



**Escola da Magistratura do Estado do  
Rio de Janeiro**

A Constitucionalização do Princípio da Intervenção Mínima do Estado nas Relações  
Famíliares

Pedro Henrique Vianna Barbosa

Rio de Janeiro  
2014

PEDRO HENRIQUE VIANNA BARBOSA

**A Constitucionalização do Princípio da Intervenção Mínima do Estado nas  
Relações Familiares**

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Nelson C. Tavares Júnior

Néli Luiza C. Fetzner

Rio de Janeiro

2014

## CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA DO ESTADO NAS RELAÇÕES FAMILIARES

Pedro Henrique Vianna Barbosa

Graduado pela Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas - Rio de Janeiro. Pós-graduando pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Advogado. Sócio-fundador do escritório Barbosa e Biar Advogados Associados. Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM.

**Resumo:** A recente identificação do afeto como requisito essencial para a constituição das relações familiares configurou uma verdadeira revolução no seio do Direito de Família brasileiro. Aliada à extinção do instituto da separação judicial promovida pela Emenda Constitucional n. 66 de 2010, esta mudança de paradigma trouxe a necessidade de reavaliação do papel do Estado na regulamentação das relações familiares. O intervencionismo estatal nas relações das famílias brasileiras vem se mostrando excessivo e prejudicial, pois presume a incapacidade dos cidadãos para tutelarem as suas próprias relações, sacrificando a sua autonomia privada em prol de uma suposta proteção. A presente obra tem o objetivo de instaurar o debate acerca da constitucionalização do chamado princípio da Intervenção Mínima do Estado nas Relações Familiares, como forma de se garantir a autonomia dos membros dos núcleos familiares brasileiros.

**Palavras-chave:** Direito Civil (Direito de Família). Princípio da Intervenção Mínima do Estado nas Relações Familiares. Autonomia da Vontade. Positivização. Constitucionalização.

**Sumário:** Introdução. 1. Princípios Constitucionais Aplicáveis ao Direito de Família. 1.1. Dos Princípios e Sua Importância Para o Direito de Família. 1.2. Dos Princípios Constitucionais Aplicáveis ao Direito de Família. 1.3. O Princípio da Intervenção Mínima do Estado nas Relações Familiares. 2. A Excessiva Intervenção do Estado Brasileiro nas Relações Familiares. 2.1. As Manifestações da Intervenção Estatal. 2.2. Requisitos Objetivos: como identificar uma medida interventiva? 3. A Constitucionalização do Princípio da Intervenção Mínima. 3.1. O Princípio da Intervenção Mínima e a Legislação Vigente. 3.2. A Positivização do Princípio da Intervenção Mínima. Conclusão. Referências.

## **INTRODUÇÃO: O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA DO ESTADO NAS RELAÇÕES FAMILIARES**

Considere a seguinte situação hipotética: Carlos é um senhor de 71 anos de idade que viveu praticamente toda a sua vida ao lado de sua falecida esposa, Helena. Após o trágico acidente que ceifou a vida de Helena, Carlos deixou-se cair em uma profunda depressão. Seus três filhos, desesperados, faziam de tudo para animá-lo, mas nada parecia funcionar.

Anos se passaram e Carlos parecia cada vez menos determinado a recuperar sua alegria de viver. Até que em uma certa manhã, enquanto comprava pães e biscoitos na padaria perto de sua casa, qual não foi a surpresa de Carlos quando topou com Júlia, sua amiga de infância, por quem sempre teve muito carinho, mas de quem não ouvia notícias havia mais de vinte anos. Ambos retomam o contato, começam a se encontrar todas as semanas e, apaixonados um pelo outro, resolvem começar a namorar.

Alguns meses mais tarde e convictos de que serão felizes ficando juntos para o resto de suas vidas, Carlos e Júlia decidem se casar. Eles se casam e se tornam um casal extremamente unido e amado pelos seus amigos e familiares. Contudo, às vésperas de completar 75 anos de idade, Carlos recebe a notícia de que seu longo período de depressão o levou a desenvolver graves moléstias, e que sua saúde debilitada o levaria ao óbito em não mais que seis meses a partir daquele diagnóstico.

Desesperado, Carlos decide procurar um advogado para descobrir como deixar sua esposa amparada após a sua morte. Ele sabe que Júlia é uma pessoa humilde e solitária, que nunca chegou a ter filhos e que não conseguiu, ao longo de sua vida, construir um patrimônio. Sabe também que os seus próprios filhos são

profissionais bem sucedidos, que nunca precisaram de sua ajuda financeira. Desse modo, pergunta ao causídico se poderia deixar todos os seus bens para a sua esposa.

Infelizmente, a resposta é negativa. O advogado explica a Carlos, com pesar, que este, por ter mais de 70 anos de idade na época de seu casamento, teve que adotar o regime da separação obrigatória (ou legal) de bens, conforme o artigo 1.641, inciso II, do Código Civil de 2002. Além disso, como Carlos provavelmente deixará descendentes vivos no momento de sua morte, o artigo 1.829, inciso I, do mesmo diploma, excluirá a sua cônjuge, porque casados em regime de separação obrigatória de bens, da sucessão legítima. Ademais, continua o patrono, apesar de o Código Civil brasileiro permitir a alteração do regime de bens escolhido pelos cônjuges no momento do casamento, esta regra não vale para os casais que foram obrigados pela lei a adotar o regime da separação legal. Ainda que tal alteração fosse permitida, ela demandaria o ajuizamento de uma ação judicial para obtenção de autorização, conforme o artigo 1.639, § 2º, do CC, o que provavelmente demoraria mais de seis meses.

