

ABBY ILHARCO MAGALHÃES

**INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NAS AÇÕES DE
SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO:
UMA RELEITURA SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO DE FAMÍLIA
MÍNIMO.**

JUIZ DE FORA

2013

ABBY ILHARCO MAGALHÃES

**INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NAS AÇÕES DE
SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO:
UMA RELEITURA SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO DE FAMÍLIA
MÍNIMO.**

Monografia de Conclusão de Curso apresentada à
Banca Examinadora da Faculdade de Direito da
Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito
para a obtenção do bacharelado.

Orientador: Professor Israel Carone Rachid.

JUIZ DE FORA

2013

ABBY ILHARCO MAGALHÃES

**INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NAS AÇÕES DE
SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO:
UMA RELEITURA SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO DE FAMÍLIA
MÍNIMO.**

Monografia apresentada e aprovada junto ao Curso de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora no dia 12 de março de 2013, como requisito para obtenção do título de bacharel em Direito.

Componentes da Banca Examinadora

Professor Israel Carone Rachid (Orientador)
Universidade Federal de Juiz de Fora

Professora Flávia Lovisi Procópio de Souza
Universidade Federal de Juiz de Fora

Professora Isabela Gusman Ribeiro do Vale
Universidade Federal de Juiz de Fora

A Lucas, *my husband to be*, por irradiar tranquilidade quando eu mais preciso e pelos abraços apertados. Que nosso amor infinito e respeito mútuo sirvam de exemplo a todos os que acreditam na seriedade da família e sonham com um mundo melhor.

AGRADECIMENTOS

A meu pai, por incentivar a dedicação aos estudos e por me mostrar, por meio de exemplos e palavras, que a honestidade é o melhor caminho.

A minha mãe, pelos preciosos ensinamentos que ajudaram a moldar meu caráter, pelo apreço ao diálogo e pelas decisivas palavras de apoio e carinho em todos os momentos da minha vida.

A César e Gabriel, meus pequenos grandes homens, que me provam a cada dia que todos os sonhos podem ser alcançados com atitude, dedicação e uma dose de genialidade.

Ao Prof. Israel, pelas lições de sabedoria, pelo entusiasmo e pela disposição em compartilhar o conhecimento.

“Estares onde não estás
levado pelos pensamentos,
como as nuvens brancas
voando no vento.
Por caminhos desconhecidos
e em despojamento
procurares o que não sabes,
o que julgavas nunca ver.

Encontrares pelo caminho
um destino a decifrar
desatinado do seu tempo
e desapegado das coisas,
com um futuro sem passado,
fechada a porta do presente”.

(Fernando Ilharco Morgado)

RESUMO:

O advento da Constituição Federal de 1988 trouxe à tona um rico debate acerca do papel do Ministério Público, que assumiu a feição de instituição defensora dos direitos da coletividade e dos direitos individuais indisponíveis.

A *Lex Fundamentalis* também erigiu o princípio da dignidade da pessoa humana a centro do ordenamento jurídico e, no campo do Direito de Família reforçou o movimento de distanciamento do Estado de questões tipicamente privadas.

Partindo do novo perfil ministerial delineado a partir da Carta Constitucional e da noção de autonomia privada aplicável ao Direito Civil e ao Direito das Famílias, o presente estudo tem por objetivo refletir sobre a legitimidade da atuação do Ministério Público nos feitos de separação e divórcio, especialmente nas ações litigiosas. Pretende-se analisar se a proteção à família é razão suficiente a justificar a intervenção do Estado em um âmbito tão privado.

Palavras-chave: intervenção do Ministério Público. Autonomia Privada. Direito de Família Mínimo. Ações de Separação e Divórcio.

ABSTRACT:

The 1988 Brazilian Constitution brought to light a rich debate about the role of Prosecution, and the institution assumed the task of defending the collective rights and individual unavailable rights.

The Lex Fundamentalis also elected the principle of human dignity as the center of the legal system. In the field of Family Law, it reinforced the trend of distancing of the State in typically private issues.

Based on the new ministerial profile determined by the Constitutional Charter and the notion of private autonomy applicable to Civil Law and the Law of Families, this study aims to reflect on the legitimacy of the prosecutors interference in the deeds of separation and divorce, especially in cases involving litigation. As so, it is intended to examine whether the protection of the family is reason enough to justify state intervention in such a private context.

Key-words: Prosecution intervention. Private autonomy. Minimum Family Law. Separation and Divorce.

SUMÁRIO:

INTRODUÇÃO	09
1. BREVE HISTÓRICO DO DIREITO DE FAMÍLIA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO	12
2. A EVOLUÇÃO DO ESTADO E O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO PÓS-CONSTITUIÇÃO DE 1988	16
3. AUTONOMIA PRIVADA NO DIREITO DE FAMÍLIA	24
4. INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NAS AÇÕES DE SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO	30
4.1. Ações consensuais	31
4.2. Ações litigiosas	32
CONCLUSÃO	37
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	41

INTRODUÇÃO

Pode-se arriscar dizer que a mais bela das notas que caracteriza as Ciências Humanas e a diferencia das Ciências Exatas é a capacidade de sofrer transformações ao longo do tempo. Com o Direito não poderia ser diferente: o ordenamento jurídico está constantemente sujeito a mudanças, e quiçá um dos ramos campeões dessas reviravoltas seja o Direito de Família.

Partindo-se do Código Civil de 1916, de inspiração nitidamente liberal, o ordenamento jurídico pátrio dava grande enfoque à propriedade e à liberdade de negociar – direitos negativos do indivíduo em face do Estado. Em contraposição à liberdade de contratar, existia fora da esfera negocial um vasto terreno para a intervenção do Estado. No âmbito familiarista, *p.ex.*, o diploma civilista consagrava o monopólio do matrimônio, a proibição ao divórcio, a negativa de direitos aos filhos nascidos fora do casamento; tudo isso sob a bandeira de proteção à família e à moralidade.

Progressivamente, foi possível constatar a insuficiência do Estado Liberal, que se mostrou incapaz de corresponder a todas as demandas sociais. A sociedade passou a exigir a atuação positiva do Poder Público em aspectos como a saúde, o emprego, o meio ambiente, a defesa dos hipossuficientes. Ao mesmo tempo, percebeu-se que o Estado deveria deixar de se imiscuir em campos tipicamente privados e conseguiu-se, assim, ultrapassar a retrógrada mentalidade do legislador civilista de 1916, reconhecendo-se que a autonomia privada também deve ter espaço nas questões existenciais.

Em síntese, desde a entrada em vigor do Código Civil de 1916, inúmeras foram as mudanças na legislação, que tentou acompanhar os novos ares trazidos pela evolução no pensamento jurídico. No decorrer do século XX, o monopólio do casamento deu lugar ao reconhecimento da pluralidade de formas da entidade familiar; o divórcio foi autorizado e regulamentado; a mulher foi emancipada; acabou a distinção entre filhos havidos no casamento e fora dele.

Com a Constituição Federal de 1988 – talvez o grande marco da referida evolução – consagrou-se a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III), e se erigiu a *pessoa* a centro da tutela de todo o ordenamento jurídico. Consequentemente, o Direito Civil e em especial o Direito de Família tiveram que passar por

uma releitura, de modo que a finalidade de seus institutos se afastasse da preocupação puramente patrimonial e passasse a ser a promoção da dignidade humana.

Diante do referido movimento de despatrimonialização do Direito Civil, o “modelo oficial” de família – fundado unicamente no matrimônio – teve que ser revisto. Não só se reconheceu a existência de outras formas de entidade familiar, mas também se passou a enxergar a família como espaço para o crescimento pessoal e para a realização de seus membros.

Paralelamente a todas essas transformações, o presente estudo se propõe a investigar o surgimento do Ministério Público e meditar sobre o seu respectivo papel ao longo de diferentes formas de organização do Estado, principalmente no pós-Constituição de 1988.

Como protetor da lei e do ordenamento jurídico, o *Parquet* naturalmente acumula mais atribuições quanto mais o Estado se propõe a garantir direitos a seus cidadãos. Por outro lado, torna-se imperioso racionalizar a atuação ministerial, para que a mesma não escape aos limites traçados pelo poder constituinte.

Assim, como a Constituição de 1988 atribuiu ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, CF/88), além da proteção aos direitos difusos e coletivos (art. 129, III, CF/88), toda previsão infraconstitucional acerca da atuação ministerial precisou ser reavaliada, de maneira a ter averiguada sua adequação à *Lex Legum*.

Assim, quando o art. 82, II, do Código de Processo Civil, impõe a intervenção do Ministério Público como *custus legis* nas ações concernentes ao estado das pessoas, é preciso avaliar se essa exigência legal se coaduna com o novo perfil constitucional delineado para a instituição. Será preciso indagar, *p.ex.*, se tais demandas abrigam direitos indisponíveis, se envolvem interesses de incapazes ou, ainda, se existe alguma razão para diferenciar ações consensuais e litigiosas para fins de atuação do *Parquet*.

Por questões de ordem didática, esta Monografia foi estruturada em capítulos. O primeiro deles versa sucintamente sobre as transformações vivenciadas pelo Direito de Família, especialmente desde o Código Civil de 1916. O objetivo é situar o leitor no tempo, apresentando as principais mudanças no pensamento jurídico e na legislação familiarista.

O segundo capítulo traça um paralelo entre a evolução do Estado e o papel do Ministério Público, e procura demonstrar que o progressivo reconhecimento de direitos e garantias fundamentais nas Cartas constitucionais fez com que a atuação do *Parquet* se tornasse cada vez mais complexa. O tópico ainda dá especial destaque ao perfil ministerial no pós-Constituição de 1988, e serve de base para o desenvolvimento do confronto entre a Constituição e a exigência da lei processual de atuação do Ministério Público nos feitos de separação e divórcio.

O terceiro capítulo aborda o conceito e os contornos da autonomia privada, desde a concepção liberal até os dias atuais. O intuito é revelar que a autonomia privada nasceu ligada à esfera patrimonial, mas teve seu campo de incidência alargado e hodiernamente pode ser considerada como ponto central de inúmeras questões de cunho existencial atinentes ao Direito de Família.

Por fim, o quarto capítulo traz o cerne do presente estudo, e analisa a legitimidade da intervenção do Ministério Público nas ações de separação e divórcio, consensuais e litigiosos, que não envolvam interesses de incapazes. Inicialmente, o tópico aventa farta argumentação teórica e doutrinária que culminou com o reconhecimento da desnecessidade da atuação ministerial nos feitos de separação e divórcio *consensuais*. A seguir, e tendo sempre em mente a principiologia constitucional que gravita em torno do tema, trata de investigar se as mesmas razões podem ou não se aplicar às hipóteses de litígio entre os consortes.

