

A (des)necessária intervenção do Estado na autonomia familiar

Ana Mônica Anselmo de AMORIM*

RESUMO: O presente artigo pretende analisar a intervenção do Estado nas entidades familiares, como contraponto à autonomia familiar. A Constituição Federal de 1988 (Art. 226) prevê que a família é a base da sociedade, merecendo proteção especial do Estado. Contudo, a Constitucionalização do Direito (Direito Civil Constitucional) faz com que os valores constitucionais irradiem reflexos sobre o Direito Civil, de modo que esta intervenção do Estado ocorra de forma mínima, preservando a liberdade dos indivíduos e sua autonomia privada. A família deixa de ter um caráter apenas institucional para dotar-se também de caráter instrumental, fomentando condições para que seus membros sejam felizes e sintam-se realizados. O Estado-Protetor deverá atuar sempre que na relação jurídica familiar estejam presentes seres humanos em condição de vulnerabilidade, tais como crianças, adolescentes e pessoas com deficiência, que merecem atenção e cuidado diferenciados. Contudo, não se pode esquecer a autonomia do indivíduo e a necessária preservação de seu bem-estar e dignidade.

PALAVRAS-CHAVE: Família; sociedade; intervenção mínima estatal; autonomia familiar; proteção.

SUMÁRIO: Introdução; – 1. A constitucionalização do direito privado: outrora os Códigos, hoje a Constituição; – 2. A família como base da sociedade e a intervenção do Estado; – 3. O princípio da autonomia familiar e da menor intervenção estatal; – 4. Limites à autonomia familiar e a preservação dos bons costumes; – 5. A (des)necessária intervenção do Estado na autonomia familiar; – Considerações finais; – Referências.

TITLE: *The (Un)Necessary Intervention of the State in the Family Autonomy*

ABSTRACT: *This article aims to analyze the intervention of the State in family entities, as a counterpoint to family autonomy. The Federal Constitution of 1988 (Art. 226) provides that the family is the basis of society, deserving special protection from the State. However, the Constitutionalization of Law (Constitutional Civil Law) makes constitutional values radiate reflections on Civil Law, so that this intervention by the State occurs in a minimal way, preserving the freedom of individuals and their private autonomy. The family is no longer merely institutional in nature, but also has an instrumental character, fostering conditions for its members to be happy and feel fulfilled. The Protecting State must act whenever human beings in vulnerable conditions are present in the family legal relationship, such as children, adolescents and people with disabilities, who deserve special attention and care. However, the individual's autonomy and the necessary preservation of their well-being and dignity cannot be forgotten.*

KEYWORDS: *Family; society; minimum State intervention; family autonomy; protection.*

CONTENTS: *Introduction; – 1. The constitutionalization of private law: formerly the codes, today the Constitution; – 2. The family as the basis of society and state intervention; – 3. The principle of family autonomy and lesser State intervention; – 4. Limits to family autonomy and the preservation of good customs; – 5. The (un)*

* Doutora em Direito pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR, Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Graduada em Direito pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, Professora Adjunto IV da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, Professora de cursos de pós-graduação em Direito, Defensora Pública do Estado do Ceará, autora de obras jurídicas.

necessary State intervention in family autonomy. – Final considerations. – References.

Introdução

O presente artigo pretende analisar a intervenção do Estado nas entidades familiares, em contraponto à Autonomia Privada (familiar). O Direito Civil passou a ser reinterpretado a partir de premissas constitucionais (Direito Civil Constitucional ou Constitucionalização do Direito), lançou-se um novo olhar, o Direito Civil que outrora enfatizava propriedade, contratos e o individualismo, passou a enxergar os institutos civilistas a partir de uma nova ótica, mais humana, vislumbrando o indivíduo enquanto fim em si mesmo.

O Direito das Famílias não é diferente, a família na Constituição Federal de 1988 (Art. 226) passou a ser vista como base da sociedade, uma sociedade cujos anseios e valores alteram-se a partir do fator tempo, passando então a família a ser vista como instrumento para o desenvolvimento do indivíduo, sua realização pessoal e busca da felicidade.

Destarte, propõe-se uma análise do intervencionismo do Estado na família, uma intervenção mínima, respeitando-se a autonomia privada como corolário da liberdade. No entanto, o Estado-Protetor deve resguardar os direitos decorrentes das relações familiares, que envolvam crianças, adolescentes e pessoas com deficiência.

O Objetivo Geral do artigo é a Necessidade de Intervenção do Estado nas Relações Familiares em detrimento da Autonomia Privada (Familiar).

Quanto à metodologia, assinala-se a pesquisa bibliográfica, através de um estudo descritivo-analítico, ao que se consigna ao material pesquisado: manuais de referência legislativas, doutrinas jurídicas e jurisprudências especializadas mais adequadas ao objeto do estudo, a saber: a redução do campo de investigação à ciência do Direito e seus dados, em dado tempo e lugar.

Quanto à abordagem, é qualitativa, porquanto a tarefa é humanística, voltada, nomeadamente, aos profissionais do Direito. Quanto aos objetivos, tem-se a livre metodologia descritiva e exploratória, sob o escopo de identificar, analisar e reger os institutos no ordenamento jurídico, propondo uma abordagem Constitucional do Direito Civil, em especial o Direito de Família.

