

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
SÃO PAULO
PUC - SP

RENATO SANSONE RODRIGUES

O DIREITO À INTIMIDADE DOS FILHOS EM FACE
DO PODER FAMILIAR

MESTRADO EM DIREITO CIVIL

SÃO PAULO
2007

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
SÃO PAULO
PUC - SP

RENATO SANSONE RODRIGUES

O DIREITO À INTIMIDADE DOS FILHOS EM FACE
DO PODER FAMILIAR

MESTRADO EM DIREITO CIVIL

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito. Sob a orientação da Prof. Dra. Maria Helena Diniz.

SÃO PAULO
2007

BANCA EXAMINADORA

À Professora Doutora Maria Helena Diniz, orientadora e mestra de meus primeiros passos na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, exemplo vivo de dedicação, dignidade, caráter, compreensão e amizade, minha profunda gratidão por ter transformado esse trabalho em realidade e realização pessoal.

À Suely Reple, cuja presença revestida de riqueza espiritual e incondicional apoio, faz de mim um homem que constantemente busca superar as limitações e empreender aperfeiçoamentos.

AGRADECIMENTOS

Ao meu pai, Oswaldo Sansone Rodrigues e a minha mãe, Elza Marina Sansone Rodrigues, que além da existência, me concederam a formação e a dignidade necessários para o enfrentamento da vida.

Aos meus irmãos Oswaldo e Fernando, cunhadas Maria Fernanda e Elizabeth, os sobrinhos Filipe, Marcela, Thais, e Luisa, cujo incentivo e confiança sempre presentes tornaram este trabalho o início de uma jornada de aprendizado.

Ao Ary Reple, Odete Serralheiro Reple, Renato Geronel, Mônica Reple Geronel, Renato e Rafael, pelo constante respeito e amizade a mim dedicados.

Ao Doutor Oswaldo Diniz “in memoriam” pelo exemplo de dignidade pessoal que segue me inspirando e Dona Zezé pelo incentivo que jamais me deixou desanimar.

Aos amigos José Mendes Gaia Neto, Armando Frasson Filho e Hermínio Alberto Marques Porto Junior, pela sincera e construtiva amizade que sempre nos uniu.

RESUMO

A modificação operada pelo advento da Constituição Federal de 1988, significou profunda diferença na filosofia de vida do povo e nos costumes da sociedade brasileira, cujo reflexo na legislação não tardou a ser institucionalizado.

Na segunda metade dos anos 80, enquanto se operavam as históricas transformações sociais e políticas no Brasil, a mulher brasileira assumia um novo papel social, conquistando um lugar de destaque na economia, na política e na família brasileiras, com sua saída do lar para o mercado de trabalho.

O estudo do direito de família, que regula as relações entre pais e filhos, necessariamente merece ser analisado sob o prisma da Constituição Federal de 1988, o que traz uma nova dimensão de tratamento dessa disciplina.

A Constituição Federal de 1988 dispõe que o nosso Estado Democrático de Direito tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. O Código Civil de 2002 dedicou à personalidade jurídica em seus artigos 11 a 21 um tratamento diferenciado e conforme aos princípios e objetivos estabelecidos na Constituição Federal.

No Código Civil de 2002, o princípio em questão pode ser percebido pelo que consta dos incisos III e IV do artigo 1.556. São deveres do casamento a assistência mútua e o respeito e consideração mútuos, ou seja, prestados por ambos os cônjuges, de acordo com as possibilidades patrimoniais e pessoais de cada um.

Mas vale lembrar que o poder familiar deve ser exercido e ponderado com detida atenção ao mais importante dos princípios do poder familiar, no caso, o *princípio do superior interesse da criança e do adolescente*. Algum excesso ou abuso cometido no exercício das prerrogativas consistentes no poder familiar poderá configurar violação do direito de intimidade do filho, circunstância que pode ocasionar a suspensão ou mesmo sua destituição.

Uma breve análise do exercício do poder familiar atribuído aos pais de família e a garantia dos direitos da personalidade dos filhos, ambos previstos pela Constituição Federal de 1988, com ampliação do princípio da solidariedade familiar mediante o mútuo respeito e consideração em relação aos integrantes da família é o objetivo deste trabalho.

Palavras-chave: Direitos da personalidade, poder familiar, superior interesse da criança e do adolescente.

ABSTRACT

The modification operated for the advent of the Federal Constitution of 1988, meant deep difference in the philosophy of life of the people and in the customs of the Brazilian society, whose consequence in the legislation did not delay to be institutionalized.

In the second half of 80's, while the historical, social and politics transformations in Brazil were operated, the Brazilian woman assumed a new social role, conquering a place of prominence in the economy, the politics and the Brazilian family, with its exit of home to the work market.

The study of the family law, who regulates the relations between parents and children, necessarily deserves to be analyzed under the prism of the Federal Constitution of 1988, which brings a new dimension of treatment of this disciplines.

The Federal Constitution of 1988 regulate that our Democratic State of Right bases on the dignity of the human being. The Civil Code of 2002 dedicated to the juridical personality in its articles 21 and 11th a treatment differentiated and in agreement to the principles and objectives established in the Federal Constitution.

In the Civil Code of 2002, the principle in question can be perceived on the Incises III and IV of article 1.556. The mutual assistance and the mutual respect and consideration are marriage duties, or either, given for the couple, in accordance with the patrimonial and personal possibilities of each one.

But it's important to remember that the family power must be exerted and pondered with withheld attention to most important of the principles of the family power, in this case, the *principle of the superior interest of the child and the adolescent*. Some excess or abuse committed in the exercise of the prerogatives established in the family power will be able to configure breaking of the right of privacy of the son, circumstances that can cause its suspension or its dismissal.

One quick analysis of the exercise of the family power attributed to the family parents and the guarantee of the rights of the personality of the children, both foreseeing for the Federal Constitution of 1988, with magnifying principles of familiar solidarity by means of the mutual respect and consideration in relation to the integrant ones of the family are the objective of this work.

Key words: Personality rights, family power, superior interest of the child and the adolescent.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
I. OS DIREITOS DA PERSONALIDADE COMO GARANTIA DA DIGNIDADE HUMANA DA PROLE SOB O PODER FAMILIAR.....	14
1.1 Princípio Constitucional do respeito à dignidade humana.....	14
1.2. Delimitação conceitual do direito da personalidade.....	22
1.3. Direito a intimidade como direito da personalidade.....	32
1.4. Superior interesse da criança e do adolescente e os direitos da personalidade.....	37
II. O PODER FAMILIAR E SEUS EFEITOS JURIDICOS NO DIREITO A INTIMIDADE DA PROLE.....	44
1. Evolução histórica do poder familiar.....	44
2.2. O poder familiar e suas transformações no recente contexto histórico brasileiro.....	51
2.3. Conteúdo do poder familiar e sua repercussão nos direitos da personalidade dos filhos menores.....	65
III. PROCEDIMENTOS DE VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DOS FILHOS SOB O PODER FAMILIAR.....	78
3.1. Uso de <i>software</i> espião para supervisionar acessos dos filhos na <i>web</i>	81
3.2. Contratação de <i>hacker</i> para espionar site e <i>e-mail</i> dos filhos.....	89
3.3. Rastreamento de <i>e-mail</i> pessoal.....	91
3.4. Instalações de câmaras de filmagem ou microfones em aposentos reservados.....	93
3.5. Uso de rastreador pessoal.....	94
3.6. Revista em malas, sacolas, gavetas e armários.....	97
3.7. Interceptação de conversa telefônica ou de comunicação telemática.....	98
IV. SUSPENSÃO E DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR POR VIOLAÇÃO AO DIREITO À INTIMIDADE DE FILHO MENOR OU PELA FALTA AOS DEVERES PATERNOS	106
V. AS LIMITACOES AO PODER FAMILIAR EM DECORRÊNCIA DO DIREITO A INTIMIDADE DOS FILHOS.....	113
VI. CONCEPÇÃO E O REGIME JURIDICO DO PODER FAMILIAR NO DIREITO COMPARADO.....	125
6.1. Alemanha.....	125
6.2. Portugal.....	126
6.3. Peru.....	130
6.4. Argentina.....	133
VI. CONCLUSÃO.....	137
BIBLIOGRAFIA.....	140

INTRODUÇÃO

A modificação operada pelo advento da Constituição Federal de 1988, significou profunda diferença na filosofia de vida do povo e nos costumes da sociedade brasileira, cujo reflexo na legislação não tardou a ser institucionalizado.

Ao se assumir como nação politicamente madura e pronta para a retomada de seus rumos históricos, o Brasil também assumiu um compromisso com a “não proibição” de iniciativas e condutas pessoais. O resultado dessa opção foi também uma maior concessão de pais e educadores para comportamentos de crianças e adolescentes, anteriormente entendidos como inoportunos e motivadores de restrições e punições, que não raramente conduziu as novas gerações a tomar precocemente em suas próprias mãos o rumo de seu futuro.

A retomada da plena cidadania e o fim do autoritarismo levou ao entendimento de que limites e restrições não são bem-vindos e devem ser evitados. As marcas de uma sociedade amordaçada e privada de seu poder de voto encaminharam os sentimentos a uma relativa “crise de autoridade” quer de poder estatal quer de poder familiar.

Na segunda metade dos anos 80, enquanto se operavam as históricas transformações sociais e políticas no Brasil, concomitantemente a mulher brasileira assumia um novo papel social, conquistando merecido e meritório lugar de destaque na economia, na política e na família brasileiras, com a subsequente e inevitável saída do lar para o mercado de trabalho.

Assim, a família passou a contar com a valiosa e preponderante ajuda da mulher nas despesas e manutenção das finanças e, ao mesmo tempo, deixou de contar com a essencial e sempre conveniente proximidade da mulher na constante e presente guarda e educação dos filhos.

O estudo do direito de família, parte do direito civil que regula as relações entre pais e filhos, necessariamente merece ser analisado sob o prisma da Constituição Federal de 1988, o que traz uma nova dimensão de tratamento dessa

disciplina. Mais do que oportuno, é imperioso analisar seus institutos tendo como ponto de partida a Constituição Federal de 1988.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, inciso III dispõe que o nosso Estado Democrático de Direito tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. De forma mais específica e particularmente definida, o Código Civil de 2002 dedicou à personalidade jurídica em seus artigos 11 a 21 um tratamento diferenciado e conforme aos princípios e objetivos estabelecidos na Constituição Federal. Forçoso, pois o reconhecimento na lei civil de uma eficácia imediata e horizontal dos direitos fundamentais, uma autêntica equiparação das normas que protegem a pessoa, e que devem ser aplicadas nas relações entre particulares, dirigidas que são, também, aos entes privados.

Ao atribuir ao Estado a função de garantidor das relações familiares, na pessoa de cada um dos seus integrantes, criando mecanismos de coibição da violência no âmbito de suas relações, a Constituição Federal estabelece um aos pais e mães o múnus público de exercício de um poder de mando e administração no seio da família enquanto no mesmo momento limita os meios de exercício daquele poder, na proporção de sua necessidade e na peculiaridade de cada situação.

Especificamente, prevê o artigo 1.511 do Código Civil de 2002 que o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges. Por óbvio, essa igualdade deve estar presente na união estável, também reconhecida como entidade familiar pelo parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal, e pelos artigos 1.723 a 1.727 do atual Código Civil.

Como decorrência lógica do princípio da igualdade entre cônjuges e companheiros, temos o princípio da igualdade na chefia familiar, que deve ser exercida tanto pelo homem quanto pela mulher em um regime democrático de colaboração, podendo, inclusive, os filhos opinarem.

No Código Civil de 2002, o princípio em questão pode ser percebido pelo que consta dos incisos III e IV do artigo 1.556. Isso porque são deveres do casamento a assistência mútua e o respeito e consideração mútuos, ou seja,

prestados por ambos os cônjuges, de acordo com as possibilidades patrimoniais e pessoais de cada um.

Complementando, prevê o artigo 1.631 do atual Código Civil que durante o casamento ou união estável o poder familiar compete aos pais. Na falta ou impedimento de um deles, o outro exercerá esse poder com exclusividade. Em casos de eventual divergência dos pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer um deles recorrer ao juiz para a solução do desacordo.

Mas vale lembrar que o poder familiar deve ser exercido e ponderado com detida atenção ao mais importante dos princípios do poder familiar, no caso, o *princípio do superior interesse da criança e do adolescente*. Algum excesso ou abuso cometido no exercício das prerrogativas consistentes no poder familiar poderá configurar violação do direito de intimidade do filho, circunstância que pode ocasionar a suspensão ou mesmo sua destituição.

Há algum tempo se afirmava que "*a família é a célula mater da sociedade*". Apesar de se afirmar que a frase reflete uma espécie de herança antiga no Brasil, a frase ainda cabe bastante bem para a atualidade, até porque o *caput* do artigo 226 da Constituição Federal de 1988 dispõe que a família é a base da sociedade, tendo especial proteção do Estado.

Uma breve análise do exercício do poder familiar atribuído aos pais de família e a garantia dos direitos da personalidade dos filhos, ambos previstos pela Constituição Federal de 1988, com ampliação do princípio da solidariedade familiar mediante o mutuo respeito e consideração em relação aos integrantes da família é o objetivo deste trabalho.

Renato Sansone Rodrigues

Agosto, 2007.

I. OS DIREITOS DA PERSONALIDADE COMO GARANTIA DA DIGNIDADE HUMANA DA PROLE SOB O PODER FAMILIAR

1.1. Princípio constitucional do respeito à dignidade humana

Desde os tempos mais remotos buscam-se compreender a pessoa humana e a complexidade de suas relações, especialmente os direitos universais a ela inerentes. A partir do período axial da História, o ser humano, tomado em sua igualdade essencial, é visto como um ser dotado de liberdade e razão, sem desconsiderar as significativas diferenças de sexo, raça, religião ou costumes sociais.

Não obstante, somente no século XX proclamou-se no preâmbulo da Declaração Universal de Direitos Humanos que "todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos". Importante ressaltar que essas premissas nasceram vinculadas ao advento da lei escrita, de abrangência geral e uniforme, igualmente aplicável a todos os indivíduos que convivem numa sociedade organizada.

Originalmente, foi em Atenas que a lei escrita manifestou sua preeminência a ponto de se constituir no fundamento da sociedade política. Tanto que na democracia ateniense a autoridade das leis escritas de imediato desbancou a soberania do indivíduo ou da classe social, constituindo-se numa ferramenta imprescindível contra o arbítrio governamental.

Entretanto, ao lado da lei escrita, os gregos consideravam a relevância da lei não-escrita, que designava, por vezes, o costume juridicamente aceito, noutras, as leis universais, de âmbito religioso e absoluto. Com o tempo, dissipou-se essa essência eminentemente religiosa das leis não-escritas que, para Aristóteles, constituíam-se em "leis comuns", permeadas pelo consenso universal em oposição às "leis particulares", próprias de cada povo.

Partindo-se da premissa de que o ser humano é, ao mesmo tempo e integralmente, um ser social e individual, matéria e espírito, animal e racional, enfim, complexo, reconhece-se que a filosofia democrática coaduna-se com essa complexidade do ser humano. Por fundamentar-se na dignidade da pessoa humana, a filosofia democrática é a única capaz de inspirar um regime político verdadeiramente equilibrado, que concilie a dimensão individual com a dimensão social do ser humano, seus anseios de iniciativa criadora e as exigências sociais de Justiça, seus direitos de liberdade com os princípios da ordem da autoridade¹.

Acerca das dificuldades para a proteção dos direitos do homem, encontradas pela comunidade internacional, escreve Norberto Bobbio:

“Limite-me a seguinte observação: para que a vis directiva alcance seu próprio fim, são necessárias, em geral, uma ou outra destas duas condições, melhor sendo quando as duas ocorrem em conjunto: a- o que a exerce deve ter muita autoridade, ou seja, deve inculcar, se não temor reverencial, pelo menos respeito; b- aquele sobre o qual ela se exerce deve ser muito razoável, ou seja, deve ter muita condição genérica a considerar como validos não só os argumentos da força mas também os da razão. Ainda que toda generalização seja indébita e as relações entre os Estados e os organismos internacionais possam ser de natureza muito diversa, é preciso admitir que existem casos nos quais faltam uma ou outra das duas condições, quando não faltam ambas. E é precisamente nesses casos que se pode verificar mais facilmente a situação de insuficiente, e até mesmo de inexistente proteção dos direitos do homem, situação que deveria se remediada pela comunidade internacional. O desprezo pelos direitos do homem no plano interno e o escasso respeito à autoridade internacional no plano externo marcham juntos. Quanto mais um governo for autoritário em relação a liberdade dos seus cidadãos, tanto mais será libertário (que me seja permitido usar essa expressão) em face da autoridade internacional²”.

Atualmente, o próprio conceito de democracia é indissociável do conceito de direitos da pessoa humana, pois não há constituição democrática que não pressuponha a existência de indivíduos singulares, detentores de direitos enquanto tais. Esses direitos são invioláveis, demonstrando, ainda que axiologicamente, a superioridade do ser humano em relação à sociedade da qual é integrante. Surge, nesse cenário, o dogma da dignidade da pessoa humana como valor eminente, isto

¹ Ingo Wolfgang Salet. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

² Norberto Bobbio. *A era dos direitos*. 11 ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Campus, 1992, p. 38.

é, em virtude de sua imensa dignidade, assume a condição de titular de um conjunto de direitos fundamentais anteriores e superiores ao próprio Estado³.

Os direitos civis, políticos e sociais que ensejam a dignidade, verdadeiras classes de direitos fundamentais sem os quais se rebaixa o homem (exclui-se a sua qualidade de pessoa), ainda são objeto de luta em todo o mundo. Os direitos civis, políticos e sociais podem factualmente não coexistir, mas para serem verdadeiramente garantidos devem existir solidários⁴.

O conceito de Estado de Direito é de Estado que respeita a liberdade ética do homem individual e aceita uma vinculação jurídica para os próprios atos, arrolando os direitos fundamentais do homem como meio de alcance de sua dignidade, sendo um de seus componentes a “garantia da identidade e integridade da pessoa por meio do livre desenvolvimento da personalidade⁵”.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 1º, inciso III, estabelece a prevalência dos direitos humanos e assegura a defesa da dignidade humana, em autêntica busca de materialização de valores fundamentais da pessoa, seja individualmente ou em seu meio social.

Em conformidade com os princípios constitucionalmente estabelecidos, o Código Civil de 2002, em seu artigo 2º estatui que a personalidade civil da pessoa natural e sua decorrente existência legal, começam do nascimento com vida, ressalvando-se os direitos do nascituro, desde a sua concepção, independentemente de sua forma humana, viabilidade ou permanência da vida do recém-nascido. Para que o ser humano seja considerado pessoa natural, adquirindo personalidade jurídica, bastará que viva um único segundo, transformando as expectativas de direito da fase da concepção em autênticos direitos subjetivos, incorporados a seu patrimônio naquele mesmo momento.

³ Ingo Wolfgang Salet. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

⁴ Norberto Bobbio; Nicola Matteucci, Gianfranco. *Dicionário de política*. 12.ed. trad. Carmen C. Variale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luis Guerreiro Pinto Caçais e Renzo Dini. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, v. 2, 1999, p. 355.

⁵ Jose Joaquim Gomes Canotilho. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 244.

Por conseguinte, a legislação civil brasileira destaca atualmente ampla atenção aos denominados direitos da personalidade, denotado em vários âmbitos do Código Civil de 2002, desde a parte geral, quando o legislador deu ênfase à pessoa, ao início e término da personalidade, até a parte especial, no direito de família, direito das obrigações e, especialmente, no que se refere à responsabilidade civil.

Neste compasso, a Constituição Federal de 1988 ao estabelecer a dignidade como um dos fundamentos que dão supedâneo ao nosso Estado Democrático de Direito, definiu a dignidade da pessoa como “fonte ética” para os direitos, as liberdades e as garantias pessoais e os direitos econômicos, sociais e culturais.

Nas palavras de Jorge Miranda:

“A Constituição, a despeito do seu carácter compromissário, confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade da pessoa humana, proclama no artigo 1º, ou seja, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado. Pelo menos, de modo directo e evidente, os direitos, liberdade e garantias pessoais e os direitos económicos, sociais e culturais comuns tem a sua fonte ética na dignidade da pessoa, de todas as pessoas. Mas quase todos os outros direitos, ainda quando projectados em instituições remontam também a idêia de projecção e desenvolvimento das pessoas. A copiosa extensão do elenco não deve fazer perder de vista esse referencial”.

(...)

Para além da unidade do sistema, o que conta é a unidade da pessoa. A conjugação dos diferentes direitos e dos preceitos constitucionais, legais e internacionais a eles atinentes torna-se clara a essa luz. “O ‘homem situado’ no mundo plural, conflitual e em acelerada mutação do nosso tempo encontra-se muitas vezes dividido por interesses, solidariedades e desafios discrepantes; só na consciência da sua dignidade pessoal retoma unidade de vida e de destino⁶”.

No Brasil, a dignidade da pessoa humana é definida como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito e encontra-se previsto pelo inciso III, do artigo 1º, da Constituição Federal Brasileira.

⁶ Jorge Miranda. *Manual de direito constitucional*. 2ª. ed. Coimbra: Coimbra – tomo IV, 1998, p. 166 e 16.

A preservação da dignidade da pessoa é a única forma de se alcançar a dignidade humana. Não seria exagerado afirmar que a dignidade da pessoa depende do respeito à proteção dos direitos e das garantias fundamentais, sendo tal o pressuposto da sua existência.

Assim, a dignidade da pessoa depende da proteção e da garantia dos direitos fundamentais, ressalvando-se que tais direitos não são absolutos. Trata-se de três ordens de direitos que tutelam a liberdade, a segurança e a autonomia da pessoa em face do poder do Estado e dos demais integrantes da sociedade.

São indispensáveis à dignidade de qualquer pessoa, os direitos à vida, a igualdade, a liberdade de opinião e de expressão da opinião, de escolha religiosa política e profissional, a liberdade física e a psíquica (que dependem do direito à segurança), a propriedade, a penas não degradantes, a qualidade de vida (que não concebe a fome, a negligência do Estado em matéria de educação, e o abandono).

Igualmente indispensáveis são o direito a honra, a privacidade, e a intimidade, bem como o direito à informação, sem os quais não se tutela e preserva a própria liberdade. Na visão de Celso Lafer, citando Hannah Arendt,

“O direito a intimidade prioriza a distinção entre o público e o privado, posto que é equivocada e leva ao totalitarismo a idéia de que a sociedade se resume ao Estado. O público e o comum e o visível, enquanto o privado deve ser entendido na sua dimensão de intimidade como aquilo que é exclusivo do ser humano na sua individualidade, e que não sendo de interesse público não deve ser divulgado”⁷.

Cabe frisar que o direito à intimidade, bem como os demais direitos fundamentais, são, muitas vezes, desrespeitados e violados pelo próprio Estado totalitário e pela sociedade, hipótese em que o Estado deverá responder por sua omissão em face da violação. Como sobejamente defendido e consagrado, cabe ao Estado não apenas abster-se de interferir na vida privada do cidadão como também promover a não violação dos direitos fundamentais do indivíduo por outros integrantes do corpo social.

⁷ Celso Lafer. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p.28 e 29.

O novo Código Civil brasileiro, em consonância com o já prescrito desde há muito pela Constituição Federal, cujos dispositivos encaminham as novas relações sociais que reclamam a necessidade da tutela dos valores essenciais da pessoa, dedicou o Capítulo II, (artigos de 11 a 21) aos “direitos da personalidade”. Considera-se, entretanto, que tal enumeração não deve ser tida como exaustiva, uma vez que “a ofensa a qualquer modalidade de direito da personalidade, dentro da variedade que a matéria propõe, pode ser coibida, segundo o caso concreto”, com base no que prescreve a Carta Magna brasileira, que proclama a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental.

Assim, assentes na legislação atual, os direitos da personalidade são disciplinados e protegidos, pela Constituição Federal, pelo Código Civil, pelo Código Penal, bem como em legislação especial, o que nos leva a concluir, inevitavelmente, em face dos princípios, normas e conceitos que formam o sistema brasileiro dos direitos da personalidade, que a tutela jurídica dessa matéria se estabelece em nível constitucional e infraconstitucional. Em suma, é possível aduzir-se que a teoria dos direitos da personalidade, assim como suas formas de tutela, evoluíram progressivamente à exata medida que se desenvolveram as idéias de valorização da pessoa humana, sendo que os direitos da personalidade adquiriram tanto mais revelo quanto se distinguiu, na pessoa humana, o elemento incorpóreo da dignidade.

No entanto, é também relevante destacar o conceito atribuído por Simon Carrejo, que assevera:

“En el lenguaje jurídico actual la expresión derechos de la personalidad tiene significado particular, referido a algunos derechos cuya función se relaciona de modo más directo con la persona humana, pues se dirigen a la preservación de sus más íntimos e imprescindibles intereses. En efecto, esos derechos constituyen un mínimo para asegurar los valores fundamentales del sujeto de derecho: sin ellos, la personalidad quedaría incompleta e imperfecta, y el individuo, sometido a la incertidumbre en cuanto a sus bienes jurídicos fundamentales”⁸.

Entendemos que os “direitos da personalidade” excedem a órbita do direito positivado, por serem direitos inerentes à condição humana e assim não podem ser taxados ou enumerados de forma limitativa, em descompasso com a

⁸ Simon Carrejo. *Derecho civil*, Bogotá, Themis, 1972 – t. 1.

sociedade que, constantemente, altera seus conceitos e paradigmas e a tecnologia que estabelece novas comodidades e realidades com descobertas que fazem surgir novas formas de agressão à personalidade humana, no que não lhe acompanha o direito positivado, que busca atender aos reclamos do homem em estruturar novas formas de proteção e de fazer cessar essas ameaças.

Desse modo, poderíamos dizer que os direitos da personalidade não constituem um rol limitativo de direitos, um depende do outro e não existem em separado, sendo inesgotáveis, na medida em que inerentes à condição humana que está atrelada às mudanças sociais e tecnológicas introduzidas com o passar dos tempos. Consoante afirma Gilberto Jabur direitos da personalidade são, diante de sua especial natureza, carentes de taxação exauriente e indefectível. “São todos indispensáveis ao desenrolar saudável e pleno das virtudes psicofísicas que ornamentam a pessoa”⁹.

Conclui o autor, que os direitos não são exatamente os mesmos, mas que possuem semelhante gênese e conteúdo e, mais, que os direitos personalíssimos – denominação por ele utilizada, em que pese o fato de acharmos mais conveniente a expressão direitos da personalidade – seriam expressões dos direitos fundamentais em face dos particulares, mas não, exatamente, uma esfera ou ramo daqueles, o que demandaria, além da diversidade de destinatário, descoincidência de substância.

"Podem-se mencionar como constituições precursoras daquela tendência a Constituição da Itália de 1947 e a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 1949. A primeira estabelece, dentre seus princípios fundamentais que 'a República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem, seja como indivíduo seja nas formações sociais onde desenvolve sua personalidade (artigo 2º). A segunda prescreve, logo no seu primeiro artigo (1.1), que a dignidade do homem é intangível: respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público. E em seguida estabelece que todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade (2.1)"¹⁰.

⁹ Gilberto Haddad Jabur. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 26.

¹⁰ Gilberto Haddad Jabur. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada: Conflitos entre direitos da personalidade*, cit., p.28; cf., nesse passo, *ibid.*, p.68: "A todos, inclusive ao Estado, cumpre o dever genérico de observar e respeitar a expressão individual da personalidade de seu semelhante"; cf., ainda, Edilson Pereira de Farias, *Colisão de direitos: A honra, a intimidade, a vida privada e a*

Não se pode por isso, permanecer à espera de que o legislador outorgue outras formas de proteção além das já previstas, não é o caso concreto que deve moldar-se à lei, e sim esta, por sua interpretação hermenêutica, ao fato colocado sobre apreciação, e isto cabe a jurisprudência, que com vistas aos princípios gerais do direito, deve criar formas de amplamente proteger e repelir as agressões aos direitos da personalidade, uma vez que o objetivo maior é, sem dúvida, o respeito e o cumprimento da dignidade da pessoa humana em todos os seus aspetos e plenitude.

Na verdade, reconhecidos como direitos inatos ou não, os direitos da personalidade são direitos mínimos que asseguram e resguardam a dignidade da pessoa humana e como tais devem ser previstos e sancionados pelo ordenamento jurídico, não de forma estanque e limitativa, mas levando-se em consideração o reconhecimento de um direito geral de personalidade a que se remeteriam todos os outros tipos previstos ou não no sistema jurídico. Por certo, "a tipificação dos direitos da personalidade deve ser entendida e operacionalizada em conjunto com a proteção de um direito geral de personalidade (um e outro se completam). Onde não houver previsão tipificada, o operador do direito leva em consideração a proteção genérica".

A existência de um direito geral de personalidade nada mais é que o reconhecimento de que os direitos da personalidade constituem uma categoria dirigida para a defesa e promoção da pessoa humana, "a rigor, a lógica fundante dos direitos da personalidade é a tutela da dignidade da pessoa humana"¹¹.

Enfim, a inserção da dignidade como princípio constitucional fundamental, contida em preceito introdutório do capítulo dos direitos fundamentais, significa autêntica adoção de um dever geral de personalidade, cujo conteúdo é justamente a prerrogativa do ser humano de desenvolver a integralidade de sua personalidade, todos os seus desdobramentos e projeções, nada mais senão a garantia dessa sua própria dignidade.

imagem versus a liberdade de expressão e informação, p.128-129. São Paulo: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000

¹¹ Gustavo Tepedino. Cidadania e os direitos da personalidade. *Revista Jurídica Notadez*. Porto Alegre, ano 51, n. 305, p. 24-39, mar. 2003.

Reconhece-se, pois, a existência de um direito geral de personalidade, que a considera um objeto da tutela jurídica geral, e defende a inviolabilidade da pessoa humana, em todos os seus aspectos, físico, moral e intelectual, e temos ainda direitos especiais e específicos, correspondentes a esses aspectos parciais da personalidade. Trata-se de um direito mãe, como se vem cognominando, fonte de outros direitos que são, especificamente, os direitos da personalidade.

Pode-se afirmar, resumidamente, que os direitos da personalidade são direitos subjetivos, que têm por objeto os elementos que constituem a personalidade do seu titular, considerada em seus aspectos físico, moral e intelectual. São direitos inatos e permanentes, nascem com a pessoa e a acompanham durante toda sua existência, tendo como finalidade primordial a proteção das qualidades e dos atributos essenciais da pessoa humana, de forma a salvaguardar sua dignidade e a impedir apropriações e agressões de particulares ou mesmo do poder público.

