a interferência estatal ao realizar o casamento *ex officio* - expressão utilizada por Vilela para referir à imposição matrimonial daqueles

¹⁵⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AC nº 70006235287. Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Julgamento: 16/06/2004. Órgão Julgador: 7ª Câmara Cível.

¹⁵⁸ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de família mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no Direito de Família**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009, p. 147.

que optaram por viver em união estável - viola não só a liberdade de não casar dos indivíduos, mas também sua autonomia privada, já que ao invés de tutelar os direitos fundamentais emanados da Constituição, acaba por dificultar a opção dos conviventes por este modelo de entidade familiar.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente monografia abordou o histórico do instituto da união estável, demonstrando a evolução social, legislativa, jurisprudencial e doutrinária sobre o tema até que tomasse os contornos como é conhecida na atualidade. Para isso, foi necessário o desenvolvimento de pesquisa tendo como ponto de partida a Constituição Federal, adentrando a esfera infraconstitucional pertinente, no intuito de melhor compreender e definir o conceito e as características dessa união de fato. Identificou-se, portanto, as principais características para que uma união extramatrimonial seja identificada como estável à luz da Constituição e, principalmente, do Código Civil e da jurisprudência pátria. Dessa análise, constatou-se que a situação é abordada de forma casuística e subjetiva, na medida em que a caracterização é feita com base no objetivo de constituição familiar pelos companheiros, expressão aberta e genérica.

Do estudo da autonomia privada no Direito Civil, percebe-se a importância deste instituto não só para o Direito Privado, mas também para o Direito de Família, haja vista o fato de que as relações familiares estão intimamente ligadas aos direitos decorrentes da personalidade, que, por sua vez, decorrem da Constituição. Com isso, essencial o estudo da maneira como é abordado referido princípio no âmbito do conjunto familiar. Verificou-se que o Direito de Família, em regra, está permeado pelo princípio da autonomia privada, já que os atos relacionados à família são manifestos de vontade exteriorizada, o que se traduz em atos que preencham as formalidades legais.

Todavia, embora parte integrante do ramo do Direito de Família, a união estável como é entendida atualmente carece de qualquer formalidade para que produza consequências jurídicas aos conviventes, em desrespeito àquele que deliberadamente optou por não contrair matrimônio. Ou seja, presentes os requisitos previstos em lei, estará configurada a união estável mesmo contra a vontade de, pelo menos, um dos companheiros, havendo presunção da sua vontade.

Nesse sentido, são feitos questionamentos sobre quais seriam os limites à intervenção estatal na autonomia privada das partes quando do reconhecimento forçado da união estável, porquanto possui papel atuante na regulamentação dessa união livre. A Constituição Federal de 1988 elevou o instituto à entidade familiar, entretanto não há qualquer referência em seu texto de que caberia ao ente estatal a

tutela mediante regulamentação no que diz respeito, principalmente, ao patrimônio dos conviventes que justificasse a imposição do regime da comunhão parcial de bens, mas sim apenas facilitar sua conversão em casamento.

O posicionamento adotado pelo legislador fundamenta-se na proteção da parte mais vulnerável da relação, ao passo que seria prejudicada. Contudo, em verdade, traduz-se em limitação à liberdade dos conviventes que optam pela união estável justamente como forma de desenvolvimento do exercício de não celebração do matrimônio e de suas consequências patrimoniais. Isso leva a crer que, conforme doutrina analisada no presente estudo, controverso o posicionamento adotado pelo legislador por mitigar a autonomia privada.

Por isso, tendo como base doutrina ainda minoritária, abordaram-se propostas trazidas de uma menor intervenção estatal nessas relações envolvendo a união estável, na qual as partes possam desenvolver livremente sua autonomia privada no âmbito do planejamento familiar de forma que melhor atender à realidade social dos conviventes, não cabendo ao Estado preestabelecer regras, equiparando instituto de origem livre ao casamento.

Observou-se que nos dias de hoje é possível falar em uma espécie de supervalorização da união estável em detrimento da autonomia privada, o que não se justifica quando o ordenamento jurídico oferece formas para que os casais, quando assim desejarem, formalizem seus relacionamentos por intermédio do instituto do casamento. A imposição ao regime de bens equiparado ao casamento pelo ente estatal à união extramatrimonial, na realidade, além de ensejar insegurança jurídica para aqueles que optam por não casar, afasta o princípio da autonomia privada – reconhecido pela Constituição Federal de 1988 -, sepultando o desenvolvimento dos direitos da personalidade no âmbito da união estável.