A justificativa para a presente pesquisa se pautava justamente na falta de debate suficiente sobre a atuação do *Parquet* nos feitos litigiosos, já que a grande maioria da doutrina se restringe à análise das ações consensuais. A parca literatura sobre a temática traz argumentos pouco consistentes ou não se aprofunda satisfatoriamente. Existe também uma justificativa de ordem prática para a investigação: caso a conclusão seja pela inconstitucionalidade da exigência de atuação ministerial nesses casos, certamente haverá uma grande contribuição à celeridade processual, com a economia do tempo destinado à “vista ao MP”.

Para a elaboração deste estudo, optou-se pela Metodologia bibliográfica, com o recurso a livros, periódicos, artigos jurídicos e publicações da doutrina familiarista, processualista e constitucionalista mais moderna, além da análise de legislação passada e vigente.

I – BREVE HISTÓRICO DO DIREITO DE FAMÍLIA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Antes de delimitar o objeto de análise do presente estudo, é preciso que se contextualize a problemática, situando-a no espaço e tempo. Não se trata de aprofundar em pormenores históricos, mas apenas de apontar alguns dos principais marcos para o Direito de Família, especialmente desde o século XX.

Tomando como ponto de partida o Código Civil de 1916, é possível constatar que a interferência do Estado nas questões familiaristas era intensa. Sob a égide do nada saudoso diploma, o lema de “proteção à família” justificava a proibição do divórcio¹, a impossibilidade da investigação de paternidade em face de homens casados, além de uma série de discriminações aos filhos nascidos fora da instituição sagrada do matrimônio. Todas essas restrições escondiam a real preocupação do legislador civilista: o controle sobre a transmissão patrimonial.

Desde então, um dos primeiros avanços no Direito de Família se deu no final da década de 1940, quando a Lei nº 883/49 possibilitou o reconhecimento dos filhos nascidos fora do casamento pelos ex-cônjuges separados.² Pela primeira vez, os filhos nascidos fora da instituição do matrimônio foram tratados como mercedores de tutela. Perceba, por outro lado, que o legislador tratou de impor uma significativa restrição, eis que referido reconhecimento só poderia ser realizado uma vez desfeita a sociedade conjugal.

Em seguida, pode-se destacar a Lei nº 4.121/62. Pelo referido diploma, batizado de Estatuto da Mulher Casada, a esposa deixou de ser relativamente incapaz para a prática dos atos da vida civil, o que sinalizou esperança de mudança em face do caráter patriarcal e machista do então Código vigente.³

¹ Sobre a proibição do divórcio no contexto do modelo patriarcal e hierarquizado de família do Código Civil de 1916, ressaltam Farias e Rosenvald que: “Naquela ambientação familiar, necessariamente matrimonializada, imperava a regra ‘até que a morte nos separe’, admitindo-se o sacrifício da felicidade pessoal dos membros da família em nome da manutenção do vínculo do casamento.” FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. Pg. 04.

² ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Direito de Família Mínimo*. Pg. 73

³ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Ob Cit.* Pg. 74.

Outra mudança de relevo veio com a Lei nº 6.515/77, que possibilitou o Divórcio no país. Até então, não era possível romper por definitivo com o vínculo matrimonial, mas apenas pôr fim à sociedade conjugal, através da separação judicial⁴.

Embora a possibilidade do divórcio tenha sido um evidente avanço, a mentalidade de 1916 continuou habitando o mundo jurídico. Ao regulamentar o rompimento do vínculo matrimonial, o legislador ordinário não economizou em impor barreiras, como a limitação a um único divórcio e os prazos mínimos de separação em juízo até que fosse possível sua conversão em divórcio:

Naquele momento, por questões de política legislativa, o divórcio foi admitido de maneira extremamente tímida. Assim, somente era admitido um único divórcio por requerimento da pessoa interessada e desde que precedido do longo prazo de cinco anos de separação judicial. Ou seja, o casal tinha, primeiramente, de buscar a separação e, após o elástico prazo, voltar ao juiz para obter o divórcio.⁵

Diante dos transtornos causados pelo estabelecimento de tamanhos obstáculos à obtenção do divórcio, a Constituição de 1988 buscou simplificar o procedimento para a dissolução do vínculo matrimonial:

Com a *Lex Legum* de 1988, abraçou o nosso sistema a facilitação da dissolução do casamento, diminuindo o lapso temporal para a obtenção do divórcio por conversão, precedido de separação (reduziu-se o prazo para um ano apenas) e criando uma nova modalidade dissolutiva do casamento, o divórcio direto (submetido a um lapso temporal de dois anos de separação de fato, independentemente de prévia separação). Nas pegadas da norma constitucional, a Lei nº 7.841/89 aboliu o limite de concessão de divórcio, estabelecido no art. 38 da Lei 6.515/77, findando uma esdrúxula situação pela qual somente poderia ser concedido um único divórcio por pessoa.⁶

A Carta Constitucional de 1988 também tratou de reconhecer a união estável e a família monoparental como entidades familiares, em par de igualdade com o casamento, que até então exerceu longo monopólio. Em outros termos, o poder Constituinte reconheceu que a unidade “família” merece ser protegida porque representa um núcleo fundado no afeto, pouco importando a forma de sua constituição. Nas precisas palavras de Farias e Rosenvald:

⁴ Como explica Leonardo Barreto Moreira Alves, a Lei do Divórcio abalou as estruturas da família utopicamente imaginada pelo Código de 1916, pois destruiu um de seus principais pilares: a indissolubilidade do vínculo. Não obstante o avanço, a legislação ainda trazia resquícios do legislador civilista de 1916, como a imposição dos prazos, e ainda privilegiava a investigação de culpa na dissolução do matrimônio, de forma que o ‘culpado’ pela separação era duramente castigado com a impossibilidade de receber alimentos, a supressão do nome de casado e a perda automática da guarda dos filhos. Isso sem falar na repreensão social que recaía sobre os ex-consortes, já que o divórcio era visto pela sociedade com maus olhos. ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Ob Cit.* Pg. 74.

⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Ob. Cit.* Pg. 353.

⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Ob. Cit.* Pg. 353.

Os novos valores que inspiram a sociedade contemporânea sobrepujam e rompem, definitivamente, com a concepção tradicional de família. A arquitetura da sociedade moderna impõe um modelo familiar descentralizado, democrático, igualitário e desmatrimonializado. O escopo precípua da família passa a ser a solidariedade social e demais condições necessárias ao aperfeiçoamento e progresso humano, regido o núcleo familiar pelo afeto, como mola propulsora.⁷

Vale lembrar que a *Lex Fundamentallis* trouxe um extenso rol de direitos fundamentais que passou a se espriar por todos os ramos do Direito. Também consagrou a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III), erigindo a *pessoa* a centro da tutela de todo o ordenamento jurídico. Como consequência, o Direito de Família teve que passar por uma releitura: a finalidade de seus institutos se afasta da preocupação puramente patrimonial e passa a ser a promoção da dignidade humana.

Nessa tendência de despatrimonialização do Direito Civil, o tradicional modelo de família necessariamente teve que ser revisto. Não só se reconheceu a existência de outras formas de entidade familiar, mas também se passou a enxergar a família como espaço para o crescimento pessoal e para a realização de seus membros.

A doutrina, então, começou a perceber que a atuação do Estado no âmbito familiar só se justifica para preservar a integridade e a dignidade de cada um dos integrantes do núcleo familiar. Seria perfeitamente aceitável a atuação do Poder Público, *v.g.*, para retirar o poder familiar dos pais que desrespeitam os direitos da criança e do adolescente. Por outro lado, não se justificaria, por exemplo, uma política estatal discriminatória que negasse o *status* de entidade familiar às uniões homoafetivas.

Toda essa onda de renovação, que pode ser denominada *Direito de Família Mínimo*, continuou ganhando forças após a Constituição de 1988. Ainda em meio a todas as mencionadas reflexões proporcionadas pela promulgação da Carta Constitucional de 1988, eis que entra em vigor o Código Civil de 2002, reforçando os novos ares em sede do Direito de Família. Há quem diga que o art. 1.513 do *Codex*, *p.ex.*, ao estatuir ser *defeso a qualquer pessoa de direito público ou direito privado interferir na comunhão de vida instituída pela família*, consagra expressamente a excepcionalidade da intervenção estatal no seio familiar.⁸

No ano seguinte, o Conselho Nacional dos Corregedores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União editou a “Carta de Ipojuca”, que ficou conhecida por reconhecer a

⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Ob. Cit.* Pg. 4.

⁸ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Ob. Cit.* Pg. 147-150.

evolução institucional do Ministério Público e a necessidade de adequar a atuação do *Parquet* ao novo texto constitucional. No âmbito do Direito de Família, um dos avanços da Carta de Ipojuca foi estatuir ser desnecessária a intervenção ministerial nas demandas de separação judicial consensual em que não houver interesse de incapazes.

Ainda mais recentemente, a lei 11.441/07 disciplinou a possibilidade de obtenção extrajudicial da separação e o divórcio *consensuais*, desde que o casal não possua filhos menores ou incapazes. Como a própria lei dispensa a atuação do Ministério Público em cartório, ganhou força o questionamento acerca da necessidade de atuação ministerial quando essas mesmas situações ocorressem em juízo. Vale destacar que a Carta de Ipojuca (2003), embora falasse apenas em “*separação judicial consensual*”, já dava margem à defesa da desnecessidade de intervenção em ações de divórcio que não envolvessem conflito entre as partes.

Apesar da notória revolução que se operou no Direito de Família até então, foi somente com a Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010, que o legislador constituinte derivado resolveu acabar definitivamente com os prazos para o divórcio.⁹ Ainda assim, remanesceu na lei processual Civil – ao menos formalmente – a exigência da atuação ministerial nas ações de estado das pessoas.

Como se percebe, o Direito de Família passou e passa por profundas transformações, que exigem do intérprete maior cuidado ao enxergar a legislação ordinária, que, mais do que nunca, precisa estar em harmonia com as disposições constitucionais.

Apesar da obviedade da constatação, também não se pode deixar de ressaltar que os princípios e as diretrizes constitucionais se aplicam igualmente às normas de cunho processual. Afinal, o processo se põe a serviço da relação jurídica controvertida, e esse caráter de instrumentalidade faz com que as regras processuais tenham que acompanhar a evolução do direito material. É a partir desse raciocínio que se discutirá sobre a necessidade ou não de intervenção do Ministério Público nas ações de separação e divórcio.

⁹ Fora de nosso objeto de análise, a Emenda Constitucional em questão também levantou outras polêmicas que persistem até hoje, como a possibilidade da discussão de culpa nas ações de separação e divórcio e a extinção ou não da figura da separação judicial.

II – A EVOLUÇÃO DO ESTADO E O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO PÓS-CONSTITUIÇÃO DE 1988:

Para melhor compreender a função do Ministério Público, naturalmente será preciso passar pela evolução do papel do Estado ao longo do tempo. Para isso, serão necessárias algumas pinceladas históricas, a começar pelo Estado Moderno Absolutista, sem a pretensão de aprofundamento em questões que concernem à Teoria Geral do Estado.