Finalmente, merece destaque, pelo já exposto anteriormente, que o objeto dos direitos da personalidade é o bem jurídico da própria personalidade, como conjunto unitário, dinâmico e evolutivo dos bens e valores essenciais da pessoa no seu aspecto físico, moral e intelectual, destinados fundamentalmente ao exercício da tutela da dignidade da pessoa humana, que é a titular dos direitos da personalidade, como decorrência da garantia maior do direito à vida.

1.2. Delimitação conceitual do direito da personalidade

A compreensão da pessoa humana e a complexidade de suas relações, especialmente os direitos universais a ela inerentes é tarefa objetivada desde há muito. O ser humano, tomado em sua igualdade essencial, é visto como um ente dotado de liberdade e razão, sem desconsiderar as significativas diferenças de sexo, raça, religião ou costumes sociais.

Desde as civilizações antigas se delineava a proteção à pessoa. Na Antiguidade, a proteção jurídica era dada à pessoa, no que concernia a aspectos fundamentais da personalidade. A Grécia dispunha das ações *dike kakegorias* correspondente da *actio iniuriarum* da sociedade de Roma, ação deferida à vítima

de violações de *iniuria*, consistente em agressão física como também, em difamação, injúria e a violação de domicílio¹².

Oportuno frisar a marcante contribuição do pensamento filosófico grego para teoria dos direitos da personalidade, em vista do dualismo entre o direito natural, concebido como uma ordem superior criada pela natureza e o direito positivo como as leis estabelecidas pelos homens, partindo-se do pressuposto de que homem são a origem e razão de ser da lei e do direito.

Na Grécia "o homem passou a ser tido como origem e finalidade da lei e do direito, ganhando, por isso, novos sentidos os problemas da personalidade e da capacidade jurídica de todo e cada homem e dos seus inerentes direitos da personalidade"¹³.

Foi nesse contexto que surgiu, por iniciativa dos romanos, a expressão *ius gentium*, ou seja, o direito comum a todos os povos. Guido Fernando Silva Soares adverte que na verdade, o *jus gentium* não era o que hoje denominamos direito internacional, nem o que, em séculos anteriores, se denominará de direito das gentes. Tratava-se de um corpo de normas que regulava, no interior do Império Romano, os direitos dos indivíduos (como a personalidade, as capacidades), seus relacionamentos interpessoais (como a família e as sucessões, os contratos e os efeitos dos atos lícitos e ilícitos), alguns aspectos do direito criminal e, sobretudo, as normas sobre a atividade de produzir a norma jurídica (...) ¹⁴.

Mais tarde, o Cristianismo criou e desenvolveu a idéia da dignidade humana, reconhecendo a existência de um vínculo entre o homem e Deus, que estava acima das circunstâncias políticas que determinavam em Roma o conceito de pessoa - *status libertatis, civitatis e familia*. Para Rita de Cássia Curvo Leite, o Cristianismo constitui a base moral indestrutível sobre o que há de ser reconhecido como os direitos da personalidade individual, despertando-se através dele, para o

¹² José Castan Tobenãs, *Los derechos de la personalidad*. Revista general de legislación y jurisprudência. Madrid - Instituto Editorial Réus, 1952, p.9.

¹³ Rabindranath V. A. Capelo de Souza. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1995, p.47.

¹⁴ Guido Fernando Silva Soares. *Curso de direito internacional público*. v. 1 - São Paulo: Atlas S.A., ed. 2002, p.24.

reconhecimento dos direitos da personalidade baseado na fraternidade universal e na idéia da dignidade do homem¹⁵.

Na Idade Média foram elaborados diplomas legislativos, como a Carta Magna Inglesa de 1215, marco inicial do reconhecimento de direitos próprios da pessoa perante os detentores do poder. Mais tarde o Renascimento representou a oportunidade de se afirmar a independência da pessoa e a intangibilidade dos direitos humanos, assim como o Iluminismo nos séculos XVII e XVIII, contribuiu para o desenvolvimento da teoria dos direitos subjetivos que consagra a tutela dos direitos fundamentais e próprios da pessoa humana. Finalmente, a proteção da pessoa humana, veio consagrada nos textos fundamentais que se seguiram, como o *Bill of Rights*, em 1689, a Declaração de Independência das Colônias inglesas, em 1776, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada em 1789, com a Revolução Francesa, culminando na mais famosa, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, votada em 1948, pela Assembléia geral da ONU, que se constituem em verdadeiros marcos históricos da construção dos direitos da personalidade¹⁶.

Naturalmente o avanço tecnológico e a evolução social trouxeram inúmeros problemas ético-jurídicos que despontaram no seio da sociedade moderna. A engenharia genética acabou por causar preocupações ligadas à proteção da pessoa humana, especialmente quanto ao momento em que se deve considerar a existência da vida humana, se desde a concepção ou da formação inicial do embrião. No mesmo sentido, dispõe o Código Civil Brasileiro, em seu artigo 2º: "a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro".

Desde seu nascimento com vida e durante o curso de sua existência civil, o homem é dotado de personalidade, que, consoante Silvio de Salvo Venosa, "é o conjunto de poderes conferidos ao homem para figurar nas relações jurídicas"¹⁷.

¹⁵ Rita de Cássia Curvo Leite, *Os direitos da personalidade*, cit, p.153.

¹⁶ Rita de Cássia Curvo Leite, *Os direitos da personalidade*, cit, p.153.

¹⁷ Silvio de Salvo Venosa. *Direito civil*. 3ª ed. Atlas – São Paulo – 2003, p. 139.

A doutrina e a jurisprudência buscam constantemente, baseando-se nos vários direitos da personalidade existentes e nos que surgem diariamente, encontrar um conceito que defina, de uma forma clara, objetiva e completa, os direitos da personalidade, que, poderíamos afirmar, são direitos essenciais ao exercício da dignidade da pessoa humana. A discussão doutrinária resiste também, quanto à natureza dos direitos da personalidade, de serem ou não direitos inatos (direitos da própria pessoa), o que decorre, principalmente, do emprego de diversos termos, para designar esses direitos, que variam conforme o autor e a tese por ele adotada.

Já os jusnaturalistas, como Limongi França, sustentam a impossibilidade de limitá-los positivamente, na medida em que constituem faculdades inerentes à condição humana, porquanto, na definição, não raro repetida, deste doutrinador "direitos da personalidade dizem-se as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim da sua projeção essencial no mundo exterior" ¹⁸.

Carlos Alberto Bittar afirma que os direitos da personalidade constituem direitos inatos, correspondentes às faculdades normalmente exercidas pelo homem, relacionados a atributos inerentes à condição humana, cabendo ao Estado apenas reconhecê-los e sancioná-los em um ou outro plano do direito positivo – na Constituição Federal ou na legislação ordinária – e dotando-os de proteção própria, conforme o tipo de relacionamento a que se volte, a saber: contra o arbítrio do poder público ou às incursões de particulares¹⁹.

Para Jose Castan Tobeñas, os direitos da personalidade “estão ligados indissoluvelmente à personalidade do homem, sendo, no entanto, distintos da personalidade mesma. Esta é a abstrata possibilidade de ter direitos, enquanto que os direitos da personalidade são aquelas faculdades de que está investido todo aquele que tem personalidade”²⁰.

¹⁸ Rubens Limongi França. *Manual de direito civil*. 3ª ed. Revista dos Tribunais, São Paulo – 1975, p. 403.

¹⁹ Carlos Alberto Bittar. *Os direitos da personalidade*. 5ª ed. Atualizada por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 21.

²⁰ José Castan Tobeñas. *Los derechos de la personalidad*. Revista general de legislación y jurisprudência. Madrid - Instituto Editorial Réus, 1952, p.9.

No mesmo sentido, Adriano De Cupis distingue personalidade em si mesma e os direitos da personalidade, asseverando que “a personalidade é geralmente definida como sendo uma susceptibilidade de ser titular de direitos e obrigações, e nem é mais do que a essência de uma simples qualidade jurídica. A personalidade não se identifica com os direitos e com as obrigações jurídicas, constitui a precondição deles, ou seja, o seu fundamento e pressuposto”²¹.

Todavia vale dizer, que a personalidade não é um direito, mas sim, um conceito sobre o qual se apóiam os direitos a ela inerentes.

Na opinião de Maria Helena Diniz, citando Goffredo Telles Júnior:

“ personalidade consiste no conjunto de caracteres próprios da pessoa. A personalidade não é um direito, de modo que seria errôneo afirmar que o ser humano tem direito à personalidade. A personalidade é que apóia os direitos e deveres que dela irradiam, é o objeto de direito, é o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é, para sobreviver e se adaptar às condições do ambiente em que se encontra, servindo-lhe de critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens”.

O nosso direito assenta a regra do direito romano, pela qual a personalidade coincide com o nascimento, antes do qual não há se falar em sujeito de direito, contudo nossa legislação assegura proteção especial, resguardando os interesses do nascituro, desde a sua concepção. Assim, pode-se afirmar que somente com a morte, real ou presumida, cessa a personalidade da pessoa natural e, em regra, os direitos inerentes a ela²².

Para conceituação dos direitos da personalidade, importa dizer, em primeiro lugar, que a forma como surgiu a noção do que seriam os direitos da personalidade, permitiu o afloramento de inúmeras divergências conceituais, que perduram até hoje, persistindo as incertezas e obscuridades mencionadas há décadas.

²¹ Adriano De Cupis. *Os direitos da personalidade*. Trad. De Adriano Veras Jardim e Antonio Miguel Caieiro. Lisboa: Livraria Moraes Editora, 1961, p.13.

²² Arnoldo Wald. *Curso de direito civil brasileiro*, 9. ed, Ed. Saraiva, 2002, v.1, p.118 e 119.

Consideram-se, pois, direitos da personalidade, segundo Carlos Alberto Bittar, "os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos"²³.

Para Orlando Gomes, os direitos da personalidade são direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana, que a doutrina moderna preconiza e disciplina, no corpo do Código Civil, como direitos absolutos. Destinam-se a resguardar a eminente dignidade da pessoa humana, preservando-a dos atentados que pode sofrer por parte de outros indivíduos²⁴.

Para Silvio Rodrigues, os direitos da personalidade são ligados à pessoa de maneira perpetua e permanente. São inerentes à pessoa humana, saem da órbita patrimonial, sendo inalienáveis, intransmissíveis, imprescritíveis e irrenunciáveis²⁵.

De Cupis, todavia, considera que os direitos da personalidade constituem no sistema dos direitos subjetivos, uma categoria autônoma, que deriva do caráter de essencialidade que lhes é próprio²⁶.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 os direitos da personalidade foram acolhidos, tutelados e sancionados, tendo em vista a adoção da dignidade da pessoa humana, como princípio fundamental da República Federativa do Brasil, o que justifica e admite a especificação dos demais direitos e garantias, em especial dos direitos da personalidade, expressos no inciso X, do artigo 5.º, assim dispõe:

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

²³ Carlos Alberto Bittar. *Os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro, Forense, 1995. p. 12.

²⁴ Orlando Gomes. *Introdução ao direito civil*. 3ª. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1971.

²⁵ Silvio Rodrigues. *Direito Civil*. 32ª. ed. at. São Paulo, Saraiva, 2002. p. 61.

²⁶ Adriano de Cupis, *Os direitos da personalidade*. Lisboa, Livr. Moraes, 1961, pág. 44-45.

(...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”...

(...)

Acompanhando a lição de Maria Helena Diniz, entendemos que os direitos da personalidade são direitos subjetivos da pessoa defender o que lhe é próprio, ou seja, a sua integridade física, como são a vida, os alimentos, o próprio corpo vivo ou morto, o corpo alheio vivo ou morto e partes separadas do corpo vivo ou morto; a sua integridade intelectual, como a liberdade de pensamento, a autoria científica, artística e literária; a sua integridade moral representada pelo direito a honra, ao recato ao segredo pessoal, profissional e doméstico imagem, identidade pessoal, familiar e social²⁷.

Dentro da sistemática organizacional, os direitos da personalidade distribuem-se em duas categorias gerais: *adquiridos*, por um lado e *inatos* por outro lado. Os adquiridos, como decorrência da situação de cada indivíduo, existem nos termos e na extensão disciplinada pelo direito. Os direitos inatos, cuja sobreposição extrapola a vigência de lei, são absolutos, irrenunciáveis, intransmissíveis imprescritíveis²⁸.

Segundo Carlos Alberto Bittar, os direitos da personalidade são dotados de caracteres especiais, na medida que destinados à proteção eficaz da pessoa humana em todos os seus atributos de forma a proteger e assegurar sua dignidade como valor fundamental. Constituem, "direitos inatos (originários), absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios, necessários e oponíveis *erga omnes*"²⁹.

De acordo com Francisco Amaral, caracterizam-se os direitos da personalidade por serem essenciais, inatos e permanentes, no sentido de que, sem eles, não se configura a personalidade, nascendo com a pessoa e acompanhando-a

²⁷ Maria Helena Diniz. *Curso de direito civil brasileiro*, 24^a ed., Saraiva, 2007, v.1, p. 142.

²⁸ Caio Mario da Silva Pereira. *Instituições de direito civil*. 20^o ed. rev. atual. Rio de Janeiro ed. Forense 2004, p.242.

²⁹ Carlos Alberto Bittar. *Os direitos da personalidade*, 2^a ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 11.

por toda a existência. São inerentes à pessoa, intransmissíveis, inseparáveis do titular, e por isso se chamam, também, personalíssimos, pelo que se extinguem com a morte do titular. Conseqüentemente, são absolutos, indisponíveis, irrenunciáveis, imprescritíveis e extrapatrimoniais³⁰.

O atual Código Civil Brasileiro, em seu artigo 11 refere à intransmissibilidade, à irrenunciabilidade e a impossibilidade de limitação voluntária de gozo do direito da personalidade por seu titular, que pode ser entendida, como indisponibilidade, pois a limitação apenas pode ocorrer por ato de disposição, que, no entanto, não podem ser vistos como únicos caracteres essenciais, posto que assim, como o rol de direitos da personalidade juridicamente tutelados pelo Código, seus caracteres não se limita aos previstos neste diploma legal, devendo ser levado em consideração a construção doutrinária e jurisprudencial sobre a matéria.

Os direitos da personalidade são, de um só turno, absolutos, extrapatrimoniais ou extrapecuniarios, intransmissíveis ou indisponíveis, impenhoráveis e imprescritíveis, irrenunciáveis, vitalícios e necessários e, finalmente, ilimitados³¹.

Os direitos da personalidade são oponíveis *erga omnes*, implicando um dever geral de abstenção, vale dizer, uma obrigação negativa. São absolutos porque seu respeito se impõe a todos³².

Nas palavras de Silvio de Salvo Venosa, “os direitos da personalidade são extrapatrimoniais porque não admitem avaliação pecuniária, estando fora do patrimônio econômico. As indenizações que ataques a eles podem motivar, de índole moral, são substitutivo de um desconforto, mas não se equiparam a remuneração. Apenas no sentido metafórico e poético podemos afirmar que pertencem ao patrimônio moral de uma pessoa”³³.

³⁰ Francisco Amaral. *Direito civil: introdução*. 4ª ed.rev. atual. Rio de Janeiro Renovar, 2002, p. 247.

³¹ Rita de Cássia Curvo Leite. *Os direitos da personalidade*. op. cit., p. 157.

³² vide Rita de Cássia Curvo Leite. *Os direitos da personalidade*. op.cit. , p.157.

³³ Silvio de Salvo Venosa. *Direito civil*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p.150 - 151.

A característica de extrapecuniario dos direitos da personalidade diz respeito à não serem susceptíveis de avaliação econômica ou pecuniária, não sendo sujeitos a comercialização por impossibilidade natural ou por vedação legal³⁴.

São intransmissíveis e indisponíveis, pois são inseparáveis da pessoa, nascendo e se extinguindo com seu titular. A intransmissibilidade decorre da característica extrapecuniaria e da natureza dos bens tutelados pelos direitos da personalidade, circunstância que inviabiliza sua avaliação e transmissão³⁵. Nas palavras de Caio Mario da Silva Pereira, são “intransmissíveis, porque o individuo goza de seus atributos, sendo invalida toda tentativa de sua cessão a outrem, por ato gratuito como oneroso”³⁶.

Não obstante, a característica de intransmissibilidade deve ser analisada de forma relativa, vez que em determinadas circunstancias os direitos da personalidade admitem disponibilidade e transmissibilidade, como sói ocorrer nos transplantes de medula, doação e transfusão sanguínea, retirada e coleta de gametas para fins de inseminação artificial³⁷.

Por serem imprescritíveis e impenhoráveis, os direitos da personalidade não se extinguem pela falta de exercício ou pela inércia de seu titular na defesa em face sua violação³⁸. Conforme preceitua Pontes de Miranda, “os direitos da personalidade não podem ser adquiridos por outrem, nem são sujeitos à execução forçada. As pretensões e ações, que se irradiam deles, não prescrevem. Não precluem as exceções”³⁹.

São igualmente irrenunciáveis, necessários e vitalícios, pois são adquiridos no momento do nascimento e só se extinguem com a morte de seu titular não se concebendo sua alienação ou renúncia. Mister se ressaltar que mesmo após a morte de seu titular alguns direitos perduram, como servem de exemplo os direitos de autor, a imagem e a honra de pessoa falecida. São ilimitados e não se resumem

³⁴ Rita de Cássia Curvo Leite. *Os direitos da personalidade*. op. cit, p.158.

³⁵ Rita de Cássia Curvo Leite. *Os direitos da personalidade*. op. cit, p.157.

³⁶ Caio Mario da Silva Pereira. *Instituições de direito civil*, op.cit, p.242.

³⁷ Rita de Cássia Curvo Leite. *Os direitos da personalidade*, op. cit, p.160.

³⁸ Rita de Cássia Curvo Leite. *Os direitos da personalidade*, op. cit, p. 160.

³⁹ Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Borsoi, 1955, v.7.p.8, par. 728, 3 apud Rita de Cássia Curvo Leite, *Os direitos da personalidade* op. cit, p.159.

ao que foi arrolado e incluído na legislação em vigor. Nem mesmo se poderá prever no futuro quais direitos da personalidade serão, diante das conquistas biotecnológicas e do progresso econômico-social, tipificados em norma⁴⁰.

A despeito das características acima serem aceitas pela maioria dos doutrinadores pátrios, o Código Civil atual reconhece em seu artigo 11 apenas dois deles ao estatuir: “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”. Não obstante, no mesmo Código Civil, o artigo 13 admite doação de órgãos ou tecidos para fins terapêuticos ou de transplante desde que não venha lesar permanentemente a integridade física do doador e sua vitaliciedade, ao prever, no artigo 12, a possibilidade do cônjuge sobrevivente e parentes reclamarem perdas e danos por lesão a direito de personalidade do morto⁴¹.

Segundo Canotilho, muitos dos direitos fundamentais são direitos de personalidade, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade. Os direitos de personalidade abarcam certamente os direitos de estado, como por exemplo, o direito de cidadania. Incluem também os direitos sobre a própria pessoa, como são o direito à vida, à integridade moral integridade física e o direito à privacidade, assim como os direitos distintos da personalidade, manifestado pelo direito à identidade pessoal, direito à informática e finalmente, muitos dos direitos de liberdade como a liberdade de expressão. Tradicionalmente, afastavam-se dos direitos da personalidade os direitos fundamentais políticos e os direitos a prestações por não serem atinentes ao ser como pessoa. Contudo, hoje em dia, os direitos fundamentais tendem a ser direitos de personalidade e vice-versa⁴².

Importante também ressaltar que nos termos do enunciado 139 do Conselho de Justiça Federal, aprovado na III Jornada de Direito Civil de 2004, “os direitos da personalidade podem sofrer limitações, ainda que não especificamente previstas em lei, não podendo ser exercidos com abuso de direito de seu titular, contrariamente a boa-fé objetiva e aos bons costumes”⁴³.

⁴⁰ Maria Helena Diniz. *Curso de direito civil brasileiro*, op.cit. p. 120.

⁴¹ Maria Helena Diniz. *Curso de direito civil brasileiro*, op.cit. p. 121.

⁴² J.J. Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, Lisboa, p. 489.

⁴³ Maria Helena Diniz. *Curso de direito civil brasileiro*, op. cit., p. 121.

Por derradeiro, o Código Civil ao projetar sua proteção aos direitos da personalidade em suas mais diversificadas manifestações, dedica especial atenção e amparo à preservação e proteção da intimidade pessoal, dispondo em seu artigo 21: “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrario a essa norma”. O direito a privacidade da pessoa, amparado pelo inciso X do artigo 5º da Constituição Federal, garante interesses jurídicos, que possibilitam a seu titular impedir a invasão em sua esfera íntima, nos termos do inciso XI do artigo 5º da Constituição Federal.

1.3. Direito à intimidade como direito da personalidade

O conceito de intimidade e o de privacidade hodiernamente aceitos na doutrina são criações recentes. Inicialmente as noções se confundiam só se estabelecendo alguma diferenciação na esfera pública e privada.

Foi na Antiguidade, nas sociedades da Grécia e de Roma que esta distinção passou a ser mais visível, sendo que era na esfera pública que se consolidava a participação política dos cidadãos. Eram da esfera privada os assuntos que não diziam respeito aos demais cidadãos e habitantes da polis grega, assim como os ligados às necessidades básicas e ao modo de sobrevivência individual.

Foi no direito civil romano que pela primeira vez buscou-se a construção de um conceito de personalidade, que posteriormente assumiu preponderante importância para os Direitos do Homem, e que atualmente amparam legalmente a intimidade e a privacidade.

Marina Vitória Alves entende que na Idade Média, com a consolidação das sociedades feudais, foi estimulado o crescimento da necessidade da vida privada, levando-se em conta o comportamento centralizador e despótico do senhor feudal que impunemente acabava por restringir e mesmo por impedir a liberdade e a privacidade dos servos. Ademais, a vida privada torna-se mais costumeira e visível

com a instauração da vida familiar e doméstica dos indivíduos na sociedade da época. Assim se expressa a autora:

“Na Idade Média, a esfera pública perdeu espaço. A vida limitava-se, basicamente, ao feudo. O senhor feudal reunia a autoridade pública, a quem os vassallos deviam respeitar e atender. Já a esfera privada cresce em importância, uma vez que a religiosidade e as crenças da época levam os indivíduos a viverem mais voltados para o ambiente doméstico e para a família”⁴⁴.

Cabe ressaltar, por oportuno, que o movimento humanista do Século XV, XVII e XVIII, mediante o legado literário dos grandes filósofos e pensadores políticos, prestou relevante contribuição nas chamadas teorias do direito natural.

Sob forte influência do liberalismo é então votada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Agora, os chamados Direitos do Homem, são inalienáveis e reconhecidos como os direitos naturais. Esses direitos são: a liberdade, a prosperidade, a segurança e a resistência à opressão. Os direitos do cidadão já se encontram ligados ao estado de sociedade, que são o direito ao voto, direito ao respeito da legalidade entre outros.

Entretanto, a preocupação com os direitos do homem considerando a razoável limitação à sua liberdade, ganha novos contornos com os objetivos de universalização de tais direitos.

Alguns doutrinadores entendem que os direitos da personalidade ocupam um lugar privilegiado em eventual colisão com demais direitos constitucionais. Segundo o texto de Pedro Pais Vasconcellos *“os direitos da personalidade são supralegais e hierarquicamente superiores aos outros direitos, mesmo em relação aos direitos fundamentais que não sejam direitos da personalidade, como, por exemplo, o direito de imprensa, que não se insere entre os direitos da personalidade”⁴⁵.*

⁴⁴ Marina Vitório Alves. Direito à intimidade e à vida privada: Os contornos da individualidade no mundo contemporâneo in *O direito à vida digna*. Coord. Cármen Lúcia Antunes Rocha. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2004, p. 18.

⁴⁵ Pedro Pais Vasconcellos. *Proteção de dados pessoais e direito à privacidade*. Direito da Sociedade da Informação, vol. 1. Portugal:Coimbra, 1999, p. 36.

É bastante acirrada a discussão sobre o fundamento e a natureza dos direitos do homem, especialmente quando se questiona tratarem-se eles de direitos naturais e inatos, direitos positivos, direitos históricos ou direitos atrelados ao sistema moral. Norberto Bobbio entende que “os direitos do homem nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais⁴⁶”.

Lembramos ainda que a família também exerce aqui uma importante influência no desenvolvimento do direito à intimidade e à privacidade. Neste período, estar com a família e desejar estar distante do mundo público passa a ser visto como um direito, e não mais como um privilégio como na sociedade feudal. No mundo contemporâneo, podemos dizer que em quase todas as declarações de direitos e constituições, figuram princípios liberais que inspiraram a Revolução Francesa de 1789. Entretanto, é notável um recuo na ideologia dos direitos naturais, posto que, pouco a pouco, o direito positivo traça limites razoáveis à liberdade.

Assim, em 1948, a Assembléia Geral das Nações Unidas organizou um documento denominado “Declaração Universal dos Direitos do Homem”, que objetiva, guardadas certas proporções e limitações, proteger os direitos e liberdades além das fronteiras físicas dos Estados.

Este documento tem grande importância para a privacidade, haja vista que nele se encontram proteções inerentes à vida privada. O próprio artigo XII trata especificamente de garantir a vida privada:

“Artigo XII. Ninguém será sujeito à interferência na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo homem tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”.

Embora usualmente os conceitos de vida privada e da intimidade se confundam, eles são distintos.

⁴⁶ Norberto Bobbio. *A era dos direitos*. 11. ed. trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

Tal diferença reside no fato da intimidade pertencer a um círculo mais restrito do que o direito à vida privada. Como bem observa o professor René Ariel Dotti, esta distinção é tipicamente uma construção francesa, consolidada por intermédio de uma lei de 17 de julho de 1970⁴⁷.

Ainda assim, um conceito definitivo para ambos os termos também é algo difícil de ser encontrado. René Ariel Dotti, citando o jurista Jean Carbonnier, caracteriza a intimidade como "a esfera secreta do indivíduo na qual ele tem o poder legal de evitar os demais".

Outra definição da intimidade foi bem delineada por Tércio Sampaio Ferraz:

"A intimidade é o âmbito do exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo ao alcance da sua vida privada que, por mais isolada que seja, é sempre um viver entre os outros (na família, no trabalho, no lazer comum). Não há um conceito absoluto de intimidade, embora se possa dizer que o seu atributo básico é o estar só, não exclui o segredo e a autonomia. Nestes termos, é possível identificá-la: o diário íntimo, o segredo sob juramento, as próprias convicções, as situações indevassáveis de pudor pessoal, o segredo íntimo cuja mínima publicidade constrange"⁴⁸.

Já a vida privada individual diz respeito a situações de opção pessoal, mas que podem ser limitados e solicitados por terceiros. Também abrange situações que envolvam aspectos onde, de alguma forma, não gostaríamos de qualquer publicidade ao seu redor, seja na suas relações de trabalho, familiares ou setores da comunidade.

Para Maria Helena Diniz,

"A privacidade não se confunde com a intimidade, mas esta pode incluir-se naquela. Por isso a tratamos de modo diverso, apesar de a privacidade voltar-se a aspectos externos da existência humana – como recolhimento na própria residência sem ser molestado, escolha do modo de viver, hábitos, comunicação via epistolar ou telefônica etc. – e a intimidade dizer respeito a aspectos internos do

⁴⁷ René Ariel Dotti. "Proteção da vida privada e liberdade de informação". São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980. p. 39.

⁴⁸ FERRAZ JR., Tércio Sampaio: Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo: RT, n. 1, p. 76-90, 1992. e Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 88, 1993.

viver da pessoa, como segredo pessoal, relacionamento amoroso, situação de pudor etc”.

Há certos aspectos da vida da pessoa que precisam ser preservados de intromissões indevidas, mesmo que se trate de pessoa notória no que atina a vida familiar, a correspondência epistolar, ao sigilo bancário, ao valor do salário e do patrimônio, ao laudo médico, as faturas de cartão de crédito, aos hábitos de consumo etc. (...) A vida privada envolve forma exclusiva de convivência. E o direito a ela tem como conteúdo estrutural a permissão de resistir à devassa, gerando uma conduta negativa de todos, ou seja, o respeito à privacidade alheia⁴⁹.

A vida privada, definida por René Ariel Dotti "abrange todos os aspectos que por qualquer razão não gostaríamos de ver cair no domínio público; é tudo aquilo que não deve ser objeto do direito à informação nem da curiosidade moderna que, para tanto, conta com aparelho altamente sofisticados"⁵⁰.

Obviamente, sempre que se menciona proteção da intimidade e privacidade, deve-se lembrar que, em um estado democrático de direito, a intimidade e a vida privada são garantias constitucionais, e a mera ameaça a qualquer desses direitos além de configurar afronta ao direito alheio é causa de grande comoção e movimentação social.

Nas palavras de Silvio de Salvo Venosa, “a tutela da intimidade torna-se cada vez mais preocupação de todos e não afeta unicamente pessoas que se destacam na sociedade. A notoriedade, é verdade, traz um preço social. Caberá, porém, ser estabelecido um limite no qual se proteja a vida íntima das notórias. (...). Deve haver sempre posição firme do jurista no sentido de defender a preservação da intimidade, tantos são os ataques que sofre modernamente. Não se pode permitir que a tecnologia, os meios de comunicação e a própria atividade do Estado invadam um dos bens mais valiosos do ser humano, que é seu direito à intimidade, direito de estar só ou somente na companhia dos que lhe são próximos e caros. As fotografias e imagens obtidas a socapa, de pessoas dentro do seu lar, em atividades

⁴⁹ Maria Helena Diniz. *Curso de direito civil brasileiro*, cit., v. 1. p. 132 e 133.

⁵⁰ René Ariel Dotti. *Proteção da vida privada e liberdade de informação*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980., p. 43.

essencialmente privadas, são exemplo claro dessa invasão de privacidade, que deve ser coibida e pode gerar direito a indenização⁵¹.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, incisos X e XII, dispõe, *in verbis*:

“X -... são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a intimidade das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua utilização.

XII -... é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

Assim sendo, é de se esperar que no Brasil o respeito à privacidade seja uma das grandes preocupações no tratamento e na garantia dos direitos da pessoa. Não obstante, a discussão a esse respeito é delicadíssima.

A proteção à intimidade, e o conseqüente sigilo destes dados está constitucionalmente previsto. Nos termos do inciso X do artigo 5º da Constituição Federal, “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Seguindo a orientação de que os Direitos Humanos adquirem mais ou menos importância conforme o tempo, podemos dizer que, na sociedade da informação, a intimidade e a privacidade jamais tiveram o status e a importância que possuem hoje.