O artigo é dividido nos seguintes tópicos, iniciando-se na Constitucionalização do Direito Privado, em que outrora eram os Códigos e hoje a Constituição. E seguida, propõe-se uma análise da Família como base da Sociedade e a Intervenção do Estado. No terceiro ponto verifica-se o Princípio da Autonomia Familiar e da Menor Intervenção Estatal. Os Limites à Autonomia Familiar e a Preservação dos Bons Costumes, são abordados no penúltimo tópico, culminando o artigo com o cerne, qual seja, verificar a (Des)Necessária Intervenção do Estado na Autonomia Familiar.

1. A constitucionalização do direito civil (direito civil constitucional) – outrora os códigos, hoje a Constituição

O fenômeno da constitucionalização do direito civil (ou a metodologia do direito civil constitucional) inicia a sua trajetória a partir do surgimento do Estado Liberal, com a Revolução Francesa e a edição do Código Civil Francês de 1804, consagravam-se premissas como o poder da vontade, o negócio jurídico como forma de expressão da vontade das partes, a força dos contratos e da propriedade, outorgando protagonismo ao burguês proprietário, sujeito de direito e pai de família. Vislumbrava-se o cenário perfeito para a dicotomia entre o direito público e o privado. Apresentava-se então, um modelo privatista, e a partir do Estado Social a hegemonia das codificações cede espaço ao constitucionalismo.

Com os ideais do Estado Social, conferiu-se então uma maior importância aos interesses sociais, com uma maior intervenção do Estado na economia e, conseqüente limitação dos interesses privados (contratuais e propriedade), e ainda conforme Francisco Luciano Lima Rodrigues¹ passou o direito civil a conviver com o fenômeno da constitucionalização do direito, de modo que a Constituição deixa de ser uma mera carta política, para colocar-se no ápice do ordenamento jurídico pátrio, conferindo-se maior importância ao ser humano, e não ao seu patrimônio.

O modelo oitocentista que previa a exploração do trabalhador, atingindo seu ápice com a Revolução Industrial, passa a reconhecer o total desequilíbrio entre as partes do contrato de trabalho – patrão e empregado, para então o Direito do Trabalho assumir

¹ RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. *O fenômeno da constitucionalização do direito: seus efeitos sobre o direito civil*. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; SOUZA, Eduardo Nunes de; MENEZES, Joyceane Bezerra de; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos (Coord.). *Direito Civil Constitucional: a resignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas conseqüências*. Florianópolis: Conceito Jurídico, 2014, p. 571.

uma função de proteção do trabalhador, ampliando as normas cogentes e diminuindo a liberdade contratual.

Pietro Perlingieri² sobre a maior importância conferida ao ser humano destaca que “os interesses e direitos de natureza essencialmente pessoal antepõem-se a interesses e direitos patrimoniais, o que supõe que, na hierarquia de valores, a pessoa humana prevalece sobre o interesse econômico”.

A partir da Primeira Guerra Mundial (1945) inicia-se uma grande mudança de panorama no Direito Civil, intensificando o intervencionismo estatal, propondo um equilíbrio social mais humano e limitador da autonomia privada.

No cenário jurídico brasileiro, o Código Civil de 1916 influenciado pelo modelo civilista francês, e nas palavras de Francisco Luciano Lima Rodrigues³ ganha terreno fértil para se projetar ao se deparar com uma elite patrimonialista e conservadora, ao importar-se primordialmente com o atendimento de seus anseios, em regra, apartados com a realidade social brasileira.

Para Daniel Sarmiento⁴ a constitucionalização do direito privado não se resume ao acolhimento, em sede constitucional, de matérias que no passado eram tratadas pelo Código Civil, o fenômeno é mais amplo, significando uma releitura do Código Civil e das leis especiais à luz da Constituição. Institutos como propriedade, posse, contrato, empresa e família devem ser redefinidos para se harmonizarem com os princípios solidarísticos inscritos na Constituição.

Pietro Perlingieri⁵ destaca a importância do Texto Constitucional, “O código civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional”.

² PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 06.

³ RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. *O fenômeno da constitucionalização do direito: seus efeitos sobre o direito civil*. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; SOUZA, Eduardo Nunes de; MENEZES, Joyceane Bezerra de; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos (Coord.). *Direito Civil Constitucional: a resignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências*. Florianópolis: Conceito Jurídico, 2014, p. 568-569.

⁴ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, P. 76.

⁵ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 06.

Neste sentido, o Código Civil de 2002 já editado sob a égide da Constituição Federal de 1988 deve ser lido à luz nesta nova ótica constitucional, em que a família não mais serve à sociedade, e sim, deve ser revista como instrumento de realização de seus membros.

Não se pode mais falar em família patriarcal, matrimonializada, heteroparental e hierarquizada, mas sim, em uma família democrática, calcada principalmente no afeto que une os seus membros. Para Maria Celina Bodin de Moraes⁶ *“Famílias democratizadas nada mais são do que famílias em que a dignidade de cada membro é respeitada e tutelada”*.

Daniel Sarmiento⁷ alerta ainda que a constitucionalização do direito não significa apenas o deslocamento do centro geográfico, mas sim, modificações substanciais na forma de encarar os principais conceitos e instituições, sendo uma das mais importantes inovações o valor conferido aos direitos fundamentais, dentre os quais a dignidade da pessoa humana.