Inicialmente, vale advertir que existe controvérsia acerca do conceito de Estado, razão pela qual também há cizânia doutrinária no que tange à delimitação de seu surgimento.¹⁰ Há quem entenda, *p.ex.*, que o Estado sempre existiu, argumentando que desde o surgimento do homem – e conseqüentemente dos agrupamentos em sociedade – existiria a noção de força e de poder.

Já outra parte da doutrina entende que o *Estado* só pode designar sociedades politicamente organizadas e dotadas de certas notas distintivas peculiares, o que só teria ocorrido no século XVII, com o nascimento da ideia de soberania, a ser exercida nos limites de dado território. Para esses autores, todas as outras formas de organização existentes até o fim da Idade Média não podem ser tecnicamente chamadas de Estado.¹¹ Como explica Carlos Ari Sunfeld:

Nos primórdios – pensemos no homem das cavernas – as relações humanas também adotavam estruturas de poder. Evidente que o caçador, ao usar da força para impedir o outro de se apoderar do animal abatido, estabelece com ele relação de poder. É difícil, porém, identificar poder político em um grupo pré-histórico nômade. Por razão muito simples: o emprego da força não estava reservado a ninguém. Ao contrário, todos disputavam suas posições no grupo através da força. Eram instáveis, em conseqüência, as posições do grupo, dependendo do resultado das disputas físicas que se sucediam.¹²

Isso significa que não basta a presença das noções de “poder” e “força” para que exista o Estado; é preciso que exista *poder político* e que o uso legítimo da força seja monopolizado por esse Estado. Em outras palavras, não se pode chamar de Estado qualquer grupamento social. O termo só pode ser empregado com precisão terminológica para designar uma

¹⁰ Como ressalta Mário Lúcio Quintão Soares, “não é tarefa simples divisar, com rigor científico, o momento do aparecimento do aparato estatal”. O autor acredita que os paradigmas que servem de base para a noção de Estado encontram-se nas instituições políticas da Antiguidade e da Idade Média. *Ob. Cit.* Pg. 80.

¹¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*. Pg. 43-45.

¹² SUNDFELD, Carlos Ari, *Fundamentos de Direito Público*. Pg. 29-30.

especial forma de organização político-social, caracterizada pela existência de um poder soberano que recai sobre um povo e é exercido dentro de determinado território e com determinados fins.¹³

É justamente por isso que não se pode falar em um Estado Medieval. Durante a Idade Média, não havia um poder político, mas vários fragmentos de poder que brigavam entre si. O prestígio da Igreja diversas vezes colidia com a autoridade do Imperador. Tudo isso num contexto que ainda incluía o feudalismo e as invasões bárbaras. Toda essa desordem fazia crescer o desejo pela unidade, o que acabou resultando no advento do Estado Moderno.

Descentralizado no tecido social na Idade Média, o poder político era exercido por instituições diversas (Estado, Igreja, Corporações de Ofício etc.). O Renascimento produziu a centralização do exercício do poder político no Estado. O príncipe superou o papa, conformando o que se alcunha Estado moderno, fazendo surgir a primeira condição para o aparecimento do Estado de Direito.¹⁴

No mesmo sentido, muito bem sintetiza Dalmo Dallari que o “Estado” Medieval se caracteriza por:

[...] um poder superior, com uma infinita pluralidade de poderes menores, sem hierarquia definida; uma incontável multiplicidade de ordens jurídicas, compreendendo a ordem imperial, a ordem eclesiástica, o direito das monarquias inferiores, um direito comunal que se desenvolveu extraordinariamente, as ordenações dos feudos e as regras estabelecidas no fim da Idade Média pelas corporações de ofício. Esse quadro [...] era causa e consequência de uma permanente instabilidade política, econômica e social, gerando uma intensa necessidade de ordem e autoridade, que seria o germe de criação do Estado Moderno.¹⁵

Nessa épica luta pelo poder, o Estado acabou saindo vitorioso, e pôde afirmar sua supremacia no plano político. Surge então o conceito de *soberania*, primeiramente delimitado pelo teórico francês Jean Bodin em sua clássica obra *Les Six Livres de la Republique*. O autor focou seus estudos na realidade de sua época, num contexto em que a França do séc. XVI declarava sua independência política nas lutas externas contra o Império e o sacerdócio, e caracterizou a *souveraineté* como poder ilimitado, incontestável e perpétuo, sendo inevitavelmente limitado apenas pelas leis divinas e pelas leis naturais.

O Estado que nasce com a chegada da Idade Moderna é caracterizado pela supremacia do rei dentro de determinado território e pela concentração de todo o poder na figura do

¹³ SILVA, José Afonso. Pg. 97-98.

¹⁴ SERRANO, Pedro Estevam. *Nacional: Ministério Público e Estado de Direito*.

¹⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Ob. Cit.* Pg. 59.

déspota. Como se pode depreender das seguintes passagens, as figuras do Monarca e do Estado se confundiam nesse momento histórico, e a soberania era titularizada por apenas uma pessoa: o soberano – aquele que detinha o direito divino de governar.

Surgia um novo tipo de Estado, caracterizado pela unidade territorial, dotada de um poder soberano. Era o Estado moderno, cuja autoridade se prendia à figura do monarca, o Príncipe, espécie de divindade temporal e terrena, que num lento processo dissolvera a constelação de poderes desiguais e privilegiados do sistema feudal até se transformar no soberano titular de um império, donde se irradiavam todas as competências e atribuições governativas.¹⁶

No Estado de Polícia dos déspotas esclarecidos, o poder político era exercido de forma absolutista. A vontade do governante era incontrastável, a ela não cabendo opor direitos das pessoas ou da sociedade.¹⁷

A estratégia de construção da nova forma estatal, alicerçada na ideia da soberania, vai levar à concentração de todos os poderes nas mãos dos monarcas, permitindo-se personificar o Estado na figura do rei e tornando histórica, como lembrado por Lenio Luiz Streck, a clássica frase de Luís XIV, o Rei-Sol: “*O Estado sou eu.*”¹⁸

Carlos Ari Sundfeld também aponta importantes traços do Estado Absolutista, tais quais a não submissão do Estado à ordem jurídica (o Estado não poderia ser responsabilizado juridicamente: *the king can do no wrong*), a inexistência de direitos individuais contra o Estado e a centralização de todos os poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário – nas mãos do soberano.¹⁹

No referido contexto, o papel do Ministério Público se limitava à defesa dos interesses do Estado, que, como se viu, até então se confundia com a figura do soberano. Vale observar que não existe consenso sobre o nascimento do Ministério Público. Enquanto alguns autores remontam a origem do *Parquet* à Antiguidade,²⁰ outros defendem que a instituição teria

¹⁶ JATAHY, Carlos Roberto. *O Ministério Público e o Estado Democrático de Direito: perspectivas constitucionais contemporâneas de atuação em defesa da Sociedade*. Pg. 49.

¹⁷ SERRANO, Pedro Estevam. *Nacional: Ministério Público e Estado de Direito*.

¹⁸ JATAHY, Carlos Roberto. *Ob. Cit.* Pg 50.

¹⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Ob. Cit.* Pg. 34-35

²⁰ Segundo Leonardo Augusto Moreira da Silva, “na análise da etimologia do termo Ministério Público, nota-se que o Ministério Público exercia o papel de mão do rei, interessante nota dada por Hugo Nigro Mazzilli, ao observar que no antigo Egito, a vingança particular era severamente proibida, ali havia um funcionário real denominado Magiaí, que era a língua e os olhos do rei, castigava os rebeldes, reprimia os violentos, protegia os cidadãos pacíficos, acolhia os pedidos do homem justo e verdadeiro [...]. Antônio Cláudio da Costa Machado, assevera que, na Babilônia após secularização da justiça por Hamurabi, funcionava perante os tribunais civis um representante do rei, chamado “*redoudaiani*”, com funções análogas ao do Ministério Público, inclusive na seara criminal. Na antiga Pérsia, essa função era desempenhada pelos chefes das tribos, havendo ainda funcionários reais encarregados de fiscalizar os magistrados e ouvir as queixas dos súditos, sendo conhecidos como os “*olhos e os ouvidos do príncipe*”. Na Grécia antiga, há referência aos *thesmotetis*, *tesmótetas* ou *thesmotesis*, que

surgido juntamente com o Estado Moderno.²¹ Sem adentrar em pormenores dessa controvérsia, preferimos defender que a origem do Ministério Público como hoje conhecemos teve seu germe no Estado Absolutista. Corroborando esse entendimento, merece transcrição a longa, porém ilustrativa passagem de Carlos Roberto Jatahy:

A origem próxima da Instituição [o Ministério Público] é comumente atribuída à França, com a criação dos *avocat et procureur du roi*” no século XIV [...] Os chamados Procuradores do Rei tinham sua origem nos oficiais chamados “*saion*” ou “*graffion*”, existentes desde o Século VII, que exerciam inicialmente várias funções administrativas, entre as quais o recrutamento de marinheiros, o controle da população e dos postos de correio e, sobretudo, atribuições fiscais. Em decorrência dessa última função, passaram, com o tempo, a desempenhar tarefas criminais, tendo em vista que uma grande parte dos delitos era punida com penas pecuniárias [...]. As funções dos “*procureur du roi*” destinavam-se, portanto, não apenas a denunciar quem violasse a lei, mas também a executar a sentença proferida pelo Juiz, garantindo o proveito econômico da Coroa. Já os “*avocat du roi*” eram escolhidos entre os advogados comuns, com atribuição exclusivamente cíveis, para a administração e defesa dos interesses patrimoniais do soberano. O “*avocat*” e o “*procureur*”, embora exercendo atribuições diferentes, respectivamente de natureza cível e criminal, tinham sua atividade dirigida para um único objetivo, a defesa do poder e dos interesses do soberano, personificando o poder do Estado. Nesse contexto, em razão de tal semelhança, há a junção dos cargos, com a criação do Ministério Público.²²

Perceba, então, que os *avocat et procureur du roi* já atuavam como “fiscais da lei”, embora com conotação completamente diversa da atual noção de *custos legis*. No Estado Moderno Absolutista, afinal, as leis destinavam-se aos súditos e o monarca não se submetia a elas, de forma que zelar pelo correto cumprimento da lei era sinônimo de garantir os interesses do monarca.

segundo Edson José Rafael, eram uma mistura de procurador e acusador de criminosos no sistema das *polis*, quem o autor considera como os “antecessores mais remotos dos Promotores de Justiça atuais”.

Já para Carlos Roberto Jatahy, “é acertado afirmar que algumas funções atualmente exercidas pelo Ministério Público já existiam no Egito, na Grécia e em Roma. Contudo, tratava-se de funções atribuídas a pessoas que não representavam uma estrutura nem gozavam de um estatuto semelhante ao que hoje existe no Ministério Público contemporâneo”. JATAHY, Carlos Roberto. *O Ministério Público e o Estado Democrático de Direito: perspectivas constitucionais contemporâneas de atuação em defesa da Sociedade*. Pg. 20.