1.4. Superior interesse da criança e do adolescente e os direitos da personalidade

Conforme já foi anteriormente mencionado, o principal marco da evolução contemporânea dos direitos humanos foi a aprovação da Declaração Universal dos Direitos do Homem, pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 1948.

⁵¹ Silvio de Salvo Venosa. *Direito civil*. São Paulo: 3. ed. Ed. Atlas, 2003. p. 156.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem se edificou sob o entendimento de que a paz no mundo, a justiça para todos, a liberdade em suas diversas manifestações, como objetivos dos povos, só poderão se consolidar e se perpetuar mediante o reconhecimento da dignidade de todos os seres humanos como criaturas.

Esse conjunto de princípios e valores morais passaram a ser fonte de propósitos e objetivos colimados nos tratados internacionais e Cartas Constitucionais dos Estados Membros da Organização das Nações Unidas. Passaram a ser as bases para a formulação da denominada Doutrina da Proteção Integral das Nações Unidas para a Infância, que teve sua origem na Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 1959, (Convenção de Haia), onde foi erigido o princípio norteador de todas as ações voltadas para a infância, o “interesse superior da criança” ou “o melhor interesse da criança” traduções da expressão original “the best interest of the children”⁵². Assim, o superior interesse da criança, consagrado como pedra angular do direito universal das crianças e adolescentes, condensa os principais direitos da personalidade dos filhos em relação aos pais devendo sempre inspirar e reger o exercício do poder familiar, com a devida moderação, atenção respeito a sua individualidade e intimidade.

Prevê o *caput* do artigo 227 da Constituição Federal de 1988 que "é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão". Essa proteção é regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei n. 8.069/90, que considera criança a pessoa com idade entre zero e doze anos incompletos e adolescente aquele que tem entre doze e dezoito anos de idade.

⁵² Patrícia Calmon Rangel, Keley Cristiane Vago Cristo, *Os direitos da criança e do adolescente, lei de aprendizagem e terceiro setor*. in: http://www.prt.17.mpt.gov.br/n_aprendiz.html, acesso em 04/jul/2007.

Na ótica civil, essa proteção integral pode ser percebida pelo princípio do melhor interesse da criança, ou *best interest of the child*, conforme reconhecido pela Convenção Internacional de Haia, que trata da proteção dos interesses das crianças. O Código Civil de 2002, em dois dispositivos, acaba por reconhecer esse princípio de forma implícita. O primeiro dispositivo é o artigo 1.583, pelo qual, no caso de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal pela separação judicial por consentimento mútuo ou pelo divórcio direto consensual, será observado o que os cônjuges acordarem sobre a guarda de filhos.

Vale ser ressaltado também que o Enunciado n. 101 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil, dispõe que a expressão *guarda de filhos* constante do citado artigo 1.583 do Código Civil em vigor, deve abarcar tanto a guarda unilateral quanto a compartilhada, sempre atendido o melhor interesse da criança. Segundo dispõe o artigo 1.584 do Código Civil, se não houver acordo entre os cônjuges, a guarda deverá ser atribuída a quem revelar *melhores condições* para exercê-la. Certamente a expressão “*melhores condições*”⁵³ constitui uma cláusula geral, uma janela aberta deixada pelo legislador para ser preenchida pelo aplicador do Direito caso a caso.

Também no contexto da legislação infraconstitucional, a Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) prevê em seu artigo 4. :

“Artigo 4. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;*
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos e ou de relevância pública;*
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais e públicas;*
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e a juventude”.*

⁵³ O Enunciado n. 102 do Conselho da Justiça Federal, também aprovado na I Jornada de Direito Civil, prevê que “a expressão ‘melhores condições’ no exercício da guarda, na hipótese do artigo 1.584 do Código Civil, visa atender ao melhor interesse da criança.

O artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê que a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da *proteção integral*, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e as facilidades, a fim de facultar-lhes o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. (Complementando o que consta na Constituição Federal e no artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente que dispõe sobre os deveres da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público acerca da absoluta prioridade e efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária da criança e do adolescente).

Assim, é sabido que a gênese do problema encontra-se na família, devendo esta ser fortalecida para que seus integrantes recebam a assistência, e a atenção que lhes é legalmente assegurada e devida. Daniel Hugo D'Antonio entende que a realização de uma política integral sobre a minoridade, deve harmonizar-se com a política familiar, pois esta se constitui no elemento básico formativo para a personalidade da pessoa em formação⁵⁴.

A sociedade deve concretizar sua participação através dos Conselhos Tutelares, que pode zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente, nos termos firmados pelo próprio Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 132⁵⁵.

A prioridade absoluta, assim considerada como princípio-garantia constitucional, vem sendo reconhecida em julgados brasileiros, como ocorreu com pioneirismo no Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

“Do estudo atento desses dispositivos legais e constitucionais, deduz-se que não é facultado a Administração alegar falta de recursos para a construção dos estabelecimentos aludidos, uma vez que a Lei Maior exige prioridade absoluta – artigo 227 CF – e determina a inclusão de recursos no orçamento. Se, de fato, não os

⁵⁴ Daniel Hugo D'Antonio. *Derecho de menores*. Buenos Aires, ed. Astrea, 1986. p. 9.

⁵⁵ ECA. artigo 132. O Conselho Tutelar é o órgão permanente e autônomo, não jurisdicional, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente, definidos nesta lei.

há é porque houve desobediência, consciente ou não, pouco importa, aos dispositivos constitucionais pré- citados, encabeçados pelo parágrafo 7. do artigo 227⁵⁶.

O Tribunal de Justiça do estado do Rio Grande do Sul, igualmente refere-se ao princípio ao manifestar que:

“A exigência de absoluta prioridade não deve ter conteúdo meramente retórico, mas se confunde com uma regra direcionada, especificamente, ao Administrador Público⁵⁷.

Em São Paulo, o Tribunal de Justiça também se refere ao princípio da prioridade absoluta estatuinto:

“Mandado de Segurança – Estabelecimento de ensino. Retenção de documentos (histórico escolar) de alunos menores. Expedição condicionada ao pagamento de mensalidades em atraso. Resolução n. 01/83 do Conselho Federal de Educação – Apelação Provida – sentença concedida – É inaceitável a retenção de documentos (histórico escolar) de aluno menor, como meio coercitivo para pagamento de mensalidades em atraso, ferindo princípio constitucional, que assegura o direito à educação (artigo 227) e a obtenção de certidões em repartições públicas artigo 5. inciso XXXI⁵⁸.

Segundo Antonio Carlos Gomes da Costa, as crianças e adolescentes, como “pessoas em condição peculiar de desenvolvimento”, desfrutam de todos os direitos dos adultos aplicáveis a sua idade, além de direitos especiais decorrentes do fato de:

- ”a- Não terem acesso ao conhecimento pleno de seus direitos;*
- b- Não terem atingido condições de defender seu direito frente às omissões e transgressões capazes de violá-los;*
- c- Não contarem com meios próprios para arcar com a satisfação de suas necessidades básicas;*
- d- Não poderem responder pelo cumprimento das leis, deveres e obrigações inerentes a cidadania da mesma forma que o adulto, por*

⁵⁶ Ap. civ. 62, de 16/04/1993. Acórdão 3.835.

⁵⁷ Ap. civ. 596017897, 7. Cam. Civ.

⁵⁸ Mand. Seg. 3.966, TJSP, 2. Cam. Civ. Rel. Des. Jose Bonifácio, vu 02/03/1993.

se tratar de seres em pleno desenvolvimento físico, cognitivo, emocional e sociocultural⁵⁹”.

Assim, a criança passa a ser considerada como ser humano independente, sujeito de direitos próprios, oponíveis, inclusive aos de seus pais ou aos e qualquer outra pessoa. Deixa, então, de ser considerada extensão da família, podendo ter interesses, inclusive contrários a esta, e que podem prevalecer sobre esta, em razão do princípio do superior interesse da criança. Passa a ser sujeito de respeito e dignidade, da mesma forma que o adulto, seja ele homem ou mulher, e merecedor de proteção especial, em razão de seu peculiar nível de desenvolvimento.

Há que se definir, todavia, maneiras para que se realize o desenvolvimento físico, psíquico e moral desse sujeito de direitos especiais. Então estará delineado o *Princípio do Superior Interesse da Criança*, norteador da Declaração Universal dos Direitos da Criança.

O artigo 6⁶⁰. do Estatuto da Criança e do Adolescente define as linhas mestras pelas quais o aplicador da lei devera se pautar: utilizar-se de todos os critérios interpretativos aceitos internacionalmente, sem jamais, todavia perder os fins sociais a que a lei se destina, além se assegurar o fiel cumprimento e respeito a direitos e consecução do bem comum.

Não se podem olvidar, principalmente, os objetivos de garantir proteção integral às crianças e adolescentes, em virtude de sua peculiar condição de sujeitos especiais de direito. em primeiro lugar, portanto devera estar sempre o direito das crianças e adolescentes; os direitos dos pais, do tutor ou do guardião devem vir em segundo lugar. Deve-se, pois, observar o melhor interesse do menor, em cada situação, embora não se deva julgar *contra legem*⁶¹.

⁵⁹ Antônio Carlos Gomes da Costa. Natureza e implantação do novo Direito da Criança e do Adolescente. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90: estudos sócio-jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

⁶⁰ ECA artigo 6º. Em sua interpretação levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

⁶¹ Roberto João Elias. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo, Ed. Saraiva, 2. ed. – 2004, p. 9.

Assim, podemos afirmar que o superior interesse da criança consiste em lhe proporcionar, mediante a convivência humana e social, as condições para que seus direitos sejam plenamente atendidos, sua dignidade seja devidamente respeitada, possibilitando sua transformação em uma pessoa digna e capaz de respeitar a si mesma e a seu próximo.

Concluimos, portanto, que sempre que houver conflito entre direitos de crianças e adolescentes e direitos de terceiros, devesse prevalecer o superior interesse do menor. Quando o interesse do filho menor colidir com o dos pais, devesse prevalecer o do filho menor. Cabe ressaltar que tais direitos são mutáveis, de acordo com o momento e as necessidades do filho menor. Assim, a situação deve guardar determinada adequação entre as providências adotadas e as necessidades surgidas para que se atenda o superior interesse da criança. É exatamente o que se tutela nos direitos da personalidade dos filhos menores em relação aos pais, sendo sempre preponderante a peculiar situação do filho menor para a decisão de controvérsias e interesses em conflito.

Não obstante, para o eficiente exercício do poder familiar, pais são levados a lançar mão de métodos, artifícios e dispositivos eletrônicos que, no mesmo momento em que viabilizam um maior controle e supervisão da atividade dos filhos, também podem representar atentado, restrição ou supressão ilegal dos direitos da personalidade da prole.

Freqüentemente, tomamos contato com informações relativas a pais que acorrentam seus filhos menores ou incapazes à mobília, procedem a revistas e buscas em seus objetos de uso pessoal, realizam escuta clandestina de conversas telefônicas ou interceptam comunicações telemáticas de seus filhos, objetivando manter sobre eles uma supervisão educacional, que além de desmedida e desproporcional, alcança as raias da ilicitude criminal.

Assim, a intimidade e a privacidade alcançam grande importância no exercício do poder familiar, inserindo pais e filhos em um conflito de interesses pessoais e de pontos de vista que, de caso a caso, se apresenta como exercício regular do poder familiar e estrito cumprimento do dever de educar e zelar pelo filho.

II. O PODER FAMILIAR E SEUS EFEITOS JURIDICOS NO DIREITO A INTIMIDADE DA PROLE

2.1. Evolução histórica do poder familiar

A partir do Renascimento e da modernidade, ser chefe de família continuou significando deter um poder privilegiado e amplo, mas que já não é mais um poder superior à capacidade – cada vez mais visível – dos outros integrantes da família. A modernidade abre espaço para uma *transformação lenta*, mas *radical*, na concepção de família, já que investe pela primeira vez (especialmente no âmbito do jusnaturalismo) na idéia de igualdade entre homem e mulher quanto à capacidade para chefiar a família⁶².

A redução do *quantum* despótico do antigo pátrio poder foi uma constante, na história do Direito. O *patria potestas* dos antigos romanos era ao início muito extenso, pois abrangia o poder de vida ou morte, mas gradativamente restringiu-se, como se vê em antigo aforismo, enunciando que o pátrio poder deve ser exercido com afeição e não com atrocidade.

O direito é norma da conduta social e a família continua a ser a base da sociedade. A evolução da família não pode escapar à evolução do direito, sob pena de nos submetermos a normas jurídicas legítimas, mas ineficazes.

Esta interferência do jusnaturalismo moderno na reformulação da concepção em tela, ocorrida nos séculos XVII e XVIII, fez com que se realizasse, aos poucos, a noção propriamente jurídica de responsabilidade – que se desenvolve até se tornar *responsabilidade civil*, no início do século XIX – e também porque é aí, na modernidade, que a condição jurídica dos filhos dentro da família passa a ser

⁶² Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. *Responsabilidade civil na relação paterno-filial*, jus navigandi, Teresina, ano 7, n. 66, jun, 2003, disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4192>.

apresentada segundo critérios que se pretendem racionais ou científicos, para além dos antigos critérios do costume⁶³.

É certo que esta concepção jusnaturalista, assim como traçada, guarda uma grande distância com respeito à concepção contemporânea ou pós-moderna. Contudo, penso que dedicar uma determinada atenção à maneira como os autores modernos trabalharam o assunto, pode dizer muito à contemporaneidade, quando somos convidados a considerar a família como uma entidade real, concreta, cuja significação e cujas necessidades talvez não estejam mais definidas unicamente pela lei ou pelo arbítrio do juiz.

Ao tratar da família, os autores modernos tinham, então, o desafio de demonstrar *racionalmente* quais os fundamentos da autoridade e da dependência entre os seus componentes. É claro que o tema desta autoridade em família era (como sempre é) um princípio corrente; mas, por mais consensual que fosse a idéia de autoridade marital e paterna, no plano da teoria jurídica havia sempre a necessidade de evidenciar os seus fundamentos. Um dos paradoxos originados dessa tarefa, todavia, foi a revelação, por vezes, de que uma certa prática por quase todos aceita não tinha fundamentos *tão racionais*, como se poderia imaginar⁶⁴.

Cabe ao pesquisador do direito e da sociologia de família buscar a explicação acerca da efetiva razão e do fundamento da existência perenizada de um “poder de chefe de família”, a significar uma autoridade dos pais sobre os filhos, garantida pelo Estado, e que permite àqueles determinar a vida destes buscando explicar também o que, enfim, impulsiona o Estado a conceder e garantir esse poder familiar.

Os filhos vêm ao mundo na dependência completa dos pais, e assim permanecem enquanto não se tornam, eles mesmos, adultos ou emancipados. A

⁶³ Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. *Responsabilidade civil na relação paterno-filial*, jus navigandi, Teresina, ano 7, n. 66, jun, 2003, disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4192>.

⁶⁴ Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. *Responsabilidade civil na relação paterno-filial*, jus navigandi, Teresina, ano 7, n. 66, jun, 2003, disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4192>.

dependência natural é tão certa e inegável, que sequer pode ser recusada pelos pais. Perfeitamente compreensível e aceitável.

Mas cabe indagarmos qual seria a *origem* da autoridade dos pais, ou mesmo por que a *dependência dos filhos* equivale a uma *dominação por parte dos pais*, a uma autoridade dos pais sobre os filhos.

O poder familiar não é um poder acidental ou involuntário. Contrários ao nosso ponto de vista, entendem alguns que esse poder familiar é exercido pelos pais como *dominação* sobre os filhos, pois é uma dominação e talvez esse poder familiar não envolva nenhum *componente afetivo* ou algum componente *positivamente* afetivo, como a generosidade com respeito aos filhos.

A idéia de poder familiar, assim, pressupõe algo semelhante à antiga e superada concepção da subordinação da mulher ao homem: *ela é devida segundo a natureza*. Ela é devida porque a parte dominada na relação é mais fraca, é mais débil... Numa palavra, é dependente da outra.

Há, concretamente, uma condição de dependência dos filhos em relação aos pais que é, sim, uma *dependência natural*, em dois sentidos: *primeiro*, porque os pais são causa dos filhos; *segundo*, porque os filhos, para se manterem, precisam do auxílio dos adultos; e como só existem porque seus pais os deram à existência, são estes que devem ser encarregados da sua subsistência⁶⁵.

Assim entendida, contudo, a relação paterno-filial não envolve, é claro, o poder paterno de decidir pela vida ou morte dos filhos (isto era coisa dos déspotas antigos), mas envolve, sim, uma *precedência na determinação externa da vida dos filhos*.

Na verdade, saindo enfim desse plano que concebe a autoridade paterna como pátrio poder, encontra-se o *verdadeiro desafio* de definir quem deve ter precedência para decidir sobre os destinos da criança ou do jovem atrelado, ainda, à vida em família.

⁶⁵ Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. *Responsabilidade civil na relação paterno-filial*, jus navigandi, Teresina, ano 7, n. 66, jun, 2003, disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4192>.

Sem dúvida, a essência da pós-modernidade responde e estampa a concepção contemporânea no âmbito mundial, ao menos em sociedades assemelhadas à nossa: *é a própria criança ou jovem, sempre, que deve ter precedência na determinação do seu destino*. Ainda que esteja sob o poder familiar previsto pelo Código Civil Brasileiro, ou ainda que esteja sob a dependência dos pais ou do Estado o jovem deve ter a precedência na determinação de seu destino.

Pais e Estado, assim como toda a sociedade afinal, não podem em momento nenhum tratar a criança ou o adolescente como objeto do direito ou das relações jurídicas, levando em conta somente o fato de serem eles, criança e adolescente, pessoas sem experiência ou sem atividade produtiva, sem maturidade espiritual ou sem autonomia material. A criança e o adolescente, apesar de seu estado de extrema e concreta dependência, são seres humanos revestidos de desejo e emoção, que sentem dor diante da crueldade alheia e revolta por não lhes ser concedida a liberdade que são capazes de administrar sozinhos. E é por ser dotada desse desejo e dessa necessidade que a criança e o adolescente, enfim, são dotados de dignidade e assim devem ser respeitados. Não respeitar essas necessidades e negar a relevância do desejo equivale a tratá-los como mera incumbência. E é efetivamente usar de violência, moral ou física com eles, o que afasta, em definitivo, qualquer relação ética com ambos⁶⁶.

Se for o caso de pensar a responsabilidade na relação entre pais e filhos, vale a pena pensá-la pelo viés do direito sem, no entanto, deixar de pensá-la a partir da ética. É o caso de pensá-la em ambos os planos, necessariamente, inclusive porque nenhum deles é válido sem o outro, na consideração da responsabilidade.

Qualquer que seja o tema proposto, a respeito da *responsabilidade*, ele será um tema *tanto jurídico quanto ético*. Numa perspectiva ética, ela não pode jamais negar validade ao desejo da criança. O contrário demonstrará a vida em família como uma relação de violência, justamente porque é uma relação de neutralização e de dominação apenas, o que é muito bem mostrado, entre outros

⁶⁶ Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. *Responsabilidade civil na relação paterno-filial*, jus navigandi, Teresina, ano 7, n. 66, jun, 2003, disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4192>.

autores, por Michel Foucault, em seus vários estudos sobre as relações de poder, mas especialmente a *Microfísica do poder* e, mais ainda, na sua última obra, a *História da sexualidade*⁶⁷.

Importante também é verificar que as considerações acerca da responsabilidade na relação entre pais e filhos não devem se reduzir ao fato de se averiguar quais são as obrigações que já existem, ou que decorrem desta relação por sua *própria condição e estrutura natural*, nem de se averiguar quais são os *meios de compensação de danos na má gestão dessa autoridade paterna*, por vez patriarcal.

É claro que envolve estes aspectos também, mas de forma alguma deve se restringir a eles, pois, se ficarem, as considerações, restritas a essa perspectiva técnica, talvez não se ampliem satisfatoriamente os horizontes. Talvez seja necessário – e até imprescindível – ir a um ponto outro, de estranha inversão, e verificar que *é preciso conhecer o que há, nos filhos, que determina a autoridade dos pais*.

Ao que parece, essa questão sempre foi útil para conceber a relação dos pais com os filhos como um *pátrio poder*, como uma *relação de dominação* dos filhos pelos pais. E sendo apenas isso, os benefícios ou as garantias desta relação, para os filhos, são mais produtos da sorte do que das necessidades dos filhos.

A evolução gradativa deu-se no sentido da transformação de um poder sobre os outros em autoridade natural com relação aos filhos, como pessoas dotadas de dignidade, no melhor interesse deles e da convivência familiar.

Seguindo a evolução da sociedade, dos valores culturais e da humanidade como um todo, as relações familiares foram alterando suas características e passando por transições de vulto, descentralizando as decisões e atribuindo maior importância à opinião e a participação da mulher e dos filhos no cotidiano das famílias.

⁶⁷ Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. *Responsabilidade civil na relação paterno-filial*, jus navigandi, Teresina, ano 7, n. 66, jun, 2003, disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4192>.

O modelo patriarcal de família, onde ao homem competia o conhecimento das situações, adoção exclusiva das providências e toda a decisão sendo que a mulher só se atribuía a administração das necessidades domésticas e a educação dos filhos, há décadas deixou de existir, passando a tomar lugar a verdadeira “mãe de família”, que em plena igualdade com o marido ou companheiro, divide as tarefas e poder de decisão no âmbito familiar⁶⁸.

A partir da segunda metade do século passado, enquanto se operavam as marcantes transformações sociais e políticas no mundo, a mulher conquistava e assumia em alguns países ocidentais mais desenvolvidos um novo papel social, conquistando merecido e meritório lugar de destaque nas ciências, na política e especialmente na família, com sua subsequente e inevitável saída do lar para o mercado de trabalho.

A família passou a contar com a valiosa e preponderante influência da mulher nas despesas e na manutenção das finanças domésticas ao mesmo tempo em que passava a integrar as estatísticas econômicas.

Por conseguinte, a então chamada “dona de casa” que contribuía de forma importante, oculta e não reconhecida para a evolução da vida familiar, passou a figurar nas relações de emprego e produção de riquezas enquanto a família deixava de contar com sua essencial e sempre conveniente proximidade na guarda e educação dos filhos.

No Brasil as transformações ensejaram a promulgação da lei n 4.121 de 27 de agosto de 1962, conhecida como o estatuto da mulher casada, que marcaram o início da justa valorização da mulher em nossa sociedade, com os consequentes reflexos em sua condição jurídica como cidadã, como mãe e titular do poder familiar, a época denominado “pátrio poder”.

As vicissitudes por que passou a família, no mundo ocidental, repercutiram no conteúdo do poder familiar. Quanto maiores foram a desigualdade, a hierarquização e a supressão de direitos, entre os membros da família, tanto maior

⁶⁸ Patrícia Calmon Rangel, Keley Cristiane Vago Cristo, *Os direitos da criança e do adolescente, lei de aprendizagem e terceiro setor*. in: http://www.prt.17.mpt.gov.br/n_aprendiz.html, acesso em 04/jul/2007.

foi o pátrio poder e o poder marital. À medida que se deu a emancipação da mulher casada, à medida que os filhos foram emergindo em dignidade e obtendo tratamento legal isonômico, independentemente de sua origem, houve redução do *quantum* despótico, restringindo esses poderes domésticos. No Brasil, foram necessários 462 anos, desde o início da colonização portuguesa, para a mulher casada deixar de ser considerada relativamente incapaz, o que ocorreu pelo advento da lei n. 4.121 de 27 de agosto de 1962, conhecido como o Estatuto da Mulher Casada. Verdadeiramente, foram necessários mais 26 anos para consumir a igualdade de direitos e deveres na família⁶⁹.

Com a promulgação da lei n 6.515 de 26 de dezembro de 1977, que passou a regular os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, o poder familiar passou a ser compartilhado entre homem e mulher, com relativa preferência dada à mulher de permanecer com a guarda dos filhos em casos de separação conjugal ou de dissolução do vínculo pelo divórcio.

O ano de 1986 foi de grande importância para o Brasil afirmar-se como nação politicamente madura e pronta para a retomada de seus rumos históricos. A Assembléia Nacional Constituinte de 1986 levou o Brasil a assumir a marcante devolução da cidadania ao brasileiro, acompanhada de um compromisso oficial do Poder Institucional com a “não proibição” de iniciativas e condutas pessoais. Além das reformas de natureza política de inegável repercussão na família e na sociedade brasileiras, a promulgação da Constituição Federal de 1988 extinguiu em definitivo o antigo “pátrio poder” e o “poder marital”, dispondo no inciso I do artigo 5º que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos da Constituição Federal.

O parágrafo 5º do artigo 226, da Constituição Federal de 1988 traz plasmado que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. Maria Helena Diniz assevera que o princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros, no que atina aos seus direitos e deveres revolucionou o governo da família organizada sobre a base

⁶⁹ Paulo Luiz Netto Lobo. *Do poder familiar*, jus navigandi, Teresina, ano 10, n. 1057, 24 de maio 2006, disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8371>.

patriarcal. Com esse princípio desaparece o poder marital e a autocracia do chefe de família é substituída por um sistema em que as decisões devem ser tomadas de comum acordo entre conviventes ou entre marido e mulher, pois os tempos atuais requerem que a mulher e o marido tenham os mesmos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal. E continua destacando que o patriarcalismo não se coaduna com a época atual, nem atende aos anseios do povo brasileiro. Verdadeiramente, o dispositivo acaba com o poder marital e com o sistema de encapsulamento da mulher, restrita a tarefas domésticas e à procriação. Grande parte dos avanços tecnológicos e sociais está diretamente vinculada às funções da mulher na família e referendam a evolução moderna, confirmando verdadeira revolução social⁷⁰.

A Constituição Federal de 1988 fez desaparecer o poder marital, cuja autocracia do chefe de família foi substituída por um sistema em que as decisões devem ser tomadas de comum acordo entre conviventes ou entre marido e mulher, pois os tempos atuais requerem que a mulher e o marido tenham os mesmos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal.

O Código Civil de 2002, seguindo aos ditames constitucionais, corrigiu as distorções advindas de ultrapassada legislação brasileira, já revogadas em sua maioria pelo advento da Magna Carta de 1988.

Passam a se delinear novos rumos e novas tendências para o exercício pleno e eficiente do poder familiar no contexto de uma nova sociedade edificada no âmbito brasileiro e mundial, onde a mulher deixa de ser mera colaboradora e assume com mérito e talento sua verdadeira condição de preciosa e indispensável protagonista da história contemporânea da humanidade.

2.2. O poder familiar e suas transformações no recente contexto histórico brasileiro

O desejo incontido de se estabelecer uma “Nova República” e a incosequente proposta de consolidação de modificações institucionais e políticas,

⁷⁰ Maria Helena Diniz. *Curso de direito civil brasileiro*, 22ª ed., Saraiva, 2007, v.5, p. 18, 19.

levaram os constituintes de 1986 ao deferimento e à imposição à sociedade de um clima de exercício sem medidas de direitos privados. Tratava-se mesmo de tornar realidade expressa em nossa Carta Constitucional o “proibido proibir” preconizado pelo cancionista popular integrante do movimento “Tropicália” de décadas anteriores.

A retomada das liberdades institucionais e o fim das restrições políticas, que deveriam permanecer nos debates e decisões da Assembléia Nacional Constituinte, acabaram ao longo dos anos subseqüentes por influenciar o modo de vida e os valores da família e da sociedade brasileiras. O resultado dessa nova forma de pensar e educar foi também uma maior concessão de pais e educadores para comportamentos de crianças e adolescentes. Comportamentos e opções anteriormente entendidos como inoportunos e motivadores de restrições e punições, passaram a ser tolerados e muitas vezes incentivados pelos pais como “novos valores e expressão livre de idéias dos filhos” o que não raramente conduziu as novas gerações a tomar precocemente em suas próprias mãos o rumo de seu futuro.

A Constituição de 1988 trouxe importantíssimas modificações ao Direito de Família, especialmente entre os cônjuges e no tocante a filiação, muito embora alguns ilustres autores insistam na manutenção de normas que a sociedade moderna não mais admite e que são nitidamente inconstitucionais.

Pode-se dizer que a Constituição Federal de 1988 foi o movimento popular e político de resistência ao poder autoritário, embora, ainda possamos encontrar muitas contradições internas no texto constitucional, o qual infelizmente necessita quase em sua totalidade de normas que as regulamente, vez que a maioria de suas normas possuem eficácia limitada. Mas ao lado de contradições, encontramos um alto valor democrático e um importante avanço no conceito de cidadania, onde os direitos do homem precedem os direitos do Estado, ao contrário das Constituições anteriores, onde o Estado estava em primeiro lugar, até mesmo na disposição das normas. Verdadeiramente, a Constituição Federal de 1988 enfatizou a importância

dos direitos e garantias fundamentais, que são hoje pilares de um Estado de Direito que ainda busca aperfeiçoamento⁷¹.

Para alguns, a retomada da plena cidadania e o fim do autoritarismo levou ao entendimento de que limites e restrições não são bem-vindos e podem ser excedidos e violados. As marcas de uma sociedade amordaçada e privada de seu poder de voto encaminharam os sentimentos dos constituintes e reformadores de nossa sociedade a uma constante e gradual “crise de autoridade”. No poder estatal e no poder familiar a figura da autoridade constituída passou a ser alvo de recalitrância e severas críticas, ensejando as conseqüências nefastas que desde então e ainda hoje se fazem sentir em variados segmentos da sociedade com demonstrações de condutas sem limites e violações sem punições.

Dos pequenos e inofensivos conflitos entre pais e filhos no retiro dos lares de família ao absurdo, nefasto e inexplicável surgimento das facções do crime organizado, que atemoriza e constringe a todos, ocorreu uma gradual e crescente crise de autoridade e de limites que operou transformações em nossa sociedade. O resultado do desgoverno e da provavelmente desejada instabilidade, cuidadosamente planejada por alguns políticos inescrupulosos. Ao mesmo tempo, as transformações surpreendiam e agravavam inúmeros pais de família, muitos deles eleitores responsáveis pela vitória eleitoral daqueles mesmos políticos.

A oportunidade histórica concedida aos constituintes de 1986 de construção de uma sociedade mais equilibrada e igualitária, voltada à diminuição dos desníveis econômicos sociais e educacionais do povo brasileiro, foi transformada em mera transição de retomada do poder político por alguns, cujo preço foi a drástica diminuição (ou mesmo extinção) das formas de limitação da liberdade e da conduta privadas.

No mesmo contexto de ampliação desmesurada e desproporcional das liberdades civis, ocorreu um indiscriminado enfraquecimento da autoridade pública

⁷¹ Ana Carolina Della Latta Camargo A Constituição Federal e o novo status da mulher na sociedade brasileira. Disponível em <http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextold=-1524844319>. acesso em 12 de maio de 2007.

do Estado e autoridade privada dos pais e mães de família, manifestada mediante o exercício do poder familiar, com nefastos resultados no contexto social.