Na concepção Kantiana⁸, o homem enquanto ser racional, dotado de autonomia moral, constitui sempre um fim em si mesmo e nunca um meio para o atingimento de algum outro fim, não tendo por isso preço, mas dignidade:

[...] verdade que a humanidade poderia subsistir se ninguém contribuísse para a felicidade dos outros, contanto que também lhes não subtraísse nada intencionalmente; mas se cada qual se não esforçasse por contribuir na medida das suas forças para os fins dos seus semelhantes, isso seria apenas uma concordância negativa e não positiva com a humanidade como fim em si mesma. Pois que se um sujeito é um fim em si mesmo, os seus fins têm de ser quanto possível os meus, para aquela ideia poder exercer em mim toda a sua eficácia.

O caráter intervencionista do Estado nas Famílias gerou por muito tempo uma discussão sobre o fato de que o Direito de Família seria um ramo do Direito Público ou do Direito Privado. Ora pois, aos que defendiam ser ramo do Direito Público afirmavam que a família por ser a base da sociedade, merecia especial proteção do Estado, que tutelava este ramo jurídico mediante normas de ordem pública, de seu turno, os privatistas, afirmavam como a família serve de instrumento para a realização humana, deveria ser preservada e respeitada a autonomia do indivíduo. Hodiernamente, vê-se uma mitigação

⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. *A família democrática*. Artigo publicado no site do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, www.ibdfam.org.br, ano de publicação 2012, consultado em 16 de Janeiro de 2021, p. 07.

⁷ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 83.

⁸ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo, Martins Claret, 2003. p. 71.

desta dicotomia em razão justamente da Constitucionalização do Direito Civil (Direito Civil Constitucional), em que os valores constitucionais passaram a irradiar reflexos sobre todo o sistema jurídico, propondo-se uma releitura dos direitos a partir de sua função social (família, contratos, propriedade, empresa, etc.).

A partir dos paradigmas de que o homem é dotado de dignidade, e de que a família serve como instrumento para a efetivação da felicidade dos seus membros, é que deve se propor uma releitura sobre a intervenção estatal na autonomia familiar, de modo a verificar os limites desta autonomia, em atenção ao fato de que a família ainda ser a base da sociedade.

2. A família como base da sociedade e a intervenção do Estado

A Constituição Federal de 1988 conferiu especial proteção à família, tutelando-a enquanto base da sociedade, dotando-a de especial proteção do Estado.

O Estado confere especial proteção à família posto que é nesta que indivíduo passa a ter as suas primeiras noções de ética, moral, cidadania, a formação inicial do ser humano inicia-se em regra no seio de sua família, sendo após complementada pela escola. Contudo, a família contemplada no Código Civil de 1916, vislumbrava-se enquanto um núcleo matrimonializado, hierarquizado, heteroparental e patriarcal, representando valores como economia, religião e política. A família do século XXI deixa de atender aos anseios intervencionistas e repressores estatais, passando então a servir de instrumento de realização da pessoa humana.

Rodrigo da Cunha Pereira⁹ afirma:

O Estado abandonou 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 (Art. 227 da CF). A intervenção do Estado deve, apenas e tão somente, ter o condão de tutelar a família e dar-lhes garantias, inclusive de ampla manifestação de vontade e de que seus membros vivam em condições propícias à manutenção do núcleo afetivo.

⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 180-181.

Pietro Perlingieri¹⁰ ressalta que a família passa a ser garantida pela Constituição “*não como portadora de um interesse superior e superindividual, mas, sim, em função da realização das exigências humanas, como lugar onde se desenvolve a pessoa*”.

Destarte, a família então ganha um caráter instrumental, lastreada em princípios como a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a liberdade, o pluralismo das entidades familiares, a solidariedade familiar, e como não poderia deixar de ser, dotada de caráter eudemonista¹¹.

Elisângela Padilha¹² com bastante sensibilidade, afirma que o *locus* de proteção descrito no Art. 226 da Constituição Federal não é a família, tampouco a própria sociedade, e sim, a realização e o desenvolvimento do ser humano.

De seu turno, Gustavo Tepedino¹³ enaltece a funcionalização da família para o desenvolvimento da personalidade de seus membros, devendo a comunidade familiar convergir esforços (família instrumentalizada) para a tutela da dignidade da pessoa humana.

Na sociedade contemporânea, as famílias mudaram, e o direito deve adaptar-se a estas novas figuras sociais. Outrora as famílias eram matrimonializadas (inclusive o casamento era indissolúvel e os consortes eram em regra escolhidos pelos seus pais), hierarquizadas, patriarcais (os homens eram os chefes das famílias), e ainda verificava-se a diferenciação entre os filhos (legítimos e ilegítimos), cedendo espaço às novas características das entidades familiares.

As famílias hoje são democráticas, plurais (admitindo-se outras formas de famílias que não apenas as matrimonializadas); os filhos hoje são todos iguais, independentemente de sua origem; homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações dentro da entidade familiar (não há mais pátrio poder, e sim uma autoridade familiar), e os filhos são vozes e pessoas essenciais nas tomadas de decisões no seio familiar; não se pode ainda deixar de mencionar as famílias homoafetivas; o patriarcado deixa de ser característica

¹⁰ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 243.