Carlos, portanto, será impedido de deixar todos os seus bens para sua esposa, independentemente de sua vontade. Demonstra-se, assim, uma das inúmeras injustiças perpetradas pela intervenção excessiva do Estado brasileiro nas relações familiares.

Buscar-se-á, ao longo do presente trabalho, comprovar que as medidas protetivas estatais, outrora tidas como essenciais na tutela das relações familiares, vêm perdendo a sua relevância e devem, principalmente na seara das relações conjugais, ser afastadas em prol do princípio constitucional da Intervenção Mínima.

A recente identificação do afeto como requisito essencial para a constituição das relações de parentesco configurou uma verdadeira revolução no seio do Direito de

Família brasileiro. Aliada à extinção da separação judicial ou da separação de fato como requisitos para a decretação judicial do divórcio, promovida pela Emenda Constitucional n.º 66, de 2010, esta mudança de paradigma trouxe a necessidade de reavaliação do papel do Estado na regulamentação das relações familiares.

A intervenção do Estado na autonomia dos entes familiares se manifesta principalmente através da criação de leis protetivas dos direitos dos indivíduos considerados pelo legislador como hipossuficientes. Esta intervenção, contudo, deve se ater aos casos em que se afigura verdadeiramente necessária, sob pena de se burocratizar a vida dos cidadãos, impondo-lhes prejuízos morais e materiais que podem vir a suplantar os benefícios almejados pelo Estado.

Questiona-se, assim, se o legislador brasileiro teria, com a promulgação da Emenda Constitucional n.º 66, iniciado o processo de elevação do chamado Princípio da Intervenção Mínima do Estado nas Relações Familiares ao status de princípio constitucional. Até que ponto seria desejável, no atual contexto sócio-econômico brasileiro, a intervenção do Estado nas relações de família?

## **1. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AO DIREITO DE FAMÍLIA**

O fenômeno da "principiologização" dos direitos ganha cada vez mais importância no Direito de Família brasileiro. Não obstante as regras jurídicas postas, os princípios vem sendo utilizados pelos operadores do Direito para embasar as mais diversas teses e decisões judiciais. Procurar-se-á, neste capítulo, delimitar os princípios constitucionais aplicáveis ao Direito de Família e esclarecer o significado do Princípio da Intervenção Mínima do Estado nas Relações Familiares.

## 1.1. DOS PRINCÍPIOS E SUA IMPORTÂNCIA PARA O DIREITO DE FAMÍLIA

O Direito, como fenômeno social, foi naturalmente desenvolvido como uma ferramenta de pacificação e manutenção das relações civilizadas. Pode se dizer que a criação de normas gerais de conduta foi a maneira encontrada pelas antigas civilizações para perenizar suas conquistas sociais. No epílogo do chamado Código de Hamurabi<sup>1</sup>, por exemplo, lê-se que as leis ali entalhadas foram criadas para que o forte não prejudicasse o mais fraco, a fim de proteger as viúvas e os órfãos, e para resolver todas as disputas e sanar quaisquer ofensas.

Conforme a lição de Robert Alexy<sup>2</sup>, as normas jurídicas que compõem o Direito contemporâneo podem se manifestar principalmente através de regras e de princípios jurídicos. Ronald Dworkin<sup>3</sup>, no mesmo sentido, compreende que as regras e os princípios são espécies do gênero norma jurídica, tratando-se a distinção entre as regras e os princípios jurídicos do ponto nevrálgico de seus estudos sobre a teoria das normas jurídicas.

As regras jurídicas são imperativos gerais, isto é, comandos que devem ser obedecidos por todas as pessoas a eles submetidas. Possuem como característica essencial a sua abstração, prevendo um modelo de conduta genérico, aplicável a todos os casos semelhantes, e não apenas a um determinado caso específico. Diz-se que são, também, hipotéticas e condicionais, eis que só devem ser aplicadas diante dos fatos específicos que elas descrevem. São, em geral, expressas em atos normativos oriundos dos poderes estatais.

---

<sup>1</sup> Um dos primeiros compilados de leis escritas de que se tem notícia. Trata-se de um monólito de rocha de diorito onde o rei do Império Babilônico Hamurabi teria entalhado as normas que regiam o seu reino. Supõe-se que o código foi escrito por volta de 1700 a.C., tendo sido encontrado no ano de 1901 na região da antiga Mesopotâmia, onde hoje se situa a cidade de Susa, no Irã.

<sup>2</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 40.

<sup>3</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 27.

Princípios jurídicos, por outro lado, são paradigmas, diretrizes que devem ser observadas pelo legislador, pelo operador do Direito e pelos jurisdicionados, na aplicação das regras jurídicas. São, portanto, parâmetros básicos segundos os quais as regras devem ser criadas e interpretadas. Como tais, podem ser expressos ou implícitos em meio às normas jurídicas postas.