²¹ Segundo anota Carlos Roberto Jatahy, “o Ministério Público contemporâneo está relacionado a formas específicas de organização do Estado e em especial, da administração da Justiça. Os precedentes históricos que marcam seu surgimento são: I. A superação da vingança privada; II. A entrega da ação penal a um órgão público tendente à imparcialidade; III. A distinção entre o acusador e o Juiz; IV. A tutela de interesses da coletividade e não somente do fisco e do soberano; e V. A execução rápida e certa da sentença dos Juízes. Tais princípios e requisitos são característicos do Estado Moderno e, nesse contexto, o surgimento do Ministério Público deve ser compreendido como ligado à preexistência de condições básicas de organização política da sociedade, vinculadas ao aparecimento e à formação do novo aparato estatal”. JATAHY, Carlos Roberto. *Ob. Cit.* Pg. 20-21.

²² JATAHY, Carlos Roberto. *Ob. Cit.* Pg. 21-22.

Mais alguns passos a frente na História, opondo-se à opressão do absolutismo, o liberalismo clássico buscou blindar o indivíduo contra as arbitrariedades do Estado, o que foi possível com o reconhecimento dos direitos fundamentais de primeira geração. Note que o direito à liberdade e o direito à propriedade possuem cunho negativo, eis que propugnam por um “não fazer” por parte do Estado, como explica Mário Lúcio Quintão Soares:

O liberalismo, enquanto visava a juridificação do político, priorizava as vertentes negativas, limitando o poder monárquico [...] através do sistema representativo. Formava-se e consolidava-se o Direito Constitucional burguês como técnica protetora da liberdade e da propriedade [...]. No plano político, os cidadãos do Estado liberal eram considerados elementos passivos, pois não intervinham diretamente no funcionamento das instituições políticas.²³

Vale frisar que o mencionado autor fala em “Direito *Constitucional* burguês”, pois essa foi a primeira vez em que o Estado passou a ser organizado por uma carta política: a Constituição. E mais importante é que, também pela primeira vez na História, o Estado passou a se submeter ao Direito, o que há de ser considerado como o grande feito da ideologia liberal que marcou os movimentos constitucionalistas europeu e norte-americano. Surge, então, o conceito de Estado de Direito, sobre o qual Carlos Ari Sundfeld discorre com simplicidade e precisão:

Até então, em todas as épocas anteriores [as normas sobre o exercício do poder] destinavam-se a impor – praticamente sem limites e sem controles – a obediência das pessoas às determinações do poder político. Agora, cuidarão [...] também – e sobretudo – de organizar o Estado para limitar e controlar seu poder. [...] Cunha-se, a partir de então, o conceito de *Estado de Direito*, isto é, de um Estado que realiza suas atividades debaixo da ordem jurídica, contrapondo-se ao superado *Estado-Polícia*, onde o poder político era exercido sem limitações jurídicas, apenas se valendo de normas jurídicas para se impor aos cidadãos.²⁴

Embora o liberalismo tenha significado uma épica vitória contra o absolutismo, é igualmente verdade que o tempo tratou de mostrar como a inação do Estado poderia causar grandes injustiças. Era preciso, então, compatibilizar a liberdade necessária ao capitalismo com a garantia da justiça social²⁵. Como preconiza Mário Lúcio Quintão Soares:

O liberalismo clássico viu-se à mercê de suas próprias contradições com a destruição de seus pilares pela própria burguesia. A burguesia, no afã do lucro, desrespeitou as regras de mercado e eliminou a livre concorrência e a livre

²³ SOARES, Mário Lúcio Quintão Soares. *Teoria do Estado*. Pg. 88-89.

²⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. *Ob. Cit.* Pg. 36. O autor também ressalta que a divisão de poderes é fundamental para a caracterização do Estado de Direito. Afinal, para que a vinculação do Estado à lei seja efetiva, a autoridade responsável por fazer a lei não pode ser a mesma incumbida de aplicá-la. Outra nota distintiva do Estado de Direito é a existência da Constituição, para que os direitos individuais contra o Estado não possam ser suprimidos pela lei.

²⁵ SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional positivo*. Pg. 115.

iniciativa, concentrando riquezas e acentuando os desníveis sociais. Entrementes, surgiram segmentos proletários que, vítimas da miséria e da exclusão social [...], adquiriram consciência dessa espoliação.²⁶

Desde então, inúmeras lutas históricas foram travadas no afã de ampliar os direitos garantidos constitucionalmente e de dar-lhes efetividade. Já na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, encontram-se positivados os direitos individuais do homem. A esses se acrescentaram os direitos políticos, que são os que conferem ao povo a participação no poder do Estado. Mas foi principalmente a partir do séc. XX, depois das de Weimar (1919) e do México (1917), que as Constituições passaram a dispor um conteúdo voltado para o social, que buscasse a superação da desigualdade.

Embora os Estados tenham chamado para si a responsabilidade de garantir os direitos sociais, o fato é que muitas previsões constitucionais permaneceram no mundo das intenções. A partir da década de 1970, percebeu-se que a existência de normas programáticas é inócua se o Estado não consegue, na prática, prover de forma satisfatória as demandas sociais.

Assim, com a crise do Estado-paternalista, foi a vez de entrar em cena o Estado Democrático de Direito, com a proposta de manter os direitos fundamentais já conquistados historicamente e ao mesmo tempo transformar a realidade com a participação de toda a sociedade.

No Brasil, o Estado Democrático de Direito foi afirmado pela Constituição de 1988, que expressamente atribuiu todo o poder ao povo (art. 1º, parágrafo único). Dessa aparentemente simples disposição se pode inferir que a responsabilidade pela definição dos rumos da sociedade e pela efetivação dos direitos fundamentais não é exclusiva do Estado, mas compete a todos. A Carta Magna também consagrou os direitos transindividuais, como a proteção ao consumidor (art. 5º, XXXII) e o direito a um meio ambiente equilibrado (art. 225).

Em síntese, pode-se dizer que muito se modificou no pensamento jurídico desde a concepção inicial do *rule of law*. Se, muito simplificadamente, o Estado liberal se limitava à garantia da liberdade, propriedade e segurança, o Estado Social teve que corrigir as distorções causadas pelo capitalismo e lidar com demandas de atuação positiva do Poder Público. Por

²⁶ SOARES, Mário Lúcio Quintão Soares. *Ob. cit.* Pg. 87

sua vez, o Estado Democrático de Direito consagrou os direitos coletivos *latu sensu* e se propôs a transformar o *status quo*.²⁷

A atuação do Ministério Público naturalmente seguiu a tendência de mudança na concepção de Estado. Nada mais lógico: se a Constituição se propôs a garantir direitos individuais, sociais, econômicos, culturais, e, ainda, direitos transindividuais, então o órgão responsável por zelar pelo cumprimento do ordenamento jurídico passa a acumular novas atribuições.

Em particular, a Carta Constitucional de 1988 alçou o *Parquet* a defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, CF/88), além de protetor dos direitos difusos e coletivos (art. 129, III, CF/88), numa tentativa de sepultar de vez a imagem caricata do Promotor de Justiça ligado tão somente à função de acusação penal. Em brilhante síntese sobre a evolução do papel do Ministério Público, Pedro Serrano aduz que:

Se por um lado a sociedade disciplinar superou historicamente a absolutista, também é verdadeiro que traços de comportamento imperial dos governantes permanecem no seio da sociedade disciplinar. O combate a tais resíduos incumbe a todos, em especial ao Ministério Público. De procurador do rei no Estado de Polícia, o Ministério Público passou a procurador do público no Estado de Direito. Principal combatente dos restos de império absolutista existentes na conduta estatal, a par do papel de defesa social na titularidade da ação penal, o MP hodiernamente ostenta o exercício de relevantes papéis de defesa da cidadania e dos interesses sociais difusamente considerados.²⁸

Ampliado, assim, o espectro de atuação ministerial, tornou-se necessário, por outro lado, racionalizar essa atuação. Isso significou, por exemplo, a releitura da legislação ordinária através das novas lentes constitucionais, a fim de que se verifique se a exigência legal da atuação do Ministério Público como *custus legis* se coaduna com o novo perfil constitucional delineado para a instituição.

Em outros termos, toda a vez que a lei processual civil impor a intervenção do Ministério Público, é preciso avaliar se essa atuação está ou não em harmonia com as disposições constitucionais.

²⁷ Como explica Leonardo Barreto, os direitos civis e políticos - direitos fundamentais de primeira geração - surgem no Estado Liberal e representam a liberdade. Já o Estado Social consagrou os direitos fundamentais de segunda geração: os direitos sociais, notadamente a igualdade. O Estado Democrático de Direito mantém a tutela a todos esses direitos conquistados historicamente e ainda assegura os direitos transindividuais, de terceira geração, que sintetizam a fraternidade. ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Ob. Cit.* Pg. 84.

²⁸ SERRANO, Pedro Estevam. *Nacional: Ministério Público e Estado de Direito*.

Ressaltando o papel do Ministério Público como defensor dos direitos individuais indisponíveis, ressalta José Galvani Alberton que

Diante da indisponibilidade do direito, tem-se que o Ministério Público deve atuar no sentido de que a disposição não se opere. É a forma de defendê-lo, conforme preconizado pela Constituição. No caso, a motivação não é o patrocínio de interesse privado individual [...], mas a salvaguarda do interesse público consistente na manutenção do interesse no domínio de seu titular.²⁹

Por outro lado, no caso de demandas envolvendo direitos disponíveis, a doutrina tem entendido que atuação do *Parquet* não mais se faz necessária.

Cumprir observar que cada instituição tem seus domínios e compromissos delimitados. E, para defender direitos e interesses **disponíveis**, foram qualificados expressamente a Advocacia e a Defensoria Pública (CF, arts. 133 e 134).³⁰ – *grifos no original*.

Ao longo do estudo, analisar-se-á se a atuação ministerial nas ações de separação e divórcio é legítima. Partindo da Constituição e da visão do Direito de Família Mínimo, a tendência contemporânea é considerar que a atuação do Estado em um espaço tão privado só pode se justificar quando e na medida em que for necessária para a proteção da dignidade daqueles que se encontram em uma posição de hipossuficiência, como fica mais evidente nos casos envolvendo menores e incapazes.

²⁹ ALBERTON, José Galvani. *Parâmetros da atuação do Ministério Público no processo civil em face da nova ordem constitucional*.Pg. 12.

³⁰ ALBERTON, José Galvani. *Ob. Cit.*Pg. 14.

III – AUTONOMIA PRIVADA NO DIREITO DE FAMÍLIA

Se, por um lado, a evolução do Estado fez com que suas atribuições aumentassem sobremaneira, por outro lado, nunca é demais reforçar a inconveniência dessa intervenção em determinados âmbitos da vida privada. Nesse aparente embate, é evidente a necessidade de se traçar parâmetros, para que o Poder do Estado não sufoque o núcleo intangível das liberdades individuais.