¹¹ A família existe em razão de seus componentes, e não estes em função daquela, valorizando de forma definitiva e inescandível a pessoa humana. É o que se convencionou chamar de família eudemonista, caracterizada pela busca da felicidade pessoal e solidária de cada um de seus membros (AMORIM, Ana Mônica Anselmo de. *Manual de direito das famílias*, 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2017, p. 54).

¹² PADILHA, Elisângela. *Novas estruturas familiares*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 20.

¹³ TEPEDINO, Gustavo. *A Nova Família: Problemas e Perspectivas*. Vicente Barreto (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 56.

predominante, e em sua maioria, as famílias são administradas por mulheres; assim como, o divórcio independe de culpa e de prazos.

O cenário social mudou, as famílias mudaram, e a percepção e intervenção Estatal sobre as famílias deve mudar. Não pode o Estado avocar para si a difícil tarefa de comandar as famílias, e tomar as suas decisões. Ao revés, deve respeitar a autonomia dos membros da entidade familiar, zelando por suas decisões.

Repise-se, a família institucionalizada cede cada vez mais espaço para uma família instrumentalizada, sendo espaço de realização e do bem-estar de seus membros.

3. O princípio da autonomia familiar e da menor intervenção estatal

Defende-se, hodiernamente, uma intervenção MÍNIMA do Estado nas entidades familiares. Rodrigo da Cunha Pereira¹⁴ afirma que *“não se deve confundir, pois, esta tutela com poder de fiscalização e controle, de forma a restringir a autonomia privada, limitando a vontade e a liberdade dos indivíduos”*.

Elisângela Padilha¹⁵ esclarece que diante da família contemporânea (marcada pelo afeto e de caráter democrático) não mais admite a intervenção do Estado, mormente, no que se refere à intimidade de seus integrantes:

Resta claro que a Constituição de 1988 buscou unir a liberdade do indivíduo à importância que a família representa para a sociedade e para o Estado. Quando no rol de direitos e garantias fundamentais previstos no artigo 5º, bem como, por meio de outros princípios, o Estado garantiu liberdade ao indivíduo, atribuir-lhes a autonomia e o respeito dentro da família e, imediatamente, afirmou a sua existência como célula mantenedora de uma sociedade democrática. Eis o que deve interessar ao Estado.

É bem-vinda a intervenção estatal, contudo, esta deve ser mínima, preservando-se a liberdade e a autonomia privada. A família como dito alhures, é dotada hoje de um caráter instrumental, ou seja, serve de meio para a realização pessoal e a felicidade humana. Nesta senda, não se pode mais conceber uma família engessada no conservadorismo, em que não se reconhece a liberdade de escolha do consorte, e a forma familiar que se pretende constituir.

¹⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 108.

¹⁵ PADILHA, Elisângela. *Novas estruturas familiares*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 59.

A liberdade é tida também como um direito fundamental (Art. 5º, *caput* da Constituição Federal), e no âmbito familiar fundamenta-se na ideia de que o indivíduo pode escolher com que pretende formar família, o tipo de família que deseja constituir, se quer ou não ter filhos, o regime de bens que pretende adotar, e até, de certa forma, a liberdade de escolher como pretende criar e educar a sua prole.

Ora, o limite da autonomia familiar é a liberdade do indivíduo. Não se pode conceber em pleno século XXI um Estado absolutamente intervencionista, que mitiga a autonomia privada quando só se reconhece a família heteroafetiva, hierárquica, patriarcal e matrimonializada. O Direito das Famílias deve sim servir aos anseios sociais, adequando-se a fatores como tempo-espço, e axiológicos-sociais. Mas o que se verifica, é que a intervenção Estatal decorre inclusive da omissão do legislador, ao negar regulamentação a institutos novos como as uniões homoafetivas, a multiparentalidade, ou o poliamor.

A intervenção estatal chega ao ponto de se determinar que a uma pessoa maior de 70 (setenta) anos seja imposto o regime da separação obrigatória de bens (Art. 1.641, inciso II do Código Civil), ou a irrenunciabilidade aos alimentos pelo cônjuge (Art. 1.707 do Código Civil e Súmula 379 do Supremo Tribunal Federal), ou a redefinição do abandono do lar conjugal na hipótese de usucapião familiar (Art. 1.240-A do Código Civil).

O Estado deve assumir a sua função protetiva, e não interventiva, ou seja, ao Estado é garantido o direito de proteger o indivíduo, mas não restringir os seus direitos.

O Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 898.060/SP enalteceu a busca pela felicidade como um preceito que eleva o indivíduo à centralidade do ordenamento jurídico:

O direito à busca da felicidade, implícito ao art. 1º, III, da Constituição, ao tempo que eleva o indivíduo à centralidade do ordenamento jurídico-político, reconhece as suas capacidades de autodeterminação, 3 autossuficiência e liberdade de escolha dos próprios objetivos, proibindo que o governo se imiscua nos meios eleitos pelos cidadãos para a persecução das vontades particulares. O indivíduo jamais pode ser reduzido a mero instrumento de consecução das vontades dos governantes, por isso que o direito à busca da felicidade protege o ser humano em face de tentativas do Estado de enquadrar a sua realidade familiar em modelos pré-concebidos pela lei (STF – Rex 898.060 – Relator Min. Luiz Fux – Data 22/09/2016).

Repise-se que o Estado-Interventor, deve ceder lugar a um Estado-Protetor de modo a assegurar a família o seu caráter democrático e instrumental, e nunca para restringir direitos.