Na clássica definição de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>4</sup>, o princípio jurídico é o mandamento nuclear de um sistema, uma disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência. Os princípios, segundo o autor, definiriam a lógica e a racionalidade de um sistema normativo, conferindo-lhe a tônica e lhe oferecendo sentido harmônico. Nas palavras de Carlos Ari Sundfeld<sup>5</sup>, "é o conhecimento dos princípios, e a habilitação para manejá-los, que distingue o jurista do mero conhecedor de textos legais".

Apresentados os conceitos de regras e princípios jurídicos, faz-se necessária uma breve explanação acerca das diferenças fundamentais entre ambas as espécies normativas.

Apesar da profunda divergência doutrinária existente acerca do tema, Dworkin<sup>6</sup> sustenta que os critérios para a distinção entre as regras e os princípios jurídicos não devem repousar no grau de generalidade da norma analisada, mas sim em seus aspectos qualitativos. Neste sentido, uma regra específica, quando válida e legítima, será, ou não, aplicada diante de um fato concreto. Caso ela descreva a conduta cuja legalidade se pretenda avaliar, será inevitável a sua aplicação, devendo as regras em sentido contrário ser consideradas inválidas.

---

<sup>4</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 63.

<sup>5</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 93.

<sup>6</sup> DWORKIN, op. cit, p. 35.

Os princípios jurídicos, por sua vez, não excluiriam a validade de outros princípios, de modo que seria possível a incidência de mais de um deles sobre o mesmo fato ou conduta. Far-se-ia, neste caso, um sopesamento da relevância de cada princípio aplicável à hipótese. De maneira oposta ao que ocorre com as regras jurídicas, a solução do aparente conflito entre princípios dependeria, para Dworkin, da análise da importância de cada um deles diante de um caso concreto.

Mas qual seria a relevância dos princípios no atual contexto do Direito de Família brasileiro? Segundo Maria Berenice Dias<sup>7</sup>, é no Direito das Famílias onde mais se sente o reflexo dos princípios eleitos pela Constituição Federal, que consagrou como fundamentais valores sociais dominantes. Para a autora, os princípios constitucionais adquiriram eficácia imediata e aderiram ao sistema positivo, compondo nova base axiológica e abandonando o estado de virtualidade a que sempre foram relegados.

Faz-se, assim, necessário analisar quais princípios aplicáveis ao Direito de Família brasileiro foram consagrados pela Constituição Federal de 1988.

## **1.2. DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AO DIREITO DE FAMÍLIA**

Delimitar os princípios constitucionais do Direito de Família brasileiro é uma tarefa árdua. Isto porque não há consenso na doutrina e na jurisprudência pátrias acerca de quais seriam os princípios do Direito de Família previstos pela Constituição Federal de 1988.

---

<sup>7</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 38.

De acordo com o professor Guilherme Peña de Moraes<sup>8</sup>, a Constituição brasileira consagrou os seguintes princípios aplicáveis ao Direito de Família: (i) o princípio da proibição da discriminação (artigo 3º, inciso IV, da CF); (ii) o princípio da pluralidade das famílias (artigo 226, §§ 1º a 6º, da CF); (iii) o princípio da proteção integral da criança (artigo 227, §§ 1º e 3º, da CF); (iv) o princípio da paternidade responsável (artigo 226, § 7º, da CF); (v) o princípio do reconhecimento da filiação socioafetiva (artigo 227, *caput*, da CF); (vi) o princípio da verdade da filiação (artigo 227, § 6º, da CF); e (vii) o princípio da vedação ao retrocesso (artigo 226, § 3º, da CF).

O professor Carlos Roberto Gonçalves<sup>9</sup>, por sua vez, elenca princípios sensivelmente diferentes no rol dos princípios constitucionais do Direito de Família. São eles: (i) princípio do respeito à dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da CF); (ii) princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros (artigo 226, § 5º, da CF); (iii) princípio da igualdade jurídica de todos os filhos (artigo 227, § 6º, da CF); (iv) princípio da paternidade responsável e planejamento familiar (artigo 226, § 7º, da CF); (v) princípio da comunhão plena de vida baseada na afeição entre os cônjuges ou conviventes (artigo 1.511 do Código Civil de 2002); e (vi) princípio da liberdade de constituir uma comunhão de vida familiar (artigo 1.513 do Código Civil de 2002).

Já a autora Maria Berenice Dias<sup>10</sup> entende que, além dos supracitados princípios jurídicos, a Constituição de 1988 também teria prestigiado os chamados princípios da solidariedade familiar - que englobaria os valores da fraternidade e da

---

<sup>8</sup> Conforme a exposição do professor na palestra de abertura do Curso de Extensão em Direito de Família da Escola de Magistratura do Rio de Janeiro, proferida em 03 de setembro de 2013.

<sup>9</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, v. 6. - Direito de Família. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 68.

<sup>10</sup> DIAS, op. cit., p. 58-72.

reciprocidade - e da afetividade, isto é, o compromisso assumido pelo Estado de assegurar a tutela do afeto.

Por fim, sustenta o advogado e atual presidente do Instituto Brasileiro do Direito de Família - IBDFAM, Rodrigo da Cunha Pereira, em sua obra intitulada "Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família"<sup>11</sup>, que constam na Constituição brasileira de 1988 dois princípios não reconhecidos pelos supracitados juristas: o princípio da monogamia e o princípio da autonomia e da menor intervenção estatal. Este, objeto da presente obra.

