

A privatização do casamento*

Renata VILELA MULTEDO**

Maria Celina BODIN DE MORAES***

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

– Stefano RODOTÀ****

RESUMO: O tema deste artigo consiste na intervenção do Estado nas relações conjugais e na possibilidade de sua diminuição. O objetivo central foi delinear espaços de não regulamentação e de estabelecer limites para a heteronomia estatal. Buscou-se inspiração nas propostas do paternalismo libertário norte-americano, sem descuidar de sua compatibilização com a principiologia constitucional pátria, a fim de traçar parâmetros para intervenção estatal no âmbito das relações familiares por meio de uma regulamentação padrão compatível com o exercício da liberdade de escolha pessoal. Por meio de uma regulamentação minimalista na condução dos pactos conjugais e convencionais e de uma revisão crítica dos deveres conjugais, foi proposta maior liberdade em relação às escolhas existenciais no âmbito dessas relações. Conclui-se que uma regulação básica em direção ao bem-estar – mediante a promoção de determinados direitos e a proteção dos vulneráveis, sem eliminar a liberdade de escolha – está em consonância com o pluralismo e com o exercício da liberdade conformada pela solidariedade familiar e, portanto, de acordo com os ditames constitucionais.

PALAVRAS-CHAVE: Família democrática; privatização do casamento; autonomia privada; relações conjugais, paternalismo libertário

SUMÁRIO: Introdução; – 1. Liberdade e conjugalidade; – 2. Justificativas para a ampliação da autonomia nas relações conjugais; – 3. Os deveres conjugais na legalidade constitucional; – 4. A ideia de privatização do casamento e o paternalismo libertário; – Considerações finais.

ENGLISH TITLE: Privatizing Marriage

* Grande parte das ideias aqui apresentadas constitui aspectos desenvolvidos no âmbito da tese de Doutorado defendida por Renata Vilela Multedo e aprovada por unanimidade, em de março de 2016, sob a orientação da Prof. Maria Celina Bodin de Moraes, na Universidade do Estado do Rio de Janeiro. (VILELA MULTEDO, Renata. *A intervenção do Estado nas relações de família: limites e regulação*. Tese (Doutorado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Rio de Janeiro, 2016). As autoras agradecem à Isabella Olivieri pela valiosa pesquisa e a Eduardo Nunes de Souza pela cuidadosa revisão.

** Doutora e Mestre em Direito Civil pela UERJ. Professora Adjunta de Direito Civil do Grupo IBMEC. Professora dos cursos de pós-graduação *lato sensu* em Direito Privado Patrimonial (DPP) e em Direito das Famílias e das Sucessões da PUC-Rio (DFS). Professora do curso de pós-graduação *lato sensu* do CEPED-UERJ. Professora da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ.

*** Professora Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ. Professora Associada do Departamento de Direito da PUC-Rio. Coordenadora dos cursos de pós-graduação *lato sensu* em Direito Privado Patrimonial e em Direito das Famílias e das Sucessões da PUC-Rio.

**** Tradução livre: “É a consciência individual, com seus tormentos, a ter que ser respeitada por um legislador do qual se espera sobriedade e, nos casos limite, silêncio”. In: *Politici, liberateci dalla vostra coscienza*. Disponível em <http://archivio.eddyburg.it/article/articleview/10411/1/334/>. Acesso em 20 nov. 2016.

ABSTRACT: The theme of this paper is the State intervention in the context of family relationships. The main goal was to delineate non-regulation spaces and set limits and rules for the State heteronomy. We were inspired by the proposals of the North American libertarian paternalism without neglecting its compatibility with the Brazilian constitutional principles, in order to set parameters for State intervention in the context of family relationships through default rules made compatible with the freedom of choice. Within the axis of marital and partnership relations, based on minimalist regulations when it comes to the terms of marital prenuptial, and pre civil partnership agreements, and on a critical review of marital duties, we proposed a greater freedom when it comes to people's personal decisions. We concluded that, in this scope, the autonomy of the parties should be favored and, therefore, the State should intervene only to ensure the equality and dignity for those who decide to join in a familial relationship. A basic regulation towards the well-being – through the promotion of rights and protection of people in vulnerability – without eliminating freedom of choice is in line with the pluralism and the exercise of freedom shaped by family solidarity, in consonance with constitutional principles.

KEYWORDS: Family law; privatizing marriage, partnership agreements; libertarian paternalism

CONTENTS: Introduction; – 1. Liberty and marital relations; – 2. Justifying the growth of autonomy in marital relations; – 3. Marital duties in constitutional legality; – 4. The idea of privatizing marriage and libertarian paternalism; – Final thoughts.

Introdução

Em 31 de agosto de 2016 – em votação ainda não finalizada, mas já majoritária¹ –, o Supremo Tribunal Federal considerou que “no sistema constitucional vigente é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no artigo 1.829 do Código Civil de 2002”.²

Para o ministro relator, Luís Roberto Barroso, a ideia de que a relação oriunda do casamento tem peso diferente da relação havida da união estável é incompatível com a Constituição Federal de 1988, por violar os princípios da dignidade da pessoa humana,

¹ RE 878.694. O Min. Dias Toffoli pediu vista depois de a maioria já estar formada. Além dele, ainda não votaram os ministros Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, ausentes na ocasião.

² O Min. Barroso lembrou, em seu voto, que o regime sucessório sempre foi conectado à noção de família e que a noção tradicional de família esteve ligada, por séculos, à ideia de casamento. Mas esse modelo passou a sofrer alterações, principalmente durante a segunda metade do século XX, quando o laço formal do matrimônio passou a ser substituído pela afetividade e por um projeto de vida em comum, ressaltou. CC, Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III - ao cônjuge sobrevivente; IV - aos colaterais.

da igualdade e da proteção da família.³ Além disso, salientou que a norma do art. 1.790 do Código Civil⁴ viola o princípio da vedação ao retrocesso.⁵ O voto condutor foi acompanhado pelos Ministros Luiz Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux, Celso de Mello e Cármen Lúcia, que aceitaram também a modulação dos efeitos da decisão para que não alcançasse sucessões já decididas por sentenças transitadas em julgado ou partilhas extrajudiciais com escritura pública.

Termina, assim, de forma quase melancólica, uma das últimas grandes distinções, no direito civil brasileiro, entre duas originalmente diferentes concepções de família, ambas previstas constitucionalmente. Permanecem diferenciações em alguns detalhes⁶ e em dois efeitos importantes: na esfera cível, o estado civil modifica-se com o casamento, mas não com a união estável;⁷ e, na seara penal, mantêm-se os crimes contra o casamento (com previsão de penas gravosas, como se dá, por exemplo, com a bigamia), mas não são previstos crimes contra a união estável.⁸

Atenta doutrina logo se manifestou para chamar a atenção para o “paradoxo da equiparação”,⁹ lembrando que a distinção seria, ela mesma, constitucionalmente garantida e que “se as pessoas não se casam no civil é porque não querem fazê-lo”,¹⁰

³ Pode-se ler no voto: “A família tem especial proteção do Estado, todas as famílias, e não uma devendo ser mais protegida que a outra [...] A Constituição contempla diferentes formas de família como legítimas, além da que resulta no casamento, incluindo a formada por união estável. Não é legítimo separar a família formada com casamento e formada pela união estável”.