4. Limites à autonomia familiar e a preservação dos bons costumes

Diante da ótica de um Estado-Protetor, pretende-se a interferência mínima deste na autonomia familiar. Contudo, a autonomia familiar é ampla, ou guarda limites em núcleos intangíveis que determinam uma necessária intervenção do Estado na família?

Para Daniel Sarmento¹⁶ a autonomia privada representa um dos componentes primordiais da liberdade:

A autonomia significa o poder do sujeito de auto-regulamentar seus próprios interesses, de autogoverno de sua esfera jurídica, e tem como matriz a concepção de ser humano como agente moral, dotado de razão, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, e que deve ter liberdade para guiar-se de acordo com estas escolhas, desde que elas não perturbem os direitos de terceiros nem violem outros valores relevantes da comunidade.

A autonomia encontra na liberdade o terreno fértil para florescer, no entanto, devem ser respeitadas as limitações, mormente, ao violarem direitos de terceiros. Neste sentido, a autonomia familiar, o exercício da liberdade no âmbito do Direito das Famílias, esbarra em núcleo intangível de direitos, servindo para garantir valores morais consagrados (bons costumes) ou, para resguardar direitos inerentes a crianças e adolescentes, pessoas com deficiência ou até de terceiras pessoas.

Novamente, Daniel Sarmento¹⁷ alerta sobre a existência da intervenção Estatal, restringindo a autonomia individual, *“seja para proteger a liberdade de outros, seja para favorecer o bem comum e proteger a paz jurídica de toda a sociedade”*.

Diversos são os exemplos legais em que o Estado exerce um poder interventor, mitigando a autonomia privada familiar, por exemplo, impedimentos matrimoniais (Art. 1.521 do Código Civil), limitação ao poder familiar (Arts. 1.637 e 1.638 do Código Civil) como proteção contra a alienação parental (Lei nº 12.318/2010) ou a castigos imoderados (Lei

¹⁶ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 154.

¹⁷ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 155.

nº 13.010/2014), a tutela dos interesses das pessoas com deficiência (Lei nº 13.146/2015), dentre outros.

Thamis Dalsenter Viveiros de Castro¹⁸ analisando os Bons Costumes no Direito Brasileiro, resguarda que esta abertura à liberdade e, via de consequência, a autonomia familiar traz uma necessidade subjacente que seria uma proteção especial aos vulneráveis:

Esse novo sistema familiar, que coloca a dignidade de seus membros no centro da proteção de interesses, pressupõe uma tutela ainda mais intensa dos direitos dos vulneráveis. Naturalmente, é sobre a família com filhos que o direito deposita o maior número de deveres, a fim de garantir que no livre desenvolvimento da personalidade das crianças e dos adolescentes seja, de fato, garantido por um ambiente familiar favorável a isso.

A vulnerabilidade de crianças e adolescentes, a determinação de que estes são prioridades absolutas, devendo-se resguardar o melhor interesse (Art. 227 da Constituição Federal), apresentam-se enquanto núcleo de proteção especial do Estado, necessitando de uma intervenção estatal mais atenta. E neste esteio, destaca Thamis Dalsenter Viveiros de Castro¹⁹:

Nesse sentido, como a busca e a garantia do melhor interesse do menor constitui dever de todos, nos termos do art. 227, e justamente por isso é preciso reafirmar a possibilidade de intervenção estatal na família sempre que essa proteção especial de que gozam os vulneráveis se tornar enfraquecida ou ameaçada. Assim, é necessário investigar os limites que podem ser impostos à autonomia familiar por meio da cláusula geral de bons costumes. Para isso, toma-se como exemplo a possibilidade de perda do poder familiar, que tem numa de suas causas os atos contrários aos bons costumes.

Contudo, não se pode utilizar o argumento da proteção integral às crianças e aos adolescentes como limitador imotivado à liberdade, como por exemplo, afirmar que casais homoafetivos não poderiam adotar porque seus filhos também serão homossexuais, ou o fato de que a multiparentalidade pode implicar em “confusão” na vida da criança.

¹⁸ CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. *Bons costumes no direito civil brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 259.

¹⁹ CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. *Bons costumes no direito civil brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2017., p. 261.

Outrossim, merece atenção especial a grande responsabilidade conferida aos Magistrados, quando da difícil missão de intervir na vida privada de uma família, na hipótese de divergência das opiniões dos genitores. A atuação do Magistrado no íntimo de uma entidade familiar, não deixa de ser uma forma de Intervenção do Estado na Família, posto que então presente o Estado-Juiz.

Diversos são os dispositivos em que é conferido ao Juiz, o difícil encargo de solucionar divergências nas relações paterno-filiais, por exemplo, autorização para o matrimônio (Art. 1.517, parágrafo único do Código Civil), direção da sociedade conjugal (Art. 1.567, parágrafo único do Código Civil), usufruto e administração dos bens dos filhos (Art. 1.690, parágrafo único do Código Civil), administração do bem de família (Art. 1.720 do Código Civil), entre outros.

Tais dispositivos denotam mais uma vez a interferência excessiva do Estado na autonomia familiar, conferindo ao Juiz a difícil missão de ser o gestor, ou o responsável final diante de controvérsias dentro da entidade familiar. Tal encargo reflete um pesado dever (fardo) ao Juiz, cujo mesmo deve imiscuir-se da difícil missão de ser a palavra final de relações íntimas humanas. Tamanha responsabilidade, gerir uma família que não é sua, que não conhece na intimidade, e ter que definir rumos que não poderão ser alterados ou concertados.