Assim, verifica-se que não há, em absoluto, consenso entre os juristas acerca dos princípios aplicáveis ao Direito de Família consagrados pela Constituição de 1988. Percebe-se, ainda, que o chamado princípio da intervenção mínima do estado nas relações familiares não vem sendo reconhecido pela maior parte da doutrina especializada como um dos princípios tutelados pela Constituição.

Demonstrar-se-á, contudo, que a Constituição de 1988, mormente a partir da promulgação da Emenda Constitucional n.º 66 de 2010, iniciou o processo de elevação do princípio da intervenção mínima do estado nas relações familiares ao status de princípio constitucional fundamental.

### **1.3. O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA DO ESTADO NAS RELAÇÕES FAMILIARES**

Desde a consolidação do Estado e da sua tutela sobre a vida dos seus cidadãos, a intervenção dos administradores públicos nas relações familiares se

---

<sup>11</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

manifestou sob as mais variadas formas, pelos mais variados motivos. Tome-se como exemplo a proteção da figura do *pater familias*, o homem na posição de marido e pai, no Direito Romano. Segundo Fustel de Coulanges<sup>12</sup>, ao se estudar a família romana fica evidente que o afeto nunca foi uma de suas características, enquanto se observa que a autoridade do homem sobre a mulher e os filhos era o seu principal fundamento. O Estado, então, tutelava o patrimônio da família como um todo, único, administrado unilateralmente pelo *pater*. A mulher romana, que sequer possuía capacidade jurídica, não detinha o direito de possuir bens.

Atualmente, a intervenção estatal sobre as relações familiares se manifesta através de políticas públicas governamentais, decisões judiciais e, principalmente, por meio da promulgação de leis protetivas ou repressivas de comportamentos reputados indevidos pelo Estado. Nas palavras de Rodrigo da Cunha Pereira<sup>13</sup>, o Estado vem abandonando sua figura de *protetor-repressor*, para assumir postura de Estado *protetor-provedor-assistencialista*, cuja tônica não é de uma total ingerência, mas, em algumas vezes, até mesmo de substituição a eventual lacuna deixada pela própria família, como, por exemplo, no que concerne à educação e saúde dos filhos (artigo 227, *caput*, da CF).

Para Rodrigo Pereira<sup>14</sup>, a intervenção do Estado deve, apenas e tão somente, ter o condão de tutelar a família e dar-lhe garantias, inclusive de ampla manifestação de vontade e de que seus membros vivam em condições propícias à manutenção do núcleo afetivo. O limite para a intervenção estatal, neste sentido, é a garantia da autonomia privada dos membros da família. Violada a autonomia familiar, estará configurado o excesso do Estado em sua intervenção.

---

<sup>12</sup> COULANGES, Numa Denis Fustel de. *A cidade antiga*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

<sup>13</sup> PEREIRA, op. cit., p. 180.

<sup>14</sup> Ibid., p. 182.

O interesse da sociedade em tutelar os direitos das famílias não pode se sobrepor aos interesses particulares dos membros do núcleo familiar. O Estado, no seu intuito protetivo, não deve colocar os supostos interesses coletivos acima dos interesses privados constitucionais dos indivíduos no âmbito familiar. Como coloca o ilustre professor Caio Mário da Silva Pereira<sup>15</sup>, "as normas do Direito de Família são normas de Direito Privado, na medida em que os interesses protegidos são predominantemente individuais, tratando-se de uma relação entre particulares, embora haja interesse coletivo".

Portanto, o princípio da Intervenção Mínima do Estado nas Relações Familiares determina que a intervenção estatal somente se justifica como meio garantidor da realização pessoal dos membros de uma família, devendo o Estado respeitar a autonomia privada e acatá-la como princípio fundamental<sup>16</sup>.

## **2. A EXCESSIVA INTERVENÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO NAS RELAÇÕES FAMILIARES**

Compreendido o significado do Princípio da Intervenção Mínima do Estado nas Relações Familiares, passa-se à avaliação da magnitude do problema que ele pretende resolver: a excessiva intervenção do Estado brasileiro nas relações entre familiares.

---

<sup>15</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil - volume 5*. Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

<sup>16</sup> PEREIRA, op. cit, p. 183-184.

## 2.1. AS MANIFESTAÇÕES DA INTERVENÇÃO ESTATAL

O Estado brasileiro vem demonstrando a tendência de presumir que os cidadãos não conseguem tomar as suas próprias decisões de maneira refletida e consciente. O legislador pátrio entende que em determinadas situações a sociedade não merece autonomia, presumindo que certas decisões trarão prejuízos aos quais os indivíduos não devem ser expostos.

Veja-se, por exemplo, o disposto no artigo 1.707 do Código Civil de 2002 ("CC"): "Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora". O referido dispositivo positivou a irrenunciabilidade do direito aos alimentos. Tese esta que já havia, como explica Rodrigo da Cunha Pereira<sup>17</sup>, sido afastada por notória construção doutrinária e jurisprudencial.