Por sorte, há autores engajados no estudo desse tema, sendo alguns deles trazidos no presente trabalho, os quais vislumbram a ampliação da autonomia privada nas relações de família, também na união estável, para que aqueles que compõem a unidade familiar possam exercer de forma segura as suas singularidades, por intermédio de uma menor intervenção do Estado.

5. REFÊRENCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de família mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no Direito de Família**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009.

ARAÚJO, Nádia de. **Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira**. 5. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da Família de Fato**. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2002.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MOREIRA, José Alberto Marques. **Autonomia privada nas relações do direito de família**. Seminário Nacional de Dimensões Materiais e Eficaciais dos Direitos Fundamentais, I, Chapecó: Unoesc, 2011, p. 131-146).

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil Brasileiro**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm

_____. Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1998. **União Estável**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9278.htm

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 - RJ**. Requerente: Governo do Estado do Rio de Janeiro; Relator: Min. Ayres Britto, 14 de outubro de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 21/05/2018, p. 274.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 - DF**. Requerente: Procuradora-Geral da República; Relator: Min. Ayres Britto, 14 de outubro de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 21/05/2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 142.694 - MG.** Recorrente: Ministério Público de Minas Gerais; Recorrido: Maria das Dores Pereira. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 03 de novembro de 1998. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199700542432&dt_publicacao=14-12-1998&cod_tipo_documento=3>. Acesso em: 21/05/2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.381.609 - MG.** Recorrente: M.A.R.; Recorrido: D.N.H.E e Outro. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 02 de outubro de 2008, p.16. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=32290133&num_registro=201300595999&data=20140213&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 21/05/2018.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível nº 1.0145.05.280647-1/MG.** Apelante: S.D.P.; Apelado: E.M.F.. Relatora: Des^a. Maria Elza, 21 de janeiro de 2009, p.8 (voto). Disponível em: http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=BB39F426A76860BF06ECDFDC3920997D.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0145.05.280647-1%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 21/05/2018.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70006235287.** Apelante: C.S.; Apelado: M.R. Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos, 16 de junho de 2004, p. 45 (voto). Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?Numero_Processo=70006235287&code=8707&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%C7A%20-%207.%20CAMARA%20CIVEL>. Acesso em: 22/05/2018.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. **Direito de Personalidade e Responsabilidade Civil na Perspectiva da Ética do Discurso.** Revista Jurídica Luso Brasileira, vol. 03, p. 1123-1154, 2017.

CAHALI, Francisco José. **União estável e alimentos entre os companheiros.** São Paulo: Saraiva, 1996.

COSTALUNGA, Karime. **Direito de Herança e Separação de Bens.** São Paulo: Quartier Latin, 2009.

COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo.** Rio de Janeiro: FGV, 2006.

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

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FACCHINI NETO, Eugênio. **A Constitucionalização do Direito Privado**. Revista do Instituto de Direito Brasileiro. Ano 1 (2012), nº 1, p. 185-243.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos Críticos do Direito de Família**: curso de direito civil. Rio de Janeiro : Renovar, 1999.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, 9ª ed., v. 6, São Paulo: Saraiva, 2012.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. São Paulo: Discurso Editorial - Barcarolla, 2009.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil**. 3. ed., v. 5, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do *numerus clausus***. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, síntese/ibdfam, jan,fev,mar, 2002. n.12, p.40-55.

MAILLART, Adriana da Silva; SANCHES, Samyra dal Farra Napolini. **Os Limites à Liberdade na Autonomia Privada**. Pensar: Revista de Ciências Jurídicas, Fortaleza, v. 16, n. 1, p. 09-34, jan/jun. 2011. Semestral.

MARTINS-COSTA, Judith; REALE, Miguel. **Casamento sob o regime da separação total de bens, voluntariamente escolhido pelos nubentes**. Compreensão do fenômeno sucessório e seus critérios hermenêuticos a força normativa do pacto antenupcial. Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 24, p. 205-228, Out./Dez. 2009.

MULTEDO, Renata Vilela. **Liberdade e família: limites para a intervenção do estado nas relações conjugais e parentais**. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Comentários ao novo Código Civil: v.20 (arts. 1723 a 1783)**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. **Concubinato e União Estável**. 8. ed., 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2013.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional**. 3 ed, Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PRATA, Ana. **A Tutela Constitucional da Autonomia Privada**. Coimbra: Almedina, 1982.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 9ª ed, Rio de Janeiro: Forense, 2014

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002,

SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. **Regimes de Bens no Casamento e na União Familiar Estável**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 4 ed., vol. único, São Paulo: Método, 2014.

VILLELA, Baptista João. **Repensando o direito de família**. Rio de Janeiro: COAD, Tomo 2, SC Editora Jurídica, 1999, p. 52/59.