Em verdade, o código civil de 2002 já nasceu defasado, e para Anderson Schreiber e Fábio Konder²⁰ o código civil de 2002 tem muito pouco de realmente novo.

A intervenção estatal deve ser mínima, resguardando-se a liberdade e autonomia privada na formação das entidades familiares, outrossim, apresentar uma vertente protecionista-interventiva no que pertine aos interesses dos vulneráveis (crianças, adolescentes e pessoas portadoras de necessidades especiais). Alerta Maria Celina Bodin de Moraes²¹:

Se atualmente se afirma que a relação conjugal pode ser uma questão privada entre dois adultos – a ser resolvida mais por meio de pactos do que por meio de regras imperativas –, tem-se, por outro lado, cada vez mais consciência da fragilidade e das consequências devastadoras do mau tratamento infantil. Quando falta responsabilidade sobre as crianças ou liberdade para os adultos, os efeitos são indelévels. Seja para o florescimento ou para o fenecimento individual, não se apaga a influência que teve a família na formação da pessoa humana. Assim,

²⁰ SCHREIBER, Anderson e KONDER, Carlos. *Direito civil constitucional*. São Paulo: Atlas, 2016, p. 15.

²¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Do Juiz boca-da-lei à lei segundo a boca-do-juiz: notas sobre a aplicação-interpretação do direito no início do século XXI*. Revista de Direito Privado, Vol. 56/2013, p. 11 – 30, Out - Dez / 2013, p. 15.

todos os esforços ainda serão poucos para proteger as crianças do desamparo, e os adultos, da solidão.

Nem tanto, nem tão pouco. A Constitucionalização do Direito Civil (Direito Civil Constitucional), via de consequência do Direito das Famílias, traz para este ramo as influências constitucionais, não se podendo destacar que a família é a base da sociedade, merecendo proteção especial do Estado (Art. 226 da Constituição Federal), mas não se pretende a interpretação isolada desta norma de modo a tentar manter a todo custo a figura familiar exposta no Código Civil de 1916, sendo esta matrimonializada, patriarcal, hierarquizada e heteroafetiva.

O mundo mudou, a sociedade mudou, os valores e as necessidades humanas mudaram. A Dignidade da Pessoa Humana deve ser vista como um vetor a ser ponderado nas relações familiares, e outros primados, como a liberdade, a igualdade, a solidariedade, o pluralismo familiar, e o eudemonismo.

Deve haver autonomia privada, como corolário da liberdade, contudo, o Estado-Protetor deve estar vigilante e atento, resguardando interesses indisponíveis, como os relacionados à infância e juventude.

5. A (des)necessária intervenção do Estado na autonomia familiar

Destarte, a Constitucionalização do Direito Civil e a importância dada aos preceitos constitucionais, exigem do Estado uma postura diferenciada, de modo a que não se permita mais um Estado-Intervencionista, um Estado que utiliza seu poder de regulamentação e julgamento como forma de limitar a autonomia privada.

O Direito de Família hoje, em que pese não haver a dicotomia entre direito público e privado, esbarraria em uma severa dificuldade delimitadora, posto que se de um lado deve-se preservar a autonomia como corolário da liberdade, de outro, deve-se resguardar núcleo intangível de proteção estatal.

Renata Vilela Multedo²² alerta:

A consagração do princípio da dignidade da pessoa humana, que tem como um de seus pilares a proteção da liberdade individual, hoje remete à autonomia existencial, vista como a possibilidade que cada indivíduo

²² MULTEDO, Renata Vilela. *Liberdade e Família – Limites para a intervenção do estado nas relações conjugais e parentais*. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 39-40.

tem de construir seu projeto de vida. [...] Daí decorre a importância de se preservarem espaços de não interferência estatal, bem como de traçarem limites e justificativas adequadas aos princípios do sistema para que seja possível averiguar até que ponto são legítimas as intervenções legislativas e judiciais sobre certas escolhas que referem à esfera íntima da pessoa humana no âmbito da família.

A família ganhou um caráter instrumental e democrático, e imposições do século passado como casar até que a morte os separe, o débito conjugal da esposa, a preservação dos direitos da prole legítima, a força do patriarcado, cedem lugar a uma família igualitária, plural, democrática, livre e, principalmente, lastreada no afeto.

Desta feita, não se concebe mais uma intervenção absoluta do Estado na família, sob o pretexto de se resguardar a moral ou os bons costumes, ou pior, sob o pretexto de manter-se íntegra a base da sociedade. O ser humano é um fim em si mesmo, em sua busca incessante pela felicidade, e não há terreno mais propício de iniciar esta busca que não seja na família.

O ser humano dotado de valor, possui uma autonomia existencial, legitimando-o a escolher com que pretende formar uma família, se com uma pessoa do mesmo sexo, ou de sexo diferente, se pretende conviver com uma, duas ou mais pessoas, se pretende ou não ter filhos, se quer ou não viver sob o mesmo tempo, se pretende casar ou simplesmente viver uma união informal, dentre outras opções postas a sua escolha no emaranhado de situações que refletem a sociedade atual.