⁴ CC, art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes: I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho; II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles; III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança; IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

⁵ De acordo com o voto proferido, por meio das Leis 8.971/1994 e 9.278/1996, o legislador brasileiro que estendera aos companheiros os mesmos direitos dados ao cônjuge, quando o Código Civil entrou em vigor, em 2003, restaurou a desigualdade entre cônjuge e companheiro. Afirmou o Ministro: “Assim sendo o artigo 1790 do Código Civil ao revogar as leis 8.971/94 e 9.278/96 e discriminar a companheira, ou companheiro, dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa, ou ao marido, entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade, como vedação à proteção deficiente, e da vedação do retrocesso”.

⁶ Sobre as diferenças, v. os interessantes artigos de José Fernando SIMÃO. E então o STF decidiu o destino do art. 1790 de CC? *Consultor Jurídico*, em 4.12.2016 e de 23.12.2016. Disponíveis na Internet.

⁷ O CPC de 2015, no entanto, utiliza o termo “convivente” em diversos dispositivos.

⁸ Código Penal, art. 235 – Contrair alguém, sendo casado, novo casamento. Pena – reclusão, de dois a seis anos. § 1º. Aquele que, não sendo casado, contrai casamento com pessoa casada, conhecendo essa circunstância, é punido com reclusão ou detenção, de um a três anos. § 2º. Anulado por qualquer motivo o primeiro casamento, ou o outro por motivo que não a bigamia, considera-se inexistente o crime.

⁹ Rodrigo da CUNHA PEREIRA. União estável e casamento: o paradoxo da equiparação. Disponível em www.rodrigodacunha.adv.br. Acesso em 15 dez. 2016.

¹⁰ IDEM, *ibidem*.

trazendo à lembrança a advertência mais antiga de outro autor,¹¹ o qual, aparentemente, conseguira antever esse percurso jurisprudencial. Com efeito, enfaticamente, afirmou que parecia “um delírio do Estado casar *ex officio* aqueles que não quiseram casar *motu proprio*”,¹² argumento que justificaria por que seria inconcebível aplicar a normativa do casamento a pessoas que deliberadamente optaram por uma união livre, cabendo a elas o direito de viverem segundo as próprias regras, e não segundo aquelas que deliberadamente rejeitaram.¹³

E aqui é o caso de indagar-se: estaria mesmo a jurisprudência “sepultando” a união estável, como normalmente se pensa? Não seria o caso de pesquisar se o que vem sendo atingido é o casamento? Parece que a segunda formulação possa corresponder melhor à visão prospectiva dos fenômenos, considerando, especialmente, o enorme número de regras a serem cumpridas para o casar e o descasar e a ausência completa delas para viver em união estável, obtendo-se em ambos os casos, como vimos, praticamente os mesmos efeitos.

Surgem, assim, duas observações de ordens distintas: as numerosíssimas regras que dizem respeito ao casamento devem permanecer incólumes? Ou, ao contrário, será preciso estender mais algumas à união estável (como os impedimentos, por exemplo) – lembrando que, em relação a esta, tudo sempre se verifica *a posteriori*, relativamente às consequências –,¹⁴ e esperar que o casamento volte a ser, um dia, um acontecimento eminentemente religioso, como ocorria até o início da era contemporânea?

Em duas palavras: para quê serve hoje o casamento? Já se afirmou que o casamento civil tem a função principal, no direito contemporâneo, de servir como uma prova pré-constituída da união estável.¹⁵ Juridicamente, porém, tem ele ainda funções específicas, que não possam ser alcançadas pela união estável? Essas indagações constituem o núcleo da investigação que ora se propõe.

¹¹ João Baptista VILLELA. Repensando o direito de família. *Nova realidade do direito de família*. Coord. Cient. de Sérgio Couto, Rio de Janeiro: COAD, Tomo 2, SC Editora Jurídica, 1999, p. 52-59. Ora tb. em <jfgontijo.com.br/2008/artigos_pdf/Joao_Baptista_Villela/RepensandoDireito.pdf>. Acesso em 03 dez. 2016.

¹² IDEM, *ibidem*.

¹³ IDEM, *ibidem*.

¹⁴ De modo que, por exemplo, a união estável entre irmãos é de ser considerada nula e não geradora de efeitos jurídicos para o casal.

¹⁵ Assim, Maria Celina BODIN DE MORAES, A nova família, de novo: estruturas e função das famílias contemporâneas. *Revista Pensar*, v. 18, n. 2, mai./ago. 2013, p. 587-628.

2. Liberdade e conjugalidade

Dentre as mudanças mais recentes ocorridas na regulamentação das relações conjugais salientam-se três alterações importantes, que tiveram o condão de mudar o perfil do instituto, aproximando-o de maneira significativa do sistema da união estável. Foram elas, de um lado, a desjudicialização do divórcio, em 2007, e, de outro, o término de qualquer prazo previsto para o divórcio¹⁶ e a extinção da relevância da culpa, ambos por meio da emenda constitucional n. 66, de 2010.

Essas medidas serviram para consolidar o divórcio como situação jurídica subjetiva (meramente) potestativa, em relação à qual o cônjuge pode apenas se submeter, não havendo mais qualquer justificativa que o cônjuge insatisfeito deva à sociedade ou ao outro cônjuge por ocasião de sua opção pelo divórcio. Correspectivamente, nada pode fazer o cônjuge que não quer o divórcio para impedi-lo.

Tais alterações refletiram a tendência que vem ocorrendo em nosso país: a da desregulamentação das relações conjugais, havendo a possibilidade cada vez maior de expressão das liberdades de escolhas, atentando o Direito por garantir a estrutura familiar mais conveniente para cada indivíduo.¹⁷

A maior liberdade em relação ao casamento é um fenômeno do século XXI, assim como o casamento civil indissolúvel foi do século XX, com a introdução na Constituição de 1891 de dispositivo que tornou ilegal o casamento religioso.¹⁸ A liberdade diz respeito não somente à facilitação de sua dissolução, antes mencionada, mas também à sua constituição. O exemplo mais evidente parece ser o da tese aceita pelo STF para garantir o direito à união homoafetiva no país: em maio de 2011, ao julgar a ADIn 4.277 e a ADPF 132, a Corte reconheceu, por unanimidade, a constitucionalidade da união entre pessoas do mesmo sexo.¹⁹ Para alguns, ainda haveria distinção entre a união estável e o casamento de pessoas do mesmo sexo, uma vez que a decisão do Supremo

¹⁶ A Emenda Constitucional (n. 9, de 1977) que instituiu o divórcio no Brasil previa o prazo de três anos depois de prévia separação para o exercício do direito. Ao longo do tempo, esse prazo foi diminuindo.

¹⁷ Maria Celina BODIN DE MORAES, ob. cit.

¹⁸ Constituição da República de 1891, art. 72, § 4º, o qual estabelecia: “A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita”. Eventualmente, o legislador voltou atrás para evitar um fenômeno que se tornara a regra: duplas núpcias, uma civil e outra religiosa.