O artigo 1.707 do CC permite que o credor da prestação alimentícia não exerça o seu direito de recebê-la, mas o proíbe de renunciar a este direito. Seu objetivo é resguardar o direito aos alimentos para o caso de uma futura necessidade. Em outras palavras, proíbe-se que o titular do direito aos alimentos renuncie ao mesmo porque, apesar de não querer receber a prestação em um dado momento, ele pode vir a necessitar dela no futuro.

O dispositivo é corolário de uma antiga posição do Supremo Tribunal Federal, manifestada em sua súmula de n.º 379, segundo a qual: "No acordo de desquite não se admite renúncia aos alimentos, que poderão ser pleiteados

---

<sup>17</sup> Ibid., p. 185.

ulteriormente, verificados os pressupostos legais". Sobre o assunto, dispõe o professor João Baptista Villela<sup>18</sup>:

Como tem observado a melhor doutrina, irrenunciáveis são apenas os alimentos devidos *jure sanguinis*, já que se funda no parentesco, que igualmente não se renuncia. Mas os que tem caráter indenizatório, como são aqueles devidos pela extinção do dever conjugal de mútua assistência, não encontram motivo para se subtraírem ao império da autonomia da vontade. A orientação do Supremo Tribunal Federal infantiliza os cônjuges e lhes retira o poder de autodeterminação até mesmo quando, superados todos os desencontros de um casamento que se inviabilizou, identificam este magro e derradeiro consenso, que é a separação por acordo.

Percebe-se que a intervenção excessiva do legislador, como no caso em apreço, pode vir a prejudicar o próprio sujeito que o Estado procurou proteger. A irrenunciabilidade do direito aos alimentos, por exemplo, pode inviabilizar um divórcio consensual, ao retirar a segurança do cônjuge de que o seu parceiro não pleiteará alimentos no futuro.

Ainda mais controvertida é a imposição pelo legislador do regime da separação obrigatória de bens ao indivíduo maior de 70 anos de idade. Segundo o artigo 1.641, inciso II, do CC, "é obrigatório o regime da separação de bens no casamento da pessoa maior de 70 anos". Esta se trata da nova redação do dispositivo, determinada pela Lei n. 12.344 de 2010. Em sua redação original, o regime da separação de bens era imposto ao casamento do maior de 60 anos de idade. Esta, por sua vez, nada mais é que uma evolução do disposto no parágrafo único do artigo 258

---

<sup>18</sup> VILLELA, João Baptista. *Liberdade e família*. Movimento Editorial da Revista da Faculdade de Direito da UFMG, v. III, série Monografias, n. 2. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1980, p. 36.

do Código Civil de 1916: "É, porém, obrigatório o [regime] da separação de bens do casamento: II - do maior de 60 e da maior de 50 anos".

Ao fazer tal imposição, presumiu o legislador que o futuro cônjuge de um indivíduo acima de uma determinada idade somente se uniria a este com a intenção de receber parte do seu patrimônio ao fim da relação. Presumiu, assim, que o sujeito que ostenta idade avançada não teria condições de avaliar as reais intenções do seu pretendente. Trata-se, é claro, de um conceito equivocado do legislador. Novamente foi retirada a autonomia do indivíduo com o pretexto de protegê-lo, quando ele mesmo seria o melhor avaliador da sua necessidade de proteção. Acerca da referida imposição, defende a professora Maria Berenice Dias<sup>19</sup>:

Trata-se de mera tentativa de limitar o desejo dos nubentes mediante verdadeira ameaça. A forma encontrada pelo legislador para evidenciar sua insatisfação frente à teimosia de quem desobedece ao conselho legal e insiste em realizar o sonho de casar é impor sanções patrimoniais.

A promotora de justiça Érica Verícia de Oliveira Canuto<sup>20</sup>, por sua vez, entende que "a limitação da vontade, em razão da idade, longe de se constituir em uma precaução (norma protetiva), se constitui em uma verdadeira sanção". Não restam dúvidas, portanto, de que o disposto no artigo 1.641, inciso II, do CC, constitui mais uma intervenção excessiva do Estado brasileiro nas relações familiares.

A própria exigência legal do processo de habilitação prévia ao casamento se trata, ao nosso ver, de um excesso do legislador (artigos 1.525 a 1.532 do CC). O processo de habilitação para o casamento pode ser explicado como a submissão dos

---

<sup>19</sup> DIAS, op. cit., p. 246.

<sup>20</sup> CANUTO, Érica Verícia de Oliveira. Liberdade de contratar o regime patrimonial de bens no casamento. Regimes mistos. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e dignidade humana*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006, p. 285-314.

nubentes à fiscalização estatal prévia, manifestada pela avaliação do Ministério Público e do cartório do registro civil acerca da existência de impedimentos para o casamento e para a adoção de certos regimes de bens. A habilitação é um dos requisitos para a celebração do casamento, conforme a parte final do artigo 1.533 do CC.

Através do processo de habilitação, o Estado verifica se os nubentes se adequam às normas protetivas do CC, como o artigo 1.521 do referido diploma, que impede o casamento em certas circunstâncias; o seu artigo 1.523, que sugere que o casamento não se realize em determinadas hipóteses; e o supracitado artigo 1.641, que impõe o regime da separação de bens a determinadas classes de nubentes. Trata-se, portanto, de um processo burocrático de avaliação do cumprimento dos comandos protetivos estatais.