A retomada das liberdades democráticas em 1988, aliada a uma equivocada e desmedida restrição dos meios de contenção social do Estado, vale dizer, do poder de polícia em suas diferentes manifestações, levou o Estado Brasileiro a um gradual e incômodo desgaste de sua imagem de provedor e garantidor de segurança e equilíbrio sociais. A reforma do Estado Brasileiro pelos moldes do pensamento contemporâneo de socialismo-democrático e neoliberalismo, conduziram nossa sociedade a um vácuo de poder e de desvalorização de conceitos de certo e errado, justo e injusto, moral e imoral.

A conjuntura atual dos meios de contenção social, seja no concerne à garantia da segurança pública, à supervisão e seleção das mensagens publicitárias, de responsabilidade social, na veiculação de modismos e tendências, ou mesmo de efetiva proteção da imagem e privacidade individual, trouxeram à sociedade a ilusão de que experimentamos uma transitória e breve acomodação de costumes, a anteceder uma nova sociedade mais justa, mais harmônica e mais digna.

Indubitavelmente, a questão é complexa e de sua discussão se ocupam renomados pensadores, evidentemente preocupados com o inegável direito do cidadão à preservação de suas liberdades políticas e seus direitos civis. Mas igualmente cômnicos de que a proteção à integridade física e moral da pessoa depende diretamente do respeito aos princípios constantes da Constituição Federal de 1988, bem como do estrito cumprimento de seus dispositivos, constataam que a ausência de controle social não conduz naturalmente a construção de uma sociedade melhor, senão a uma sociedade sem noção de legalidade, moralidade e correção ética.

Assim, hodiernamente, a transição de costumes aliada ao desgaste da autoridade, entendida aqui como o poder que impõe o cumprimento das regras, se faz notar universalmente desde a vida familiar até as mais elevadas cortes e câmaras de decisões governamentais.

De certa forma, nos acostumamos a ver os filhos de famílias bem formadas e bem consideradas em nosso meio freqüentando o noticiário policial. O cometimento de atos de vandalismo, consumo e tráfico de entorpecentes deixaram de ser condutas atribuíveis a indivíduos pertencentes às camadas menos favorecidas das grandes cidades. Perplexos, constatamos que a incidência de crimes também transita nos bairros mais aquinhoados, vive nos condomínios fechados e estuda nos colégios e universidades, não se privando de regulares viagens ao exterior⁷².

Em reportagem editada em 26 de setembro de 2005, sob o título “o crime mora na classe média”, a revista “Época” estabeleceu alguns fatores que podem levar jovens de classe média ao crime. Desejo de bens de consumo inalcançáveis, o gosto pela transgressão, a apologia e a “glamourização” do criminoso, a desestruturação familiar, a ostentação de poder e a estagnação profissional, foram incluídos como preponderantes para o desencaminhamento do jovem de classes sociais mais favorecidas no Brasil⁷³.

O surpreendente fenômeno é o reflexo de equívocos e de omissões das mais diferentes naturezas, ocorridos no recôndito dos lares e no seio das famílias, consistente na conduta de pais, que pondo em prática uma nova filosofia de exercício do poder familiar, toleram, concedem e, não raramente elogiam um novo comportamento em que qualquer restrição é odiosa e inconveniente. O novo perfil da delinqüência é o resultado acabado da crise da família, da educação permissiva e do bombardeio de setores do mundo do entretenimento que se empenham em apagar qualquer vestígio de valores e bons costumes.

Aos pais de família, integrantes da “geração transgressora” dos anos 50, 60 e 70, cabe grande parcela de responsabilidade. Sua opção pela tolerância sem critério e pela mera abstenção do exercício pleno de seu poder familiar, constitui a gênese da falência da autoridade familiar, cujos reflexos serão posteriormente sentidos por todos os integrantes da sociedade. A transgressão disciplinar e

⁷² Carlos Alberto di Franco, Família em baixa, crime em alta, artigo Jornal *O Estado de São Paulo*, ed. 21 de novembro de 2005 pág. 08.

⁷³ Nelito Fernandes e Solange Azevedo O crime mora na classe média. *Revista Época* nº 384 ed. de 26 de setembro de 2005. p. 76/82.

comportamental da criança e do adolescente não é apenas o resultado da ausência de autoridade. É freqüentemente um grito de revolta e carência. A falta de recursos materiais acaba por castigar o corpo do jovem nascido em família desvalida. Mas a falta de recursos afetivos acaba por corroer a alma da criança e do adolescente, a clamar por pais morais e não meramente por pais materiais.

Reféns da cultura da auto realização, alguns pais não suportam ser incomodados pelas necessidades dos filhos. Tomados de insensatez e de egoísmo insano, imaginam que o vazio afetivo de seus filhos poderá ser preenchido com automóveis, vultosas mesadas e telefones celulares para situações de emergência.

Na contingência de não poderem estar em casa ao longo dos dias dedicados às atividades profissionais que, com mérito e competência passaram a exercer, pais e mães de família buscam compreender e minorar as conseqüências da reação inconformada dos filhos; não raramente toleram toda a sorte de abusos e excessos, transigindo com atitudes e omissões que deveriam ser coibidas e que ao reverso geram desnecessários direitos e minora imprescindíveis deveres de sua prole adolescente, dentro de casa e fora dela.

Quando acuados pela desenvoltura anti-social de seus filhos, os pais renovam sua omissão ao delegarem sua missão a uma ou mais sessões de psicoterapia, não atribuindo ao problema específico sua devida solução.

Entendemos que na omissão ou mesmo na recusa injustificada do exercício do poder familiar está a raiz de muitos dos problemas, traduzidos no assustador aumento da delinqüência e da violência infanto-juvenil, a comprometer, talvez de forma irreversível, significativas parcelas das gerações vindouras.

Nas lúcidas palavras de Carlos Alberto di Franco:

“Se a crescente falange de adolescentes criminosos deixa algo claro, é o fato de que cada vez mais os pais não conhecem os próprios filhos. Não é difícil imaginar em que ambiente afetivo se desenvolvem os integrantes das quadrilhas de bem-nascidos. As análises dos especialistas em políticas públicas esgrimmem inúmeros argumentos politicamente corretos. Fala-se de muitos aspectos e

muitos diagnósticos são exarados. Só não se fala em crise no seio da família em razão do desgaste do poder familiar⁷⁴.

A crise de autoridade no seio da família, com perversos e marcantes reflexos na conduta pessoal dos filhos, esta demonstrada em determinados acontecimentos que nos chegam pelas notícias veiculadas a cada dia.

Em que pese a abalizada opinião de profissionais da pedagogia e da psicologia, certas teorias no campo da educação, cultivadas em escolas que fizeram uma opção preferencial pela permissividade, também estão apresentando um incomodo resultado. Formam uma legião de desajustados, crescida a sombra do dogma da educação não-traumatizante, cuja mostra de sua face anti-social se concretiza em determinadas oportunidades⁷⁵.

O saldo dessa situação é uma geração não raramente desorientada e vazia, cuja despersonalização da culpa e a certeza da impunidade têm gerado uma onda de inclementes predadores, como servem de exemplos os “*skin-heads*” de São Paulo e os “*pit-boys*” do Rio de Janeiro.

Creemos que o inchaço do ego e a diminuição da solidariedade estão na origem de varias das patologias diagnosticadas em autores de atos infracionais e de delitos. A forja do caráter, compatível com o clima da verdadeira liberdade, começa a ganhar contornos de solução valida. Não é necessário que paguemos um alto preço para que descubramos esse pensamento obvio.

Na mesma trilha de considerações, entendemos que o pragmatismo e a irresponsabilidade de setores do mundo do entretenimento cooperam na formação do problema. Os espetáculos exibidos ao público, não raramente têm na violência, no desrespeito, na veiculação de modismos ou de quebras de conceitos básicos de vida social, um dos seus carros-chefes. Na busca por uma boa posição na audiência, bilheteria ou preferência popular, os filmes, telenovelas e séries de

⁷⁴ Carlos Alberto di Franco, Família em baixa, crime em alta, artigo Jornal *O Estado de São Paulo*, ed. 21 de novembro de 2005 pág. 08.

⁷⁵ Kátia Maria Maia Ferreira . Violência doméstica /intrafamiliar contra crianças e adolescentes. In: *Violência doméstica contra crianças e adolescentes*. Recife: EDUPE, 2002. p. 122.

dramaturgia propalam idéias e práticas, invariavelmente, contrários a regular formação familiar. De certa forma, a transgressão passou a ser a diversão mais rotineira e banalizada de nossa sociedade de consumo descartável.

A valorização do sucesso sem a fixação de limites éticos a apresentação de desvios comportamentais em um clima de normalidade e como mostra de modernidade, consagram a impunidade, desmoralizam a correção social e profissional e desautorizam o estabelecimento de limites de conduta e padrões de formação familiar. Da permissividade familiar para o abuso e a prática delinqüencial não se trilha um longo e tortuoso caminho⁷⁶.

Apoiados em uma manipulação do conceito de liberdade constitucional de expressão profissional, artística e cultural, alguns espetáculos de cinema teatro e televisão crescem a sombra da ignorância intelectual e das paixões humanas. Assim, subestimando a influência perniciosa da violência ficcional, alguns pais contemplam inertes a participação de seus filhos em shows e festas “raves”, que promovem e fazem a apologia de um mundo sem limites e sem usos e costumes proibidos.

A onipresença de uma televisão pouco responsável e a transformação da Internet em um descontrolado espaço para manifestação de atividades criminosas, como a pedofilia, o racismo, a oferta de drogas, presentes em sites clandestinos que desconhecem fronteiras, ironizam legislações, e ameaçam o estado democrático de direito estão na gênese de muitos comportamentos patológicos, transgressores e delinqüentes⁷⁷.

É necessária e urgente a retomada pelos pais do exercício do poder familiar em sua inteireza, para que não sejamos tragados pela onda de quebra completa de padrões e conceitos, resultado da pedagogia da concessão infinita, da desestruturação familiar e da crise de autoridade que grassa em diversos meios de nossa sociedade global.

⁷⁶ Carlos Alberto Franco. “*Família em baixa, crime em alta*”. artigo, Jornal O Estado de São Paulo, 21 de novembro de 2005 - pág. 08.

⁷⁷ Carlos Alberto Franco. “*Família em baixa, crime em alta*”. artigo, Jornal O Estado de São Paulo, 21 de novembro de 2005 - pág. 08.

Caminhando na busca de uma solução compatível com os princípios de democracia e, ao mesmo tempo, com o cumprimento dos fins do Estado, a viabilizar o necessário e proporcional controle da atividade do indivíduo, diversos estados e organismos internacionais já iniciaram o indispensável trabalho legislativo exigido, priorizando e direcionando suas tarefas de acordo com a peculiaridade dos desafios enfrentam.

O poder familiar pode ser definido como um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho. Ambos têm em igualdade de condições, poder decisório sobre a pessoa e bens do filho menor não emancipado. Se porventura, houver divergência entre eles, qualquer deles poderá recorrer ao juiz à solução necessária, resguardando o interesse da prole, nos termos do parágrafo único do artigo 1690 do Código Civil⁷⁸.

Entende Antonio Jorge Pereira que:

“o poder familiar, conforme denominação do Código Civil de 2002, é o instituto que legitima a interferência na vida do indivíduo em peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, nos termos do parágrafo 3 do inciso V do artigo 227 da Constituição Federal de 1988. Pode ser entendido como síntese de poderes e deveres que possibilitam a condução dos atos e da vida da pessoa absoluta ou relativamente incapaz por falta de idade, como são criança e o adolescente, nos termos da Lei Federal 8.069 de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente – tendo em vista prepará-la para o exercício pleno da liberdade, fato que se consuma, de ordinário, quando se atinge a maioridade e o indivíduo passa a gozar de plena capacidade de exercício”⁷⁹.

O poder familiar consiste em um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e ao patrimônio do filho menor não emancipado, exercido em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho.

⁷⁸ Maria Helena Diniz. *Curso de direito civil brasileiro*, cit., v.5, p. 514 e 515.

⁷⁹ Antonio Jorge Pereira. Privacidade no gerenciamento do poder familiar. in *Direito à privacidade* – Ives Gandra Martins Filho, Antonio Jorge Pereira Junior, coordenadores – Aparecida, SP: Idéias e letras; São Paulo: Centro de Extensão Universitária, 2005. p. 150.

No pólo ativo, o poder familiar corresponde aos pais que, em igualdade de condições, têm a responsabilidade pelo cumprimento de todas as atribuições que lhes são inerentes. Em posição de igualdade jurídica, reconhecendo-se a ambos os mesmos direitos e obrigações, já não se fala em competências ou encargos diferenciados tão somente por serem de sexos diferentes⁸⁰.

Trata-se de prerrogativa conferida ao pai e a mãe do filho menor, simultânea e igualmente, podendo ser excepcionalmente exercido por apenas um dos genitores, na falta do outro, nos termos do artigo 1690, 1 parte do Código Civil, fundado na necessidade natural de toda pessoa de contar com alguém que lhe possa prover criação, amparo, guarda, educação, defesa e cuidado de seus interesses, buscando sua boa formação e integridade de seu patrimônio⁸¹.

Como um autêntico “múnus público”, o poder familiar é a denominação que adotou o novo Código Civil para o antigo pátrio poder, tratado no Código de 1916. Ao longo do século XX, o instituto mudou substancialmente, acompanhando a evolução das relações familiares e distanciando-se de sua função originária que se encontrava voltada ao exercício de poder dos pais sobre os filhos para constituir uma atribuição em que se ressaltam os deveres.

A despeito de não ser a mais adequada, porque mantém a ênfase no poder, a expressão “poder familiar” ainda é melhor que a resistente expressão “pátrio poder”, mantida pela Lei n. 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente, somente derogada com o Código Civil de 2002. Com o reconhecimento constitucional da igualdade social e jurídica entre homens e mulheres e a nova concepção da família, não mais calcada apenas na vontade paterna, as atribuições passaram a ser compartilhadas igualmente entre pai e mãe, ensejando o termo “poder familiar” e criando uma nova relação jurídica, na medida em que o interesse dos pais está condicionado ao interesse do filho, ou melhor, no interesse de sua realização como pessoa em formação⁸².

⁸⁰ Caio Mario da Silva Pereira. *Instituições de direito civil*, 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v.5, p. 427 e 428.

⁸¹ Caio Mario da Silva Pereira. *Instituições*, cit., p. 423.

⁸² Valter Kenji Ishida. *Estatuto da criança e do adolescente*, 7. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2006, p. 26.

Embora a locução “poder familiar” possa dar a entender que no pólo ativo se incluiriam outros integrantes da família, além dos pais, tal interpretação não se afigura correta. Primeiro, pela própria natureza do poder familiar, estabelecido em virtude do vínculo da paternidade e maternidade.

O poder familiar conferido simultânea e igualmente a ambos os genitores e, excepcionalmente, a um deles, na falta do outro, nos termos do artigo 1.690, 1ª parte do Código Civil, é exercido no proveito, interesse e proteção dos filhos menores. Advém de uma necessidade natural do ser humano, em face da fragilidade e dependência, de que durante sua infância alguém o crie, eduque, defenda de ameaças e perigos, velando por seus interesses, regendo sua pessoa e seus bens⁸³.

Na lição de Maria Helena Diniz, o poder familiar constitui um *múnus publico*, consistindo ao mesmo tempo em uma função a ser desempenhada e uma prerrogativa a ser exercida. É também irrenunciável, pois seus titulares não podem dele dispor ao seu livre alvedrio. É poder-dever inalienável, na medida em que seu exercício não pode ser transferido gratuita ou onerosamente a terceiro, exceção feita ao instituto da delegação do poder familiar, objetivada pelos pais ou responsáveis, nos termos do artigo 21 do Código de Menores, para prevenir a ocorrência de situação irregular do menor, cuja formalização se faz em termo lançado em livro próprio, assinado pelo juiz de direito e pelas partes interessadas, contendo a advertência prevista no parágrafo único do artigo 23 do Código de Menores, acerca dos direitos e deveres inerentes do instituto. O poder familiar é imprescritível, na medida em que seus titulares não decaem de seu exercício em razão de deixarem de exercê-lo, somente dele sendo privado nas hipóteses previstas em lei. É finalmente uma relação de autoridade estabelecida entre pais e filhos, cuja fundamentação legal encontra-se prevista no inciso VII do artigo 1.634 do Código Civil, sendo também incompatível com a tutela⁸⁴.

Estão sujeitos à proteção do poder familiar todos os filhos menores, sejam eles advindos de vínculo matrimonial ou não matrimonial, reconhecidos legalmente ou adotivos. Na hipótese contemplada pelo artigo 1.633 do Código Civil de o filho

⁸³ Maria Helena Diniz. *Curso de direito civil brasileiro*, 22ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, v.5, p. 514 e 515.

⁸⁴ Maria Helena Diniz. *Curso de direito civil brasileiro*, cit., v.5, p. 515 e 516.

menor não ter sido reconhecido pelo pai, o poder familiar será exercido pela mãe que o reconheceu, em razão de ser a maternidade, em regra, sempre certa⁸⁵.

O artigo 227 da Constituição Federal define o conjunto de deveres essenciais cometidos à família, e por consequência ao poder familiar, em benefício do filho, enquanto criança e adolescente. Decorre da vontade constitucional a atribuição familiar de garantir o direito à vida, à saúde, à alimentação e ao sustento, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar. Forçoso concluirmos que referido conjunto de deveres deixa pouco espaço ao poder. São autênticos e inegáveis deveres jurídicos correspectivos a direitos cujo titular é o filho.

O atual Código Civil, nos artigos 1.630 a 1.638, manteve a disciplina normativa do Código Civil de 1916, adaptando-a aos princípios determinantes na Constituição Federal, notadamente quanto ao exercício conjunto do poder familiar pelo pai e pela mãe, característica marcante da hipótese-padrão da família em que o pai e a mãe estão vivos e unidos pelo casamento ou pela união estável, gozando ambos de plena saúde e capacidade jurídica⁸⁶.

Por sua vez, a sujeição ativa ao poder familiar independe do estado dos pais, a despeito do contido na primeira parte do *caput* do artigo 1.631 do Código Civil que assim dispõe: "Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais...". Aliás, a redação desta primeira parte do artigo se afigura adaptação simples do revogado artigo 380, do Código Civil de 1916, substituída, apenas, a expressão "pátrio poder" por "poder familiar", e incluída a "união estável". A toda evidência, não parece ter sido acertado colocar, nas disposições gerais sobre o poder familiar e já no segundo artigo, que o poder familiar compete aos pais *durante o casamento e a união estável*.

Se o vínculo conjugal vier a dissolver-se pelo falecimento de um dos cônjuges, havendo filhos menores, o poder familiar competirá ao cônjuge sobrevivente, mesmo que venha casar-se novamente, conforme previsão legal do artigo 1.588 do Código Civil. Caso surja alguma divergência relativa à decisão

⁸⁵ Maria Helena Diniz, *Código civil anotado*, 12ª ed. rev. e atual., Saraiva, 2006, p. 1333.

⁸⁶ Valter Kenji Ishida. *Estatuto da criança e do adolescente*, 7. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2006, p. 28.

envolvendo a pessoa do filho, qualquer um deles poderá recorrer ao juiz para buscar a solução do impasse, conforme estatuem os artigos 21 e 148, ambos da Lei nº. 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente.

Caso os pais estejam separados judicialmente, divorciados ou tiverem rompido a união estável, as suas relações com os filhos, relativamente à titularidade do poder familiar não se alterarão, mas aquele que ficar com a guarda dos filhos menores do casal, o exercera, sem que o outro cônjuge deixe de ser titular conjunto do “múnus”. Caso venha a discordar de alguma medida componente do poder familiar e relativa ao seu filho, poderá recorrer ao juiz para buscar a solução do problema, podendo ainda ver mantido na integralidade seu direito de visita⁸⁷.

O artigo 1.633 do Código Civil determina, repetindo essencialmente o Código Civil de 1916, que o filho não reconhecido pelo pai “fica sob o poder familiar exclusivo da mãe”. Se a mãe for desconhecida, diz a lei, o menor ficará sob autoridade de tutor. Para haver tutela, todavia, ambos os pais devem ser desconhecidos. As disposições contidas no Estatuto da Criança e do Adolescente sobre desconhecimento dos pais, que permanece aplicável, é mais abrangente, pois em seu artigo 28 não apenas se refere à tutela, mas à colocação do menor em família substituta, mediante guarda, tutela ou adoção⁸⁸.

Na hipótese contemplada, o poder familiar é simultâneo, deferindo seu exercício ao pai e a mãe, sejam eles cônjuges ou conviventes. Na falta ou impedimento de um dos pais, por ter sido suspenso ou destituído das prerrogativas e obrigações do poder familiar ou por não poder, em razão de superveniência de incapacidade mental, manifestar sua vontade, o outro o exercerá com exclusividade⁸⁹.

O Código Civil atual em seu artigo 1.631 estabelece que havendo separação judicial, divórcio ou dissolução da união estável, o poder familiar permanece íntegro, exceto quanto ao direito de terem os filhos em sua companhia. No artigo 1.589, quando tratou da dissolução da sociedade conjugal, o Código Civil estabelece que o pai ou a mãe que não for guardião poderá não apenas visitar os

⁸⁷ Maria Helena Diniz. *Código civil anotado*, cit. p. 1293.

⁸⁸ Valter Kenji Ishida. *Estatuto da criança e do adolescente*, 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 49.

⁸⁹ Carlos Roberto Gonçalves, *Direito civil brasileiro* 1. ed. Ed. Saraiva, 2005, v. 6 p. 360 e 361.

filhos, mas os ter em suas companhias, bem como fiscalizar sua manutenção e educação, que são características do poder familiar. Do mesmo modo, o artigo 1.579 prescreve que o divórcio não modifica os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos. O direito e seu respectivo dever à companhia dos filhos, daquele que o reteve na separação, não exclui o do outro, na forma em que tiver sido decidido, amigável ou judicialmente, no tocante ao chamado direito de visita. A tendência mundial, que consulta o princípio do melhor interesse da criança, recomenda a máxima utilização da guarda compartilhada, da manutenção da coparentalidade, de modo a que o filho sinta a presença constante de ambos os pais, apesar da separação física deles. Neste sentido, o "direito à companhia" é relativo e não pode ser exercido contrariamente ao interesse do filho, que deve ter assegurado o direito à companhia do pai ou mãe que não seja o guardião. Em suma, o direito de um não exclui o direito do outro e o filho tem direito à companhia de ambos. No caso da guarda compartilhada, por ser modo de preservação das relações familiares, entre pais e filhos, tendo ambos os pais direitos e deveres equivalentes, a regra de exclusão do atual Código Civil não pode ser aplicada⁹⁰.

Se o genitor-guardião, com a anulação do casamento, o divórcio ou a viuvez, vier a convolar novas núpcias, inalterado ficara seu poder-dever de ter consigo os filhos, que apenas poderão ser retirados de sua companhia por mandado judicial, desde que se comprove que não são tratados convenientemente, pois se deve atender ao interesse da prole, de modo que, se insatisfatória for a situação em que se encontrar, haverá alteração na sua guarda pelo órgão judicante⁹¹.

É importante frisar que o Código Civil atual revogou a norma contida no artigo 10 da Lei n. 6.515/77 – Lei do Divórcio, que atribuía a guarda dos filhos ao cônjuge que não tivesse dado causa à separação judicial. Conseqüentemente, o filho ficará sob a guarda de quem revelar melhores condições para exercê-la, afastando-se a odiosa regra da culpa do pai ou da mãe.

Se a própria Constituição Federal e também o Código Civil concebem outras formas de constituição de família que não apenas a oriunda do matrimônio e da união estável, se o artigo anterior do próprio Código Civil estabelece que todo e

⁹⁰ Maria Helena Diniz. *Código civil anotado*, cit., p. 1293.

⁹¹ Maria Helena Diniz. *Código civil anotado*, cit., p. 1293.

qualquer filho menor, sem qualquer distinção, está sujeito ao poder familiar, enfim, se todos os filhos são iguais em direitos e obrigações, havidos ou não da relação de casamento, nos termos do parágrafo 6º do artigo 227 da Constituição Federal, não poderia, de modo algum, ter o legislador estabelecido como disposição geral, e em primeiro plano, que ele compete aos pais durante o casamento e a união estável.

2.3. Conteúdo do poder familiar e sua repercussão nos direitos da personalidade dos filhos menores

O poder familiar exercido em relação aos filhos, defere aos pais a prerrogativa de definir, estabelecer e aplicar, ao seu livre alvedrio, o método de educação dos filhos. Essa escolha é de grande importância para a construção do futuro cidadão e do sujeito de direito, que terá que se inserir na sociedade satisfatoriamente, para que possa atender às pretensões, às imagens e às demandas pré-constituídas sobre os indivíduos. A lei estabelece que compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores, dirigir-lhes a educação e a criação. No entanto, este poder não pode exceder a esfera do cabível à moral social. O pai que abusar de sua autoridade, castigando imoderadamente o filho, praticar atos contrários à ética, a moral e bons costumes, poderá perder o poder familiar.

Os conceitos que predominam sobre a família *normal* constituem uma ideologia baseada nos estereótipos dos papéis genéricos: o pai, como arrimo e chefe de família; a mãe, como colaboradora, companheira do marido e co-responsável pelos rumos da família e do lar familiar, definidos e consolidados por seus papéis, são dotados de direitos e deveres. A relação entre pais e filhos ganha contornos importantes neste processo enquanto substância moral primordial na formação dos indivíduos, que dependem essencialmente da influência de quem toma para si o papel de educá-los.

O ente humano necessita, “durante sua infância, de quem o crie e eduque, ampare e defenda, guarde e cuide dos seus interesses, em suma, tenha a regência

de sua pessoa e seus bens. As pessoas naturalmente indicadas para o exercício desta missão são os pais. A eles confere a lei, em princípio, esse ministério⁹²”.

Como a família é uma instituição social, e devido à importância desta convivência, o estado intervém nas relações entre pais e filhos para a proteção destes, enquanto menores. O poder familiar é, assim, um conjunto de deveres em que a "obrigação de educar os filhos está sobre a vigilância da autoridade pública. Sob este controle estão a saúde, a segurança e a moralidade do filho menor, admitindo-se que o pai possa ser destituído de tê-lo sob sua guarda se é negligente, incapaz ou arbitrário"⁹³.

O artigo 229 da Constituição Federal estabelece que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos. Seguindo esta instituição o Código Civil atual determina no inciso I do artigo 1634 que compete aos pais quanto à pessoa dos filhos menores dirigir-lhes a criação e educação. Esse *poder familiar*, conforme vimos, é uma situação subjetiva, constituída de um complexo de direitos e deveres. (...) Estas situações subjetivas são dotadas de poder que se caracteriza por ser, ao mesmo tempo, uma faculdade e uma necessidade, sendo vinculado ao seu exercício à tutela dos interesses para os quais são atribuídos – a educação dos filhos e a defesa de seus interesses. O chamado *poder-dever* apresenta-se como uma figura intermediária entre o poder propriamente dito e o direito subjetivo, aproximando-se enquanto conceito, deste último porque a faculdade de agir corresponde um dever da parte do paciente, e ao dever uma pretensão de quem está sujeito ao poder, segundo Orlando Gomes⁹⁴.

O poder, ou direito-função de acordo com alguns autores, de correção constitui uma das principais atribuições dos pais no exercício deste direito.

Trata-se, dentro do contexto pressuposto, de uma tentativa de socializar os filhos, por parte dos pais, para que eles "possam se tornar aceitos, atuarem bem e serem membros felizes da sociedade. Em geral, neste processo, os pais avaliam

⁹² Orlando Gomes. *Direito de família*. 14. ed. atualizada Rio de Janeiro: Forense, 2002. p 389.

⁹³ Orlando Gomes. *Direito de família*, cit. p 389.

⁹⁴ Orlando Gomes. *Direito de família*, cit. p. 357.

as ações de seus filhos como boas ou más, maduras ou imaturas, dignas de serem eliminadas ou encorajadas"⁹⁵.

Para que este objetivo seja cumprido os pais se utilizam de algumas técnicas e métodos que estão de acordo com a sua maneira de pensar e de pensar e de enxergar os filhos inseridos na realidade dos conflitos de nossa sociedade, com seus valores.

O espaço ocupado pela família na vida do indivíduo é originalmente definidor das referências de mundo que ele carregará por toda a sua vida. Deste modo a intervenção dos pais sobre as crianças na tentativa de educá-las ou socializá-las segundo as regras implícitas à família ou a sociedade, além das preestabelecidas de forma verbal pelos pais, são conformadoras importantes da personalidade e das demandas do sujeito que está formado. Quase todos os pais têm idéias modelares com relação á maneira que gostariam que seus filhos fossem. Em suas tentativas de atingir essas concepções, os pais freqüentemente tentam inúmeras estratégias para atingir as suas diferentes finalidades.

As maneiras de agir dos pais e as técnicas de educação constituem uma função de muitos fatores que interagem entre si, refletem inevitavelmente suas características de personalidade e suas crenças. Os elementos que influem nas práticas educacionais dos pais caem em três categorias:

*"(1) forças que emanam da personalidade dos pais (personalidade, expectativas, crenças sobre objetivos de socialização eficazes); (2) características da criança (personalidade e capacidades cognitivas); e (3) o contexto social mais amplo no qual o relacionamento entre pais e filhos é inserido"*⁹⁶.

Nessa situação podem ocorrer por parte dos pais, intencionalmente ou não, algumas situações de uso imoderado dos meios necessários e admitidos por lei para que os pais exerçam com inteireza o poder familiar que lhes cabe. Como poder-

⁹⁵ Paul Henry Mussen; John Janeway Conger; Jerome Kagan; Aletha Carol Huston. *Desenvolvimento e personalidade da criança*. Tradução de Maria Lúcia G. Leite Rosa. São Paulo: Editora Harbra, 1995, p. 426.

⁹⁶ Paul Henry Mussen; John Janeway Conger; Jerome Kagan; Aletha Carol Huston. *Desenvolvimento e personalidade da criança*. Tradução de Maria Lúcia G. Leite Rosa. São Paulo: Editora Harbra, 1995, p. 432.

dever outorgado por lei aos pais, o poder familiar deve ser exercido com consciência moral e atenção aos princípios da *idoneidade, necessidade e proporcionalidade*.

Ao usar estas técnicas disciplinares ou atuarem a partir dos comportamentos da criança, os pais estão tentando promover um compromisso com os seus valores.