¹⁹ O relator das ações, Min. Ayres Britto, votou no sentido de dar interpretação conforme a Constituição para excluir qualquer significado do art. 1.723 do CC, que fosse impeditivo desse reconhecimento à união entre pessoas do mesmo sexo, em particular a sua interpretação literal. O relator defendeu que o art. 3º, IV, da Constituição veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor e que, nesse sentido, ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função de sua preferência sexual: “O sexo das pessoas, salvo disposição contrária, não se presta para desigualação jurídica” afirmou, para concluir que qualquer depreciação da união estável homoafetiva colide frontalmente com o art. 3º, IV, da Constituição.

não fizera qualquer menção ao casamento. No entanto, na sessão de 14 de maio de 2013, o CNJ aprovou, por substancial maioria (14 a 1), resolução para obrigar os cartórios do país a habilitar e celebrar o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo e a converter a união estável homoafetiva em casamento.²⁰

Partindo dessas premissas, propõe-se uma nova reflexão acerca da amplitude, maior ou menor, da incidência do direito fundamental da liberdade, isto é, do exercício da autonomia existencial nas relações conjugais e convivenciais, considerando a contextualização e a eventual compatibilização entre a liberdade de escolha para a constituição do projeto familiar e as justificativas para tão minuciosa heteronomia estatal encontrada ainda hoje na legislação infraconstitucional.

O direito de família positivado apenas fotografa instantes de uma realidade mutante.²¹ Daí decorre a consideração das entidades familiares previstas na Constituição como exemplificativas, admitindo-se a liberdade da pessoa adulta de constituir o tipo de família que melhor corresponda a seus anseios e projetos. Uma vez engajada por ato de autonomia com a finalidade de constituir família, cada pessoa se torna responsável pela manutenção do vínculo de solidariedade familiar com a outra: conviver e escolher permanecer juntos, em expressão da liberdade, origina a solidariedade familiar, pois faz do outro alguém especial a ser cuidado.²²

A família recupera assim sua verdadeiramente única função, por meio, seja do sentimento, seja do sentido solidário que naturalmente emerge entre os familiares. É grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida, e passa a demandar “tutela jurídica mínima, que respeite a liberdade de constituição, convivência e dissolução (...)”,²³ bem como a igualdade entre cônjuges e conviventes; a igualdade entre os filhos e entre irmãos biológicos, socioafetivos e adotivos.

Por outro lado, ao congregar a solidariedade que une seus integrantes no propósito da vida em comum e o respeito à individualidade que permite o desenvolvimento pessoal

²⁰ A resolução, proposta pelo então Presidente do STF, dispôs que caso os cartórios recusem o pedido de casamento entre pessoas do mesmo sexo, deverá ser feita a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para que sejam tomadas as providências cabíveis.

²¹ Luiz Edson FACHIN. *Direito de família: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 55.

²² Ana Carolina BROCHADO TEIXEIRA; Renata de LIMA RODRIGUES. *O direito das famílias entre a norma e a realidade*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 97.

²³ Paulo Luiz Netto LÔBO. Constitucionalização do direito civil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 36, n. 141, jan./mar. 1999, p. 99-100.

de cada um como um ser singular, também cada família se torna única. Tantas são as variáveis culturais, éticas, políticas, econômicas e religiosas que pressionam e modelam a família, e são tantas as imponderáveis aspirações e inspirações da pessoa na situação de família, que nenhum modelo pré-concebido e fechado atenderia a umas e outras.²⁴

No âmbito do Estado Democrático de Direito – em que se renova o conceito de ordem pública, de modo a atrelá-lo à realização da dignidade humana –, vem sendo afirmada a viabilidade de o próprio casal construir sua ordem familiar. Isso se dá pela possibilidade de os cônjuges ou companheiros pactuarem – e eventualmente recombinarem no curso do casamento – as regras que regerão sua relação conjugal, independentemente de essas disposições coincidirem com as disposições legais.

Em doutrina, já se fala em um “direito de família mínimo”, que propugna a menor intervenção possível do Estado nas relações familiares, ressalvadas as hipóteses excepcionais.²⁵ Com efeito, e nesse caso, um dos aspectos que reforçam a base da principiologia minimalista do direito de família é a excessiva judicialização dos conflitos existentes nessa seara.

O Estado deve cumprir seu papel promocional por meio de uma tutela que não implique, necessariamente, intervenção. O Código Civil, aliás, prevê no seu art. 1.513 o que se poderia denominar de cláusula geral de reserva de intimidade,²⁶ que tem como norte as diretivas gerais constitucionais, com o objetivo de implementar condições para o desenvolvimento das personalidades e da dignidade de cada um dos cônjuges e conviventes no espaço relacional.²⁷ Como já se disse, a genialidade estaria em “diminuir o coeficiente de direito – leia-se: de autoridade, invasão e arbítrio – e elevar o de família – leia-se: de liberdade e de criação”.²⁸

3. Justificativas para ampliação da autonomia nas relações conjugais

²⁰, João Baptista VILLELA. Liberdade e família. *O direito de família no Senado: emendas ao projeto de Código Civil*. Belo Horizonte: UFMG, 1985, p. 40.

²⁵, Leonardo BARRETO MOREIRA ALVES. *Direito de família mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.144

²⁶ CC, art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.

²⁷ Silvana Maria CARBONERA. *Reserva de intimidade: uma possível tutela da dignidade no espaço relacional da conjugalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 268-269.

²⁸ João Baptista VILLELA. Repensando o direito de família, cit., p. 12: “Se assim for”, conclui o autor, “penso que continuará sendo uma santa receita que ao homem (assim como à mulher) não é bom viver só”.

A fim de defender a “ausente presença”²⁹ do Estado, mostra-se necessário o questionamento acerca do cabimento e dos limites da atuação estatal no âmbito da vida íntima conjugal por meio da imposição de direitos e deveres recíprocos. Reconhecida a família como um instrumento para realização da personalidade de seus membros, mostra-se inquestionável que qualquer pretensão de manutenção do vínculo conjugal jamais possa se sobrepor às necessidades dos cônjuges de se relacionarem conforme melhor lhes aprouver. Os cônjuges e conviventes, ressalvados os direitos de terceiros, são livres para planejar, deliberar, constituir e desconstituir a forma de se relacionarem e de estruturarem suas relações familiares e suas aspirações para a vida conjugal.³⁰

Cumprido destacar que não se busca defender a completa ausência do Estado; buscam-se, sim, as intervenções que sejam garantidoras dos espaços de autodeterminação, de modo a que a autonomia existencial se realize plenamente. Para tanto, parece fundamental aceitar que as relações conjugais e convivenciais não estejam sob o jugo de normas cogentes, salvaguardando-se sempre as especiais situações de vulnerabilidade e desigualdade material³¹ que, diante dos princípios da solidariedade e da dignidade da pessoa humana, requeiram a ação positiva do Estado.³²

Não é de hoje que se exaltam as liberdades na seara conjugal. As formas de família mais frequentemente adotadas no Brasil são o casamento e a união estável, e tais modelos sempre foram vistos como distintos na essência, não obstante a aproximação dos institutos. Isso porque que não pode haver prevalência do casamento como a melhor forma de família perante o Estado, pois ambos os modelos são igualmente merecedores de tutela estatal. Ou seja, o tratamento jurídico das entidades familiares será

²⁹ Assim, a proposta de Luiz Edson FACHIN. Famílias: entre o Público e o Privado. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Org.). *Família: entre o Público e o Privado*. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2012, p. 162.

³⁰ “Esta ideia de igualdade dos dois parceiros da relação, aliada com a privatização do amor e com o enfraquecimento das referências externas dadas ao casal por outros ordenamentos tradicionais — a religião, os costumes, a vizinhança — têm produzido a diminuição do conteúdo imperativo do casamento, do conjunto dos chamados efeitos pessoais do casamento, tal como estávamos habituados a entendê-los.” (Guilherme de OLIVEIRA. *Temas de direito de família*. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 338).