Nesse ponto, é preciso deixar claro que não se pretende aqui delimitar a linha divisória entre as esferas pública e privada. Muito mais modestamente, ir-se-á refletir sobre a intervenção estatal no âmbito de direitos privados disponíveis, objetivando, mais precisamente, verificar se a intervenção ministerial nas ações de separação e divórcio se justifica. Para tanto, faz-se mister investigar o conceito de autonomia privada e os seus respectivos contornos ao longo do tempo.

Inicialmente, pode-se conceituar autonomia privada como a liberdade conferida pelo Estado ao indivíduo, para que este reja sua vida particular como melhor entender. No âmbito privado, vige a máxima pela qual “o que não for proibido pelo ente estatal está permitido pelo ordenamento jurídico”. Ainda sobre o conceito de autonomia privada, vale transcrever a seguinte passagem de Leonardo Barreto:

Entende-se como autonomia privada a autorização fornecida pelo Estado para que o particular possa administrar e gerir sua vida íntima como melhor lhe aprouver [...]. Deve-se considerar a autonomia privada como um verdadeiro *poder de disposição* ou *poder normativo*, no sentido de que o indivíduo, ao exercê-la, está ditando as normas jurídicas que serão aplicadas à sua atividade de cunho privado.³¹

Cabe destacar que, durante o contexto liberal, a autonomia privada tinha como foco a esfera patrimonial, em especial a celebração de negócios jurídicos. A ideologia liberal do século XIX pregava a necessidade da lei como mecanismo de garantir a liberdade do homem contra os arbítrios do Estado, o que significava que o Estado deveria atuar para permitir que a vontade individual pudesse ser exercida de forma livre, *i.e.*, para que as pessoas pudessem celebrar seus negócios e seus contratos, escolhendo como e com quem contratar.³²

³¹ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Ob. Cit.* Pg. 5-6.

³² DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho. *Investigando o Argumento Civil-Constitucional.* Pg. 185-193.

Basicamente, então, a autonomia privada do período liberal estava vinculada a valores econômicos, como se depreende dos seguintes trechos:

A concepção liberal, em seu sentido político e econômico, procurou proteger o indivíduo que, dentro de seu marco social, afigurava-se sempre livre para adquirir sua liberdade [...]. A ideia de liberalismo está historicamente vinculada ao direito de propriedade e ao afã de lucro.³³

Ser autônomo, para o direito privado liberal clássico, seria não sofrer interferências externas no autorregramento dos próprios comportamentos ou relações, de forma a poder concretizar seus interesses na maior medida possível.³⁴

[...] a autonomia privada é percebida classicamente como um espaço no qual o indivíduo confecciona sua rede particular de relações através do livre exercício de sua vontade, entendendo todo o tipo de ingerência externa como interferência ilegítima [...]³⁵

Em contrapartida, existia um vasto terreno para a interferência do Estado nas relações extrapatrimoniais, que eram majoritariamente reguladas por normas de ordem pública, *i.e.*, cogentes e inafastáveis pelas partes. Particularmente no campo do Direito de Família, eram incontáveis os exemplos de ingerência estatal, a começar pela indissolubilidade do matrimônio, a impossibilidade da investigação de paternidade em face de homens casados e a impossibilidade de reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento. Conforme aduz Leonardo Barreto:

[...] a autonomia privada, durante o Estado Liberal, acabou sendo confundida com o conceito de autonomia da vontade, instituto este que incorporava valores típicos da época, tais como individualismo exacerbado (egocentrismo), igualdade formal, patrimonialismo, não intervenção do Estado no âmbito particular [...]. Além disso, em face do tom eminentemente patrimonialista, que então permeava as relações civilistas, sustentava-se que a autonomia privada, por ser tratada como símbolo da autonomia da vontade, apenas tinha incidência nas relações patrimoniais, ficando as relações extrapatrimoniais reguladas pelas normas de ordem pública (cogentes)³⁶.

A parca liberdade existente no âmbito do Direito de Família encontrava-se restrita a aspectos patrimoniais:

[...] o ente estatal impunha irrestritamente às relações familiares normas tidas como de ordem pública, cogentes, praticamente afastando a incidência da autonomia privada em tais relações, o que ocorria apenas em situações

³³ SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Ob. cit.* Pg. 86.

³⁴ SILVA, Dênis Franco. *O Princípio da Autonomia: da Invenção à Reconstrução*. Pg. 140. O autor destaca ainda que a ideia clássica de autonomia privada se liga à noção kantiana de autonomia moral, que indica que os indivíduos são livres para agir desde que sua conduta não gerasse problemas caso fosse universalizada. Referido conceito passou por uma releitura que o adequasse ao espírito liberal individualista do sec. XIX.

³⁵ DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho. *Ob. Cit.* Pg. 191.

³⁶ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Ob. Cit.* Pg. 1.

explicitamente tidas como patrimoniais, a exemplo da escolha do regime matrimonial de bens do casamento.³⁷

Toda essa realidade estava prestes a sofrer uma grande reviravolta. Conforme já visto, o Estado Liberal entrou em crise quando se percebeu sua insuficiência para suprir as demandas da sociedade, que extrapolavam e muito a mera proteção da liberdade e da propriedade. Somado a isso, a humanidade passou por duas Grandes Guerras Mundiais, que proporcionaram um período de reflexão. Com o intuito de evitar que se repetissem os horrores da Guerra, várias Constituições pelo mundo passaram a ter preocupação intensa com os direitos fundamentais:

[...] Estava aberto o caminho pelo qual se constituiria um mecanismo de defesa de um novo conjunto de valores, como forma de garantir a prioridade na proteção da dignidade da pessoa humana, através do catálogo constitucional dos direitos fundamentais e de toda a principiologia decorrente.³⁸

Na mesma linha de raciocínio, leciona Fábio Konder Comparato:

[...] a compreensão da dignidade suprema da pessoa humana e de seus direitos, no curso da História, tem sido, em grande parte, o fruto da dor física e do sofrimento moral. A cada grande surto de violência, os homens recuam, horrorizados, à vista da ignomínia que afinal se abre claramente diante de seus olhos; e o remorso pelas torturas, as mutilações em massa, os massacres coletivos e as explorações aviltantes faz nascer nas consciências, agora purificadas, a exigência de novas regras de uma vida mais digna para todos.³⁹

E prossegue o autor, mostrando que a preocupação com os direitos humanos e fundamentais chegou também ao plano internacional:

Ao emergir da 2ª Guerra Mundial, após três lustros de massacres e atrocidades de toda sorte, iniciados com o fortalecimento do totalitarismo estatal nos anos 30, a humanidade compreendeu, mais do que em qualquer outra época da História, o valor supremo da dignidade da pessoa humana. [...] Meio século após o término da 2ª Guerra Mundial, vinte e uma convenções internacionais, exclusivamente dedicadas à matéria [de direitos humanos] haviam sido celebradas no âmbito da Organização das Nações Unidas ou das organizações regionais [...]. Não apenas os direitos individuais, de natureza civil e política, ou os direitos de conteúdo econômico e social foram assentados no plano internacional. Afirmou-se também a existência de novas espécies de direitos humanos: direitos dos povos e direitos da humanidade.⁴⁰

Em síntese, os horrores da guerra foram fundamentais para que a humanidade voltasse seu foco para os indivíduos. Reconheceu-se a dignidade da pessoa humana como valor central, a servir de orientação para todo o sistema jurídico. Buscou-se igualmente uma

³⁷ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Ob. Cit.* Pg. 2.

³⁸ DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho. *Ob. Cit.* Pg 192.

³⁹ COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.* Pg. 26 e 37.

⁴⁰ COMPARATO, Fábio Konder. *Ob. Cit.* Pg. 54.

interpretação mais ética e humanista do Direito, em atenção à funcionalidade de cada um de seus institutos. Nas elucidativas palavras de Guilherme Gama e Leandro Santos:

Ascendeu, então [após a Segunda Guerra Mundial] o pós-positivismo, o qual, visando evitar as barbáries permitidas por um direito acrítico, buscou a inserção de valores éticos no Direito, reintroduzindo as ideias de justiça e legitimidade. Toda e qualquer concepção do Direito que não deite raízes nas necessidades sociais, mostra-se inconsistente e insuficiente, por melhor que seja o engenho, o rigor lógico e o grau de abstração que alcance.⁴¹

Exemplificativamente, a propriedade que antes era enaltecida de *per si* agora tem sua tutela atrelada à observância de sua função social. Da mesma forma, os institutos do Direito de Família passaram a ser funcionalizados. O legislador que dizia agasalhar a família com a manutenção do vínculo matrimonial a qualquer custo começou a entender que a proteção do núcleo familiar significa garantir a dignidade de cada um de seus membros.

Tudo isso demonstra uma mudança de mentalidade: a sociedade deixou de concentrar todo o seu foco no patrimonialismo e passou a dar importância ao existencialismo. A tendência de valorização do *ser* em detrimento do *ter* chegou com força ao campo jurídico e em especial ao Direito Civil – onde ficou conhecida como *despatrimonialização* ou *personalização* – e significou uma alteração de postura hermenêutica no que tange aos institutos civilistas tradicionais. Assim, a propriedade, o contrato e a família passam a ser vistos como instrumentos a serviço da realização do homem, e que não podem ser dissociados de sua dignidade.⁴²

Esses novos ventos trouxeram ainda o reconhecimento da autonomia privada no campo existencial. Afinal, não há como garantir satisfatoriamente a dignidade dos indivíduos sem que lhes seja assegurada a liberdade de escolha na esfera privada. Em outros termos, como se depreende da lição de Marcus Dantas, se existe um espaço em que a liberdade é especialmente cara, trata-se da esfera existencial:

[...] as escolhas relativas à saúde, à vida familiar, à participação nas comunidades intermédias (política, sindical, etc.), são todas situações pelas quais a autonomia privada pode se expressar, não se encerrando nas escolhas econômicas, patrimonialistas. A fundamentação é a da prevalência hierárquica da centralidade constitucional do valor da pessoa humana [...]⁴³

⁴¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira e GUERRA, Leandro dos Santos. *Função Social da Família*. Pg. 161-162.

⁴² ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Ob. cit.* Pg. 93-94. Obviamente, o movimento de despatrimonialização do Direito Civil não significa que o ordenamento deixou de tutelar a propriedade e o patrimônio; apenas que esses passaram a ser tutelados enquanto instrumentos para a concretização da dignidade humana.

⁴³ DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho. *Ob. Cit.* Pg. 196-197.