A postura que o pai vai tomar, então, diante da aprendizagem das crianças tem um papel importante no entendimento do processo de superação da opinião desfavorável das capacidades naturais dos filhos, que tendem a levar a acreditar que deveria ser impositivo quando poderia construir uma relação centrada no respeito.

Cabe ressaltar, que o afeto é apontado, atualmente, como o principal fundamento das relações familiares. Mesmo não constando a palavra *afeto* na Constituição Federal como um direito fundamental, podemos dizer que o afeto decorre da valorização constante da dignidade humana.

Entendemos que o princípio da afetividade é importantíssimo, pois quebra paradigmas, trazendo a concepção da família de acordo com o meio social.

O conteúdo do poder familiar engloba um complexo de normas concernentes aos direitos e deveres dos pais relativamente à pessoa e aos bens dos filhos menores não antecipados⁹⁷.

O Código Civil atual, nos artigos 1.630 a 1.638, manteve a disciplina normativa do revogado Código Civil de 1916, adaptando-a aos princípios determinantes inscritos no artigo 229 da Constituição Federal de 1988, da Lei n. 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente – em seus artigos 4, 19, 21, 53 e 55 e da Lei n. 9.394/96 em seu artigo 6º, com as modificações operadas pela Lei n. 11.114/2005, notadamente quanto ao exercício conjunto do poder familiar pelo pai e pela mãe, característica marcante da hipótese-padrão da família em que o pai e a mãe estão vivos e unidos pelo casamento ou pela união estável, gozando ambos de plena saúde e capacidade jurídica. Nesta circunstancia, o poder familiar é

⁹⁷ Maria Helena Diniz. *Curso de direito civil brasileiro*, cit, p. 519.

simultâneo, o exercício é de ambos os cônjuges ou conviventes; havendo divergência entre eles, qualquer deles tem o direito de recorrer ao juiz, para a solução do problema, evitando-se que a decisão seja inexorável. Neste sentido dispõe o artigo 1.631 e parágrafo único do Código Civil: Durante o casamento compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles passara o outro a exercê-lo com exclusividade. Divergindo os progenitores quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo⁹⁸.

O Código Civil atual, nos artigos 1.630 a 1.638, manteve a disciplina normativa do revogado Código Civil de 1916, adaptando-a aos princípios determinantes inscritos no artigo 229 da Constituição Federal de 1988, da Lei n. 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente – em seus artigos 4, 19, 21, 53 e 55 e da Lei n. 9.394/96 em seu artigo 6º, com as modificações operadas pela Lei n. 11.114/2005, notadamente quanto ao exercício conjunto do poder familiar pelo pai e pela mãe, característica marcante da hipótese-padrão da família em que o pai e a mãe estão vivos e unidos pelo casamento ou pela união estável, gozando ambos de plena saúde e capacidade jurídica⁹⁹.

O conteúdo mínimo do poder familiar, extraído da Constituição Federal, do Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente, inclui também as hipóteses em que é cabível a interferência dos órgãos públicos encarregados de prover proteção ao menor, como ocorre no inciso II do artigo 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Esse dispositivo fundamenta a interferência no caso de falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável, prejudicando os direitos dos menores, em afronta aos deveres legais inerentes do livre exercício do poder familiar¹⁰⁰.

Para melhor explicitar o conteúdo dos poderes e deveres afetos ao poder familiar, oportuno o estudo dos dispositivos legais citados.

⁹⁸ Maria Helena Diniz. *Curso de direito civil brasileiro*, cit, v. 5 p. 516 e 517.

⁹⁹ Maria Helena Diniz. *Curso*, cit, v. 5 p. 516 e 517.

¹⁰⁰ Antonio Jorge Pereira. Privacidade no gerenciamento do poder familiar. in *Direito à privacidade* – Ives Gandra Martins Filho, Antonio Jorge Pereira Junior, coordenadores – Aparecida, SP: Idéias e letras; São Paulo: Centro de Extensão Universitária, 2005. p. 159.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 229 dispõe sobre os deveres dos pais relativos à assistência, criação, e educação dos filhos, como uma regra constitucional a inspirar a legislação ordinária acerca da mesma matéria.

O Código Civil em vigor em seu artigo 1.634, preceitua que compete aos pais quanto à pessoa dos filhos menores:

- I - dirigir-lhes a criação e educação;*
- II - tê-los em sua companhia e guarda;*
- III- conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;*
- IV- nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;*
- V- representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;*
- VI- reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; exigir que lhe prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição”;*

O poder familiar, concebido como *múnus*, é um complexo de direitos e deveres. O poder familiar não é mais o âmbito de competência delegada ou reconhecida pelo Estado para exercício de poder. Assim, a cada dever do filho corresponde um direito do pai ou da mãe; a cada dever do pai ou da mãe corresponde um direito do filho. Os pais devem atender as necessidades dos filhos menores nos âmbitos de *assistência material*, que pode ser entendida como criar, *assistência moral*, que pode ser associada a educar e *assistência jurídica* que pode estar relacionada ao dever de assistir.

A assistência material será prestada pelos responsáveis mediante o cumprimento dos deveres voltados à satisfação das necessidades físicas, desdobrando-se em deveres de criação, sustento e guarda. Por criação entende-se o zelo pelo desenvolvimento físico, incluindo o lazer e a recreação, cuidados dedicados ao crescimento fisiológico. O dever de assistência material encontra fundamentação no termo criar constante nos artigos 229 da Constituição Federal e 1.634 do Código Civil. Também será assistência material o sustento provido mediante a satisfação das necessidades alimentares e medicas do menor, ou seja, o zelo pela saúde, cujo dever encontra-se especialmente previsto no inciso IV do artigo 231 do Código Civil e no artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Finalmente, também constitui prestação de assistência material a guarda,

consistente no provimento de habitação e vestuário, vinculados à proteção física delineada pelo inciso IV do artigo 231 e inciso I do artigo 1.634 do Código Civil, bem como o artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁰¹.

A assistência moral inclui o dever de companhia, fundamentado nas disposições do inciso II do artigo 1634 do Código Civil e artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente, impondo aos pais o dever de estarem próximos do filho, provendo-lhe a indispensável atenção afetiva para equilíbrio de sua constituição emotiva. De igual importância, a assistência moral inclui a educação, cujo fundamento encontra-se no artigo 229 da Constituição Federal e no artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, voltado à formação da personalidade da pessoa nas diferentes manifestações de humanidade, moralidade, religiosidade, intelectualidade e profissionalismo, conforme as disposições constantes do inciso IV do artigo 1566, inciso I do artigo 1634, artigo 1724, inciso I do artigo 1740 e inciso III do artigo 1747, todos do Código Civil¹⁰².

A assistência jurídica, cujo fundamento encontra-se no artigo 229 da Constituição Federal e no artigo 22, última parte do Estatuto da Criança e do Adolescente, é prestada pelos responsáveis mediante a representação prevista no inciso V do artigo 1.634 do Código Civil, assistência *strictu sensu* nos moldes do inciso I do artigo 1747 do Código Civil, o consentimento para casamento nos moldes do inciso III do artigo 1634 do Código Civil, a nomeação de tutor por testamento ou documento similar, nos moldes do inciso IV do artigo 1634 do Código Civil, a administração dos bens do menor nos termos dos artigos 1689 a 1693 e 1741 do Código Civil assim como o usufruto legal previsto no inciso I do artigo 1689 do Código Civil¹⁰³.

Além dos poderes e deveres já mencionados, cabe aos pais no exercício do poder familiar, reclamar os filhos de quem ilegalmente os detenha, o que devera ser feito mediante propositura de ação de busca e apreensão pelo pai ou mãe que legalmente esteja no exercício do poder familiar. Assim, somente poderá exercer o direito de reclamar o filho de quem ilegalmente o detenha, o pai ou mãe que esteja

¹⁰¹ Walter Moraes. *Programa de direito do menor*, São Paulo, Cultural Paulista, 1984, p.128.

¹⁰² Walter Moraes, *Programa*, cit., p.128.

¹⁰³ Walter Moraes, *Programa*, cit., p.128.

no pleno e regular exercício do poder familiar, sem qualquer restrição de ordem moral ou pessoal que o impeça de fazê-lo.

Por fim, o poder familiar outorga aos pais a possibilidade de exigir que filhos lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. A disposição legal, constante do inciso VI do artigo 1634 do Código Civil divide opiniões acerca de seu conteúdo, entendendo alguns que se trata de hipótese de abuso dos filhos pelos pais e outros que se trata de oportunidade de preparação dos filhos para os desafios e dificuldades da vida adulta.

Paulo Luiz Netto Lobo entende ser incompatível com o princípio da dignidade da pessoa humana previsto no inciso III do artigo 1º e no artigo 227 da Constituição Federal, a exploração da vulnerabilidade dos filhos menores para submetê-los a "serviços próprios de sua idade e condição". Afirmar ser um verdadeiro abuso, cuja previsão encontra-se no parágrafo 4º do mencionado artigo 227 de nossa Carta Constitucional. Essa regra surgiu em contexto histórico diferente, no qual a família era considerada também como uma unidade produtiva quando era tolerada pela sociedade a utilização dos filhos menores em trabalhos não remunerados, com fins econômicos. A interpretação em conformidade com a Constituição Federal apenas autoriza aplicá-la em situações de colaboração nos serviços domésticos, sem fins econômicos, e desde que não prejudique a formação e educação dos filhos¹⁰⁴.

Este não é o pensamento de Maria Helena Diniz para quem “os menores deverão não só respeitar e obedecer aos pais, mas também prestar-lhes serviços compatíveis com a sua situação, participando da manutenção da família preparando-se para os embates da vida”.

“ (...) pode-se exigir do menor execução de pequenas tarefas domésticas ou remuneradas, desde que se acatem as restrições da legislação trabalhista consignadas na Constituição Federal, artigo 7º, inciso XXXIII, na Consolidação das Leis do Trabalho, artigos 403 e 404, no Estatuto da Criança e do Adolescente, artigos 60, 64 e 67 e não haja risco ao desenvolvimento físico, psíquico, moral e educacional do filho”¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Paulo Luiz Netto Lobo. *Do poder familiar*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1057, 24 de maio de 2006. disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8371>.

¹⁰⁵ Maria Helena Diniz. *Código civil anotado*, cit., p. 1338.

O Código Civil é omissivo quanto aos deveres que a Constituição Federal cometeu à família e não utiliza os termos "criança" e "adolescente", presentes na Constituição Federal, no capítulo dedicado à família. Vale-se do termo "menor". Mais uma vez, em conformidade com a Constituição Federal, "menor" deve ser entendido como criança ou adolescente, segundo a distinção que estabeleceu a Lei n. 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, quando cuida do poder familiar, incumbe aos pais no artigo 22 "o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores" e, sempre no interesse destes, o dever de cumprir as determinações judiciais. Essa regra permanece aplicável, pois aos poderes assegurados pelo atual Código Civil somam-se os deveres fixados na legislação especial e na própria Constituição Federal. Cabe ressaltar que o dever de guarda não é inerente ao poder familiar, pois pode ser atribuído a outrem.

A leitura das hipóteses de exercício do poder familiar está a demonstrar que significam expressão do poder doméstico, sem referência expressa aos deveres, que passaram à frente na configuração do instituto.

Os deveres inerentes aos pais, ainda que não explicitados, são os previstos na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente e no próprio Código Civil, em artigos dispersos, sobretudo no que diz respeito ao sustento, guarda e educação dos filhos. De modo mais amplo, além dos referidos, a Constituição Federal impõe os deveres de assegurarem aos filhos a vida, a saúde, à alimentação, o lazer, a profissionalização, a dignidade, o respeito, a liberdade, a convivência familiar e comunitária, configurando verdadeiros deveres positivos.

São também impostas aos pais abstenções referentes à discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A questão da tutela a honra e a intimidade do indivíduo possui, hoje, reconhecimento firmado na doutrina, na jurisprudência, bem como na legislação em geral. Mas, para atingir esse reconhecimento bastante difundido, caminhou essa questão por linhas bastante tortuosas, uma vez que passou por longa evolução

histórica, ou seja, uma grande adaptação das noções conceituais de honra e intimidade a realidade vivida em cada época¹⁰⁶.

Com relação à intimidade, Carlos Alberto Bittar assim manifesta seu entendimento:

“De grande relevo no contexto psíquico da pessoa é o direito a intimidade, que se destina a resguardar a privacidade em seus múltiplos aspectos: pessoais, familiares e negociais. (...) Consubstancia-se em mecanismos de defesa da personalidade humana contra injunções, indiscrições ou intromissões alheias”¹⁰⁷.

Sob a denominação de direito a intimidade, cabem os direitos da personalidade que resguardam de interferências externas os fatos da intimidade e da reserva da pessoa, que não devem ser levados ao espaço público. Incluem-se os direitos à intimidade, à vida privada, ao sigilo e à imagem.

O direito à intimidade da prole diz respeito a fatos, situações e acontecimentos que os filhos desejem ver sob seu domínio exclusivo, sem compartilhar com qualquer outra pessoa, incluindo seus pais. É singularizado como a parte interior da história de vida de cada um dos filhos. Destarte, estão cobertos pelo manto tutelar da intimidade os dados e documentos cuja revelação possa trazer constrangimento e prejuízos à reputação do filho, quer estejam no lar familiar, no automóvel, no clube, em seus arquivos pessoais, no armário, no guarda-roupa, no computador, no banheiro, no ambiente do trabalho, ou em qualquer outro local em que guarde objetos ou registros pessoais cujo acesso ou conhecimento não deseje franquear a terceiros¹⁰⁸.

Concluimos, pois, que o direito à intimidade e a vida privada dos filhos dizem respeito ao ambiente familiar, cuja lesão resvala nos pais e mesmo outros membros que componham o grupo familiar. Diz o inciso XI do artigo 5º da Constituição Federal que a casa é o asilo inviolável do indivíduo, ninguém podendo

¹⁰⁶ Carla Bianca Bittar. A honra e a intimidade em face dos direitos da personalidade. In *Estudos de Direito de autor, direito da personalidade, direito do consumidor e danos morais: homenagem ao professor Carlos Alberto Bittar* / coordenação Eduardo C. B. Bittar e Silmara Juny Chinelato – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002. p. 41.

¹⁰⁷ Carlos Alberto Bittar. *Os direitos da personalidade*, 4ª ed. Rio de Janeiro – Forense Universitária 2000, p. 11.

¹⁰⁸ Paulo Luiz Netto Lobo. *Danos morais e direitos da personalidade*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 119, 31 out. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4445>>.

nela penetrar sem o consentimento do morador, salvo em flagrante delito ou para prestar socorro ou por determinação judicial. Não obstante, com o avanço da tecnologia da informação, a vida privada passou a ser muito vulnerável à violação, sofrendo constantes assédios e desrespeitos¹⁰⁹.

O direito a intimidade, segundo Paulo Jose da Costa Jr., envolve dois interesses a serem tutelados: o interesse de que a intimidade não sofra agressões e o de que a mesma não seja divulgada. São, portanto, duas esferas de interesses, sob o mesmo raio de proteção desse direito¹¹⁰.

Nesse sentido (...) pode-se classificar a primeira esfera de interesse de proteção à intimidade como sendo uma “intimidade interior”, ou seja, aquela em que o individuo cultiva valores no âmago de seu ser, de maneira interna e oculta. Já a segunda esfera de intimidade pode ser denominada “intimidade exterior” em que o individuo torna-se alheio àqueles que o rodeiam, tomando distancia da opinião dos outros, apesar de estar cercado por eles, pois não deseja que sua intimidade seja revelada¹¹¹.

Assim é que a Constituição Federal de 1988 erigiu expressamente à categoria de direito fundamental o direito à intimidade, vedando sua violação e permitindo a indenização em caso de seu descumprimento, por danos morais e patrimoniais causados ao seu detentor nos moldes do inciso X do artigo 5º. É que a intimidade faz parte da dignidade humana, como já se disse, e sem ela o ser humano não pode se realizar plenamente. Ele é reconhecido em todas as legislações dos países democráticos e é autônomo em sua tratativa. Qualquer interferência ou ingerência sem a adequada e lícita autorização do seu detentor e titular constitui ofensa a um direito fundamental, qual seja, a intimidade¹¹².

A maioria dos autores entende existir distinção entre intimidade e vida privada. Neste sentido, o autor Manoel Gonçalves Ferreira Filho ressalta que :

¹⁰⁹ Paulo Luiz Netto Lobo. *Danos cit.*, Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 119, 31 out. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4445>>.

¹¹⁰ Paulo Jose da Costa Jr. *O direito de estar só – tutela penal da intimidade*. 2ª. ed. São Paulo, ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 50.

¹¹¹ Paulo Jose da Costa Jr., *Agressões à intimidade – o episódio Lady Di*. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 13 e 14.

¹¹² Vicente Barreto. Bioética e Ordem Jurídica, in *Revista da Faculdade de Direito*. V. 1, 1994 - Rio de Janeiro: UERJ. Nº 2 - publicação anual. p. 454.

"Os conceitos constitucionais de intimidade e vida privada apresentam grande interligação, podendo porém ser diferenciados por meio da menor amplitude do primeiro que se encontra no âmbito de incidência do segundo. Assim, o conceito de intimidade relaciona-se às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa humana, suas relações familiares e de amizade, enquanto o conceito de vida privada envolve todos os relacionamentos da pessoa, inclusive os objetivos, tais como relações comerciais, de trabalho, de estudo etc..."¹¹³

Posto isso, concluímos que o saudável e regular estabelecimento de relações familiares entre pais e filhos, inclui e exige a preservação e o respeito aos direitos da personalidade da prole. Na condição de pessoas em formação, os filhos devem ser integralmente respeitados em todos os direitos afetos a sua pessoa, em especial o direito a intimidade, cujo exercício desmedido ou desproporcional do poder familiar pode eventualmente ameaçar ou mesmo violar¹¹⁴.

Serve de exemplo o direito ao sigilo cuja proteção inclui o conteúdo de correspondências e demais comunicações. A eventual interceptação telefônica ou leitura não autorizada de correspondência, diário e anotações pessoais, com o objetivo de fiscalizar ou supervisionar a conduta ou os costumes dos filhos, é bastante problemática, pois quase sempre viola a intimidade da pessoa, em relação a comunicações pessoais ouvidas, lidas e invariavelmente devassadas. O direito ao sigilo impede que pais, mães, padrastos e madrastas, consangüíneos ou adotivos, violem correspondências e comunicações dirigidas aos filhos menores sob poder familiar, sob pretexto de dever-poder familiar, pois são lesivos à dignidade pessoal dos filhos menores sob poder familiar e atingidos nessa condição.

O direito à intimidade é apontado como um dos direitos da personalidade, ao lado de outros, como a vida, integridade física e psíquica, liberdade e honra. Os direitos da personalidade distinguem-se por seu objeto especial, isto é, pelos bens protegidos que apresentam determinados atributos físicos ou morais do homem. Considera-se que o direito à intimidade é desdobramento do direito à liberdade, que

¹¹³ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Comentários à constituição brasileira de 1988*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.p.35.

¹¹⁴ Paulo Luiz Netto Lôbo. Danos morais e direitos da personalidade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 119, 31 out. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4445>>. Acesso em: 16 jun. 2007.

assegura ao indivíduo a opção de resguardar-se, ou não, de eventuais intromissões¹¹⁵.

Não obstante, avaliada individual e criteriosamente, cada situação familiar merecera dos pais uma providencia diferente e adequada na busca de se priorizar e preservar atentamente os valores de cada família. Entendemos que com o bom senso comum as pessoas e atento a necessidade da situação a ser enfrentada, a proporcionalidade das medidas a serem promovidas e a idoneidade dos meios utilizados, como veremos, cabe aos pais agir de forma consciente e incisiva para que não apenas exerçam seu poder familiar em plenitude, mas para que seus filhos possam sempre contar com as garantias constitucionais e os indispensáveis apoio, presença, ajuda de referencia de seus pais.

¹¹⁵ COSTA JR., Paulo José, *O direito de estar só. Tutela penal da intimidade*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2ª ed., 1995. p. 50.

III. PROCEDIMENTOS DE VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DOS FILHOS SOB O PODER FAMILIAR

A família está presente, mesmo que de maneira indireta, em todas as instituições e segmentos da sociedade, que terão seu funcionamento condicionado pelos valores estruturados e sedimentados dentro do círculo familiar. Ela é "uma unidade social ou sistema formando por um grupo de pessoas não só com redes de parentesco, mas principalmente com laços de afinidade, afeto e solidariedade, que vivem juntos e trabalham para satisfazerem suas necessidades comuns e solucionarem seus problemas"¹¹⁶.

A importância da família está nas funções que ela desempenha na sociedade e na intermediação entre o indivíduo e a realidade social.

Toda família tem padrões de interação recorrentes e previsíveis. Estes padrões refletem as filiações, tensões e ordens importantes nas sociedades humanas. Assim, os padrões que organizam a hierarquia do poder aparecem em toda família. Eles definem os caminhos que o grupo familiar utiliza para tomar decisões e controlar o comportamento de seus membros. Os modelos de autoridade são aspectos particularmente importantes da organização familiar, carregando o potencial para harmonia e para o conflito e estão em constante situação de desafio à medida que os membros do circuito da família crescem e se modificam ao longo do tempo em que se confrontam com as regras explícitas e implícitas que surgem nos relacionamentos estabelecidos em critérios definidos. Esses critérios surgem em face das diferenças do gênero e da idade¹¹⁷.

Como centro e sede da grande maioria das situações em que se estabelecem as relações pessoais e se exerce o poder familiar, é no ambiente familiar e no recolhimento dos lares que podem se estabelecer e provavelmente se

¹¹⁶ Maria Azinalda Neves Baptista. Violência doméstica: as contribuições da terapia familiar como uma possibilidade de tratamento. In: *"Violência doméstica contra crianças e adolescentes"*. Recife: Editora Universidade de Pernambuco-EDUPE, 2002. p. 112.

¹¹⁷ Maria Azinalda Neves Baptista. *"Violência doméstica contra crianças e adolescentes"*. cit.. p.112.

consumar, em determinadas circunstâncias, certas violações à intimidade dos filhos sujeitos ao poder familiar.

A Constituição Federal, no seu inciso X do artigo 5º, consagrou os direitos à intimidade e privacidade, sendo a intimidade entendida como "uma esfera da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais".

As contingências de medo e de insegurança, presentes no cotidiano das metrópoles, levam os pais a excederem certos limites de respeito à intimidade dos filhos, que há pouco tempo restavam estabelecidos pela própria vida em comum da família e que hoje acabam propiciando o cometimento de excessos e a prática de violações do direito de intimidade dos filhos.

O recrudescimento da violência nos centros urbanos e a falência do modelo estatal de segurança pública proposto pela "legislação pós constituinte", que amordaçou e limitou a ação dos órgãos policiais responsáveis pela segurança pública dos Estados, além de ter criado um desassossego e uma neurose contemporânea de pais e educadores em face do risco iminente de a cada dia verem seus filhos envolvidos em infaustos acontecimentos que aterrorizam as cidades e estampam as manchetes de jornais.

Aliado a este perigoso e injusto estado de insegurança social, constatamos uma perniciosa e injustificável crise de autoridade e descontrole de governantes, agentes públicos, pais e educadores, a criar um ambiente de incerteza, infelicidade e irreparável prejuízo à sociedade civil, de quem se cobra a maior carga tributária do planeta.

Na difícil e desafiadora contingência de manter seus filhos longe dos perigos de praticarem ou sofrerem ações de natureza criminosa, os pais passam a fazer uso imoderado de meios de controle e de contenção da conduta dos filhos, não raramente invadindo sua vida privada e seu recato, em inconveniente violação de

direitos legalmente assegurados a todos, inclusive os filhos menores de famílias em relação a seus pais¹¹⁸.

A medida adotada pelos pais a título de educação, controle e estabelecimento de limites aos filhos deve ser revestida de *idoneidade*, *necessidade* e *proporcionalidade*, sob pena de configurar violação de um ou mais dos direitos da personalidade dos filhos menores e nessa condição vir a se eivar de ilegalidade.

O atributo de *idoneidade* da medida consiste na utilização de meios não vedados por lei para sua consecução, afastando o poder familiar exercido mediante a prática abusiva de meios contrários a moral e ao respeito individual, constantemente justificado sob a alegação de que as circunstâncias justificam um indiscriminado uso dos meios necessários para um poder familiar de exercício pleno e resultado eficiente.

Sob o aspecto da *necessidade*, a medida de controle dos pais em face dos filhos menores há de ser imprescindível e necessária para que se realize a supervisão do comportamento do filho menor. O controle estará revestido de *necessidade*, sempre que a medida adotada revelar-se imperiosa e a única providência cabível para que o “múnus publico” não sofra prejuízo ou solução de continuidade.

Finalmente, o controle exercido deve guardar *proporcionalidade* com o valor que visa assegurar e ao resultado que se objetiva com a providência. A medida deve ser proporcional e suficiente para que seja afastado o risco ou a ameaça apresentada pela situação que os pais visam evitar, sem que se sacrifique desnecessariamente a intimidade e a conseqüente dignidade do filho menor¹¹⁹.

Assim, na certeza de estarem amparados pelo regular exercício do poder familiar, os pais podem valer-se de um controle tecnológico sobre seus filhos, desde que seja analisado caso a caso e atendendo a estritos critérios de *idoneidade*,

¹¹⁸ Antonio Fernando do Amaral e Silva. O Estatuto, o novo Direito da Criança e do Adolescente e a Justiça da Infância e da Juventude. In: Cecília Simonetti, Margaret Blecher, Emilio Garcia Mendez – organizadores, *Do avesso ao direito*. São Paulo: Ed. Malheiros/UNICEF, 1994, p. 249.

¹¹⁹ Antonio Fernando do Amaral e Silva. O Estatuto, o novo Direito da Criança e do Adolescente e a Justiça da Infância e da Juventude. In: Cecília Simonetti, Margaret Blecher, Emilio Garcia Mendez – organizadores, *Do avesso ao direito*. São Paulo: Ed. Malheiros/UNICEF, 1994, p. 249.

necessidade e proporcionalidade. É legítima a utilização de medidas de vigilância e controle que sirvam aos fins colimados, mas que também causem o menor impacto possível sobre a intimidade e a dignidade dos filhos. Vale ressaltar que o direito a intimidade, é igual aos demais direitos fundamentais não sendo absoluto e podendo ceder ante os interesses constitucionalmente relevantes, sempre que seja necessário para lograr um fim legítimo, proporcionando o respeito ao conteúdo essencial do direito.

Em que pese a intenção dos pais de apenas exercer estritamente o regular direito de poder familiar, o uso pessoal ou por interposta pessoa de meios vedados por lei ou a utilização de dispositivos eletrônicos de acompanhamento e controle da localização e da ação dos filhos, não raramente constitui constrangimento e violação de direitos da personalidade dos filhos menores, conforme passaremos, em apertada síntese, a exemplificar:

3.1 Uso de software espião para supervisionar acessos dos filhos na web

A sociedade contemporânea caracteriza-se pela permanente criação de novas tecnologias e de novas modalidades de relações sociais, que precisam ter sua aplicação e dinâmica reguladas, para que seu uso não venha ocorrer em detrimento das necessidades básicas e do desenvolvimento espiritual do ser humano.

A revolução cibernética tem gerado uma série de mudanças nas relações sociais que afetam necessariamente as pessoas, incluindo os integrantes da família. Nesse bojo uma série de questões aflora envolvendo pais e filhos no que concerne à utilização dos meios eletrônicos em casa e mesmo no ambiente de trabalho.

A “*World Wide Web*”, que em inglês significa “rede de alcance mundial”, é também conhecida como “web” e “www”, é um sistema de documentos em hipermídia interligados e que é executado na internet. Por sua vez, a internet é um conglomerado de redes em escala mundial de milhões de computadores interligados pelo protocolo de internet que permite o acesso a informações e todo tipo de

transferência de dados. A internet é a principal das novas tecnologias de informação e comunicação¹²⁰.

Software, logiciel ou programa de computador é uma sequência de instruções a serem seguidas e/ou executadas, na manipulação, redirecionamento ou modificação de um dado/informação ou acontecimento¹²¹.

Software também é o nome dado ao comportamento exibido por essa sequência de instruções quando executada em um computador ou máquina semelhante¹²².

Tecnicamente, *software* também é o nome dado ao conjunto de produtos desenvolvidos durante o Processo de Software, o que inclui não só o programa de computador propriamente dito, mas também manuais, especificações, planos de teste, etc¹²³.

Ainda que originalmente pensados para fazer o bem aos semelhantes, os inventos e as descobertas do homem findam por permitir um paralelo de mau uso daquilo que foi concebido apenas para ajudar e nunca para destruir ou conspurcar.

No mesmo contexto de revolução de desenvolvimento cibernético, onde os computadores podem ser ligados a uma rede mundial – a internet – que estabelece e consolida uma ininterrupta comunicação e integração entre seus usuários, os temores e ameaças tornam-se realidade. Pela mesma internet por onde trafegam e se disponibilizam informações de considerável valor artístico, didático, histórico e cultural, também se apresentam como concreta ameaça o real e facilitado acesso ao uso abusivo de drogas, prática de crimes e pregação de radicalismos de natureza política, religiosa e racial que levam os pais a encararem a “rede mundial” como sede de perigo iminente a ser obrigatoriamente vigiada e permanentemente monitorada¹²⁴.

¹²⁰ Conceito obtido em "<http://pt.wikipedia.org/wiki/web>."

¹²¹ Conceito obtido em "<http://pt.wikipedia.org/wiki/web>."

¹²² Conceito obtido em "<http://pt.wikipedia.org/wiki/web>."

¹²³ Conceito obtido em "<http://pt.wikipedia.org/wiki/web>."

¹²⁴ Paul Virilio *A bomba Informática*. trad. Luciano Vieira Machado. São Paulo: Ed. Estação Liberdade Ltda., 1999, p. 89.

O correio eletrônico (*e-mail*) já atingiu nível de popularidade tão elevado que disputa preferência com meios mais tradicionais de correspondência, a exemplo do cartão postal, do telegrama e do fax. Pela própria tecnologia que viabiliza o seu trâmite na Internet, é fácil a violação do seu conteúdo, assemelhando-se a uma carta não lacrada. Mas essa vulnerabilidade não o exclui da garantia constitucional do sigilo. Entendemos ser tão pífia a afirmativa de que uma vez estando o *mail* (correspondência) na rede torna-se de acesso público, quanto pífia também seria a justificativa de que um telegrama, por não ter lacre, poderia ter o seu conteúdo divulgado a terceiros sem a anuência do destinatário¹²⁵.