A intervenção estatal nas relações familiares, contudo, não se manifesta apenas através das leis. As decisões das Cortes Superiores do país constituem outra profusa fonte de intervenção indevida.

No dia 24 de abril de 2012, alterando o seu prévio entendimento sobre a responsabilidade civil no âmbito familiar, decidiu o Superior Tribunal de Justiça<sup>21</sup> pela condenação de um pai a indenizar sua filha em R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) a título de danos morais por "abandono afetivo". Entendeu o Tribunal que a paternidade traz vínculos objetivos para os quais há previsões legais e constitucionais de obrigações mínimas, como o dever de convívio, de cuidado, de criação e de educação dos filhos. Assim, não observados estes deveres, se tornaria possível a responsabilização civil.

---

<sup>21</sup> Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial n. 1.159.242/SP. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgamento em 24 de abril de 2012. Acesso em 25 de março de 2014.

O problema da referida decisão reside no fato de que os deveres de convívio, cuidado, criação e educação dos filhos são essencialmente deveres subjetivos. Não se pode determinar com objetividade, por exemplo, se um pai cumpre o seu dever de convívio com o seu filho. Basta dizer que este pai pode ter se divorciado da genitora da criança, se mudado para outro país e constituído uma nova família. Caso ele venha a ligar para a criança todos os meses e a visitar uma vez ao ano estará cumprindo o seu dever? E quanto ao dever de criação, o que configuraria o cumprimento da obrigação?

O afeto não pode ser imposto pelo Estado, simplesmente porque não decorre de obrigação legal ou de uma decisão judicial, mas sim do vínculo de afinidade entre as pessoas. A decisão do Superior Tribunal de Justiça, portanto, parece ter como objetivo interferir nas relações privadas familiares, impondo aos pais que criem um vínculo de afinidade com os seus filhos quando nem sempre este vínculo se mostra possível.

Em se tratando de decisões judiciais interventivas, destaca-se também a recente medida liminar concedida pela juíza Liniane Maria Mog da Silva, da comarca de Torres, no Rio Grande do Sul, para obrigar uma gestante a fazer uma operação cesariana de emergência<sup>22</sup>.

A gestante em questão, Adelir Lemos de Goes, esperava o seu terceiro filho e estava na 42ª semana de gestação. No dia 31 de março de 2014, sentindo fortes dores abdominais, Adelir se dirigiu ao Hospital Nossa Senhora dos Navegantes, na cidade de Torres, Rio Grande do Sul. Lá, foi atendida pela médica obstetra Andréia Castro, que constatou se tratar de gravidez de risco e indicou a realização de uma cesariana de emergência.

---

<sup>22</sup> SARMENTO, Eduardo. Os limites da liberdade de escolha. *Tribuna do Advogado*, OAB/RJ, Rio de Janeiro, número 537, ano XLII, p. 17-19, maio de 2014.

Adelir, contudo, se negou a passar por uma cesariana, afirmando que, por convicções pessoais, gostaria de ter o seu filho através de parto normal. A obstetra, inconformada, pediu que a gestante assinasse um termo de responsabilidade antes de liberá-la, e logo em seguida acionou o Ministério Público do Rio Grande do Sul. Naquela mesma noite foi requerida e concedida uma liminar para obrigar a gestante a passar pela cesariana de emergência, tendo a juíza Liniane Maria Mog da Silva determinado que a gestante fosse imediatamente encaminhada para o hospital, se necessário com o apoio da força policial.

Assim, Adelir foi buscada em sua casa por um oficial de justiça acompanhado de policiais armados, levada para o hospital e obrigada a passar pela operação cesariana, contra a sua vontade. Para o presidente da Comissão de Bioética e Biodireito da OAB/RJ, Bernardo Campinho, a medida violou direitos fundamentais da gestante, devendo ser observada a necessidade primordial de preservação da escolha da paciente<sup>23</sup>.

Por fim, devem ser citados como possibilidades de futuras intervenções extremadas o notório projeto de lei n. 7672/2010, que visa a proibir o uso de castigos físicos ou tratamentos cruéis ou degradantes na educação de crianças e adolescentes, e o projeto de lei n. 817/2011, que altera o artigo 52 da Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015/73) para permitir que a mãe de uma criança a registre isoladamente, sem a anuência do suposto pai.

Tratam-se de dois projetos de lei controversos, justamente por apresentarem perspectivas de intervenções drásticas nas relações familiares. Caso o primeiro seja aprovado, o Estado estará retirando dos pais o "direito à palmada", isto é, a possibilidade de aplicarem castigos físicos nos seus filhos. Já o segundo, na hipótese

---

<sup>23</sup> Ibid., p. 18.

de vir a se tornar uma lei, acabará permitindo que uma mãe registre qualquer homem como pai de seu filho, cabendo a ele comprovar em juízo a inexistência da paternidade. Ambas as perspectivas parecem tenebrosas.

Conclui-se, assim, que o Estado vem interferindo profundamente nas relações familiares dos cidadãos brasileiros, em regra para retirar a autonomia privada dos indivíduos, presumindo a sua falta de capacidade para tomar decisões seguras e razoáveis. Por isso entendemos que se faz necessária a constitucionalização do princípio da Intervenção Mínima do Estado nas Relações Familiares.