³¹ Ana Carolina BROCHADO TEIXEIRA; Renata de LIMA RODRIGUES. *O direito das famílias*, cit., p. 91.

³² “Mas, ao mesmo tempo em que é necessária a configuração de um ‘Estado ausente’, permitindo que as pessoas constituam suas relações segundo uma *liberdade vivida*, é igualmente necessário que determinados direitos sejam tutelados pela *presente* intervenção do ente estatal, mormente em face daqueles que se encontram mais vulneráveis e desamparados” (Luiz Edson FACHIN. Famílias: entre o Público e o Privado. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Org.). *Família: entre o Público e o Privado*. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2012. p.164).

diversificado na justa medida em que estas se diferenciem,³³ sempre nos limites de uma ordem constitucional baseada na dignidade humana.

Estudos mostram que as uniões consensuais (como opção de formatação da vida conjugal) vêm atraindo cada vez mais as camadas médias da população, sendo opção cada vez mais frequente. Desde 1995, com efeito, há registros de significativa queda das uniões formais no país,³⁴ a comprovar o anacronismo dos dispositivos infraconstitucionais reguladores das entidades familiares. Mesmo no âmbito da Constituição, foi preciso uma hermenêutica em consonância com a sistemática do ordenamento para dirimir a controvérsia com relação à taxatividade do rol de entidades familiares disposto no art. 226 e seus parágrafos.³⁵

Nesse ponto, sustenta-se a utilidade da proposta do paternalismo libertário, que se coaduna com o Estado laico e com a principiologia constitucional brasileira, e que tutela o pluralismo familiar com fulcro nos princípios da liberdade, da igualdade e da solidariedade familiar. Com efeito, ao Estado cabe regular as uniões civis, uma vez que contraria a própria hermenêutica constitucional regra que venha a privilegiar as pessoas casadas em detrimento daquelas que optem por se unirem em modelos familiares diversos do casamento.³⁶ As justificativas patrimonialistas e individualistas para privilegiar o casamento não mais se sustentam frente à axiologia constitucional, que tutela a família como formação social por meio da qual há a promoção da personalidade de seus membros e não, como outrora, como instituto que visava regular as relações sexuais, controlar a procriação, garantir a estabilidade social e promover a

³³ Sustenta Ana Luiza MAIA NEVARES. *A tutela sucessória do cônjuge do companheiro na legalidade constitucional*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 161-162: “Note-se que não se nega que cada entidade familiar tenha o seu próprio estatuto normativo. Porém, o tratamento jurídico das entidades familiares será diversificado na medida em que estas se diferenciem, não sendo admissível que a justificativa para uma regulamentação jurídica diversa esteja assentada numa suposta hierarquia axiológica entre as mesmas. Se todas as pessoas são igualmente dignas, e não há quem ouse negar esta afirmativa, não pode haver maior proteção para umas, em detrimento de outras, pela escolha da forma de constituição da família, uma vez que todas as entidades familiares desempenham a mesma função: promover o desenvolvimento de seus membros. Onde houver identificação de situações, especialmente em virtude do amor, respeito e solidariedade que informam os laços familiares, o tratamento deve ser equiparado”.

³⁴ Conforme registrado no último censo “o tipo de união conjugal que mais cresceu no período intercensitário foram as uniões consensuais. Esse crescimento se deu em todas as Unidades da Federação com diferentes intensidades, evidenciando uma mudança de valores culturais”: V. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. *Censo Demográfico 2010: nupcialidade, fecundidade e migração - resultados da amostra*. Disponível na Internet.

³⁵ Maria Celina BODIN DE MORAES. A união entre pessoas do mesmo sexo. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, 2000. Ver tb. Paulo Luiz Netto LÔBO. Entidades familiares constitucionalizadas. In: Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. *Família e cidadania: o novo CCB e a vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey/ IBDFAM, 2002.

³⁶ Ao se referirem ao tema, Sunstein e Thaler frisam que: “Para dizer o mínimo, há um imenso e diversificado conjunto de benefícios (...). Os benefícios também tendem a ser relativamente estáveis ao longo do tempo; recorde-se que o *status quo* é poderoso, e existem sérias restrições políticas a qualquer esforço de se repensar isso.” (Cass R. SUNSTEIN; Richard H. THALER. *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness*. New Haven, CT: Yale University Press, New Haven, 2008. p. 217.

chamada paz doméstica.

Essa é a razão por que se afirma que o termo “casamento” e a maneira como esta forma de entidade familiar é tutelada pelo Estado ainda trazem em si ambiguidades, já que o termo remete apenas a uma determinada formalização da união civil, aquela que traz em si a maior carga de preconceitos. Não à toa, a proposta do paternalismo libertário sugere a “privatização do casamento”, ou seja, a exclusão do Estado em sua regulamentação.

Já a regulamentação das relações de tipo conjugal ou convivencial conteria apenas um arcabouço mínimo de direitos-deveres, com a finalidade de traçar regras supletivas para aqueles que decidam formalizar sua união civil perante o Estado, de modo a deixar as pessoas livres para estabelecerem suas próprias formações familiares, incrementando-as pela via privada, segundo suas crenças individuais, caso desejem, ou, paralelamente ao reconhecimento da união civil estatal, desde que não violem a legalidade constitucional.

É nesse cenário que Sunstein e Thaler propõem que o casamento religioso não tenha mais efeitos civis, mas que diga respeito, unicamente, às instituições religiosas ou organizações semelhantes, que podem excluir delas os que optem por nela se casarem, caso descumpram suas regras. O termo “casamento”, nessa proposta, fica restrito às uniões de cunho religioso.

4. Os deveres familiares na legalidade constitucional

O legislador infraconstitucional, seguindo a linha do Código anterior,³⁷ positivou, no art. 1.566 do Código de 2002,³⁸ os deveres conjugais recíprocos que pautam a relação daqueles que optam pela via do casamento civil. Concomitantemente, impôs deveres aos companheiros da união estável, conforme o art. 1.724.³⁹

³⁷ “O tratamento dado pelo Código Civil de 1916, e conservado pelo Código Civil de 2002 aos deveres conjugais e às suas consequências no momento da ruptura da relação, revelam que houve um prolongamento de seu modo de tratamento, sem um repensar profundo acerca da oportunidade de manutenção da descrição dos deveres conjugais e de seus reflexos na separação judicial”. (Silvana Maria CARBONERA. *Reserva de intimidade*, cit., p. 232).

³⁸ CC, art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: I - fidelidade recíproca; II - vida em comum, no domicílio conjugal; III - mútua assistência; IV - sustento, guarda e educação dos filhos; V - respeito e consideração mútuos.

³⁹ CC, art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

Cabe questionar, primeiramente, a legitimidade de tais deveres; em seguida, sua efetividade. Conforme se depreende do dispositivo, são deveres conjugais a i) fidelidade recíproca, a ii) vida em comum no domicílio conjugal, iii) a mútua assistência, iv) o sustento, guarda e educação dos filhos e v) o respeito e consideração mútuos.