Outro aspecto da internet que inquieta a todos aqueles que zelam pelo bom uso dessa genial ferramenta de aproximação dos povos, diz respeito à invasão dos microcomputadores pelos *cookies*, forma singela (mas nem por isso menos preocupante) de tratamento dado a esses “biscoitinhos digitais”, que fazem a via inversa das conexões, entrando na intimidade do usuário sem pedir permissão e de forma imperceptível. São pequenos programas, “plantados” a partir de certas páginas *web* no computador do visitante destas, armazenando na máquina do usuário as informações colhidas quando ele passou por um determinado *site*. Aparentemente têm somente a finalidade de facilitar o retorno do usuário a determinados *sites*, posto que completa o URL sempre que o usuário começa a digitá-lo. Entretanto, são desvirtuados, passando a funcionar como autênticos espíões, gerando informações acerca das preferências do visitante, sempre que ele passa por uma determinada página virtual. Essa característica de ‘espião’ dos *cookies*, implica em violação ao direito à privacidade, ensejando providências judiciais inibitórias (restrição ou impedimento ao uso desses softwares) ou indenizatórias (quem sabe até por dano moral, decorrente da violação da intimidade do usuário)¹²⁶.

Nos moldes do inciso X do artigo 5º da Constituição Federal, “*são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material e moral decorrente de sua*

¹²⁵ Paul Virilio *A bomba Informática*. trad. Luciano Vieira Machado. São Paulo: Ed. Estação Liberdade Ltda., 1999, p. 94.

¹²⁶ Paul Virilio *A bomba Informática*. trad. Luciano Vieira Machado. São Paulo: Ed. Estação Liberdade Ltda., 1999, p. 98.

violação.” O mencionado dispositivo constitucional leva-nos a deduzir que a intimidade passa a ter um sentido amplo. Ninguém poderá de qualquer forma se intrometer na vida e nos interesses alheios, seja publicando fotos, textos, ou divulgando segredos pois é vedada a intromissão nas questões particulares. A violação implica em indenização pelos danos que forem causados. Neste mesmo sentido, entendemos importante destacar uma decisão do Supremo Tribunal Federal a respeito do direito à intimidade:

“Decidiu o STF que o direito à intimidade - que representa importante manifestação dos direitos da personalidade - qualifica-se como expressiva prerrogativa de ordem jurídica que consiste em reconhecer, em favor da pessoa, a existência de um espaço indevassável destinado a protegê-la contra indevidas interferências de terceiros na esfera de sua vida privada. (Supremo Tribunal Federal – Mandado de Segurança 23.669 – Distrito Federal (Medida Liminar) Rel. Ministro Celso de Mello, 12/04/00(DJU 17.04.00).

Ao interpretarmos a redação constante do inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, concluiremos que o sigilo da correspondência ali protegido abrange também as trocas de informações por correio eletrônico porque se trata de uma forma de comunicação por correspondência mesmo que o meio empregado seja o eletrônico e que o espaço seja o virtual. Da mesma forma, inviolável também deve ser o conteúdo de mensagens trocadas pela Internet através de programas de bate-papo porque todos estes constituem meios de comunicação e, antes de tudo, de correspondência. Este é também o entendimento de Otavio Piva:

“Trata-se de forma de manifestação pessoal, ou melhor, de pessoa a pessoa. Segundo a doutrina, o significado de correspondência trazido pelo inciso XII, da Constituição Federal tem sentido amplo. É assim, toda comunicação, escrita e verbal, através do espaço, por carta, telegrama, telefone, radiotelefonía, dados informatizados, radiotelegrafia e outros, abrangendo não só a carta mas os demais instrumentos de comunicação”¹²⁷.

Ao entenderem que o *“múnus público”* do poder familiar compreende e impõe a adoção das providencias necessárias e indispensáveis para a plena supervisão da conduta de seus filhos menores, os pais acabam por se considerarem

¹²⁷ Otávio Piva. *Comentários ao Artigo 5º da Constituição Federal de 1988*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2000. p.111.

no dever de manter controle sobre as atitudes de seus filhos e, mesmo clandestinamente, supervisionam o conteúdo das mensagens enviadas e recebidas por eles quando conectados a Internet.

A despeito da clandestinidade dos meios utilizados e da flagrante devassa do conteúdo de correspondência eletrônica, que configura violação do direito à privacidade e mesmo intimidade de seus filhos, as circunstâncias acabam por mitigar a gravidade de tais atitudes.

A rede mundial de computadores - Internet, criada para que se facilitasse o trânsito de informações e mensagens de todos os seus usuários nos mais distantes e inacessíveis locais do planeta, desde há muito passou a ser utilizada como ferramenta de práticas delituosas das mais diferentes espécies, buscando e atingindo suas vítimas no recôndito de seus lares.

Assim, ao constatarem que seus filhos encontram-se em casa, no interior de seus aposentos, utilizando a Internet, muitos pais podem concluir precipitadamente que nada de mal poderá atingi-los e que sua segurança esta garantida. Não obstante, a mídia escrita falada e televisionada traz diariamente notícias acerca de vítimas e de autores de crimes gravíssimos praticados pela Internet.

Por ter sido concebida para ser uma ferramenta de uso democrático e amplo, evitando a elitização e a formação de grupos fechados de usuários, a Internet não permite um rígido controle e um estrito policiamento do conteúdo das mensagens enviadas, facilitando a ação de alguns criminosos e expondo toda a coletividade mundial de usuários a riscos de diferentes tipos e “modus operandi”¹²⁸.

Crimes como tráfico de entorpecentes, intolerância racial, estelionato, aliciamento de escravas brancas, e mesmo difusão de práticas contrárias à boa formação pessoal e familiar, estão entre outros disponíveis para acesso a todos os usuários da Internet, incluindo os filhos de todas as famílias no mundo.

¹²⁸ Pierre Lévy, *Cybercultura*. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 1999, p. 57.

Nesse contexto, aos pais só resta a alternativa de evitar o envolvimento de seus filhos como autores ou vítimas de crimes eletrônicos mediante o estabelecimento de um controle de uso dos computadores e do conteúdo das mensagens que por ele são recebidas e enviadas.

Ao entenderem que o “*múnus publico*” do poder familiar compreende e impõe a adoção das providencias necessárias e indispensáveis para a plena supervisão da conduta de seus filhos menores, os pais acabam por se considerarem no direito de supervisionar, mesmo clandestinamente, seus filhos no uso de computadores ligados a Internet.

Para a consecução do controle que objetivam, lançam mão de “*software*” ou “*cookie*” destinado a violar as comunicações estabelecidas por seus filhos na internet, monitorando-as e consumando uma autêntica espionagem de seus conteúdos.

O procedimento consiste em instalar pequenos programas, a partir de certas páginas *web* no computador do filho menor, armazenando na máquina utilizada as informações colhidas quando ele passou por um determinado *site*. Valendo-se de dispositivo destinado a facilitar o retorno do filho usuário a determinados *sites*, os pais acabam por tomar conhecimento não autorizado de correspondências eletrônicas e pesquisas realizadas pelo filho na *web*, invadindo e violando irregularmente sua intimidade. Trata-se de uso desvirtuado de um dispositivo que passa a funcionar como autêntico espião, gerando para os pais certas informações não autorizadas acerca das preferências do filho, sempre que ele passa por uma determinada página virtual. A utilização de “*cookies espíões*” implica em violação ao direito à privacidade e intimidade dos filhos, podendo mesmo ensejar providências judiciais inibitórias (restrição ou impedimento ao uso desses softwares), decorrente da violação da intimidade do filho menor pelos pais¹²⁹.

A conduta, mesmo que seja praticada sem a intenção de infringir a lei, pode ser considerada como violação da privacidade do filho menor pelos pais, em face da disposição constitucional dos incisos VI, VIII, IX e especialmente X, do artigo 5º. da Carta Constitucional de 1988.

¹²⁹ Pierre Lévy, *Cybercultura*. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 1999, p. 57.

Como sói acontecer, essas indiscrições e violações familiares refletem na desenvoltura da relação familiar e trazem algumas conseqüências que abalam direitos de filhos. Na dependência da gravidade e da proporção em que ocorrem, podem mesmo desembocar no Poder Judiciário.

A comunicação entre os usuários dessas máquinas, faz-se através de redes. Antonio Jeová Santos alerta que:

"a Internet, a Rede mais utilizada no mundo todo, surge, trazendo benefícios a seus usuários, mas, sérias preocupações a toda comunidade jurídica, pela completa ausência de regras. Este vácuo normativo se soma à outra problemática: a Internet não é pessoa jurídica; não tem personalidade jurídica; não tem administrador, nem é controlada por certo grupo que poderia emprestar a natureza jurídica de holding; não possui conselho fiscal ou deliberativo"¹³⁰.

Porém, por serem questões novas, ainda suscitam uma série de discussões quanto à aplicação da legislação vigente, pois a mesma não possui redação específica e contundente que solucione o caso concreto de maneira desejada e eficaz.

O ideal seria que fossem criadas normas legais sobre o assunto. No entanto, enquanto as mesmas não surgem, deveremos aplicar as vigentes mesmo que não se adaptem e solucionem de forma correta a questão factual.

Na ausência de julgados referentes à violação do direito de intimidade dos filhos menores, trazemos a colação julgado do Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo exarado em um caso interessante sobre a utilização indevida do *e-mail* pelo empregado em horário de trabalho e pelos meios de produção oferecidos pelo empregador. Referido Acórdão conclui:

"Ementa

Justa Causa. 'E-mail caracteriza-se como correspondência pessoal. O fato de ter sido enviado por computador da empresa não lhe retira essa qualidade. Mesmo que o objetivo da empresa seja a fiscalização dos serviços, o poder diretivo cede ao direito do obreiro à intimidade' (inciso VIII do artigo 5º da Constituição Federal). Um único e-mail, enviado para fins particulares, em horário de café, não tipifica justa causa. Recurso provido".

¹³⁰ Antonio Jeová Santos. *Dano moral na internet*. São Paulo: Método, 2001, p. 125.

No acórdão dois pontos foram analisados. O primeiro diz respeito à violação da intimidade do empregado e o segundo diz respeito à proporcionalidade da pena aplicada pelo envio de apenas um *e-mail*. A primeira é extremamente contundente quando assevera que o “E-mail *caracteriza-se como correspondência pessoal*”. *O fato de ter sido enviado por computador da empresa não lhe retira essa qualidade. Mesmo que o objetivo da empresa seja a fiscalização dos serviços, o poder diretivo cede ao direito do obreiro à intimidade.*

Acreditamos que em plena igualdade de condições e pelas mesmas razões de fato e de direito, na condição de pai, mãe ou de empregador, não há como não vulnerar os direitos constitucionalmente protegidos. Mais sensata e adequada a opção por métodos de supervisão e controle da atividade dos filhos que favoreça a manutenção de um ambiente familiar mais respeitoso e confiável que proporcione autonomia e intimidade, evitando o receio, o conflito e o mal-estar de pais e filhos ensejadas por condutas desmedidas e excessivas derivadas do poder familiar.

A medida adotada pelos pais a título de educação, controle e estabelecimento de limites aos filhos deve ser revestida de *idoneidade, necessidade e proporcionalidade*, sob pena de configurar violação de um ou mais dos direitos da personalidade dos filhos menores e nessa condição vir a se eivar de ilegalidade¹³¹.

O atributo de *idoneidade* da medida consiste na utilização de meios não vedados por lei para sua consecução, afastando o poder familiar exercido mediante a prática abusiva de meios contrários a moral e ao respeito individual, constantemente justificado sob a alegação de que as circunstâncias justificam um indiscriminado uso dos meios necessários para um poder familiar de exercício pleno e resultado eficiente¹³².

Sob o aspecto da *necessidade*, a medida de controle dos pais em face dos filhos menores há de ser imprescindível e necessária para que se realize a supervisão do comportamento do filho menor. O controle estará revestido de *necessidade*, sempre que a medida adotada revelar-se imperiosa e a única

¹³¹ Luiz Roberto Barroso, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, São Paulo, Saraiva, 1996, p.209.

¹³² Luiz Roberto Barroso, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, cit., p.209.

providencia cabível para que o “múnus publico” não sofra prejuízo ou solução de continuidade¹³³.

Finalmente, o controle exercido deve guardar *proporcionalidade* com o valor que visa assegurar e ao resultado que se objetiva com a providencia. A medida deve ser proporcional e suficiente para que seja afastado o risco ou a ameaça apresentada pela situação que os pais visam evitar, sem que se sacrifique desnecessariamente a intimidade e a conseqüente dignidade do filho menor¹³⁴.

Assim, na certeza de estarem amparados pelo regular exercício do poder familiar, os pais podem valer-se de um controle tecnológico sobre seus filhos, desde que seja analisado caso a caso e atendendo a estritos critérios de *idoneidade*, *necessidade* e *proporcionalidade*. É legítima a utilização de medidas de vigilância e controle que sirvam aos fins colimados, mas que também causem o menor impacto possível sobre a intimidade e a dignidade dos filhos. Vale ressaltar que o direito a intimidade, é igual aos demais direitos fundamentais não sendo absoluto e podendo ceder ante os interesses constitucionalmente relevantes, sempre que seja necessário para lograr um fim legítimo, proporcionando o respeito ao conteúdo essencial do direito.

3.2. Contratação de hacker para espionar site e correio eletrônico dos filhos

Originalmente, e para certos segmentos de programadores, hacker e o indivíduo que elabora e modifica programas e componentes de computadores, seja desenvolvendo funcionalidades novas, seja adaptando as antigas. Originário do idioma inglês, o termo é comumente utilizado no português sem modificação. Na língua comum o termo designa programadores maliciosos e “*piratas da web*” que agem com o intuito de violar ilegal ou imoralmente sistemas cibernéticos¹³⁵.

Movidos pelos mesmos objetivos de pais que lançam mão de “*software*” para monitorar e violar as comunicações estabelecidas por seus filhos na internet,

¹³³ Luiz Roberto Barroso, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, cit., p.209.

¹³⁴ Luiz Roberto Barroso, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, cit., p.209.

¹³⁵ Conceito obtido em <http://pt.wikipedia.org/wiki/Hacker>.

alguns titulares do poder familiar contratam *hacker* para violar o conteúdo dos sites visitados por seus filhos, assim como o teor das matérias e diálogos extraídos dos correios eletrônicos recebidos e enviados por eles, conduta que se desprovida dos já citados critérios de *idoneidade*, *necessidade* e *proporcionalidade*, também poderão configurar violação do direito de privacidade e de intimidade dos filhos.

Ao contratarem um *hacker* para violar o conteúdo das conversas e pesquisas na *web*, os pais não apenas violam a intimidade de seus filhos, mas também propiciam que terceiro tome igual conhecimento daquele conteúdo, tornando o desrespeito ainda mais agravado e irregular, mas não possibilitando sua definição como conduta criminosa.

Não obstante, cabe aos pais, no exercício do poder familiar, promover todos os cuidados a fim de evitar que seus filhos tomem contato com praticas e modismos perniciosos veiculados livremente e facilmente acessíveis pela *web*. Para que seus filhos sejam conscientizados e mantidos em segurança e longe de perigos como trafico de entorpecentes, pedofilia, idéias ligadas à intolerância racial, homofobia, xenofobia, radicalismos ideológicos e religiosos, que circulam livremente pela rede mundial de computadores e servem de exemplos da variada gama de ameaças para a saúde e o bem estar de seus filhos, é indispensável manter uma constante proximidade com o conteúdo dos sites franqueados aos usuários e freqüentados por seus filhos.

Na contingência de suas limitações de conhecimento técnico e pratico sobre a tecnologia e as grandes redes de computadores, que os impede de exercer com inteireza essa prerrogativa componente de seu poder familiar, os pais acabam por contratar os *hackers* a quem confiam esse mister.

Não vamos aqui examinar a fundo esta problemática, uma vez que este não é nosso escopo. Todavia, entendemos ser de muita importância deixar mencionado que a doutrina se encontra dividida acerca do tema.

As opiniões são as mais variadas. Vejamos, primeiramente, o conceito de delito informático elaborado por Luis Camacho Losa. Para o citado autor:

"En una primera aproximación podríamos definir el delito informático como toda acción dolosa que provoca un perjuicio a personas o entidades, sin que necesariamente conlleve un beneficio material para su autor, o que, por el contrario, produce un beneficio ilícito a su autor aun cuando no perjudique de forma directa o inmediata a la víctima, y en cuya comisión intervienen necesariamente de forma activa dispositivos habitualmente utilizados en las actividades informáticas¹³⁶.

Tecnicamente, o princípio da legalidade (nullum crimen, nulla poena sine praevia lege), vigente no direito penal impede o enquadramento criminal da conduta praticada pelo hacker. Pelo princípio basilar do direito penal, somente haverá crime praticado pelo hacker quando existir perfeita correspondência entre a conduta praticada por ele e a previsão legal e estrita de sua conduta. Conclui-se, portanto, que só há crime nas hipóteses taxativamente previstas em lei. Além da existência de lei específica, é necessário que já esteja em vigor na data em que o fato é praticado (princípio da anterioridade da lei penal). Não se pode olvidar, também, que a analogia, na esfera penal, somente pode ser aplicada em favor do réu.

A utilização da Internet enseja determinado risco da atividade. Conforme entende Roberto Senise Lisboa, risco da atividade é o perigo que determinada conduta pode proporcionar à personalidade e ao patrimônio alheio. A reparação do dano causado à vítima ou aos seus bens advém da atividade em si, e não de sua licitude ou ilicitude. Torna-se, portanto, dispensável a discussão sobre a ilicitude da atividade perigosa, uma vez que a responsabilidade objetiva se dá mesmo quando a atividade é lícita. Por outro lado, não obsta a conclusão de que se trata de ato ilícito pelo resultado¹³⁷.

3.3.Rastreamento de e-mail pessoal

A questão da violação da privacidade é um tema controverso e tem sido amplamente debatido. A proteção legal ao privado apresenta lacunas que se aprofundam na medida em que se amplia a capacidade de troca e difusão de informação. Neste sentido, as mudanças tecnológicas deste fim de século, entre as quais destacamos o sistema de comunicação por redes (Internet) levantam várias

¹³⁶ Camacho Losa, Luis: *Delito Informático*, 1ª ed., Condor, Madrid, 1987, p. 25.

¹³⁷ Roberto Senise Lisboa. *Manual elementar de direito civil*. 2ª ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2002, p.163.

questões sobre a eficiência da proteção legal à privacidade.

Os tipos de privacidade que a lei tenta proteger são:

a) privacidade de informação, ou seja, evitar publicidade de atos que o indivíduo teve que inevitavelmente praticar em público, como serve de exemplo a compra de um teste caseiro de gravidez em uma farmácia, revelação que poderia tornar este ato de conhecimento geral, aumentando o gravame da violação praticada.

b) fatos sobre a vida pessoal sobre os quais se quer manter controle de acesso, como serve de exemplo a revelação indevida do conteúdo de uma carta.

A lei mostra-se mais eficaz na proteção dos fatos envolvendo a vida pessoal sobre os quais se quer manter controle e sigilo. No caso de violação de correspondência, existe a previsão legal e punição adequada. Com relação ao primeiro caso, entretanto, o controle não é tão eficaz pois, uma vez retirada do âmbito do privado, a informação torna-se pública e aos poucos perde-se o controle sobre ela¹³⁸.

Com o advento da Internet, aumentam-se consideravelmente as facilidades de obtenção de informação privada através da rede e acirra-se o debate sobre os pontos negativos e positivos do livre acesso à informação.

Esta adaptação torna-se mais urgente se observarmos a velocidade das transformações tecnológicas. Ao grampear um telefone, a informação obtida restringe-se ao registro do número discado. Na comunicação feita por e-mail, entretanto, pode-se obter uma gama variada de dados (tamanho da correspondência, quando foi enviada, se contém algum arquivo, o endereço do remetente etc) que fogem ao controle do indivíduo uma vez tornadas públicas. A

¹³⁸ Antonio Jeová Santos. *Dano moral na internet*. São Paulo: Método, 2001, p. 125.

proteção para este tipo de informação ainda é precária e os textos legais mostram-se caducos ou ausentes com relação ao tema.

O ponto crítico da questão é saber se temos como descobrir o autor das mensagens, já que não há nada que obrigue o servidor de correio anônimo a identificá-lo, como é o caso de muitos na Internet. Mas o panorama pode mudar completamente se o governo intervier no assunto e pressionar o servidor pela identificação do usuário faltoso.

3.4. instalações de câmaras de filmagem ou microfones em quarto e banheiro

Outra prática que atualmente vem sendo utilizada para a supervisão da atividade dos filhos pelos pais consiste na instalação de câmaras de filmagem, muitas vezes ocultas, em dependências do lar familiar, que propiciam aos pais acesso às atividades dos filhos mesmo em momentos de recato e privacidade. Sob a alegação de que os filhos podem se valer dos momentos de privacidade para no recato de seus aposentos praticarem atividades indesejáveis ou proibidas, os pais optam pelo monitoramento pleno e incondicional de seus filhos, instalando câmeras até nos quartos de dormir e nos banheiros de suas residências.

Na dependência da situação que se visa enfrentar, ainda sob a ótica da proporcionalidade da necessidade e da idoneidade, alhures abordada, entendemos que se trata de exagero a violar, sem justa causa, a privacidade e a intimidade dos filhos. O critério da proporcionalidade da medida escolhida, repetimos, deve sempre revestir o salutar exercício do poder familiar.

Ao ser vigiado e monitorado em seus momentos de inegável recato e indispensável privacidade sem que essa medida seja absolutamente indispensável para a tutela de interesses de valor mais excelso, como servem de exemplo a integridade física, psicológica, liberdade, reputação moral etc., o filho acaba por ser violado pelos pais, mais do que em seus direitos da personalidade, mas em suas liberdades civis.

As liberdades civis incluem, de acordo com Karl Loewenstein, a proteção contra a arbitrária privação da liberdade, a inviolabilidade de domicílio, a proteção contra registros e confiscos ilegais, a liberdade e o segredo de correspondência e de outros meios de comunicação, a liberdade de residência dentro do território nacional e as liberdades de livre decisão que se deduzem da individualização das relações familiares¹³⁹.

Assim, mesmo no contexto familiar não se admite ou se pode presumir válida ingerência plena, irrestrita e contínua na vida privada de qualquer pessoa, mesmo de um pai na vida do filho. O poder familiar deve e precisa ser dotado de meios para a ampliação de seus efeitos. Não obstante, entendemos que seu desproporcional exercício atenta contra os valores morais e sociais que busca preservar, entre eles o do respeito ao recato e a individualidade do homem.

3.5. *Uso de rastreador pessoal*

O aumento de casos de violência e de criminalidade nas metrópoles brasileiras faz com que os pais diversifiquem os meios de controle e de supervisão de seus filhos, temendo seu envolvimento em práticas criminosas na condição de vítimas ou mesmo na condição de autores .

Por mais surpreendente que pareça, o avanço tecnológico e a deterioração das relações humanas em nossa sociedade ensejaram o advento de uma prática invasiva de ampla capacidade de violação da intimidade alheia. No afã de manterem constante contato com seus filhos e de exercerem um contínuo controle de seus paradeiros e ações, pais obrigam seus filhos ao uso de celulares rastreados eletronicamente. Em circunstâncias excepcionais de temor e zelo, chegam a conceber a idéia de implantar chips nos corpos de seus filhos para continuamente definir seus paradeiros¹⁴⁰.

¹³⁹ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la constitucion* – traducion y estudio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona : Editorial Ariel S.A, 1982.

¹⁴⁰ O uso do microchip para evitar seqüestro está sendo utilizado no Brasil, onde o problema da falta de segurança e violência social é uma marca de nossa sociedade. Ver artigo publicado sob o título

O monitoramento de celulares, já difundido como dispositivo de controle de movimentação de funcionários pelas empresas, também acaba por servir aos pais que buscam um exagerado controle sobre seus filhos, visando evitar possíveis seqüestros de que seus filhos podem ser vítimas, como também seu envolvimento em outros problemas urbanos.

Não obstante, o avanço tecnológico traz a reboque mais um alerta em face do acesso e do assédio de pais a privacidade de seus filhos. A implantação de chips em seres humanos para efeito de arquivamento e transmissão de informações de caráter pessoal cada vez desperta mais preocupações, sobretudo diante da disseminação desses artefatos eletrônicos. Esses pequenos aparelhos do tamanho de um grão de arroz (cerca de 12 milímetros) são conhecidos tecnicamente como *transponders*, microchips implantados sob a pele que, ao serem lidos por um dispositivo de scanner, fornecem com rapidez informações sobre seu portador¹⁴¹.

No início, os fabricantes desses microchips cutâneos divulgavam sua comercialização como sistema de identificação em rebanhos e animais de estimação, para poderem ser utilizados acoplados a unidades GPS, permitindo, por exemplo, a localização de um animal perdido. Depois, os chips passaram a ter outro tipo de aplicação, voltada sua utilização para a localização de pessoas seqüestradas¹⁴².

Atualmente já se noticia sua utilização também para o controle da entrada e saída de pessoas em certos lugares¹⁴³.

"Famílias gaúchas na fila para receber os chips" - <http://brazil.indymedia.org/pt/blue/2005/02/308592.shtml>.

¹⁴¹ O chip do tamanho de um grão de arroz é introduzido no corpo por uma injeção ou pistolas semelhantes às usadas para vacinação, conforme informações disponíveis no link = <http://www.endi.com/XStatic/endi/template/nota.aspx?n=26843>.

¹⁴² O uso do microchip para evitar seqüestro está sendo utilizado no Brasil, onde o problema da falta de segurança e violência social é uma marca de nossa sociedade. Ver artigo publicado sob o título "Famílias gaúchas na fila para receber os chips" - <http://brazil.indymedia.org/pt/blue/2005/02/308592.shtml>.

¹⁴³ No México, a Secretaria de Justiça adotou a utilização dos chips para controlar o acesso de seus funcionários a salas de segurança máxima que guardam documentos sigilosos referentes ao narcotráfico naquele país.

Em Barcelona, na Espanha, a casa noturna Baja Beach Club adotou em março de 2004 o uso do chip para utilização por seus freqüentadores mais assíduos, que são identificados por sensores e as despesas efetuados vão sendo registradas eletronicamente¹⁴⁴.

Mas o tipo de utilização de chips em indivíduos mais disseminada atualmente parece ser para uso médico. O profissional que precisar tratar alguém que tenha implantado um dispositivo desse tipo sob sua pele tem apenas que passar um leitor sobre o chip e terá acesso ao histórico médico do paciente. Essa funcionalidade, de permitir que hospitais e médicos tenham informações precisas sobre cada paciente e sua condição de saúde, vem sendo propagada pelos defensores da tecnologia.

Se a simples possibilidade de monitoramento dos deslocamentos de uma pessoa já é altamente preocupante, como se mencionou, muito mais se pode dizer dessa funcionalidade atrelada à possibilidade de acesso automático a dados sensíveis da pessoa monitorada. A tecnologia do VeriChip permite essa invasão e monitoramento de filhos por seus pais e por terceiros que a eles venham servir.

Concebido para ser um verdadeiro dispositivo de rastreamento, o aparelho permite não somente identificar uma pessoa que passe sob o campo de alcance de um receptor ou scanner, mas, ao mesmo tempo, levantar informações altamente sensíveis (dados médicos ou qualquer outro) sobre essa mesma pessoa. A empresa que comercializa esse produto, além de exercer um monitoramento da vida da pessoa, através dos dados sobre a identidade e dos deslocamentos individuais que a tecnologia permite registrar, controla muitas outras informações que ficam disponíveis na sua base de dados. Não é o acesso ao número de informações contidas no próprio chip que preocupa. O VeriChip não é um simples dispositivo localizador, mas funciona em conexão com um sistema de banco de dados mantido pela empresa que desenvolveu sua tecnologia. O chip implantado contém em geral informações limitadas, às vezes um simples código pessoal, mas o scanner que faz

¹⁴⁴ Ver artigo publicado no site Terra - <http://tecnologia.terra.com.br/interna/0,,OI886717-EI4799.00.html>.

sua leitura funciona atrelado a uma potente base de dados, ampliando sobremaneira o grau de controle de informações pessoais¹⁴⁵.

Essa base de dados é formada pelo histórico de informações médicas do paciente e é alimentada sempre que este se submete a novo tratamento. O banco de dados, com todo esse manancial de informações médicas, fica à disposição dos usuários do sistema para pesquisas posteriores¹⁴⁶.

3.6. Revista em malas, sacolas, gavetas e armários

O procedimento de revistar malas, sacolas, gavetas e armários consiste no mais antigo e costumeiro de todos os meios de que se valem os pais para controlar e monitorar o comportamento de seus filhos. Mesmo muito tempo antes do aparecimento dos computadores e do advento da ameaça e da criminalidade eletrônica, que hodiernamente atemoriza os titulares do poder familiar, mães e pais já vasculhavam malas, sacolas, gavetas e armários pertencentes a seus filhos na expectativa de surpreendê-los em poder de objetos cuja posse não lhes era permitida. Os proibidos cigarros e as revistas masculinas eram cuidadosamente escondidas dos pais e mães para que não fossem encontradas.

Atualmente, deixou de existir a inocência e a irreverência não agressiva dos jovens das gerações de décadas passadas. Em determinadas oportunidades de nossos dias, o “bom moço” e a “moca de família” estão cedendo lugar ao adolescente pré-disposto ao confronto verbal e ao embate agressivo por conquistas

¹⁴⁵ O VeriChip contém um número codificado de 16 dígitos, que se lê mediante um scanner. Funciona com a tecnologia de identificação por radiofrequência (RFID), por meio da qual se permite identificar um objeto ou pessoa (na qual se tenha implantado o chip) e se conectar via ondas de radiofrequência à base de dados informatizada (localizada nos EUA), onde estão arquivadas as informações (pessoais e médicas) da pessoa.

¹⁴⁶ Segundo informações contidas em artigo de Victor Muiños Barroso Lima, a empresa ADS, fabricante do VeriChip, possui dois bancos de dados, conhecidos como Global VeriChip Subscriber Registry, que estão sediados na Califórnia e em Maryland. O VeriChip está sendo vendido por 200 dólares. O usuário ainda paga mais 40 dólares mensais a título de manutenção do serviço. A operação de implante dura cerca de 20 minutos, tempo necessário para aplicar uma anestesia local, injetar o dispositivo por meio de uma seringa descartável e fazer o curativo. Além do uso médico aprovado pelo governo americano, o artefato tem sido usado para outros fins em outros países (Vida de Gado: o uso de implantes eletrônicos de identificação e o direito à privacidade”, artigo publicado no site do IBDI - http://www.ibdi.org.br/index.php?secao=&id_noticia=433&acao=lendo).

e cobiças de pequeno valor monetário e nenhum valor moral e ético. O uso de substâncias não permitidas e a ingestão abusiva de bebidas alcoólicas fazem parte do desafio e da iniciação dos adolescentes.