No Direito de Família, o enfoque dado ao afeto sugeriu autorização para o exercício da autonomia privada. Assim, é com base no afeto que as pessoas decidem constituir uma família ou contrair matrimônio, *p.ex.* Por outro lado, se este não se faz mais presente, cabe aos membros da família determinar seus próprios rumos.⁴⁴

Claro que o reconhecimento da autonomia privada na seara familiarista não significa afastar qualquer intervenção estatal nesse âmbito. É, pois, necessário buscar novamente a dignidade da pessoa humana como parâmetro para que seja possível discernir quando a atuação do Estado no Direito de Família é benéfica e quando pode ser prejudicial.⁴⁵

No âmbito familiar, a doutrina mais moderna traz como regra o afastamento do Estado, chegando-se a falar em *Direito de Família Mínimo*⁴⁶. Isso significa que a intervenção estatal só pode se justificar se for realizada em nome da salvaguarda da dignidade e os direitos fundamentais dos indivíduos envolvidos, o que notadamente ocorre no caso da defesa de interesses de vulneráveis, como a criança e o adolescente e o idoso. Nesse sentido:

Em verdade, o Estado somente deve interferir no âmbito familiar para efetivar a promoção dos direitos fundamentais dos seus membros – como a dignidade, a igualdade, a liberdade, a solidariedade, etc. – e, contornando determinadas distorções, permitir o próprio exercício da autonomia privada, o desenvolvimento da sua personalidade e o alcance da felicidade pessoal de cada um deles [...]⁴⁷

[...] os componentes dos núcleos familiares podem tocar, livremente, os seus projetos de vida familiar, sendo ilegítima a intervenção do Poder Público quando a relação familiar é travada entre pessoas livres e iguais.⁴⁸

Cristiano Farias e Nelson Rosenvald concluem com maestria que a ingerência do Estado no Direito de Família está com dias contados. Nas palavras dos autores:

Forçoso reconhecer, portanto, a suplantação definitiva da (indevida e excessiva) participação estatal nas relações familiares, deixando de ingerir sobre aspectos personalíssimos da vida privada, que, seguramente, dizem respeito somente à vontade de autodeterminação do próprio titular [...]. O Estado vai se retirando de um espaço que sempre lhe foi estranho, afastando-se de uma ambientação que não lhe diz respeito [...].⁴⁹

⁴⁴ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Ob. cit.* Pg. 138.

⁴⁵ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Ob. cit.* Pg. 141.

⁴⁶ A expressão cunhada por Leonardo Barreto advém de uma analogia feita com o Direito Penal, em que o movimento do Direito Penal Mínimo prega a intervenção estatal como *ultima ratio*, a ser invocada apenas em situações excepcionais e extremas.

⁴⁷ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Ob. cit.* Pg. 145.

⁴⁸ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Ob. Cit.* Pg. 111.

⁴⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Ob. Cit.* Pg. 112.

Dessa maneira, levando em consideração a principiologia constitucional e a visão pregada pelo Direito de Família Mínimo, tem-se que a atuação do Estado em um espaço tão privado como o Direito de Família só pode se justificar quando e na medida em que for necessária para a proteção da personalidade e da dignidade dos envolvidos, *i.e.*, de direitos indisponíveis.⁵⁰ No próximo capítulo, analisar-se-á mais detidamente a legitimidade da atuação ministerial nas ações de separação e divórcio.

⁵⁰ A necessidade da intervenção estatal fica mais evidente quando se está diante de interesses de hipossuficientes, como é o caso dos menores e dos incapazes. Vale destacar que, no caso dos idosos, não necessariamente se está diante de incapazes, mas a intervenção do Estado tem seu fundamento de legitimidade no Estatuto do Idoso, que lhes assegura especial proteção.

IV - INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NAS AÇÕES DE SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO:

Como foi visto, desde advento da Constituição Federal de 1988, a doutrina muito discutiu acerca do novo perfil do Ministério Público. Sintetizando as conclusões desse debate, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald explicam que

[...] com o advento da Carta Maior, o Ministério Público ganhou nova feição, adquiriu respeitabilidade e consolidou sua mais verdadeira e nobre missão: zelar por justiça social e resguardar os interesses comunitários. [...]. Como consequência mais do que lógica, a atuação do Ministério Público no processo civil se racionaliza, com o fito de garantir a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis. Assim, na área cível a atuação do Ministério Público somente será necessária em casos de *interesses sociais* ou *individuais indisponíveis* (CF/88, art. 127), o que lhe afasta de uma série de atos típicos da vida privada, como *v.g.*, a atuação como *custos legis* em ações nitidamente decorrentes da autonomia privada do titular.⁵¹

Em outros termos, a tendência hoje é de distanciamento do Estado das questões que traduzam interesses exclusivamente privados, como é o caso de várias situações no campo do Direito de Família. Nesse sentido, são precisas as palavras de Leonardo Barreto:

Cada vez mais vem-se permitindo que as questões familiares sejam resolvidas pelos próprios particulares, sem necessidade de intervenção judicial, a exemplo da separação e divórcio extrajudiciais regulamentados pela Lei n. 11.441/07. Em outros casos, embora haja intervenção judicial, não se verifica propriamente interesse público a legitimar a atuação ministerial no feito [...], mesmo que exista expressa previsão exigindo essa atuação.⁵²

Ainda quanto à exigência de atuação do Ministério Público, posicionam-se no mesmo sentido Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

O Ministério Público deve concentrar seus esforços na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis [...]. Defendemos, assim, com tranquilidade, que – mesmo havendo disposição infraconstitucional, no Código de Processo Civil, prevendo a atuação ministerial em determinadas hipóteses (atinentes a interesses privados, estranhos às latitudes do art. 127 da norma constitucional) – não deverá o Ministério Público atuar.⁵³

⁵¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Ob. Cit.* Pg. 406-407

⁵² ALVES, Leonardo Barreto Moreira. Pg. 185.

⁵³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Pg. 407.

Nas próximas linhas, passa-se a avaliar se existe ou não necessidade de intervenção do Ministério Público nas ações de separação e divórcio consensuais, partindo-se da premissa de que não existem interesses de incapazes envolvidos.

4.1. Ações Consensuais

Principalmente depois que a Lei 11.441/07 estabeleceu procedimento simplificado para a obtenção de separação ou divórcio *consensuais* em cartório, dispensando a atuação do Ministério Público, significativa parte da doutrina passou a questionar se haveria motivos para se exigir a atuação ministerial em juízo nas mesmas situações.

Seguindo a linha de raciocínio do *Direito de Família Mínimo* e levando em consideração o novo perfil ministerial delineado pela Carta Constitucional de 1988, a conclusão só poderia ser negativa, como se depreende dos seguintes fragmentos:

Seguramente, não é papel conferido pelo constituinte ao Promotor de Justiça atuar em ações decorrentes de interesse individual disponível, como é o divórcio consensual.⁵⁴

Exemplo ainda mais sintomático de causa que deve dispensar a atuação do Ministério Público diz respeito à separação e divórcio consensuais. [...]. Ora, se não há mais interesse público na manutenção do matrimônio quando os consortes assim não o querem [...], razão inexistente para que o *Parquet* continue atuando em ações dessa espécie, salvo no caso de incidência de interesse de incapaz.⁵⁵

Assim, a doutrina majoritária passou a advogar que as ações de separação ou divórcio consensuais envolvendo partes maiores e capazes trazem em seu bojo somente direitos patrimoniais disponíveis, insuscetíveis, portanto, de atrair a atuação do *Parquet*, a despeito de previsão infraconstitucional em sentido diverso.

Vale destacar que os próprios representantes do Ministério Público já haviam chegado à mesma conclusão. A Carta de Ipojuca (2003) – fruto de deliberação do Conselho Nacional dos Corregedores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União – expressamente estabeleceu ser desnecessária a intervenção ministerial nas ações de separação consensuais em que não houvesse interesse de incapazes.

⁵⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Pg. 407.

⁵⁵ ALVES, Leonardo Barreto Moreira Alves. Pg. 186-187.

Resta analisar, agora, se as mesmas razões que serviram para afastar a atuação ministerial nas ações e separação e divórcio consensuais que envolvam direitos disponíveis podem ser aplicadas às ações litigiosas.

4.2. Ações Litigiosas:

A promulgação da Carta Constitucional de 1988 – como é sabido – trouxe à tona um debate acerca da mudança nos contornos do perfil institucional do Ministério Público, o que culminou com a leitura e interpretação de todas as previsões da legislação ordinária sobre a atuação da referida instituição de acordo com os ditames constitucionais.

Conforme foi dito no tópico anterior, a Carta de Ipojuca – datada de 2003 – é um exemplo claro desse movimento de releitura das funções do Ministério Público. Dentre outras previsões, o documento estabeleceu ser desnecessária a intervenção ministerial nas ações de separação *consensuais* em que não houvesse interesse de incapazes (item A, 4, I). Como também já foi dito, esse entendimento ganhou força principalmente depois da Lei 11.441/07, quando o legislador instituiu o procedimento para a obtenção de separação ou divórcio consensuais em cartório, obviamente sem a presença do Ministério Público.

Apesar da relativa concordância doutrinária quanto à desnecessidade de intervenção ministerial nas ações de separação e divórcio consensuais que não envolvam interesses de incapazes, pouco debate se vê em relação à intervenção do *Parquet* nas mesmas ações quando envolvam litígio entre os consortes. A maioria dos autores se empenha em rechaçar a atuação do órgão ministerial na primeira situação, sem tecer qualquer comentário acerca da segunda. Faz-se mister, então, adentrar em águas mais tormentosas para analisar se existe alguma razão para aceitar a intervenção do *Parquet* nas ações litigiosas e afastá-la nas ações consensuais.

Seguindo a tendência de raciocínio ditada pelo movimento do Direito de Família mínimo, não se pode deixar de frisar que só será legítima a atuação estatal nesse âmbito se a medida, além de razoável e proporcional, for voltada à defesa de direitos fundamentais. Todos esses requisitos devem ser cumpridos para que seja defensável a intervenção ministerial nas ações de separação e divórcio litigiosos.

Nessa mesma linha de intelecção, merecem destaque as palavras de Marcelo Barbosa Zenkner, que compara a separação e o divórcio à dissolução da união estável:

[...] em ações onde se busca o reconhecimento ou a dissolução de união estável, não se verifica qualquer interesse público capaz de atrair a intervenção do Ministério Público, já que o direito ali discutido, normalmente, reveste-se de aspectos meramente patrimoniais e, portanto, individuais disponíveis. Ora, se casamento e união estável estão praticamente iguados [...] e se a tendência legislativa moderna é de simplificar os procedimentos, por que insistir na atuação obrigatória do Ministério Público nos feitos que envolvem o primeiro (separação e divórcio) se isto não ocorre nas ações cujo objeto reporta-se ao direito dos conviventes?⁵⁶

A princípio, o autor parece concluir pela desnecessidade de intervenção do Ministério Público em quaisquer ações de separação e divórcio que envolvam interesses disponíveis. Não obstante, esclarece logo a seguir que se refere apenas às ações consensuais:

[...] quando o inciso II do artigo 82 do CPC indica ser obrigatória a intervenção do Ministério Público nas causas concernentes ao casamento, está ele se reportando exclusivamente às ações de anulação de casamento e de separação e divórcio litigiosas, devendo o Promotor de Justiça atuar de modo a equilibrar as forças na relação jurídica processual que, por motivos de ordem econômica ou até mesmo emocional, podem estar desequilibradas.⁵⁷

Em sentido diverso, entendendo ser forçoso enxergar interesse público em qualquer disputa patrimonial envolvendo pessoas maiores e capazes, Leonardo Barreto dá um passo pioneiro adiante e estende a desnecessidade da intervenção ministerial também às ações litigiosas:

Na verdade, a atuação ministerial no processo civil deve ser sempre dispensada quando o interesse público não estiver em jogo. Ora, como já afirmado alhures, não se verifica hodiernamente interesse público na manutenção do casamento se os cônjuges assim não desejam. Por isso, meras questões patrimoniais, a exemplo da partilha de bens, não têm o condão de provocar a presença do Ministério Público nos processos de separação e divórcio judiciais consensuais. Desse modo, a única hipótese de intervenção ministerial como fiscal da lei em processos deste *jaez* é a existência de interesse de incapaz, em respeito ao disposto no art. 82, I, do Código de Processo Civil. Ousamos ir um pouco além. *A nosso ver, a existência de interesse de incapaz deve ser a única hipótese a ensejar a intervenção do Ministério Público em toda e qualquer ação de separação ou divórcio, seja ela consensual ou litigiosa.*⁵⁸ – grifos no original.