## **2.2. REQUISITOS OBJETIVOS: COMO IDENTIFICAR UMA MEDIDA INTERVENTIVA?**

Percebe-se, assim, que as medidas interventivas estatais no âmbito do Direito de Família são numerosas e potencialmente lesivas a quem elas pretendem proteger. Mas como identificar essas medidas? Como diferenciá-las de medidas não interventivas? A efetiva oposição a tais medidas exige a sua correta identificação, o que pode ser feito através da análise dos requisitos objetivos que sugerimos a seguir.

Primeiramente, denota-se que todas as manifestações de intervenção estatal elencadas nesta obra possuem uma característica comum: a restrição de direitos de uma determinada classe de pessoas. A intervenção estatal nas relações familiares sistematicamente se manifesta como a limitação de um direito ou de uma liberdade do indivíduo tutelado. Através de suas medidas interventivas o Estado reduz a autonomia privada dos cidadãos.

Em segundo lugar, as medidas em questão são atos emanados por autoridades públicas competentes, sejam parlamentares, chefes do Poder Executivo ou membros

do Poder Judiciário. Tratam-se, portanto, de atos interventivos estatais com presunção de legalidade, não sendo possível a sua imposição por particulares.

Finalmente, observa-se que o objetivo do Estado ao emanar tais medidas é a proteção de indivíduos que presumidamente tomariam decisões equivocadas e trariam prejuízos financeiros e psicológicos para si e para terceiros. O Estado, entendendo que um determinado grupo de pessoas provavelmente fará escolhas indevidas, que potencialmente a prejudicarão, tolhe a sua liberdade com o intuito de protegê-la. Verifica-se, aqui, o traço distintivo das medidas intervencionistas indevidas.

A intervenção do Estado nas relações familiares, portanto, se revela através de medidas que: (i) mitigam direitos e liberdades de um determinado grupo de cidadãos; (ii) são emandas por autoridades públicas competentes; e (iii) presumem que os cidadãos não conseguirão tutelar as suas próprias vidas de maneira eficiente, objetivando protegê-los de suas próprias decisões potencialmente prejudiciais.

### **3. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA**

Apesar do reconhecimento do Princípio da Intervenção Mínima do Estado nas Relações Familiares por parte da doutrina brasileira como princípio jurídico válido e aplicável, fato é que ele ainda não foi expressamente reconhecido pelo legislador. Não há, na legislação pátria, menção expressa ao referido princípio. Desse modo, buscar-se-á, no capítulo final do presente artigo, avaliar a legalidade do Princípio da Intervenção Mínima do Estado nas Relações Familiares, bem como a sua compatibilidade com os ditames da Constituição brasileira de 1988.

### 3.1. O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA E A LEGISLAÇÃO VIGENTE

O Princípio da Intervenção Mínima do Estado nas Relações Familiares ainda não foi expressamente positivado no Direito brasileiro. Existem, contudo, diversos indícios na lei brasileira de que o próprio legislador procurou evitar a intervenção excessiva do Estado nas células familiares.

A Constituição Federal de 1988 dispõe em seu artigo 226, *caput*, que "a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado". O constituinte, assim, deixou clara a modificação do papel do Estado brasileiro de um "Estado-interventor" para um "Estado-protetor"<sup>24</sup>. Para Rodrigo Pereira ficou clara a intenção da Constituição de unir a liberdade do indivíduo à importância que a família representa para a sociedade e para o Estado<sup>25</sup>:

Ao garantir ao indivíduo a liberdade por intermédio do rol de direitos e garantias contidos no art. 5º, bem como de outros princípios, [a Constituição] conferiu-lhe a autonomia e o respeito dentro da família e, por conseguinte, assegurou a sua existência como célula mantenedora de uma sociedade democrática. Isto, sim, é que deve interessar ao Estado.

Faz-se necessário citar, ainda, que a Emenda Constitucional n. 66, de 13 de julho de 2010, alterou a redação do § 6º do artigo 226 da CF/88, para prever que "o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio". A alteração em questão constituiu uma verdadeira revolução no seio do Direito de Família brasileiro, pois excluiu os requisitos da prévia separação judicial por mais de um ano ou da separação de fato por mais de dois anos para a decretação do divórcio. Em outras palavras, a Emenda

---

<sup>24</sup> PEREIRA, op. cit, p. 183.

<sup>25</sup> Ibid., p. 183.

Constitucional 66/2010 tornou o divórcio um direito potestativo, que passou a poder ser exercido facultativamente por qualquer dos cônjuges, a qualquer momento.

Com a EC 66/2010 o legislador brasileiro deu um grande passo em direção à redução do intervencionismo estatal. Os cônjuges que antes se viam obrigados a permanecerem casados, independentemente de suas vontades, por uma imposição Constitucional, passaram a ter ampla liberdade para o rompimento do matrimônio.

De qualquer forma, antes mesmo da promulgação da referida Emenda Constitucional, o Código Civil brasileiro já dispunha, em seu artigo 1.513, que "é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família". Para o eminente professor Rodrigo da Cunha Pereira<sup>26</sup>, pode-se extrair daí o fundamento legal para recepcionar a autonomia privada como princípio fundamental do Direito de Família.