É nesse contexto que os pais buscam supervisionar de perto os pertences dos filhos, vasculhando suas gavetas, malas sacolas e armários, atemorizados que estão com a “prematuridade” inconveniente e desnecessária que caracterizam alguns adolescentes desse nosso novo século que se inicia.

De qualquer maneira, o critério da proporcionalidade, necessidade e idoneidade da medida escolhida pelos pais, repetimos, deve sempre revestir o salutar exercício do poder familiar.

3.7. Intercepção de conversa telefônica ou de comunicação telemática

Intercepção telefônica é a gravação, a captação de conversa telefônica e ocorre quando, em nenhum momento, os interlocutores tem ciência da invasão de privacidade. Torna-se importante frisar este conceito para que não venhamos confundir intercepção telefônica com gravação clandestina da conversa telefônica, pois nesta última, um dos interlocutores sabe que a gravação se realiza¹⁴⁷.

A Constituição Federal consagra, no inciso XII, do art. 5º, a inviolabilidade da correspondência e das comunicações telegráficas de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal¹⁴⁸.

Guardando semelhança com as hipóteses já tratadas anteriormente, os pais que, no afã de tomarem conhecimento do comportamento dos filhos interceptam ligações telefônicas ou comunicações de telemática, caso venham a

¹⁴⁷ LESSA, Sebastião José. *A Constituição Federal e a intercepção telefônica*. Fórum Administrativo: Direito Público. Ano 2003, v.3, n.26, abril, páginas 2128- 2135.

¹⁴⁸ LESSA, Sebastião José. *A Constituição Federal e a intercepção telefônica*. Fórum Administrativo: Direito Público. Ano 2003, v.3, n.26, abril, páginas 2128- 2135.

fazê-lo sem qualquer critério, ou de forma desproporcional e desnecessária, fatalmente incorrerão em violação do direito de intimidade dos filhos.

Assunto, também, de grande polêmica no cenário jurídico diz respeito à gravação clandestina feita por pais na busca de informações acerca da atividade e do comportamento social dos filhos.

Embora se trate de situações envolvendo investigação criminal e não da relação de pais e filhos mediante excesso de zelo no exercício do poder familiar, oportuno frisarmos que o Supremo Tribunal Federal, já se manifestou acerca do tema em algumas ocasiões, eis em seguida alguns acórdãos:

*“É lícita a **gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores**, ou com sua autorização, sem ciência do outro, quando há investida criminosa deste último (...)” (HC 75.338-8/RJ, Rel. Min. Nelson Jobim).*

*“A **gravação de conversa telefônica por um dos interlocutores** não é interceptação telefônica, sendo lícita como prova no processo penal. Pelo princípio da proporcionalidade às normas constitucionais se articulam num sistema cuja harmonia impõe que, em certa medida, tolere-se o detrimento a algum direito por ela conferido, no caso, o direito à intimidade” (RHC 7.226/SP, Rel. Min. Edson Vidigal).*

*“A gravação de **conversa telefônica entre dois interlocutores, feita por um deles**, sem conhecimento do outro, com a finalidade de documentá-la, futuramente, em caso de negativa, nada tem de ilícita, principalmente quando constitui exercício de defesa (...)” (AI 503617 AgR/PR, Rel. Min. Carlos Velloso).*

Ademais, a Corte Suprema, no que se refere à captação de som ambiente, que do mesmo modo figura como forma clandestina de gravar conversa, tem entendido este comportamento como sendo lícito. (RE 212081/RO, Rel. Min. Octavio Gallotti).

Vale lembrar que, neste cenário, só há discussão quando o conflito é relativo ao consentimento dos envolvidos no diálogo sobre a gravação da conversa

telefônica, não havendo, pois, e nem devendo se discutir, a primor, sobre a licitude quando ambos os interlocutores estão cientes da gravação da conversa¹⁴⁹.

Destarte, não há alteração sobre a licitude quando a gravação de conversa se der em local público, pois o local é de exposição livre e público. Assim, a prova será considerada lícita. Situação diferente ocorre quando a captação de um som é feita em local privado. Em regra constitui-se prova ilícita por afrontar o inciso X do art. 5º da Constituição Federal, mas há exceção legal prevista no art 2º da Lei n. 9.034/95 que cuida dos crimes praticados por organização criminosa¹⁵⁰.

Há momentos em que a violação da privacidade poderá ser utilizada para uma função nobre ou humanitária, ou seja, trata-se da situação em que uma mensagem não solicitada é enviada com objetivo de praticar uma boa ação, ajudar a encontrar pessoas desaparecidas ou objetos roubados, divulgar informações com o fim de salvar vidas fornecendo informações sobre alguma doença nova e grave ou sobre algum vírus de computador ou algo de grande urgência que precisa ser divulgado ou mesmo exercer o poder familiar com inteireza e denodo.

É possível o entendimento de que a quebra da privacidade com fins nobres e humanitários sobrepõe-se ao direito de privacidade particular, pois em proporcionalidade, a busca pela defesa da vida e a manutenção do bem estar social são bens de valor que em determinadas situações devem prevalecer, por exemplo, quando, em autentico choque de valores constitucionalmente protegidos, a privacidade do indivíduo passa a ser de interesse relativamente menor¹⁵¹.

Por conseguinte, entendemos que a semelhança das demais formas de supervisão e controle dos filhos menores, a interceptação de conversa telefônica ou comunicação telemática dos filhos feita pelos pais, deve atender aos critérios de

¹⁴⁹ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 276.

¹⁵⁰ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 284.

¹⁵¹ *Anais do II Ciberética - Simpósio Internacional de Propriedade Intelectual, Informação e Ética*. Florianópolis, 2003. Disponível em: <http://www.ciberetica.org.br>. Acesso em: 14.jun.2007. Disponível também nos *Anais da ICCyber'2004: I Conferência Internacional de Perícias em Crimes Cibernéticos*. Brasília: Departamento de Polícia Federal, 2004.

necessidade, proporcionalidade e idoneidade para que não configure violação da privacidade ou da intimidade daqueles.

Como resquício do antigo “pátrio poder”, hoje poder familiar, persiste na doutrina e na legislação a tolerância ao que se denomina castigo "moderado" dos filhos. O Código Civil atual, ao incluir a vedação ao castigo imoderado, admite implicitamente o castigo moderado. O castigo pode ser físico ou psíquico ou de privação de situações de prazer.

No mesmo contexto de adequação dos anseios nacionais a uma Carta de Direitos mais próxima das alterações sociais experimentadas pelo Brasil do final do Século passado, o parágrafo 7º do artigo 226 da Constituição Federal dispõe que o planejamento familiar é livre decisão do casal, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.

A Lei nº 9.253/96 regulamentou a questão, principalmente no tocante à responsabilidade do Poder Público. O Código Civil de 2002, no artigo 1.565, traçou diretriz asseverando que o planejamento familiar é de livre decisão do casal e que é vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições públicas e privadas.

Merece destaque ainda o fato de que a Constituição Federal permite que a constituição de uma comunhão de vida familiar seja pelo casamento ou pela união estável, sem qualquer imposição ou restrição de pessoa jurídica de direito público ou privado.

Maria Helena Diniz chama este princípio de pluralismo familiar, uma vez que a norma constitucional abrange a família matrimonial e as entidades familiares (união estável e família monoparental), ressaltando que o atual Código Civil nada fala sobre a família monoparental, formada por um dos genitores e a prole.¹⁵²

Silvio de Salvo Venosa diz que a Constituição Federal de 1988 consagra a proteção à família no artigo 226, compreendendo tanto a família fundada no casamento, como a união de fato, a família natural e a família adotiva. Acrescenta

¹⁵² Maria Helena Diniz. *Curso de direito civil brasileiro*, cit., p. 21.

que desde há muito o país sentia necessidade de reconhecimento da célula familiar independentemente da existência de matrimônio:

“A unidade familiar, sob o prisma social e jurídico, não mais tem como baluarte exclusivo o matrimônio. A nova família estrutura-se independentemente das núpcias. Coube a ciência jurídica acompanhar legislativamente essas transformações sociais, que se fizeram sentir mais acentuadamente em nosso país na segunda metade do século XX, após a Segunda Guerra”¹⁵³.

Realmente a família à margem do casamento é uma formação social merecedora de tutela constitucional porque apresenta as condições de sentimento da personalidade de seus membros e a execução da tarefa de educação dos filhos. As formas de vida familiar à margem dos quadros legais revelam não ser essencial o nexo família-matrimônio: a família não se funda necessariamente no casamento, o que significa que casamento e família são para a Constituição Federal realidades distintas. A Constituição Federal apreende a família por seu aspecto social (família sociológica). Do ponto de vista sociológico inexistente um conceito unitário de família.

Neste ponto, coerente e necessário ressaltarmos que com relação ao filho de um dos pais, havido fora do casamento, mesmo que com terceira pessoa, o poder familiar competira a ambos os pais igualmente. Outra não será a conclusão acerca do poder familiar em relação a filho, havido de relacionamento eventual de pais solteiros, presentes e desimpedidos, cujo exercício será atribuído aos pais por disposição constitucional¹⁵⁴.

Cabe destacar que competira aos pais, igualmente, o poder familiar, ainda que o exercício possa ser atribuído a um ou outro conforme a convivência, mas intacta a titularidade. A despeito do Código Civil não regular tal situação, a solução deve ser adotada nos moldes acima propostos, sob pena de permanecerem os filhos havidos fora do casamento ou da união estável acéfalos do poder familiar, como estavam os havidos fora do matrimônio na disciplina do Código Civil de 1916.

Sendo o poder familiar função dos pais a ser exercida em benefício e no interesse do filho, não há que restringi-lo a certas e determinadas relações

¹⁵³ Silvío de Salvo Venosa. *Direito civil – Direito de família*. 6ª ed. São Paulo: Atlas 2006. p. 06.

¹⁵⁴ AMARAL E SILVA, Antonio Fernando do. O Estatuto, o novo Direito da Criança e do Adolescente e a Justiça da Infância e da Juventude. In: SIMONETTI, Cecília, BLECHER, Margaret, MENDEZ, Emilio Garcia (Orgs.). *Do avesso ao direito*. São Paulo: Malheiros/UNICEF, 1994.

havidas entre os pais, senão estendê-lo a todo e qualquer filho, sem discriminação alguma, em consonância com os preceitos constitucionais¹⁵⁵.

O advento do Código Civil atual trouxe à consideração essas demarcações conceituais, imprescindíveis à sua interpretação adequada. Vale dizer que suas normas não de ser interpretadas em conformidade com os princípios e regras que a Constituição Federal estabeleceu para a família no ordenamento jurídico nacional, animados de valores inteiramente diferentes dos que predominavam na sociedade brasileira, na época em que se deu a redação do capítulo relativo ao pátrio poder do Código de 1916, que, em grande medida, manteve-se no capítulo destinado ao poder familiar para a família atual. As palavras utilizadas pelo legislador de 1916, reaproveitadas pelo legislador do novo Código, são apenas signos, cujos conteúdos deverão ser hauridos dos princípios e regras estabelecidos pela Constituição Federal¹⁵⁶.

O Estatuto da Criança e do Adolescente trata do poder familiar em duas passagens, a saber: a) no capítulo dedicado ao direito à convivência familiar e comunitária, artigos. 21 a 24; b) no capítulo dedicado aos procedimentos, relativamente à perda e à suspensão do pátrio poder, artigos 155 a 163, que estabelecem regras próprias, uma vez que a legislação processual é apenas supletiva¹⁵⁷.

As regras procedimentais do Estatuto da Criança e do Adolescente permanecerão, pois o novo Código Civil delas não trata nem é com elas incompatível. No Estatuto da Criança e do Adolescente são legitimados para a ação de perda ou suspensão do poder familiar o Ministério Público ou "quem tenha legítimo interesse". Prevê o artigo 157 do Estatuto da Criança e do Adolescente a possibilidade de decretação liminar ou incidental da suspensão do poder familiar, ficando o menor confiado à pessoa idônea. A sentença que decretar a perda ou

¹⁵⁵ AMARAL E SILVA, Antonio Fernando do. O Estatuto, o novo Direito da Criança e do Adolescente e a Justiça da Infância e da Juventude. In: SIMONETTI, Cecília, BLECHER, Margaret, MENDEZ, Emilio Garcia (Orgs.). *Do avesso ao direito*. São Paulo: Malheiros/UNICEF, 1994.

¹⁵⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Do poder familiar. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1057, 24 maio 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8371>>. Acesso em: 27 jun. 2007.

¹⁵⁷ Valter Kenji Ishida. *Estatuto da criança e do adolescente*, 7. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2006, p. 26.

suspensão será registrada à margem do registro de nascimento do menor, conforme dispõe o artigo 163 do citado Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁵⁸.

Quanto ao direito material, há convergência entre o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente sobre o exercício conjunto pelo pai e pela mãe, com recurso à autoridade judiciária para resolver as divergências. O Estatuto da Criança e do Adolescente ressalta os deveres dos pais, enquanto o atual Código Civil, repetindo o anterior, opta pelas dimensões do exercício dos poderes, como será demonstrado abaixo. No Estatuto da Criança e do Adolescente há previsão de hipótese de perda do poder familiar não prevista no atual Código Civil, justamente voltada ao descumprimento dos deveres de guarda, sustento e educação dos filhos nos termos dos artigos 22 e 24. Em suma, não se vislumbra antinomia, cronológica ou de especialidade, entre os dois textos legais, não se podendo alvitrar a derrogação do Estatuto da Criança e do Adolescente como lei anterior, salvo quanto à denominação "pátrio poder", substituída no Código Civil de 2002 por "poder familiar". Como a menoridade no atual Código Civil foi reduzida para até os 18 anos, deixou de haver divergência com o que o Estatuto da Criança e do Adolescente define como "criança", pessoa com idade até 12 anos e "adolescente", pessoa com idade igual ou maior de 18 anos. Para fins do poder familiar, passa a ser a denominação comum aos campos de aplicação de ambas as leis¹⁵⁹.

O novo Código estabelece que "os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores", podendo levar à interpretação ligeira de serem os pais os únicos titulares ativos e os filhos os sujeitos passivos dele. Para o cumprimento dos deveres decorrentes do poder familiar, os filhos são titulares dos direitos correspectivos. Portanto, o poder familiar é integrado por titulares recíprocos de direitos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que o poder familiar será exercido pelo pai e pela mãe, "na forma do que dispuser a legislação civil". O novo Código refere-se apenas à titularidade dos pais, durante o casamento ou a união estável, restando silente quanto às demais entidades familiares tuteladas explícita ou implicitamente pela Constituição. Ante o princípio da interpretação em

¹⁵⁸ Valter Kenji Ishida. *Estatuto da criança e do adolescente*, 7. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2006, p. 35.

¹⁵⁹ Valter Kenji Ishida. *Estatuto, cit.*, p. 37.

conformidade com a Constituição, a norma deve ser entendida como abrangente de todas as entidades familiares, onde houver quem exerça o múnus, de fato ou de direito, na ausência de tutela regular, como se dá com irmão mais velho que sustenta os demais irmãos, na ausência de pais, ou de tios em relação a sobrinhos que com ele vivem.

O poder familiar, sendo menos poder e mais dever, converteu-se em “múnus”, concebido como encargo legalmente atribuído a alguém, em virtude de certas circunstâncias, a que se não pode fugir. O poder familiar dos pais é ônus que a sociedade organizada a eles atribui, em virtude da circunstância da parentalidade, no interesse dos filhos. O exercício do “múnus” não é livre, mas necessário no interesse de outrem. Concebido como múnus, o poder familiar é um complexo de direitos e deveres. Assim, a cada dever do filho corresponde um direito do pai ou da mãe; a cada dever do pai ou da mãe corresponde um direito do filho¹⁶⁰.

A convivência dos pais, entre si, não é requisito para a titularidade do poder familiar, que apenas se suspende ou se perde, por decisão judicial, nos casos previstos em lei. Do mesmo modo, a convivência dos pais com os filhos. Pode ocorrer variação de grau do poder familiar, máxime quanto ao que cumpre o dever de guarda, mas isso diz respeito apenas ao seu exercício e não à titularidade.

¹⁶⁰ LOBO, Paulo Luiz Netto, *Do poder familiar*, jus navigandi, Teresina, ano 10, n. 1057, 24 de maio 2006, disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8371>. Acesso em 14. jun. 2007; 24 jun. 2007; 16 jul. 2007.

IV. SUSPENSÃO E DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR POR VIOLAÇÃO AO DIREITO À INTIMIDADE DE FILHO MENOR OU PELA FALTA AOS DEVERES PTERNOS (ABANDONO MORAL)

Suspensão do poder familiar.

Por ser um *múnus público*, que deve ser exercido no interesse dos filhos menores não emancipados, o Estado controla o poder familiar, estabelecendo normas que descrevem as hipóteses em que o juiz pode privar temporariamente os pais de seu exercício, circunstancia em que configura suspensão do poder familiar seguida de nomeação de curador para o menor¹⁶¹.

A suspensão do poder familiar implica em privação total ou parcial das prerrogativas componentes do poder familiar, medida que é imposta por tempo determinado ao seu titular, relativamente a um único filho, a alguns dos filhos ou à totalidade da prole. Não obstante, desaparecendo a causa que deu origem à suspensão, a medida poderá deixar de vigor.

O artigo 1637 do Código Civil define as causas determinantes da suspensão do poder familiar. As causas podem ser configuradas por abuso de poder do pai ou mãe, falta aos deveres paternos, dilapidação dos bens do filho. O procedimento pode ser iniciado mediante requerimento de algum parente do menor ou do Ministério Público para que o juiz possa adotar medida que lhe pareça conveniente para prevenir a segurança ou preservar o patrimônio do filho menor não emancipado, suspendendo o poder familiar pelo prazo que lhe parecer razoável¹⁶².

Da mesma forma, a lei n. 8069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) no *caput* do artigo 24 e no inciso X do artigo 129 prevê a decretação da suspensão do poder familiar do pai ou mãe que vier a causar situação irregular do filho menor.

¹⁶¹ cf. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, 22^a ed., Saraiva, 2007, v.5, p. 525.

¹⁶² cf. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, 22^a ed., Saraiva, 2007, v.5, p. 526.

Nos termos do parágrafo único do artigo 1637 do Código Civil atual, também justifica a suspensão do exercício do poder familiar a condenação por sentença irrecorrível em razão de prática de crime cuja pena de reclusão ou detenção exceda 2 (dois) anos.

Maria Helena Diniz enfatiza a disposição do Código de Processo Civil, constante do inciso V do artigo 888, que entre as medidas cautelares prevê o depósito por autorização ou determinação judicial de menores ou incapazes castigados imoderadamente por seus pais, tutores ou curadores, ou por eles induzidos a prática de atos contrários à lei ou a moral. Proporcionalmente a gravidade do fato ocorrido, a medida cautelar de suspensão do poder familiar ou da função de tutor ou da de guardador poderá ser liminar ou incidentalmente decretada pelo juiz, ouvido o Ministério Público, até o julgamento definitivo da ação. Caso seja necessário, o menor será confiado à autoridade administrativa competente ou a pessoa idônea, mediante termo de responsabilidade, afastado o agressor da moradia comum, nos termos da lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 130 e 157¹⁶³.

Por fim, o Código Penal no parágrafo único e no inciso II de seu artigo 92, prevê a incapacidade permanente ou temporária para exercício do poder familiar como um dos efeitos da condenação criminal, levando-nos a conclusão de que os atos dos pais que revelem perversidade, exploração, crueldade, maus exemplos, além de procedimentos que venham a comprometer a saúde, a segurança e a moralidade do filho, ensejam a suspensão do poder familiar.

Caso a pena de suspensão imposta pelo juiz atinja o pai do filho menor, a mãe assumirá o exercício do poder familiar. Na hipótese de ser a mãe já falecida ou incapaz de exercer o poder familiar, um tutor será nomeado pelo juiz ao filho menor¹⁶⁴.

O artigo 1636 do Código Civil brasileiro, preserva o pleno exercício do poder familiar do bínubo. Aquele que, por ventura, tendo filho menor do relacionamento anterior, vier a convolar novas núpcias não perderá relativamente a esse filho os direitos inerentes ao poder familiar, tendo a administração e o usufruto

¹⁶³ cf. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, 22ª ed., Saraiva, 2007, v.5, p. 526.

¹⁶⁴ Pereira, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*, 14. ed. Forense, 2004, v.5, p. 443.

dos seus bens, cabendo-lhe, ainda, assumir os encargos com sua criação e educação, uma vez que conservara a sua guarda, tendo-o em sua companhia. O mesmo se diga se o genitor vier a estabelecer união estável¹⁶⁵.

Destituição do poder familiar.

O Código Civil disciplina o Poder Familiar na pessoa dos filhos de forma concisa no artigo 1.634, em que compete aos pais, primordialmente, dirigir a criação e a educação dos filhos menores para proporcionar-lhes a sobrevivência e tudo o que se fizer necessário para uma vida digna de uma pessoa na peculiar condição de desenvolvimento e formação.

Segundo dispõe o artigo 1.638 do Código Civil, perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que deixar o filho em abandono; incidir, reiteradamente nas faltas previstas no artigo antecedente (artigo 1.637 e parágrafo único).

Os deveres inerentes aos pais são aqueles previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente e no próprio Código Civil em artigos dispersos, sobretudo no que diz respeito ao sustento, guarda e educação. A Constituição Federal impõe os deveres de assegurarem aos filhos a vida, a saúde, a alimentação, o lazer, a profissionalização, a dignidade, o respeito, a liberdade, a convivência familiar e comunitária, e não submetê-los a discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A destituição do poder familiar é uma penalidade de maior vulto e gravidade que a suspensão. Opera-se mediante sentença judicial nos termos da alínea “b” do parágrafo único do artigo 148 da Lei n. 8069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente), na hipótese de o juiz se convencer de que ocorreu uma das causas que justificam a medida, em favor de toda a prole e não apenas de um ou alguns dos filhos. A medida judicial destinada a destituição devera ser promovida pelo outro cônjuge, por um parente do filho menor interessado, pelo próprio filho interessado se maior de dezesseis anos, pelo guardião do menor ou pelo órgão do Ministério Público.

¹⁶⁵ DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*, 12ª ed. rev atual., Saraiva, 2006, p. 1339.

A respeito da aplicação da penalidade de destituição do poder familiar já se manifestou o Tribunal de Justiça de São Paulo em hipótese de abandono do menor:

“Adoção – Pátrio Poder – Mãe que entrega a criança em tenra idade e, posteriormente arrependeu-se, pretendendo reavê-la - Inadmissibilidade – Criança que está sob a guarda dos requerentes há alguns anos, sendo que este relacionamento atingiu estágio de irreversibilidade e são vistos como os verdadeiros pais, com cumprimentos de todas as obrigações inerentes – Alteração desse estado que causaria dano psicológicos à infante – Adotantes que possuem condições materiais e afetivas de bem cuidá-la – Estudos técnicos nesse sentido – Recurso provido, para decretar a perda do pátrio poder da mãe e, em conseqüência, deferir a adoção da menor aos apelantes.” (TJSP – Ap. Cível 81334 – 0/7, 13.08.2001, Rel. Sérgio Gomes.).

Nos moldes definidos pelos termos do inciso V do artigo 1.635 do Código Civil, a perda do poder familiar é permanente. Não obstante, seu exercício pode excepcionalmente ser restaurado caso se comprove a superação pelo genitor penalizado do motivo que a ensejou ou que desapareceu a causa que o determinou, o que será feito em processo judicial de caráter contencioso. Vale ressaltar, por oportuno, que não mais se exige o requisito do transcurso do prazo de 05 anos contados da imposição da penalidade para que se ajuíze a ação de restabelecimento do poder familiar conforme previa a lei n. 6.697/79, hoje já revogada¹⁶⁶.

O artigo 1.638 do Código Civil prescreve a hipótese em que ocorrera a destituição do poder familiar do pai ou da mãe. A primeira hipótese refere-se a castigo imoderado imposto ao filho pelo pai ou pela mãe, transformando-o em vítima de maus tratos, de tentativa de homicídio, de opressão causados pelos próprios pais ou seus responsáveis.

¹⁶⁶ cf. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, cit., v.5, p. 527/528.

O mesmo artigo 1.638 do Código Civil define que o pai ou mãe que deixar o filho em abandono material e/ou moral, privando-o da convivência familiar, prevista no artigo 227 da Constituição Federal, ou de condições mínimas de sobrevivência, saúde e instrução obrigatória também incorrerá na prática de conduta passível de ensejar a destituição do poder familiar cujo exercício se demonstre irregular.

A prática de atos contrários a moral e aos bons costumes, suficientes para que se conclua pela situação irregular em que se encontra exposto o filho menor, também pode dar causa a destituição do poder familiar. Assim, podem ser considerados contrários a moral e aos bons costumes a convivência do filho menor com mãe que o exponha e o induza ao furto, a mendicância ou pai que se entregue ao uso ou tráfico de entorpecentes. Ressalte-se que, por si só, a convivência de filho menor com pai ou mãe que viva em união estável, em autêntico estado de casado, não constitui causa suficiente para destituição do poder familiar¹⁶⁷.

A Consolidação das Leis do Trabalho, em seu artigo 437, “caput” e parágrafo único, também definem a penalidade de perda do poder familiar para o pai ou mãe que venham a colaborar mediante ação ou omissão para que o filho menor trabalhe em locais ou em atividades perigosas, insalubres ou lesivas a sua moralidade, nos termos da Lei n. 8069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente, no inciso II do artigo 67, inciso II do artigo 98, inciso VIII do artigo 101 e inciso X do artigo 129¹⁶⁸.

Por fim, também serão destituídos do poder familiar os pais que incidirem reiteradamente no abuso de sua autoridade, na falta de seus deveres paternos e maternos, na dilapidação dos bens da prole e na prática de delito que venha ensejar sua condenação a pena maior que 2 anos de prisão, conforme estatui o “caput” do artigo 1637 do Código Civil atual. A análise de reiteração dos atos praticados pelo pai ou pela mãe requer detida cautela do magistrado, a evitar a adoção de medida extrema e de especial gravidade.

O inciso IV do artigo 1638 do Código Civil faculta ao juiz um dinâmico rol de medidas de maior gravidade que a prevista no artigo 1.637 do mesmo diploma legal.

¹⁶⁷ cf. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, cit., v.5, p. 528/529.

¹⁶⁸ cf. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, cit., v.5, p. 529.

Extinção do poder familiar.

A extinção do poder familiar pode ser ensejada por fatos, elencados no artigo 1.635 do Código Civil brasileiro.

A morte do filho ou dos pais, conforme estatui o inciso I do referido artigo 1.635 extingue o poder familiar pela óbvia razão de que o desaparecimento do filho inviabiliza a continuidade da relação jurídico-vinculativa estabelecida entre pais e filho. Diferentemente, o falecimento do pai ou da mãe não faz cessar o poder familiar, que se concentra no pai ou mãe sobrevivente, e com este continua. Caso ambos venham a falecer, o poder familiar se extingue. No regime do Código Civil de 1916, ocorria a transferência do pátrio poder do pai para a mãe. No atual Código Civil, em que pai e mãe são igualmente titulares do poder familiar, a morte de um deles não impede que o outro continue a exercê-lo normalmente¹⁶⁹.

O inciso II do artigo 1.635 estatui que a emancipação do filho, nos termos do parágrafo único do artigo 5., ambos do Código Civil brasileiro, importa em atribuição plena de direitos civis, sem a dependência dos pais. Levando-se em conta que o poder familiar é instituído em razão da incapacidade do filho, a emancipação do menor de idade implica em sua extinção. O parágrafo único do artigo 5. prevê a emancipação por concessão dos pais, homologada pelo juiz, se o menor contar com dezesseis anos de idade.

A maioridade do filho faz cessar o poder familiar, nos termos do inciso III do artigo 1.635 do Código Civil. Cessa também o poder familiar se o filho adquire a capacidade em decorrência das situações indicadas no parágrafo único do artigo 5., sem o vínculo obrigatório relativo à idade¹⁷⁰.

Também mediante a adoção do filho cessa o poder familiar dos pais biológicos, estabelecendo o poder familiar do adotante, nos termos do inciso IV do artigo 1635 do Código Civil. O parentesco civil passa a ser causa de transferência e não apenas de extinção do poder familiar, na medida em que o filho menor não deixa em nenhum momento de se submeter ao poder familiar.

¹⁶⁹ Pereira, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil* 14.ed., ed. Forense, 2004, v.5, p.433 e 434.

¹⁷⁰ Pereira, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil* 14.ed., ed. Forense, 2004, v.5, p.433 e 434.

Por derradeiro, o poder familiar poderá se extinguir por força de decisão judicial nos moldes definidos pelo inciso V do artigo 1.635 do Código Civil. O referido inciso V contempla os casos de imposição de castigos imoderados pelos pais aos filhos, assim como a hipótese de abandono, pratica de atos contrários a moral e aos bons costumes ou a reiterada conduta de pai ou mãe nas situações causadoras da suspensão do poder familiar definidos pelo artigo 1637 do Código Civil. Esta é a lição de Caio Mario da Silva Pereira que nos permitimos retratar¹⁷¹.

¹⁷¹ Pereira, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil* 14.ed., ed. Forense, 2004, v.5, p.433 e 434.

V. AS LIMITAÇÕES AO PODER FAMILIAR EM DECORRENCIA AO DIREITO DE INTIMIDADE DOS FILHOS

Conforme já tratado anteriormente, o método e os critérios fixados pelos pais para o exercício do poder familiar e a conseqüente educação dos filhos menores é uma escolha importante para a construção do futuro cidadão e do sujeito de direito, que terá que se inserir na sociedade satisfatoriamente, para que possa atender às pretensões, às imagens e às demandas pré-constituídas sobre os indivíduos. Certo também que este poder não pode exceder a esfera do cabível à moral social, vedado o abuso ou a desproporção de sua autoridade, castigando imoderadamente o filho, praticando atos contrários à ética, a moral, aos bons costumes ou a lei, que podem mesmo ensejar a restrição do poder familiar.

Acreditamos que nesta mesma situação incluem-se as violações aos direitos da personalidade. Orlando Gomes entende que a família é uma instituição social, e devido à importância desta convivência, se ocorrerem desvios ou desvirtuamentos nessa relação de poder entre pais e filhos, o estado intervirá para a proteção destes, enquanto menores. O poder familiar é, assim, um conjunto de deveres em que a "obrigação de educar os filhos está sobre a vigilância da autoridade pública. Sob este controle estão a saúde, a segurança e a moralidade do filho menor, admitindo-se que o pai possa ser destituído de tê-lo sob sua guarda se é negligente, incapaz ou arbitrário"¹⁷².