⁵⁶ ZENKNER, Marcelo. Pg. 151.

⁵⁷ ZENKNER, Marcelo. Pg. 151.

⁵⁸ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *O Ministério Público nas Ações de Separação e Divórcio*. Pg. 321 e 322.

O autor também traz para a discussão o fato de a separação e o divórcio serem *direitos potestativos*⁵⁹ de qualquer um dos cônjuges, bastando a vontade de um para a sua decretação. Se um dos cônjuges quer se divorciar e o outro não, o que poderia fazer o Ministério Público?

Claro que existem casos em que a litigiosidade entre as partes prejudica o andamento processual. Discussões relacionadas à partilha de bens, prestação de alimentos ou guarda dos filhos⁶⁰, por exemplo, podem levar a uma considerável demora na prolação da sentença. O que não se pode permitir é a utilização do processo como mecanismo de chantagem.⁶¹

Mesmo nesses casos de claro desequilíbrio entre as partes, a solução não necessariamente precisa ser a interferência do *Parquet* se não existirem interesses indisponíveis em jogo. Na hipótese de outras discussões gravitarem em torno da dissolução do matrimônio, o magistrado pode resolver parcialmente o mérito da causa – nos termos do conhecido mecanismo do art. 273, §6º, CPC – e decretar imediatamente o divórcio. Assim, contribui para uma melhor prestação jurisdicional, solucionando de imediato o cerne da questão e julgando as controvérsias secundárias quando tiver atingido a cognição necessária para enfrentá-las.

Pode-se mencionar ainda a Carta de Ipojuca como argumento contrário à atuação ministerial nas ações de separação e divórcio, pois o documento genericamente dispensa a intervenção nas ações ordinárias de partilha de bens envolvendo casal sem filhos menores ou incapazes (item 4. III.). Como a disposição não faz distinção entre ações consensuais e litigiosas, isso pode levar o intérprete a enxergar idêntica *ratio* e a aplicar idêntica solução aos casos de separação e divórcio – consensuais ou não – entre pessoas maiores e capazes.

⁵⁹ No mesmo sentido, Cristiano de Farias e Nelson Rosenvald ensinam que “não mais havendo lapso temporal mínimo para o divórcio, não se pode cogitar de alguma controvérsia em relação a ele. O divórcio se tornou *direito potestativo* da parte interessada, bastando que esteja casada para a sua obtenção.” (Pg. 385). Ademais, não mais pode o acionado alegar a culpa do outro consorte em defesa de mérito, o que tornou o objeto da ação de divórcio litigioso significativamente restrito.

⁶⁰ Nesse caso, seria imperiosa a atuação do Ministério Público, em razão dos interesses dos filhos menores envolvidos.

⁶¹ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Ob. Cit.* Pg. 382 e ss. Os autores explicam que é comum que um dos cônjuges esteja mais interessado no divórcio para poder “seguir com sua vida”, casar-se novamente, etc. Quando isso ocorre, o outro cônjuge pode deliberadamente tentar retardar o processo, insistindo em discussões menores, como a divisão dos bens. Por isso, a decretação imediata do divórcio é uma boa saída para evitar a utilização do Judiciário como meio de prejudicar o ex-cônjuge, pressionando-o a aceitar qualquer acordo para se ver livre do processo.

Embora todo esse raciocínio pareça afinado com as premissas do movimento do Direito de Família Mínimo, não se pode dar a questão por encerrada antes de uma investigação mais profunda, atenta ao contexto da sociedade. Afinal, os operadores do Direito não podem negligenciar a realidade social que os cercam.

Numa sociedade como a brasileira, a prática revela que muitos indivíduos que batem às portas do Judiciário com um pedido de divórcio querem apenas conversar melhor, falar e se fazer escutar. Não se pode ignorar que os conflitos no campo do Direito de Família e principalmente as ações de separação e divórcio envolvem muito mais do que aspectos jurídicos. O processo, afinal, é um reflexo da vida e, como tal, envolve emoções, paixões, problemas...

Como a família é núcleo da sociedade e o Estado tem o dever de protegê-la, parece até simpática a ideia de defender, juntamente com Marcelo Zenkner, a atuação do Promotor de Justiça como mediador entre as partes em conflito, com o intuito de evitar que a separação ou o divórcio fossem decisões tomadas sem maiores reflexões. Obviamente, não se trataria de tentar impor a manutenção do matrimônio a qualquer custo, mas apenas de verificar se o rompimento do laço conjugal seria a melhor solução para aquele caso.

O primeiro imbróglio, porém, está no delineamento constitucional conferido ao Ministério Público, que hoje assume o papel de defensor dos direitos indisponíveis. Assim, quando a separação ou divórcio não envolvesse menores ou incapazes e se cingisse apenas a aspectos patrimoniais, como argumentar que haveria legitimidade na atuação ministerial?

Uma possível saída seria apontar que, antes de qualquer partilha de bens, toda separação ou divórcio envolve o direito à felicidade. E como este decorre da dignidade da pessoa humana, que é *cláusula geral de tutela da personalidade*⁶², não seria incoerente dizer que o direito à felicidade seria um direito da personalidade. Avançando no raciocínio, e tendo em mente que os direitos da personalidade são considerados irrenunciáveis e indisponíveis pelo seu titular, poder-se-ia, em tese, cogitar da legitimidade do Ministério Público para atuar em sua defesa.

⁶² PEREIRA, Cáo Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. O autor explica que os direitos da personalidade compõem uma categoria de direitos não apreciáveis economicamente, porém tão valiosos e merecedores de tutela quanto os direitos economicamente apreciáveis. É o caso do direito à vida, à liberdade, ao nome, à integridade física e moral. No ordenamento pátrio, a Constituição Federal de 1988 consagra o princípio da dignidade da pessoa humana como cláusula geral de proteção à personalidade, e o Código Civil de 2002 trata em capítulo próprio de dar concretude aos direitos da personalidade e seus aspectos. Pg. 202-205.

A dificuldade dessa solução reside no desenrolar de outro problema: não se pode considerar de forma generalizada que todos os direitos de personalidade são indisponíveis em sua essência. Em outros termos, a categoria dos direitos de personalidade envolve uma vasta gama de direitos, e a indisponibilidade deve ser analisada caso a caso.

Para que fique mais claro o que se pretende dizer, ilustra-se a questão com um exemplo: embora seja digno de amparo o direito à integridade física, nada impede que dois lutadores de boxe se submetam à prática do esporte. Nessa hipótese, a autonomia dos lutadores permite que renunciem reciprocamente à incolumidade física.

Voltando ao direito à felicidade, seria no mínimo estranho advogar a tese de que se trataria de direito indisponível pelo próprio titular. E, ainda que o fosse, mais complicado ainda seria saber como o Estado poderia atuar para preservá-lo sem que com isso ferisse a liberdade individual. Em termos concretos, o que exatamente poderia fazer o representante do *Parquet* para garantir o direito à felicidade nas ações de separação e divórcio litigiosos? Opinar pela manutenção do casamento contra a vontade das partes? Opinar pelo divórcio e, ao mesmo tempo, magicamente impedir que existam sequelas ou traumas advindos do rompimento do vínculo conjugal?

Ademais, afirmar que “a ninguém é lícito dispor da própria felicidade” é tão demasiadamente poético quanto perigoso. Se o Estado pudesse interferir nas relações privadas com o intuito de garantir a felicidade (que é conceito aberto, indeterminado), isso certamente daria azo a arbitrariedades inadmissíveis dentro de um Estado Democrático de Direito. Imagine se o Estado pudesse, em nome da felicidade, impedir determinada moça de se casar com o namorado que a traiu no passado... Ou, ainda, se pudesse obstar a adoção de uma criança, filha de mãe viciada em crack, sob a justificativa de que a tendência ao vício de drogas é genética, e que isso seria um aborrecimento aos pais adotivos no futuro. Certamente, são hipóteses que ultrapassam a linha do absurdo, mas que devem servir de alerta ao operador do Direito.

Por fim, ainda que se concluísse que as ações de separação e divórcio litigiosos envolvem sempre alguma dose de direitos indisponíveis, o que atrairia a intervenção ministerial, restaria enfrentar a seguinte questão: seria o Promotor de Justiça o profissional mais adequado para lidar com tais situações de desequilíbrio emocional das partes? Caberia

ao Ministério Público tentar fazer com que as partes lidem com suas diferenças e se entendam?

CONCLUSÃO

Durante um grande período, o Código Civil de 1916 vigorou como “Constituição do Direito Privado”. O diploma carregava fortes vestígios do Código Napoleônico de 1804, conhecido por sua pretensão de completude e perfeição. Porém, o tempo tratou de mostrar que as lacunas normativas são inevitáveis, pois o legislador ordinário jamais será capaz de prever todas as situações da vida. Igualmente, que a identificação do Direito à lei gera interpretações simplistas e pobres (e, muitas vezes, injustas).

A soberania do Diploma Civilista não mais se sustentava, e acabou ruindo definitivamente com a Constituição Federal de 1988, a qual representou um marco para o Direito brasileiro. Finalmente, a Constituição pátria deixou de ser uma “carta de intenções” e passou a ocupar o topo do ordenamento jurídico, influenciando diretamente sobre todos os ramos do Direito.

Vale sublinhar que muitas assertivas que hoje são difundidas como obviedades do pensamento jurídico – como é o caso da força normativa da Constituição e da normatividade dos princípios – precisaram de enorme esforço argumentativo para se firmar no cenário jurídico. Assim, foram travados intensos debates até que se concluísse que a Constituição é muito mais do que um amontoado de papel, e que suas diretrizes e princípios podem ser aplicados pelo Judiciário, sem mais depender diretamente da boa vontade do Poder Legislativo ordinário.