De pronto, é cabível considerar que os deveres de iii) mútua assistência, iv) de sustento, guarda e educação dos filhos; e de v) respeito e consideração mútuos sejam válidos e exigíveis,⁴⁰ porque se coadunam com a legalidade constitucional, não devendo mais, porém, ser classificados como deveres próprios da conjugalidade, pois decorrem diretamente da solidariedade familiar e da responsabilidade parental, aplicáveis portanto às relações familiares como um todo.

O dever conjugal de fidelidade recíproca, expressão jurídica do princípio da monogamia,⁴¹ consiste na vedação de relações sexuais com terceiro(s). Destaca-se em doutrina que o legislador infraconstitucional, com o objetivo de proteger e de manter o vínculo conjugal, estipulou verdadeira intromissão estatal na privacidade dos cônjuges, individual e conjuntamente, sendo um instrumento de cunho moral de controle coercitivo e de repressão sexual.⁴² De mais a mais, o dever monogâmico é desnecessário para o reconhecimento da conjugalidade, que deve ser baseada unicamente na vontade livre dos cônjuges de se relacionarem segundo as suas próprias opções pessoais, por meio não de fidelidade formal, mas sim de lealdade substancial⁴³ e recíproca.

⁴⁰ De acordo com Paulo Luiz NETTO LÔBO, As vicissitudes da igualdade e dos deveres conjugais no direito brasileiro. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 6, n. 26, out./nov. 2004, p.11: “Os únicos deveres comuns tanto aos cônjuges quanto aos companheiros que não violam a privacidade e a vida privada deles, nem interferem em tal comunhão de vida, são o dever de mútua assistência e o dever de sustento, guarda e educação dos filhos. Estes são deveres exigíveis e refletem interesse público relevante”. Cf., tb., Marcos ALVES DA SILVA. *Da monogamia: a sua superação como princípio estruturante do direito de família*. Curitiba: Juruá, 2013. v.1. p.315-317, para quem: “relativamente ao direito de sustento, guarda e educação dos filhos, não se pode dizer tratar-se de um dever conjugal, já que independe do casamento. O mesmo pode ser dito sobre o dever de respeito e consideração mútuos, pois este é devido a toda pessoa que estabeleça convivência de qualquer natureza. Para o autor, o único mandamento que pode ser classificado como dever conjugal é o dever de mútua assistência, tanto em sua dimensão moral, consistente em cuidado e atenção, quanto em sua dimensão material, que se refere à provisão de meios para suprir as necessidades da família”.

⁴¹ Luiz Edson FACHIN; Carlos Eduardo Pianovski RUZYK. *Direito de família: casamento*. Artigos 1.511 a 1.590. In: Álvaro Villaça Azevedo (Coord.). *Código Civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2003. v.15. p. 298 e Marcos Alves da SILVA. *Da monogamia*, cit., p. 320.

⁴² Assim, Luiz Edson FACHIN. *Famílias: entre o Público e o Privado*. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Org.). *Família: entre o Público e o Privado*. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2012. p. 163 e Paulo Luiz Netto LÔBO. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 143.

⁴³ Sob essa perspectiva, afirma Luiz Edson Fachin, ob. ult. cit., p. 163: “[...] é possível inferir que no tempo presente não mais se insculpe, de modo necessário, o dever de fidelidade como elemento intrínseco da manutenção de uma conjugalidade, dado que, se assim o fosse, o casamento exsurgiria como um instrumento de coerção e repressão sexual. A fidelidade formal se verteu na lealdade substancial. [...] E ademais, a lealdade a um projeto de vida não faz morada na fria previsão normativa, mas sim no desejo e vontade daqueles que protagonizam tal projeto, e que nele buscam construir as suas vidas”.

O dever de vida em comum no domicílio conjugal, ou dever de coabitação, tampouco se coaduna com a imprescindível liberdade dos cônjuges de determinarem a conveniência de viverem onde quiserem, inclusive em domicílios separados. A imposição, além de anacrônica, não é justificável no âmbito do nosso ordenamento,⁴⁴ estando pautada em padrões culturais e morais ultrapassados, mais ainda quando confrontada com regra do próprio Código Civil, que admite a pluralidade de domicílios (art. 71), e com os ditames constitucionais basilares das relações existenciais. A opção pela vida em domicílio comum cabe somente aos cônjuges, de forma que a não observância do dever de coabitação é desprovida de efeitos legais, e, portanto, inexigível.⁴⁵

No que tange aos deveres de coabitação e de vida em comum, grande parte da doutrina afirma que decorrem do chamado débito conjugal, isto é, da obrigação dos cônjuges de manterem relações sexuais entre si. Apesar do entendimento de parcela doutrinária,⁴⁶ não se sustenta tal “dever” no âmbito de ordem constitucional que erige como seu princípio máximo a dignidade da pessoa humana, na qual se pode pressupor que a relação sexual como um ato íntimo corporal é necessariamente voluntário, consensual, livre e espontâneo.⁴⁷ Nem a procriação, nem sequer a sexualidade são hoje propósitos inevitáveis da união entre cônjuges ou conviventes.⁴⁸

⁴⁴ Maria Berenice DIAS. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 174.

⁴⁵ Paulo Luiz NETTO LÔBO. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 128-129.

⁴⁶ Jorge Alberto Caras Altas DUARTE PINHEIRO. O núcleo intangível da comunhão conjugal: os deveres conjugais sexuais. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, v. 10, n. 4, jun./jul. 2008 p. 104; Zeno VELOSO. Deveres dos cônjuges: responsabilidade civil. In: Silmara Juny de ABREU CHINELLATO *et al.* *Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 176-177.

⁴⁷ V., por todos, Maria Berenice DIAS. *Manual*, cit., p. 74, segundo a qual: “o simples fato de haver arrefecido a paixão ou o desejo não produz qualquer efeito. Ninguém pode ser condenado pela falta do estímulo indispensável para que os contatos físicos sejam um verdadeiro coroamento das relações afetivas que enlaçam o par. Afinal, não é o exercício da sexualidade que mantém o casamento. São muito mais a afetividade e o amor. Desarrazoado e desmedido pretender que a ausência de contato físico de natureza sexual seja reconhecida como inadimplemento de dever conjugal. Tal postura pode, perigosamente, chancelar a violência doméstica, sob a justificativa de garantir o exercício do direito ao contato sexual. Não se pode olvidar a tendência, que prevaleceu por muito tempo, de desqualificar o estupro conjugal, que repousava na obrigação do coito para os parceiros e era cometido essencialmente por homens, em face do reconhecimento do direito ao exercício da sexualidade”.

⁴⁸ Registra-se, na atualidade, o movimento de casais que se assumem assexuados. V. *Asexual Visibility and Education Network*. Disponível em <<http://www.asexuality.org/home/?q=relationship.html>>. Acesso em 12 dez. 2016.