Novamente, Renata Vilela Multedo²³ alerta que:

[...] no que tange às relações familiares, necessária se faz a distinção da incidência de uma maior ou menor intervenção estatal em decorrência dos tipos de sujeitos envolvidos. Como elucida a melhor doutrina, enquanto as relações conjugais têm fundamentos na liberdade e na igualdade, as parentais se baseiam justamente na responsabilidade. Mais importante, não se pode deixar de tentar, na relação parental para a vulnerabilidade de uma das partes, já que o foco dessa relação são os filhos menores a quem o ordenamento deve a máxima proteção por serem pessoas humanas em desenvolvimento.

Necessária a intervenção do Estado-Protetor, essa de forma mínima, quando a situação envolver crianças e adolescentes, podendo-se ainda estender esta especial proteção quando envolver pessoas com deficiência (Lei nº 13.146/2015). São reputadas pessoas em situação de vulnerabilidade, onde o Estado deve exercer uma maior cautela, não só

²³ MULTEDO, Renata Vilela. *Liberdade e Família – Limites para a intervenção do estado nas relações conjugais e parentais*. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 43.

nas relações familiares, mas também em todas os atos, fatos e negócios jurídicos em que os vulneráveis sejam parte.

Intervenções Estatais desnecessárias como a determinação do regime de separação obrigatória a uma pessoa maior de 70 (setenta) anos, ou a irrenunciabilidade aos alimentos pelo cônjuge (Art. 1.707 do Código Civil e Súmula 379 do Supremo Tribunal Federal), ou a redefinição do abandono do lar conjugal na hipótese de usucapião familiar (Art. 1.240-A do Código Civil), devem ceder lugar ao exercício da autonomia privada.

Quanto aos vulneráveis, diversos são os exemplos legais em que o Estado exerce um necessário poder interventor, mitigando a autonomia privada familiar, por exemplo, impedimentos matrimoniais (Art. 1.521 do Código Civil), limitação ao poder familiar (Arts. 1.637 e 1.638 do Código Civil), como proteção contra a alienação parental (Lei nº 12.318/2010) ou a castigos imoderados (Lei nº 13.010/2014), a tutela dos interesses das pessoas portadoras de necessidades especiais (Lei nº 13.146/2015), dentre outros.

Outrossim, merece severa crítica a grande responsabilidade repassada aos Magistrados, conferindo-lhes a difícil missão de ser o gestor das entidades familiares, outorgando a difícil missão de intervir na vida privada de uma família, na hipótese de divergência das opiniões dos genitores. Diversos são os dispositivos em que é conferido ao Juiz o difícil encargo de solucionar divergências nas relações paterno-filiais, por exemplo, autorização para o matrimônio (Art. 1.517, parágrafo único do Código Civil), direção da sociedade conjugal (Art. 1.567, parágrafo único do Código Civil), usufruto e administração dos bens dos filhos (Art. 1.690, parágrafo único do Código Civil), administração do bem de família (Art. 1.720 do Código Civil), entre outros.

Verifica-se uma interferência excessiva do Estado na autonomia familiar, outorgando ao Juiz a difícil missão de ser o gestor, ou o responsável final diante de controvérsias dentro da família. Tal encargo reflete um pesado dever ao Juiz, cujo mesmo deve imiscuir-se da difícil missão de ser a palavra final de relações íntimas humanas.

Nem tanto, nem tão pouco. Não se defende um Estado omissivo, e uma autonomia familiar total, contudo, o Estado-Interventor deve ceder lugar a um Estado-Protetor, racional, e minimalista, chamado a atuar quando necessário for, ou quando claro for o desequilíbrio da balança da Justiça.

Considerações finais

Diante do exposto, necessária a intervenção estatal nas relações familiares, no entanto, esta deve ser feita de forma mínima, de modo a preservar a autonomia privada. A pretexto de manutenção da entidade familiar, não se concebe mais hoje políticas odiosas de segregação, rejeição de novas entidades familiares sob o argumento de que não estão previstas na lei, não podendo ser tolerado em um Estado onde a Dignidade da Pessoa Humana é fundamento da República (Art. 1º, inciso III da Constituição Federal).

O Estado não pode mais ser o guardião da moral e dos bons costumes, e sim, adequar-se a uma ordem constitucional democrática, onde as minorias devem ser respeitadas, e os seus direitos tutelados.

A sociedade muda, os valores mudam. Família hoje é pluralidade, liberdade, democracia e instrumento de realização pessoal. Virou-se uma importante página da história do conservadorismo de uma família que outrora era patriarcal, hierarquizada, heteroafetiva e matrimonial.

O indivíduo no exercício de sua autonomia privada, é livre para escolher com quem quer conviver, com quem pretende coexistir, se pretende viver um arranjo familiar hetero ou homoafetivo, mono ou poligâmico, celibatário ou multiparental. É a Constitucionalização do Direito, a ubiquidade constitucional, o direito civil constitucional, a Constituição Federal irradiando efeitos sobre o Direito das Famílias.

Um aparte deve ser feito, a família enquanto berço de formação do indivíduo merece um Estado-Protetor, que resguarde as pessoas em situação de vulnerabilidade, diga-se, crianças, adolescentes e pessoas portadoras de deficiência. Uma intervenção mesmo que mínima, porém necessária a resguardar pessoas em desenvolvimento, e pessoas que por sua condição física ou de saúde, merecem uma atenção especial.