De fato, quando o CC/02 proíbe a interferência de qualquer pessoa, seja de direito público ou de direito privado, na comunhão de vida instituída pela família, ele não deixa dúvidas acerca de sua intenção de proteger as famílias de intervenções indevidas, sejam aquelas perpetradas por particulares, sejam aquelas impostas pelo Estado.

Logo se conclui que não há, na legislação vigente, qualquer óbice à positivação do princípio da Intervenção Mínima do Estado nas Relações Familiares. Pelo contrário, não somente a Constituição Federal, mas também o Código Civil de 2002, apresentam noções básicas de autonomia privada nas relações familiares que convergem com a ideia central do princípio em questão.

---

<sup>26</sup> Ibid., p. 183.

### 3.2. A POSITIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

Não obstante a conclusão de que princípio da Intervenção Mínima do Estado nas Relações Familiares se coaduna com os valores insculpidos na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil de 2002, somente a sua positivação lhe garantirá efetividade. Em outras palavras, apenas a inserção do referido princípio nos diplomas legais permitirá que os seus efeitos irradiem perante toda a sociedade.

A positivação do princípio da Intervenção Mínima significa a imposição de uma obrigação legal ao legislador e ao aplicador da lei no sentido da observância da autonomia privada dos entes familiares. A positivação pode se dar em âmbito constitucional ou infraconstitucional, configurando a primeira modalidade uma espécie de constitucionalização do direito.

De acordo com Virgílio Afonso da Silva<sup>27</sup>, a constitucionalização do direito pode ocorrer de cinco maneiras distintas, propostas por Schuppert e Bumke. São elas: (i) a reforma legislativa; (ii) o desenvolvimento jurídico por meio da criação de novos direitos individuais e de minorias; (iii) a mudança de paradigmas nos demais ramos do direito; (iv) a irradiação do Direito Constitucional com efeitos nas relações privadas e nos deveres de proteção; e (v) a irradiação do Direito Constitucional com a constitucionalização do direito por meio da jurisdição ordinária. Para o autor, as principais formas de constitucionalização observadas no ordenamento jurídico brasileiro são a reforma legislativa, através da qual se operam reformas na Constituição, para nela incluir novos temas, ou na legislação infraconstitucional, com o objetivo de adaptá-la à Constituição, e a irradiação do Direito Constitucional aos

---

<sup>27</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 71.

demais ramos do Direito, através da qual se solidifica a submissão desses ramos ao Direito Constitucional.

Portanto, para se garantir a eficácia da constitucionalização do princípio da Intervenção Mínima, ela deve ser operacionalizada de duas maneiras distintas. A primeira é a inclusão do princípio no texto constitucional, a fim de positivá-lo e, assim, lhe institucionalizar. A segunda é a irradiação do princípio sobre o Direito de Família infraconstitucional, por meio da qual deverão ser extirpadas do ordenamento as normas interventivas ora vigentes.

Assim, a presente obra visa a sugerir a constitucionalização do princípio da Intervenção Mínima do Estado nas Relações Familiares. Com a constitucionalização deste princípio espera-se que o Estado brasileiro finalmente garanta a autonomia privada dos seus cidadãos, permitindo que as famílias tutelem as suas próprias relações.

## **CONCLUSÃO**

O intervencionismo do Estado nas relações familiares dos brasileiros não possui, atualmente, qualquer parâmetro efetivamente limitador. A supressão ou limitação da autonomia privada dos cidadãos, perpetrada principalmente pelos poderes Legislativo e Judiciário, alcançou níveis extremos, manifestando-se através de leis excessivamente protetivas, decisões judiciais inconsistentes e políticas públicas abusivas. Neste contexto, surge a necessidade de positivação de um princípio balizador, comumente chamado pela doutrina pátria de princípio da Intervenção Mínima do Estado nas Relações Familiares.

Ao longo do presente artigo científico procurou-se verificar quais seriam os princípios constitucionais aplicáveis ao Direito de Família brasileiro, bem como se o

princípio da Intervenção Mínima do Estado nas Relações Familiares encontraria óbices na legislação constitucional e infraconstitucional.

Procurou-se, também, fazer uma análise das principais manifestações da intervenção estatal na autonomia privada dos cidadãos no âmbito das relações de família, a fim de se ilustrar e destacar o problema ora enfrentado.

Por fim, defendeu-se a positivação do princípio da Intervenção Mínima do Estado nas Relações Familiares através da sua inclusão no texto constitucional e infraconstitucional, de modo que se garanta a sua efetividade.

A constitucionalização do princípio da Intervenção Mínima será um grande passo em direção à garantia da autonomia privada dos cidadãos brasileiros, livrando-os da presunção estatal de que eles não são capazes de tomar as suas próprias decisões.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- CANUTO, Érica Verícia de Oliveira. Liberdade de contratar o regime patrimonial de bens no casamento. Regimes mistos. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e dignidade humana*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006.
- COULANGES, Numa Denis Fustel de. *A cidade antiga*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O Novo Divórcio*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, v. 6. - Direito de Família*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil - v. 5. Atual*. Maria Celina Bodin de Moraes. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e prática*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SARMENTO, Eduardo. Os limites da liberdade de escolha. *Tribuna do Advogado*, OAB/RJ, Rio de Janeiro, número 537, ano XLII, maio de 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2011.