Isso significa o esvaziamento dos efeitos jurídicos dos deveres conjugais,⁴⁹ os quais se tornaram meros enunciados morais e não jurídicos,⁵⁰ cujo inadimplemento não tem mais o condão de afetar quer a validade, quer a eficácia do casamento.⁵¹

A família constitucionalizada deve ser instrumento para promover a dignidade, a autonomia existencial, a intimidade e a solidariedade, não podendo, portanto, se criar restrições a quaisquer desses aspectos. Como se sabe, as relações conjugais e convivenciais são marcadas pela igualdade representada por indivíduos plenamente capazes de reger seus destinos e de eleger suas escolhas autonomamente. Isso significa a necessidade de uma atuação reduzida por parte do Estado em comparação às demais relações familiares, o que se realiza por meio de princípios e cláusulas gerais, de forma a garantir a promoção e a tutela da dignidade e da personalidade da pessoa humana.⁵²

A privatização das relações conjugais e convivenciais permite que as pessoas estabeleçam as próprias regras de convivência,⁵³ evitando-se, assim, intervencionismo injustificado e desnecessário, salvaguardando-se a intervenção somente para as situações patológicas. Nesse aspecto, a atuação estatal deve ser balizada pelos limites de uma “reserva de intimidade”,⁵⁴ de forma a promover os princípios constitucionais, somente intervindo efetivamente mediante solicitação judicial por parte dos próprios cônjuges, se impossível a solução de conflitos internos da relação conjugal.

⁴⁹ Há quem sustente que o descumprimento dos deveres conjugais gera o dever de indenização por parte daquele que os descumpriu. Nesse sentido, Regina Beatriz TAVARES DA SILVA. *Reparação civil na separação e no divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1999. Em recente decisão o juiz da 2ª V. Cível de Governador Valadares decidiu que uma técnica de enfermagem, traída, deveria ser indenizada pelo rompimento de seu casamento dez dias após a cerimônia. A sentença estipulou R\$ 50 mil em danos morais, já que a situação teria causado “imenso constrangimento, aborrecimento e humilhação” à vítima. Disponível em <<http://www.amodireito.com.br/2015/11/ex-marido-e-sua-amante-terao-de.html?m=1>>. Acesso em 04 dez. 2016.

⁵⁰ Marcos ALVES DA SILVA. *Da monogamia*, cit., p. 317-318.

⁵¹ Maria Berenice DIAS. *Manual de direito das famílias*, cit., p. 169: “Eventual ou reiterado, dissimulado ou público, o inadimplemento dos deveres conjugais, por um ou ambos os cônjuges, em nada afeta a existência, a validade ou a eficácia do casamento. O descumprimento de qualquer dos deveres matrimoniais não gera a possibilidade de o cônjuge credor buscar seu adimplemento em juízo. Com o fim do instituto da separação, não é mais permitido sequer imputar ao infrator a culpa pelo fim do amor. A partir da EC 66/10, a dissolução do casamento só pode decorrer do divórcio, que não admite questionamentos sobre causas e motivos (CC 1.580 § 1.º)” Em sentido contrário, Regina Beatriz TAVARES DA SILVA. *Reparação civil na separação e no divórcio*, cit., p.157.

⁵² V. Silvana Maria CARBONERA. *Reserva de intimidade*, cit., p. 272, segundo a qual: “Trata-se, pode se dizer, de um Direito de Família com graus de intervenção diferenciada, que na esfera das relações conjugais pessoais apresenta um caráter reduzido, onde a não intervenção legal ordinária se traduza em efetiva tutela dos cônjuges e de suas personalidades. Neste caso, diminuir a intervenção é a forma de promover a tutela da personalidade e da dignidade, dando condições de desenvolvimento pleno à personalidade da pessoa humana”.

⁵³ Samir NAMUR. *Autonomia privada para a constituição da família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 176-177.

⁵⁴ Assim, Silvana Maria CARBONERA, cit. p. 272.

Defende-se, portanto, no que toca às relações conjugais e convivenciais, a possibilidade de afastamento pelas partes dos deveres conjugais que limitem a autonomia existencial, porquanto estes priorizam a proteção do vínculo conjugal em detrimento da dignidade dos membros da relação.⁵⁵ Assim, aduz-se a necessidade de uma leitura constitucionalizada da tutela das relações conjugais e convivenciais por meio da revogação das regras cogentes da legislação infraconstitucional. Com essa transformação paradigmática, estariam protegidas as relações conjugais por normas dispositivas em conformidade com a axiologia constitucional, o que implicaria em manter uma tutela jurídica de forma ampla, porém não interventiva, respeitando e valorizando as escolhas, as crenças e os pactos realizados. A eventual alteração permitiria efetivar a relação de direitos e deveres atribuída aos cônjuges, seja no casamento ou na união estável, com fulcro “no plano constitucional, que passa a balizar a relação por meio dos princípios”.⁵⁶

Com base nos princípios constitucionais que regem, protegem e promovem a família e a dignidade de seus membros, tutelando todas as espécies de união, cabe às pessoas envolvidas estabelecerem, espontaneamente, e se assim desejarem, regras existenciais, como forma de estabelecer, no âmbito da legalidade constitucional, um código próprio sobre a intimidade e privacidade daquela união. Trata-se de uma proposta para maximizar a autonomia privada existencial das pessoas, que estarão aptas a regulamentarem suas próprias relações segundo seus projetos de vida. Percebe-se, portanto, a desnecessidade da intervenção estatal para delimitar deveres conjugais específicos, uma vez que a observância dos princípios constitucionais se mostra suficiente para a tutela eficaz das relações conjugais e convivenciais, no que se refere a aspectos íntimos como coabitação e fidelidade.

5. A ideia da privatização do casamento e o paternalismo libertário

Nas relações conjugais, a possibilidade de maior liberdade de escolha em razão do reconhecimento das várias formas de entidades familiares vem concretizando a opção pela estrutura familiar mais conveniente para cada indivíduo.⁵⁷ A intervenção heterônoma justificada pela proteção dos interesses do próprio sujeito sobre quem se intervém precisa de questionamentos a respeito de seu cabimento. Essas indagações

⁵⁵ Assim, tb., Silvana Maria CARBONERA, cit., p. 278.

⁵⁶ ID., ob. cit., p. 280-281.

⁵⁷ Maria Celina BODIN DE MORAES. A nova família, de novo, cit..

não se restringem à necessidade de se exercer a intervenção sobre determinado sujeito, mas também se dirigem ao tipo de intervenção que se justifica fazer.⁵⁸ A análise da legitimidade das intervenções jurídicas de acordo legalidade constitucional passa, necessariamente, por considerações acerca do caráter paternalista que uma restrição à autonomia pode apresentar.⁵⁹

De fato, o paternalismo⁶⁰ é exercido não só em relação a um indivíduo que dele supostamente necessite, mas também em relação às circunstâncias objetivas da situação em que um indivíduo pode se colocar, e que podem ser prejudiciais a ele, caso não haja qualquer intervenção externa.⁶¹ A depender das esferas jurídicas envolvidas no exercício da autonomia, as intervenções jurídicas nos espaços de liberdade existencial poderão ser consideradas como paternalistas ou não paternalistas e classificadas em variados tipos e graus de intensidade. Para análise da heteronomia estatal na família, interessante proposta é encontrada na corrente doutrinária denominada *paternalismo libertário*.

Os libertários⁶² advogam que o exercício da liberdade se dá quando não há qualquer interferência estatal em suas escolhas. Já os paternalistas encaram a suposta liberdade de escolha irrestrita com ceticismo, isto é, entendem que, em maior ou menor grau, sempre haverá algum tipo de intervenção heterônoma nas escolhas individuais.⁶³

Em meio a esse debate, surgiu a concepção de “paternalismo libertário”, o qual pode, à

⁵⁸ Thaís SÊCO. *A autonomia da criança e do adolescente e suas fronteiras: capacidade, família e direitos da personalidade*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013. p.76.