A crítica repousa ainda maior nos dispositivos em que se outorga aos Juízes o difícil *munus* de ser o gestor de uma entidade familiar. Árdua a missão. O Juiz é humano, e alheio as complicadas nuances do íntimo de uma relação familiar.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMORIM, Ana Mônica Anselmo de. *Manual de direito das famílias*. 2ª ed., Curitiba: Juruá, 2017.

- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BARROS, Eliene Ferreira; DIAS, Maria Berenice. *A família além dos mitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto (Org). *A nova interpretação constitucional – Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido - Sobre a fragilidade dos laços humanos*. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.
- CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de. *Bons costumes no direito civil brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2017.
- CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de. *Notas sobre a cláusula geral de bons costumes: a relevância da historicidade dos institutos tradicionais do direito civil*. Revista Pensar. Universidade de Fortaleza. v. 22, n. 2, p. 425-443, maio/ago. 2017, Fortaleza/CE.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo, Martins Claret, 2003.
- MENEZES, Joyceane Bezerra (Organizadora). *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas*. Processo: Rio de Janeiro, 2016.
- MENEZES, Joyceane Bezerra; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Desvendando o conteúdo da capacidade civil a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Pensar, Revista de Ciências Jurídicas, Fortaleza, Unifor, V. 21, Nº 2, p. 568-599, maio./ago. 2016, acessado em 12 de abril de 2018.
- MENEZES, Joyceane Bezerra. O direito protetivo no Brasil após a Convenção sobre a proteção da Pessoa com Deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *Civilistica.com*, a. 3, n. 1, 2014.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana – Estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *A nova família, de novo – Estruturas e função das famílias contemporâneas*. Revista Pensar. Universidade de Fortaleza. v. 18, n. 2, p. 587-628, mai/ago de 2013, Fortaleza/CE.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renonar, 2017.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Constituição e direito civil: tendências*. Revista dos Tribunais | vol. 779/2000 | p. 47 - 63 | Set / 2000 Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos , Vol. 3, p. 343/364, Junho de 2011.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Do Juiz boca-da-lei à lei segundo a boca-do-juiz: notas sobre a aplicação-interpretação do direito no início do século XXI*. Revista de Direito Privado, Vol. 56/2013, p. 11 – 30, Out - Dez / 2013.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *A família democrática*. Artigo publicado no site do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, www.ibdfam.org.br, ano de publicação 2012, consultado em 16 de Janeiro de 2021, p. 07.
- MULTEDO, Renata Vilela. *Liberdade e Família – Limites para a intervenção do estado nas relações conjugais e parentais*. Rio de Janeiro: Processo, 2017.
- PADILHA, Elisângela. *Novas estruturas familiares. Por uma intervenção mínima do estado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- RODOTÀ, Stefano. *El derecho a tener derechos*. Traducción de José Manuel Revuelta. Madrid: Trota 2014.

RODOTÀ, Stefano. *La vida e las reglas*. Madri: Trotta, 2010.

RODOTÀ, Stefano. *Politici, liberateci dalla vostra coscienza*. Disponível em: Acesso em 01 de dezembro de 2018.

RODRIGUES, Francisco Luciano Lima e ALMEIDA, Saulo Nunes. *Os efeitos da constitucionalização do direito civil sobre a propriedade privada: o papel da emenda constitucional nº 81 para a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana pelo combate ao trabalho escravo*. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.10, n.3, 2º quadrimestre de 2015.

RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. O fenômeno da constitucionalização do direito: seus efeitos sobre o direito civil. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; SOUZA, Eduardo Nunes de; MENEZES, Joyceane Bezerra de; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos (Coord.). *Direito Civil Constitucional: a ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências*. Florianópolis: Conceito Jurídico, 2014.

RODRIGUES, Oswaldo Peregrina. *Poder familiar na atualidade brasileira*. Disponível em: <www.ibdfam.org.br>. Acessado em 30 de junho de 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 8ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana – Conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho*. Revista do TST, Brasília, vol. 77, nº 4, out/dez 2011.

SCHREIBER, Anderson e KONDER, Carlos. *Direito civil constitucional*. São Paulo: Atlas, 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais, conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. *A influência dos direitos humanos e direitos fundamentais no direito civil brasileiro*. Acessado em www.publicacadireito.com.br, acessado em março de 2017.

TEPEDINO, Gustavo. *O direito civil entre o sujeito e a pessoa*. São Paulo: Fórum, 2016.

TEPEDINO, Gustavo. *O código civil na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

TEPEDINO, Gustavo. *A Nova Família: Problemas e Perspectivas*. Vicente Barreto (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de. *Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. *Diálogos sobre direito civil*. Vol. II, Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. *Diálogos sobre direito civil*. Vol. III, Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochardo e ALMEIDA, Vitor. *Da dogmática à efetividade do direito civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochardo. *Família, guarda e autoridade parental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

WELTER, Belmiro Pedro. *Teoria tridimensional do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

civilistica.com

Recebido em: 4.2.2020

Aprovado em:

1.9.2021 (1º parecer)

14.9.2021 (2º parecer)

Como citar: AMORIM, Ana Mônica Anselmo de. A (des)necessária intervenção do Estado na autonomia familiar. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 10, n. 2, 2021. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-desnecessaria/>>. Data de acesso.