Assim, diante desse movimento de constitucionalização do direito, toda e qualquer disposição de direito material ou processual atinente ao Direito das Famílias passou a ser interpretada à luz do disposto no art. 226, caput, da CF/88, que reconhece a família como base da sociedade e lhe confere especial proteção por parte do Estado. A cláusula expressa de proteção à família demonstra que o constituinte se preocupou em tutelar aspectos existenciais, distanciando-se do até então caráter patrimonialista do Código Civil. A Carta Constitucional também cristalizou a dignidade da pessoa humana como princípio norteador do Direito de Família (art. 226, §7º).

No que tange ao Ministério Público, conforme exhaustivamente falado, a lei processual civil prevê a atuação do *Parquet* como *custus legis* nas ações concernentes ao estado das pessoas. Entretanto, a Constituição Cidadã delineou o perfil da instituição, atribuindo-lhe a defesa dos direitos coletivos *lato sensu* e dos individuais indisponíveis, o que fez com que a legislação ordinária passasse por uma releitura.

No intuito de adequar o Código Instrumental à Carta Constitucional, a doutrina se debruçou sobre o novo perfil ministerial e concluiu pela desnecessidade de intervenção do Ministério Público em ações de separação e divórcio consensuais e sem interesses de incapazes. Porém, pouquíssimo se debateu sobre a referida intervenção nas ações litigiosas, razão pela qual o presente estudo procurou realizar uma investigação mais profunda sobre a temática.

Nos casos envolvendo filhos menores ou incapazes, não há dúvidas de que a intervenção do Ministério Público se impõe, independentemente da existência ou não de litígio entre os consortes. Afinal, conforme facilmente se depreende da leitura combinada dos art. 82, I, do CPC e do art. 127, *caput, in fine*, da Constituição Federal de 1988, o *Parquet* tem como uma de suas funções precípua a defesa dos interesses individuais indisponíveis – como é indiscutivelmente o caso dos interesses dos menores.

Por outro lado, há que se perquirir se existe alguma razão para que as ações *litigiosas* travadas entre iguais demandem a interveniência do órgão ministerial. Para tanto, primeiramente há que se considerar que existe um dever do Estado de conferir proteção à entidade familiar (art. 226, *caput*, CF/88). Em segundo lugar, é preciso ter em mente que o processo não é só um amontoado de papel – suas páginas carregam vidas, histórias, medos, inseguranças, esperanças... Assim, por mais que não se enxergue interesse público em disputas patrimoniais entre particulares, existirá sempre interesse público na preservação da felicidade, na pacificação social e na busca da melhor solução para cada caso.

Partindo dessas premissas, é interessante frisar que, não obstante o inegável dever do Estado de amparar a instituição da família, tal proteção não necessariamente precisa advir do Ministério Público em todos os casos. Explique-se: o órgão ministerial é voltado para a tutela dos direitos individuais indisponíveis e, por mais que as demandas de separação e divórcio litigiosos contenham sempre um viés conectado ao direito à felicidade, não se trata de direito apto a atrair a atuação ministerial, eis que não se encaixa na categoria de indisponível.

Em outros termos – e por apreço à clareza – a exigência de intervenção ministerial nas ações de separação e divórcio litigiosas que não envolvam interesses de incapazes é incompatível com a Constituição. Não se trata aqui de uma manobra para desafogar as Promotorias. Ao revés, a conclusão pela inconstitucionalidade do art. 82, II, do CPC apenas evita que o *Parquet* perca tempo em processos em que sua atuação seria inócua, e, além de contribuir para a celeridade processual nesses casos (eliminando os tempos de “vista ao MP”), permite que o órgão melhor se dedique as suas verdadeiras vocações constitucionalmente delineadas. Ademais, como se verá nas próximas linhas, isso não significa eximir o Estado de seu dever de tutela em relação às entidades familiares.

Além da razão técnico-jurídica para afastar a atuação do Ministério Público nas ações de separação e divórcio litigiosos, existe um argumento de ordem social e lógica para tanto: se o intuito da intervenção é promover o diálogo entre as partes, existem de profissionais mais adequados para tanto, especificamente treinados para lidar com a *psique* humana e com os conflitos matrimoniais.

Não queremos desmerecer os profissionais do Direito que buscam a interdisciplinaridade ou uma formação mais aberta, e nem ignorar que as experiências do dia-a-dia dos Promotores de Justiça os tornam preparados para lidar com as pessoas. Porém, isso não se equipara à sensibilidade conferida por uma formação completa (teórica e prática) voltada à análise do comportamento humano.

Pois bem. Já se viu que não faz qualquer sentido transformar o gabinete do Promotor em consultório de psiquiatria, psicologia ou nada do gênero. Por outro lado, o Estado continua tendo o dever de conferir proteção à família. Resta saber, então, qual a melhor maneira para esse dever ser cumprido.

Uma solução possível e viável seria ampliar o acompanhamento com equipe de psicólogos e assistentes sociais aos casos de separação e divórcio litigiosos. O serviço público e gratuito à disposição das Varas de Família já existe nos casos de guarda de menores, *p.ex.*, e poderia perfeitamente ser adaptado a outras necessidades.

Assim, casos os casais assim o quisessem, poderiam usufruir do aconselhamento desses profissionais antes de decidirem pelo término da relação conjugal. Com essa medida, o Poder Público atuaria com o intuito de preservar a dignidade humana e ao mesmo tempo

manteria incólume a autonomia privada, pois condicionaria o acompanhamento multidisciplinar à vontade das partes de a ele se submeterem.

Em apertada síntese, não obstante exista um dever do Estado de conferir proteção à família, a intervenção do promotor de justiça nas ações de separação e divórcio sem interesses de incapazes – consensuais ou litigiosos – não é a maneira acertada de cumpri-lo. Primeiramente porque a exigência do art. 82, II, do CPC não se coaduna com a Carta Constitucional, que delineou o perfil do Ministério Público voltando a Instituição para a defesa dos direitos individuais indisponíveis. Em segundo lugar, porque a prática mostra que a atuação do órgão ministerial normalmente se restringe à análise do cumprimento da legislação procedimental, e poderia ser perfeitamente dispensada, já que qualquer nulidade pode ser arguida pelos prejudicados e declarada pelo juiz. Somado a isso, existem profissionais melhor preparados para lidar com os conflitos oriundos dos relacionamentos humanos, e cuja atuação seria de grande valia para as partes.

Imperioso destacar, por fim, que a criação e/ou ampliação do serviço público de acompanhamento psicológico, psiquiátrico e psicossocial não deixa de ser uma maneira de defender a intervenção do Estado – e não do Ministério Público, frise-se – nas ações de separação e divórcio. Porém, trata-se uma ingerência legítima, afinada com a garantia dos direitos fundamentais e pautada na promoção da dignidade dos envolvidos, não contrariando, portanto, as premissas do Direito de Família Mínimo. Ademais, a solução tampouco representa qualquer violação à autonomia das partes, pois – como dito – o acompanhamento aqui proposto pressuporia o consentimento dos consortes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALBERTON, José Galvani. *Parâmetros da atuação do Ministério Público no processo civil em face da nova ordem constitucional*. Artigo disponível em <http://www.conamp.org.br/Lists/artigos/DispForm.aspx?ID=78>

ALMEIDA, Gregório Assagra. *Direito Material Coletivo: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Direito de Família Mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no Direito de Família*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.

_____. *O Ministério Público nas Ações de Separação e Divórcio*. *DE JURE - REVISTA JURÍDICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS*. Disponível: https://aplicacao.mp.mg.gov.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/207/as%20tendencias%20atuais%20na%20circula%C3%A7ao_Pereira.pdf?sequence=1

_____. *O reconhecimento legal do conceito moderno de família: o art. 5º, II, parágrafo único, da Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha)*. *Revista Brasileira de Direito de Família*. RBDFam, Porto Alegre: síntese/IBDFAM, n. 39, dezembro/janeiro de 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2ª edição, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 6ª edição, 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo: Malheiros, 9ª edição, 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em 28 fev 2013.

_____. Código Civil, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm Acesso em 28 fev 2013.

_____. Código Civil, Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm Acesso em 28 fev 2013.

_____. Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm. Acesso em 28 fev 2013.

_____. Lei nº 883/49, de 21 de outubro de 1949. Dispõe sobre o reconhecimento de filhos ilegítimos. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1930-1949/L0883.htm Acesso em 28 fev 2013.

_____. Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Disponível em http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/1950-1969/L4121.htm. Acesso em 28 fev 2013.

_____. Lei nº 6.515/77, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6515.htm Acesso em 28 fev 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 7ª Edição, 2010.

CONSELHO NACIONAL DOS CORREGEDORES-GERAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DOS ESTADOS E DA UNIÃO. *Carta de Ipojuca*. Ipojuca - PE, 13 de maio de 2003. Disponível em www.mp.mg.gov.br/portal/public/interno/arquivo/id/9085

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*. 19ª Edição. SP: Saraiva, 1995.

DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho. *Investigando o Argumento Civil-Constitucional*. RTDC, Volume 24, Out/Dez 2005.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direitos das Famílias*. São Paulo: RT, 3ª edição, 2006.

_____. *Divórcio já: comentários à Emenda Constitucional 66, de 13 de Julho de 2010*. São Paulo: RT, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVOLD, Nelson. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 3ª edição, 2011.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira; GUERRA, Leandro dos Santos. *Função Social da Família*. Revista Brasileira de Direito de Família. V. 8. Ed. 39. Dezembro-janeiro de 2007. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM.

GODINHO, Robson Renault. *O Ministério Público como Substituto Processual no Processo Civil*. Artigo vencedor do XXV Encontro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (fevereiro de 2006) e disponível em <http://www.amperj.org.br/artigos/view.asp?ID=93>

JATAHY, Carlos Roberto de C. *O Ministério Público e o Estado Democrático de Direito: perspectivas constitucionais contemporâneas de atuação em defesa da Sociedade*. Tese de dissertação de Mestrado apresentada à Universidade Estácio de Sá do Rio de Janeiro, no ano de 2006. Disponível em http://www.estacio.br/mestrado/direito/dissertacao/carlos_roberto_de_castro_jatahy.pdf

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2ª edição, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Volume I. Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 23ª edição, 2009.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ROSENVOLD, Nelson. *Dignidade Humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. *Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SERRANO, Pedro Estevam. *Nacional: Ministério Público e Estado de Direito*. Teoria e Debate nº 65 – edição fevereiro/março de 2006. Publicado em 22/12/2006 e disponível em

<http://www.fpabramo.org.br/o-que-fazemos/editora/teoria-e-debate/edicoes-antiores/nacional-ministerio-publico-e-estado-de-dir>

SILVA, Dênis Franco. *O Princípio da Autonomia: da Invenção à Reconstrução*, in *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Coordenação: Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 29ª Edição, 2007.

SILVA, Leonardo Augusto Moreira. *Evolução Histórica do Ministério Público*. Artigo disponível em <http://conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.30838>

SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do Estado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2ª Edição, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4ª Edição. SP: Malheiros, 2002.

ZENKNER, Marcelo Barbosa de Castro. *Ministério Público e Efetividade do Processo Civil*. Tese de Mestrado em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais, apresentada à Faculdade de Vitória (FDV) em 2005. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp092561.pdf>