⁵⁹ Thamís DALSENTER. *Autonomia existencial na legalidade constitucional: critérios para interpretação da cláusula geral de bons costumes no Código Civil brasileiro*. 2015. Tese (Doutorado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Rio de Janeiro, 2015. p. 64-65, no prelo.

⁶⁰ Define-se que haverá uma intervenção paternalista quando dois requisitos estiverem presentes: (i) A exerce poder sobre B; (ii) esse poder de A é exercido com o propósito de evitar que B pratique ações (ou deixe de praticar) que causem danos a si mesmo ou representem um aumento de risco de dano. Por esse raciocínio, seria possível afirmar a intervenção como decorrente do paternalismo jurídico se o exercício de poder de A sobre B for respaldado pelo Direito, ou seja, se A tem poderes jurídicos para determinar, por si, modificações na situação jurídica de B (mesmo que B não queira). Assim, M. Garcia ALEMANY. *El paternalismo jurídico*. Madrid: Iustel, 2006. No mesmo sentido, ver, tb., Denis FRANCO SILVA. O princípio da autonomia: da invenção à reconstrução. In: Maria Celina Bodin de Moraes (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 152.

⁶¹ Thaís SÊCO. *A autonomia da criança*, cit., p. 76.

⁶² Na concepção de John Stuart Mill sobre a liberdade é legítimo instituir obrigatoriedade de comportamentos somente para a proteção de terceiros, nunca para a proteção do próprio indivíduo. (John Stuart MILL. *A liberdade: utilitarismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 17-18).

⁶³ Os conceitos de “*soft paternalism*” e de “*hard paternalism*” foram desenvolvidos pelo filósofo Joel FEINBERG. *Harm to Self*. Oxford: Oxford University Press, 1986. Para uma classificação didática das modalidades de paternalismo, v. Fermim SCHRAMM. *A autonomia difícil. Bioética*, Brasília, v. 6, n. 1, p. 27.

primeira vista, parecer uma contradição em termos,⁶⁴ considerando que paternalistas e libertários sempre se apresentaram em polos opostos. No entanto, a corrente propõe uma forma singular de paternalismo, que afirma ser possível e legítimo que instituições públicas e/ou privadas afetem o comportamento das pessoas ao mesmo tempo em que respeitam sua liberdade de escolha. O paternalismo libertário é paternalista na medida em que tenta influenciar os indivíduos a optar pelo arranjo que os interventores julgam ser a melhor opção do ponto de vista do bem estar, e é libertário porque concede a esses mesmos indivíduos a possibilidade de recusa ao arranjo se assim desejarem, preservando assim a liberdade de escolha.

Essa doutrina pretende demonstrar que a presença de alguma espécie de paternalismo é inevitável no momento em que o legislador (ou qualquer outro planejador) cria normas padronizadas dispositivas e (ou) supletivas, denominadas “regras-padrão”. Isso porque a própria forma de apresentação das regras jurídicas já tem o condão de influenciar as escolhas feitas pelas pessoas. Uma das razões dessa influência é o fato de as pessoas, em muitas hipóteses, não terem preferências definidas sobre determinados assuntos. Outras vezes, tendem elas a ficar inertes, postergando a tomada de decisões que possam ter efeitos muito sérios. Defende-se que, uma vez inafastável a influência dessas regras sobre o comportamento das pessoas, elas devem ser escolhidas com o objetivo explícito de melhorar o bem-estar dos seus destinatários. Contudo, o aspecto libertário é assegurado, pois há a possibilidade de não adesão a essas “regras-padrão” pré-estipuladas (o que a doutrina norte-americana chama de “*opt-out*”), garantindo-se a liberdade de escolha.⁶⁵

Essa proposta torna-se ainda mais atraente quando se observa que nem sempre as pessoas tomam boas decisões para si mesmas.⁶⁶ Isso ocorre por diversos motivos, sendo um deles o fato de que muitas são inexperientes em relação à tomada de decisões. De fato, as pessoas escolhem melhor em contextos em que dominam o assunto, porém, suas decisões tendem a ser falhas quando tomadas com pouca frequência naquela seara. Assim, parece uma boa alternativa que exista um direcionamento por parte de ‘planejadores’ que, em tese, dominem melhor o assunto e

⁶⁴ V., por todos, Cass R. SUNSTEIN; Richard H. THALER. *Libertarian Paternalism is Not an Oxymoron*. *civilistica.com*. Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, 2015. Disponível em <<http://civilistica.com/libertarian-paternalism-is-not-an-oxymoron>>. Acesso em 05 dez. 2016. A tradução do texto, realizada por Fernanda COHEN, tb. está disponível no site da *civilistica.com*.

⁶⁵ Por meio do sistema denominado *opt-out*, através do qual se presume que todas as pessoas estão incluídas naquela regra, a não ser que se manifestem expressamente em contrário.

⁶⁶ Sobre os assim chamados “atos acráticos”, v. Maria Celina BODIN DE MORAES. Uma aplicação do princípio da liberdade. *Na medida da pessoa humana*, cit., p. 183 e ss., espec. p. 193-194.

que já se debruçaram sobre ele.

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

Os momentos em que o Estado deveria direcionar as pessoas em decisões visando seu bem-estar, por meio de “regras-padrão” e de outros mecanismos, quando estas optem por não decidir, são bem identificados por Sunstein e Thaler. Um dos pontos altos de sua proposta refere-se justamente à privatização do casamento, que abrange uma reflexão interessante acerca da tutela da autonomia existencial nas relações conjugais e convivenciais.⁶⁷ Neste ponto, sustenta-se que as uniões deveriam ser privatizadas, não cabendo ao Estado distribuir licenças de casamento, validando as pessoas casadas em detrimento daquelas que optam por outro tipo de projeto de vida familiar. Desta forma, afirma-se que o Estado deveria sair de cena, garantindo apenas uniões civis, cujas regras seriam muito mais flexíveis e, em maior parte, supletivas.

Assim, organizações religiosas ou outras formas de associações estariam livres para impor seus requisitos e praticar suas crenças ao celebrar casamentos, podendo exigí-los com maior direcionamento. Aqueles que quisessem aderir poderiam fazê-lo por meio de pactos celebrados diante destas instituições, independentemente das uniões civis reconhecidas perante a lei. Nessa concepção, a solução para o casamento homoafetivo, por exemplo, seria bem menos conflituosa. Portanto, as organizações religiosas e as demais organizações privadas manteriam suas próprias regras sobre o casamento, o divórcio e a monogamia, sendo desnecessária qualquer permissão oficial para que as pessoas cumpram com seus deveres para com os outros. Isso porque aqueles que celebrarem casamentos privatizados, de acordo com suas crenças, provavelmente serão somente aqueles que acreditam suficientemente nos termos daquele compromisso a ponto de desejarem contraí-lo e respeitá-lo.

⁶⁷ Para Cass R. SUNSTEIN e Richard H. THALER *Nudge*, cit., p. 220: “Em suma: quando as pessoas se casam, elas recebem não apenas benefícios materiais, mas também uma espécie de legitimidade oficial, um selo de aprovação por parte do Estado” que faz com que esses, casados, sejam os casais de “primeira classe”. Os demais, que não possuem a licença, seriam de “segunda classe”.

Ao mesmo tempo, se o Estado apenas admitisse uniões civis em lugar de casamentos, indivíduos, cujas práticas e crenças são inaceitáveis para outras entidades privadas, teriam o mesmo *status civil* de “casado”. O regramento padrão trataria de constituir uma união civil para a produção de efeitos jurídicos para todos aqueles que desejassem constituir uma família, sem qualquer hierarquia entre as diferentes entidades familiares, mas com igual reconhecimento jurídico. Além disso, seriam previstas regras supletivas patrimoniais para proteção dos vulneráveis e para aqueles que não quiserem fazer qualquer escolha nesse sentido, como um regime de bens padrão (o da comunhão parcial parece o melhor), a guarda de filhos caso não haja acordo entre as partes, a questão dos alimentos, entre outras, é claro, sempre subordinadas à legalidade constitucional. Todavia, é necessário que as pessoas possam contornar essas regras quando conhecerem uma alternativa que julgam como melhor para atingir a realização dos próprios anseios. Nesses casos os contratos do direito de família podem mostrar-se bastante eficazes.

Ao propor a eliminação do casamento como uma instituição estatal, estariam protegidos a liberdade religiosa, os valores culturais e as liberdades individuais, já que o único *status* conferido pelo Estado seria o das uniões civis.⁶⁸ Evidentemente, a fixação de regras-padrão apropriadas para todos os tipos de pessoas que desejam firmar um compromisso no direito de família deve ter em comum a proteção daqueles que são mais vulneráveis, normalmente os filhos menores e os idosos, preservando-se o máximo possível a liberdade de escolha dos envolvidos.

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

Em linhas gerais, pode-se dizer que o paternalismo libertário parece uma boa ideia no que tange a garantir a liberdade dos indivíduos na busca solidária da realização de sua dignidade, que é, afinal, o objetivo da proteção à família. No entanto, a unidade do

⁶⁸ O chamado “poliamor” não consta do âmbito deste estudo.

sistema jurídico não poderá admitir a liberdade irrestrita, uma vez que a relação interpessoal só merecerá tutela se for condizente com a tábua de valores disposta no texto constitucional.

Cumpra assim frisar que nem sempre a liberdade de escolha pode prevalecer. Evidentemente que não deve prevalecer na hipótese de leis protetivas em favor de vulneráveis e contra situações de agressão, como nos casos de violência no âmbito da família.⁶⁹ As normas da Lei Maria da Penha, por exemplo, não são meras regras-padrão que podem ser afastadas pelas partes. Nessas hipóteses, mais importante que o papel do legislador é o papel do judiciário, ator essencial na manutenção da compatibilidade do direito de família com a realidade social.

Considerações finais

O que legitima uma relação amorosa? A resposta jurídica não está ligada somente a preferências morais e éticas pessoais, mas insere-se num quadro de princípios dentro do qual pode ser colocado um *direito ao amor*.⁷⁰ Tais princípios são a igualdade e a liberdade, a solidariedade e a integridade psicofísica, os quais, juntos, concorrem para definir a dignidade e, portanto, o limite da autodeterminação, ao mesmo tempo em que reclamam a necessidade do respeito recíproco fazendo emergir, assim, seu nítido caráter relacional.

A ideia de que o conteúdo da relação íntima é assunto exclusivo daqueles nela envolvidos – sendo cada casal visto como seu próprio legislador – supõe que os sistemas jurídicos eliminem progressivamente os conteúdos que outrora infligiam a todos, e que hoje devem estar sujeitos à negociação. Isso porque cônjuges e conviventes, ao espontaneamente escolherem realizar uma comunhão de vida, assumem compromissos entre si. Não são apenas os compromissos de natureza existencial de que se está falando. É fundamental que possam dispor de seu patrimônio da forma que lhes pareça mais aceitável, considerando o impacto que essas questões têm na vida familiar.

⁶⁹ Como é o caso da Lei da Lei Maria da Penha e de outras leis protetivas como o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto do Idoso e o Estatuto da Pessoa com Deficiência, entre outras.

⁷⁰ Assim, Stefano RODOTÀ. Definire l'amore? In: *Diritto d'amore*. Bari: Laterza, 2015. Disponível em <<https://tolinoreader.ibs.it/library/library.html#!/epub?id=DT0245.9788858123645>>. Acesso em 03 set. 2016.

Vale sublinhar que a desejada redução da intervenção estatal não significa recusar hipóteses em que o Estado deva desempenhar um papel ativo de ingerência na seara da família. Tais casos, como se viu, são os que envolvem sujeitos vulneráveis, como idosos e crianças, violência doméstica no âmbito familiar, dentre outros. Nessas hipóteses, justifica-se plenamente que a liberdade consubstanciada na autonomia privada ceda espaço à incidência de imposições próprias da solidariedade familiar.⁷¹

Com uma atuação não interventora, mas atenta e vigilante, o sistema jurídico poderá assegurar a implementação do respeito à dignidade da pessoa humana na dimensão familiar, na medida em que reconhece aos sujeitos liberdade e autonomia, não intervindo em aspectos pessoais que impliquem restrição injustificada, sem respaldo constitucional.⁷² Sob esse prisma, destaca-se que, se antes as soluções repousavam na lei, cabe agora à doutrina traçar critérios para nortear o judiciário em sua fundamentação, observando sempre a legalidade constitucional.⁷³

O sistema constitucional de liberdade e direitos fundamentais constitui hoje uma sólida, ainda que por vezes negada, referência. Com efeito, uma relação de solidariedade pessoal, existencial, decorrente da escolha do projeto de vida conjugal ou parental não pode ser considerada como ilícita apenas por ser contrária ao que é tido como aceitável pela maioria, uma vez que os conceitos de ordem pública, de moral e de bons costumes⁷⁴ são demasiadamente amplos e variáveis, diante do pluralismo da sociedade contemporânea e da laicidade que dão o contorno do Estado Democrático de Direito.

É, portanto, por força dessa solidariedade que se propaga pelo ordenamento jurídico, presente nas normas constitucionais e, portanto, em todas as demais regras e princípios, que não mais se sustenta um ordenamento que dê espaço à discriminação.⁷⁵ Cabe ao legislador não se descuidar dessas diversas configurações no sistema jurídico, pois só por meio da necessária coligação entre dignidade e solidariedade estará

⁷¹ Para um exemplo, v. Maria Celina BODIN DE MORAES. Danos morais em família? conjugalidade, parentalidade e responsabilidade, ora em *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2016, p. 423-455.

⁷² Silvana Maria CARBONERA. *Reserva de intimidade*, cit., p. 271.

⁷³ Maria Celina BODIN DE MORAES. Do juiz boca-da-lei à lei boca-de-juiz: reflexões sobre a aplicação- interpretação do direito no início do século XXI. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 56, 2013, p. 11-30, segundo a qual: “o deslocamento foi radical e parece imprescindível sua rápida identificação, para que se comece, doutrinariamente, a sugerir limites e a indicar possibilidades”

⁷⁴ Sobre os bons costumes v. Themis DALSENTER. *Autonomia existencial*, cit., *passim*.

⁷⁵ Stefano RODOTÀ. *Solidarietà: un'utopia necessaria*. Bari: Laterza, 2014, p. 54-56.

garantido o quadro dos direitos fundamentais, estendendo-o às relações privadas e, em particular, às relações conjugais.

civilistica.com

Recebido em: 28.12.2016
Publicação a convite.

Como citar: MULTEDO, Renata Vilela; BODIN DE MORAES, Maria Celina. A privatização do casamento. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 5, n. 2, 2016. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-privatizacao-do-casamento/>>. Data de acesso.