Trata-se, dentro do contexto pressuposto, de uma tentativa de socializar os filhos, por parte dos pais, para que eles "possam se tornar aceitos, atuarem bem e serem membros felizes da sociedade. Em geral, neste processo, os pais avaliam

¹⁷² Orlando Gomes. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 347. Assim, obviamente não poderão ocorrer no seio familiar condutas incompatíveis com o respeito e a harmonia social, que se espera sejam ensinadas e aplicadas no lar, para serem exigidas e demonstradas na sociedade.

as ações de seus filhos como boas ou más, maduras ou imaturas, dignas de serem eliminadas ou encorajadas"¹⁷³.

Para que este objetivo seja cumprido os pais se utilizam de algumas técnicas e métodos que estão de acordo com a sua maneira de pensar e de pensar e de enxergar os filhos inseridos na realidade dos conflitos de nossa sociedade, com seus valores.

O espaço ocupado pela família na vida do indivíduo é originalmente definidor das referências de mundo que ele carregará por toda a sua vida. Deste modo a intervenção dos pais sobre as crianças na tentativa de educá-las ou socializá-las segundo as regras implícitas à família ou a sociedade, além das preestabelecidas de forma verbal pelos pais, são conformadoras importantes da personalidade e das demandas do sujeito que está formado. Quase todos os pais têm idéias modelares com relação á maneira que gostariam que seus filhos fossem. Em suas tentativas de atingir essas concepções, os pais freqüentemente tentam inúmeras estratégias para atingir as suas diferentes finalidades.

As maneiras de agir dos pais e as técnicas de educação constituem uma função de muitos fatores que interagem entre si, refletem inevitavelmente suas características de personalidade e suas crenças. Os elementos que influem nas práticas educacionais dos pais caem em três categorias: "(1) forças que emanam da personalidade dos pais (personalidade, expectativas, crenças sobre objetivos de socialização eficazes); (2) características da criança (personalidade e capacidades cognitivas); e (3) o contexto social mais amplo no qual o relacionamento entre pais e filhos é inserido"¹⁷⁴.

Ao usar estas técnicas disciplinares ou atuarem a partir dos comportamentos da criança, os pais estão tentando promover um compromisso com os seus valores.

¹⁷³ Paul Henry Mussen; John Janeway Conger; Jerome Kagan; Aletha Carol Huston. *Desenvolvimento e personalidade da criança*. Tradução de Maria Lúcia G. Leite Rosa.. São Paulo: Editora Harbra, 1995, p. 432.

¹⁷⁴ Paul Henry Mussen; John Janeway Conger; Jerome Kagan; Aletha Carol Huston. *Desenvolvimento e personalidade da criança*. cit., p. 434

A questão concerne ao limite do uso da faculdade de impor castigos físicos aos filhos. Em alguns países e territórios é proibido pela lei aos pais ou quaisquer pessoas bater em crianças, muito por causa de pesquisas de psicólogos e sociólogos que ressaltam os aspectos negativos desta conduta. Pode-se recorrer, contando com este aspecto, ao princípio de que todas as pessoas têm o direito à proteção de sua integridade física e que as crianças também são pessoas, e que merecem um grau de atenção aumentado em razão de sua fragilidade.

Novamente ressaltamos nosso entendimento de que o princípio da afetividade é importantíssimo, pois quebra paradigmas, trazendo a concepção da família de acordo com o meio social.

A postura do pai diante da aprendizagem do seu filho conforma-se através do modelo direcionado pela percepção que ele nutre da realidade social do seu filho. A atuação, assim, sobre a criança ocorre a partir da estimulação, seleção e punição guiada pelos comportamentos bons ou ruins, que devam ser estimulados ou desencorajados. Neste processo as crenças dos pais sobre as motivações e capacidades das crianças são significativas na modelação das práticas disciplinares.

“Alguns pais acreditam que seus filhos são ativos, controlam sua aprendizagem e adquirem conhecimentos através da vivência. Discutem questões com seus filhos e lhes fazem muitas perguntas, estimulando-os assim a pensar e raciocinar. Em contraste, os pais que pensam que seus filhos são basicamente aprendizes passivos, adotam condutas e medidas que têm menos probabilidade de promover o desenvolvimento cognitivo. Além disso, aqueles que percebem seus filhos como capazes, e rápidos aprendizes aceitam que não deveriam ser restritivos, enquanto que aqueles que têm uma opinião desfavorável das capacidades naturais tendem a acreditar que deveriam ser restritivos e impositivos¹⁷⁵”.

Nessa situação podem ocorrer por parte dos pais, intencionalmente ou não, alguns

O princípio da bidirecionalidade é claramente observado nas interações entre pais e filhos: o temperamento e as características da criança influenciam na

¹⁷⁵ Paul Henry Mussen; John Janeway Conger; Jerome Kagan; Aletha Carol Huston. *Desenvolvimento e personalidade da criança*. cit., p. 434.

qualidade e na quantidade de cuidados que ela recebe, assim como as práticas educacionais dos pais influenciam as características da criança.

Seguindo os valores sociais acredita-se que a punição seja um método eficaz de educação. Verifica-se esta tendência em diversos contextos construídos a partir do pressuposto de que estas práticas inibem os comportamentos considerados nocivos. A mais *gritante* manifestação desta realidade é o Direito Penal, que a partir da noção de responsabilidade, tenta restabelecer a ordem social com a punição que pretende *ressocializar* o indivíduo.

Os pais também crêem que têm que apelar para a punição algumas vezes, principalmente quando estão tentando ensinar seus filhos a evitar práticas ou objetos perigosos, ou quando desejam inibir determinadas atividades. A punição pode ter conseqüências negativas, mas também pode ser aplicada com bons resultados para reduzir ou inibir respostas indesejáveis e promover o desenvolvimento do autocontrole e do comportamento apropriado socialmente. Para conseguir esses objetivos a punição deve ser administrada de acordo com alguns princípios bem estabelecidos. Se o objetivo é inibir ações inaceitáveis, a coerência na punição é essencial. A punição errática ou incoerente, por exemplo, punir um comportamento em determinadas ocasiões e não puni-lo em outras, provavelmente levará a persistência do comportamento. Assim como quanto mais curto for o intervalo entre o ato indesejável e a punição, mais eficaz será a tentativa de correção. As proibições e punições, neste processo, têm mais probabilidade de ter os efeitos desejados se seguidas de explicação sobre suas razões¹⁷⁶.

Quando uma criança é observada realizando um comportamento indesejável os pais podem puni-la ou conversar com ela, tentando suprimi-lo. No entanto, aplicação criteriosa dos princípios do reforço ou recompensa pode levar a uma prática educativa altamente eficaz e humana. Técnicas indutivas são mais

¹⁷⁶ Patrícia Calmon Rangel, Keley Cristiane Vago Cristo. "Os direitos da criança e do adolescente, lei de aprendizagem e terceiro setor, in http://www.prt17.mpt.gov.br/n_aprendiz.html, acesso em 04/jul/2007.

eficazes: elas incluem explicações, esclarecimentos sobre as conseqüências das ações. O exemplo paterno também é extremamente importante¹⁷⁷.

Os pais punitivos fornecem modelos agressivos. Assim, a família pode ser um espaço *perigoso* para as crianças. Não raro, justifica-se a intervenção agressiva dos pais, visando a corrigi-las. "Crê-se que a imposição de limites às crianças deve ser necessariamente, acompanhada de medidas de censura aplicadas *moderadamente*, que podem ir desde agressões físicas, restrições à liberdade de locomoção, imposição de obrigações ou tarefas humilhantes até rotinas rigorosas que comprometem o desenvolvimento físico e psíquico da criança e do adolescente¹⁷⁸".

Punições severas podem levar à obediência futura de regras, mas também podem levar os ressentimentos, medo, os quais, por sua vez, podem fazer com que a criança resista à aceitação e a internalização desta regras. Como reação, as crianças podem evitar os pais punitivos que, portanto, terão menos oportunidades de orientá-los.

Para Mussen, as crianças não agressivas provavelmente respondem à punição paterna inibindo as ações pelas quais são punidas, enquanto os meninos altamente agressivos freqüentemente intensificam seu comportamento indesejável após a punição¹⁷⁹.

Se uma criança é insolente ou continua uma ação proibida, os pais tornam-se mais punitivos, o que dá continuidade ao circuito desencadeado pela agressão paterna que, quando severa, pode ter efeitos colaterais graves, já que comporta tanta ansiedade que as crianças não aprendem a lição pretendida.

As atitudes dos pais com relação à educação dos filhos têm suas razões na maneira como nossa sociedade percebe a criança e o período da infância,

¹⁷⁷ Patrícia Calmon Rangel, Keley Cristiane Vago Cristo. "Os direitos da criança e do adolescente, lei de aprendizagem e terceiro setor, in http://www.prt.17.mpt.gov.br/n_aprendiz.html, acesso em 04/jul/2007.

¹⁷⁸ Maria Azinalda Neves Baptista. Violência doméstica: as contribuições da terapia familiar como uma possibilidade de tratamento. In: *Violência doméstica contra crianças e adolescentes*. Recife: Editora Universidade de Pernambuco- EDUPE, 2002.

¹⁷⁹ Paul Henry Mussen; John Janeway Conger; Jerome Kagan; Aletha Carol Huston. *Desenvolvimento e personalidade da criança*. Tradução de Maria Lúcia G. Leite Rosa. São Paulo: Editora Harbra, 1995, p.441.

concepção esta que só pode ser compreendida dentro do seu contexto histórico. A faculdade relativa ao pátrio poder, assim, compreendida em acordo com as extensões de sua influência em perspectiva com as possibilidades de inter-relação cultural da motivação de sua disposição por parte dos que têm a sua atribuição, tem relação com a evolução histórica do pensamento social e do direito, na medida em que a problemática da situação de criança e de adolescente mereceu o interesse do nosso ordenamento e do direito internacional regulador dos Direitos Humanos, estabelecendo diversos deveres concernentes à atividade paterna da educação.

A Constituição da República, em seu artigo 227, dispõe que:

"É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão".

Esta ordem estabelece positivamente os direitos relativos às crianças bem como os deveres dos pais, que são naturalmente seus responsáveis, como também da família. O Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua vez, regulamentando o artigo supra citado, trata exclusivamente dessa categoria de direitos estabelecendo as normas fundamentais, a necessidade e formas de prevenção da violação dos direitos, assim como estabelecem os funcionamentos especiais dedicados aos adolescentes e crianças.

A preservação da integridade física do indivíduo entra no rol de direitos da criança enquanto direito da personalidade, que é estendido a todos enquanto sujeitos de direito. Existe uma relação com outros direitos básicos estabelecidos na Constituição e explicitados no Estatuto da Criança e do Adolescente. O capítulo I do título II dispõe sobre o direito à vida e à saúde das crianças e adolescentes, notadamente o artigo 13 que as protege contra os maus tratos. O direito à liberdade, respeito e dignidade, contido no segundo capítulo do título II, tem no artigo 15 o seguinte texto:

"a criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e

sociais garantidos na Constituição e nas leis". O direito à integridade física, pelo qual se protege a incolumidade do corpo e da mente, consiste em "manter-se a rigidez física e a lucidez mental do ser, opondo-se a qualquer atentado que venha atingi-las, como direito oponível a todos"¹⁸⁰.

Ele é, obviamente, estendido às crianças e adolescentes, mas ganha especial atenção em razão da consideração da importância de se proteger aos menores, que são essencialmente mais frágeis. Este direito tem relação com os direitos citados presentes no Estatuto da Criança e do Adolescente, na medida em que a integridade física é imprescindível para manutenção da vida, da saúde, da liberdade, do respeito e da dignidade da criança enquanto pessoa humana.

A guarda destes direitos, segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Civil, pertence aos pais ou preceptores, que devem zelar pela manutenção da integridade física e de todos os seus efeitos e alcances possíveis mesmo quando tem a intenção de *fazer o bem* aos filhos ou corrigi-los de algum modo. A carta magna no parágrafo 4º do artigo 227 estabelece que a lei puna severamente o abuso, violência e a exploração sexual da criança e do adolescente. Em conformação com esta norma, o código civil impõe a perda do poder familiar ao pai que castigue imoderadamente o filho, o deixe em abandono ou pratique contra ele atos contrários aos bons costumes (artigo 395 do CC de 1916 ou 1638 do CC de 2002).

Penalmente estabeleceu-se o tipo dos maus-tratos, que consiste em "expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina" (artigo 136 do código penal). Determinando reclusão de 4 a 12 anos e aumento de um terço, se o crime é praticado contra menor de 14 anos.

Com estes institutos a proteção da integridade física por via legal fica clara enquanto pretensão do legislador, e como tendência do ordenamento brasileiro, que considera a criança a criança como digna de condição especial, por ser

¹⁸⁰ Carlos Alberto Bittar. *Os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 54.

hiposuficiente, inclusive contra a atividade paterna considerada lesiva, mesmo que com a motivação de correção.

A utilização do *animus corrigendi* é, portanto, amplamente condicionada pelo ordenamento brasileiro. No entanto, culturalmente aceito no Brasil, assim como em muitas outras regiões, que os pais possam utilizar a punição física contra os filhos na tentativa de educá-los e socializá-los, segundo seus interesses e modelos. Esta técnica de educação reflete a realidade, construída durante muito tempo, em que a criança e o adolescente são simplesmente *objetos* de realização das determinações paternas. Castigos físicos podem levar a obediência futura às regras, mas também podem levar a ressentimentos e medo, os quais, por sua vez, podem fazer com que a criança resista à aceitação e internalização destas regras. Partindo desta concepção, a apreensão do conceito de violência torna-se bem próxima de um entendimento lógico mais abrangente. Deixando de lado as barreiras culturais que impedem uma avaliação concreta do fenômeno, a violência física contra a criança e o adolescente deixa ser apenas aquela que se encontra no imaginário social, nas ocorrências policiais e nos hospitais. O conceito ampliado passa a abranger, principalmente, as agressões que poderiam ser consideradas como *menos severas*, e passam despercebidas aos olhos da sociedade.

“A violência física é caracterizada por qualquer ação única ou repetida, não acidenta (ou intencional), perpetrada por um agente agressor adulto ou mais velho, que provoque dano físico à criança ou ao adolescente. Este dano causado pelo ato abusivo pode variar de lesão leve a conseqüências extremas como a morte”.

Essa realidade remonta a aceitação da prática de violência na sociedade, seja como método satisfatório de educação, seja como mecanismo presente no cotidiano de sanção utilizado junto às crianças e aos adolescentes por seus responsáveis. A violência praticada no ambiente familiar guarda uma relação direta com a violência estrutural e "é uma conseqüência das relações interpessoais dos atores envolvidos: criança /adolescente e famílias (pais, tios irmãos e etc)"¹⁸¹.

¹⁸¹ Carlos Alberto Domingues Nascimento. A dor da violência. In: *Violência doméstica contra crianças e adolescentes*. Recife: EDUPE, 2002.

Deixando de lado as discussões havidas em outros campos, sob o ponto de vista estritamente constitucional não há fundamento jurídico para o castigo físico ou psíquico, ainda que "moderado", pois não deixa de consistir violência à integridade física do filho, que é direito fundamental inviolável da pessoa humana, também oponível aos pais. O artigo 227 da Constituição Federal determina que é dever da família colocar o filho (criança ou adolescente) a salvo de toda violência. Todo castigo físico configura violência. Note-se que a Constituição Federal, no inciso XLIX do artigo 5.º, assegura a integridade física do preso. Se assim é com o adulto, com maior razão não se pode admitir violação da integridade física da criança ou adolescente, sob pretexto de castigá-lo. Portanto, na dimensão do tradicional pátrio poder era concebível o poder de castigar fisicamente o filho; na dimensão do poder familiar fundado nos princípios constitucionais, máxime o da dignidade da pessoa humana, não há como admiti-lo. O poder disciplinar, contido na autoridade parental, não inclui, portanto, a aplicação de castigos que violem a integridade do filho.

Os pais punitivos fornecem modelos agressivos que são capazes de afetar profundamente o curso da experiência individual, moldando a capacidade da pessoa de atuar sobre o seu ambiente e de construir a sua própria história. Uma criança que é constantemente surrada, chacoalhada, fortemente reprimida, pode usar de formas de agressividade em interações com seus companheiros. "Pode ser inferido que os pais que usam punição severa também estejam treinando seus filhos a ser pais punitivos. De fato, muitos pais que maltratam seus filhos foram maltratados quando crianças"¹⁸².

As principais técnicas disciplinares às quais os delinqüentes foram submetidos provavelmente envolveram a punição física. Os pais de jovens criminosos e mesmo altamente agressivos são mais incoerentes no uso de recompensas e punições que aquelas cujos filhos não são delinqüentes.

“ O ciclo da violência ou a transmissão intergeracional da violência designa fenômenos como o de crianças vítimas de abuso virem a ser pais abusivos, o do vínculo entre abuso, delinqüência e

¹⁸² Paul Henry Mussen; John Janeway Conger; Jerome Kagan; Aletha Caro Huston. *Desenvolvimento e personalidade da criança*. Tradução de Maria Lúcia G. Leite Rosa.. São Paulo: Editora Harbra, 1995, p.441). Sendo maltratadas, negligenciadas ou testemunhando e sentindo uma agressão, as crianças detêm um risco crescente para continuar a violência em suas famílias de procriação, ou em outros contextos sociais. A linguagem da violência passa a ser a única legítima.

*comportamento violento em geral, o do vínculo entre abuso, isolamento e comportamento autodestrutivo, bem como dos efeitos dos testemunhos infantis da violência dentro e fora da família sobre o comportamento agressivo*¹⁸³.

A dor assume um papel importante na conformação dos efeitos causados pela agressão física. O impacto causado pelas experiências traumáticas que ocorrem na infância, quando o indivíduo encontra-se particularmente vulnerável e impotente, "são potencialmente capazes de interferir de modo grave no crescimento normal da criança, bem como em seu futuro funcionamento como adulto"¹⁸⁴.

Uma criança que tem os seus direitos fundamentais violentadas, notadamente o direito a integridade física, certamente no futuro terá dificuldades para se *livrar* dos ensinamentos que lhe foram impostos de forma brutal. O primeiro reflexo, possivelmente, atinge o grupo familiar em forma de rebeldia, desrespeitos etc. o segundo reflexo freqüentemente "atingirá, de alguma forma, a omissa socialmente que ajudou a violentar os seus demais direitos e os considera como potenciais agressores"¹⁸⁵.

A violência doméstica ou o ato de punir a criança com castigo físico, represente uma omissão, praticada pelos pais, parentes ou responsáveis contra crianças e /ou adolescentes, que implica "de um lado numa transgressão no poder /dever de proteção do adulto e, de outro, uma coisificação da infância, isto é, uma negação do direito que as crianças têm de ser tratadas como sujeitos e pessoas em condição peculiar de desenvolvimento"¹⁸⁶.

Em nossa sociedade, é a família o lugar onde se estabelecerão as relações afetivas básicas através dos quais a criança aprenderá como interagir com os demais, de acordo com os valores e normas prevalentes na cultura em que está inserida. Daí ser relevante que se proteja as relações familiares e se proteja o

¹⁸³ Ana Cecília de Souza Bastos. Intervenção frente ao problema decorrente da violência contra crianças no contexto familiar. In: *Revista de psicologia*, vol. 13 (1/2), vol 14 (1/2). Fortaleza: EUFC, 1995/1996, p. 223.

¹⁸⁴ Ana Cecília de Souza Bastos. Intervenção frente ao problema decorrente da violência contra crianças no contexto familiar. In: *Revista de psicologia*, vol. 13 , p. 223.

¹⁸⁵ Inalva Regina Silva; Renata Nóbrega (colaboração). Feridas que não cicatrizam. In: *Violência doméstica contra crianças e adolescentes*. Recife: EDUPE, 2002, p.91.

¹⁸⁶ Kátia Maria Maia Ferreira. Violência doméstica intrafamiliar contra crianças e adolescentes. In: *Violência doméstica contra crianças e adolescentes*. Recife: EDUPE, 2002. p. 146.

processo de formação da personalidade e dos valores da criança de todo e qualquer ataque que possa vir a lesar os direitos a elas inerentes e seus efeitos sobre as suas vidas.

Todas as pessoas têm o direito à proteção de sua integridade física e as crianças também são pessoas, de modo que se torna premente que se reconheça que os castigos físicos, por causa de suas conseqüências, constituem violação a integridade da criança e tem relação com muitas situações danosas que podem vir a acontecer com elas.

Ao observar família como base da construção do imaginário das relações sociais e das possibilidades de inserção do indivíduo na sociedade percebe-se a importância deste instituto social. Daí ser relevante, para se combater a violência doméstica familiar contra crianças e adolescentes que se trabalhe também as famílias, não apresentando a elas um modelo a ser seguido, mas questionando e refletindo junto com elas o modelo na qual estão enquadrados, revendo como está distribuído o poder entre os seus membros, de forma que seja possível uma convivência menos autoritária.

A tentativa de defesa dos direitos humanos da população infanto-juvenil com base nas leis, no Estatuto da Criança e do Adolescente, e na Constituição incluem uma atuação sobre a realidade social, na tentativa de dirimir os abusos constantes de práticas lesivas contra crianças e adolescentes. Entendo o castigo físico com uma violação ao direito a integridade física, a intervenção por parte das esferas competentes deve acontecer no sentido de restringi-lo. No entanto, esta realidade faz parte de nossos esquemas culturais, sendo aceito normalmente pela ética social, de modo que não é possível uma atuação meramente restritiva, mas, ao revés, preventiva, que atue por meio das instituições educativas e da família promovendo uma reinvenção dos valores intrínsecos às práticas de educação por parte dos pais.

A tentativa de defesa dos direitos humanos da população infanto-juvenil, com base nas leis, no Estatuto da Criança e do Adolescente, e na Constituição incluem uma atuação sobre a realidade social, na tentativa de dirimir os abusos constantes de práticas lesivas contra crianças e adolescentes. O castigo físico, se

desacompanhado de moderação e critérios de aplicação, pode constituir uma violação ao direito a integridade física, a exigir a intervenção dos poderes competentes no sentido de restringi-lo. No entanto, esta realidade faz parte de nossos esquemas culturais, sendo aceito normalmente pela ética social, de modo que não é possível uma atuação meramente restritiva, mas, ao revés, preventiva, que atue por meio das instituições educativas e da família promovendo uma reinvenção dos valores intrínsecos às práticas de educação por parte dos pais.

A violação da criança é relatada com mais freqüência nas famílias de classe baixa. "A incidência mais alta de violência ocorre entre pais adolescentes, pobres, sem instrução e socialmente isolados, principalmente os de famílias grandes"¹⁸⁷.

Deve-se notar que o cuidado inadequado e os maus-tratos estão ligados à qualidade precária da relação de apego. "No âmbito da família, são importantes fatores como interações disfuncionais entre os membros das famílias, características infantis eliciadoras do abuso e relações conjugais conflituosas"¹⁸⁸.

Os péssimos níveis que o Brasil alcança em indicadores de desenvolvimento social certamente demarcam um quadro geral de intensificação das formas de violência no cotidiano da população, especialmente das camadas mais pobres.

A presença de mecanismos de proteção e segredo na família em torno da agressão, nos casos de abuso à criança, em nome da preservação do mito da *família normal* tem como conseqüência, além do desamparo e desespero tanto da vítima como do agressor, ocorre a sabotagem da intervenção preventiva, que entra como contexto privilegiado nas possibilidades de intervenção no fenômeno para que se possa garantir o equilíbrio familiar necessário a manutenção da *saúde* da família e, por conseguinte, das crianças.

¹⁸⁷ Paul Henry Mussen; John Janeway Conger; Jerome Kagan; Aletha Carol Huston. *Desenvolvimento e personalidade da criança*. Tradução de Maria Lúcia G. Leite Rosa. São Paulo: Editora Harbra, 1995, p.460.

¹⁸⁸ Ana Cecília de Souza Bastos. Intervenção frente ao problema decorrente da violência contra crianças no contexto familiar. In: *Revista de Psicologia*, vol. 13 (1/2), vol 14 (1/2). Fortaleza: EUFC, 1995/1996, p.79/80.

VI. CONCEPÇÃO E O REGIME JURÍDICO DO PODER FAMILIAR NO DIREITO COMPARADO

6.1. Alemanha

Assim como ocorre na legislação civil brasileira, no direito civil alemão, desde há muito, o poder familiar difere da *patria potestas* romana. Hodiernamente, no Brasil e na Alemanha o instituto se estabelece e se constitui na dependência e no interesse da prole.

No que concerne ao exercício das prerrogativas, no Brasil e na Alemanha o poder familiar pertence tanto ao pai quanto a mãe. Na hipótese de divergência de opinião ou de separação conjugal, cabe ao tribunal dar solução conciliatória ou provimento legal a situação criada. A autoridade decorrente do poder familiar tem como fundamento e razão a incapacidade do filho menor, criando obrigação voltada à supressão ou ao menos a diminuição dos interesses egoístas dos pais ou de seu direito absoluto em relação a terceiros.

Com relação à proteção dos filhos, em ambas as legislações civis a função principal do poder de pai e mãe e a educação, cabendo aos pais plena liberdade referente ao método e sua orientação.

Não obstante, o direito germânico difere do direito brasileiro na medida em que pela lei civil alemã, inexistente o direito de usufruto dos bens dos filhos pelos pais. Segundo o Código Civil alemão, o interesse se estabelece também em relação aos seus bens. Aos pais é deferido por lei o direito de administrar os bens dos filhos, porem, sempre condicionado a decorrente prestação de contas de sua administração. Nos termos da legislação civil do Brasil, compete aos pais a administração dos bens dos filhos menores sob sua autoridade ou não emancipados. Contudo não poderá dispor dos imóveis pertencentes ao menor, nem contrair obrigações que ultrapassem os limites da simples administração, pelo fato

de que esses atos importam em diminuição patrimonial¹⁸⁹. Nos moldes da legislação civil brasileira, os pais não responderão pela administração dos bens do filho, a não ser que ajam com culpa, não estando, ainda em regra, obrigados a prestar caução, nem a lhe render contas. Nos termos da lei civil alemã, o Estado pode intervir caso ocorra ameaça ao interesse do filho menor advindo de abuso de direito ou omissão de providencias na administração feita pelos pais¹⁹⁰.

6.2. Portugal

Na opinião de doutrinadores portugueses, o poder familiar é uma situação jurídica complexa, na medida em que são contrapostos obrigações e deveres, transformando-o em um direito eminentemente subjetivo. No Brasil, Silvio Rodrigues define poder familiar como o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes¹⁹¹.

Não obstante, o Código Civil português em seu artigo 1879, dispõe que no exercício do poder familiar deve ser observado o interesse dos filhos. Assim, os pais deverão prover o sustento, educação, saúde e segurança dos filhos menores, até que aqueles possam fazê-lo por conta própria. (Código Civil português, artigo 1879. “Os pais ficam desobrigados de prover ao sustento dos filhos e de assumir as despesas relativas a sua segurança, saúde e educação na medida em que os filhos estejam em condições de suportar, pelo produto do seu trabalho ou outros rendimentos, aqueles encargos (redacção do Decreto-Lei 496/77).

Logo a seguir, no artigo 1880, o Código Civil português, prevê a continuidade das obrigações inerentes do poder familiar caso o filho, mesmo tendo atingido a maioridade ou após sua emancipação, ainda não tenha conseguido concluir sua formação profissional. (Código Civil português, artigo 1880. “Se no momento em que atingir a maioridade ou for emancipado o filho não houver completado a sua formação profissional, manter-se-á a obrigação a que se refere o

¹⁸⁹ cf. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, 22^a ed., Saraiva, 2007, v.5, p. 522/523.

¹⁹⁰ cf. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, cit., v.5, p. 523.

¹⁹¹ Silvio Rodrigues. *Direito civil*. 27. ed. Atualização por Francisco Jose Cahali. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 6, p. 398.

numero anterior na medida em que seja razoável exigir aos pais o seu cumprimento e pelo tempo normalmente requerido para que aquela formação se complete”).

A Constituição da República portuguesa, em seu artigo 36, que trata da família, casamento e filiação, assim dispõe:

1. *Todos tem o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade;*
2. *A lei regula os requisitos e os efeitos do casamento e da sua dissolução, por morte ou divorcio, independente da forma de celebração;*
3. *Os cônjuges tem iguais direitos e deveres quanto a capacidade civil e política e a manutenção e educação dos filhos;*
4. *Os filhos nascidos fora do casamento não podem, por esse motivo ser objecto de qualquer discriminação e a lei ou a repartições oficiais não podem usar designações discriminatórias relativas a filiação;*
5. *Os pais tem o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos;*
6. *Os filhos não podem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumprirem seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial;*
7. *a adopção eh regulada e protegida nos termos da lei, a qual deve estabelecer formas célere para a respectiva tramitação;*

A Carta Constitucional brasileira de 1988, prevê no *caput* de seu artigo 227 que "é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão".

Portanto, no direito civil português, aos pais cabe a obrigação de prover os filhos com tudo que for necessário para seu crescimento, ate que possam, com seu próprio esforço subsistir. Essa obrigação se prolonga mesmo após a maioridade ou emancipação, ate a conclusão da formação, nos termos dos artigos 1879 e 1880 do Código Civil português, conforme anteriormente afirmado.

O artigo 1882 do Código Civil prevê a irrenunciabilidade do poder paternal, porem os pais podem ser inibidos de exercê-lo, por iniciativa do Ministério Publico,

de algum parente ou de guardião, nos termos dos artigos 1913 e 1915, ambos também do Código Civil português. (Código Civil português – art. 1882 “Os pais não podem renunciar ao poder paternal nem a qualquer dos direitos que ele especialmente lhes confere, nem prejuízo do que neste código se dispõe acerca da adopção”). (Código Civil português – artigo 1913 “1. Consideram-se de pleno direito inibidos do poder paternal: a) Os condenados definitivamente por crime ao qual a lei atribua esse efeito; b) Os interditos e os inabilitados por anomalia psíquica; c) Os ausentes, desde a nomeação do curador provisório. 2. Consideram-se de pleno direito inibidos de representar o filho e administrar os seus bens os menores não emancipados e os interditos e inabilitados não referidos na alínea b) do numero anterior. 3) As decisões judiciais que importem inibição do exercício do poder paternal são comunicadas logo que transitem em julgado ao tribunal competente, a fim de serem tomadas as providencias que no caso couberem . artigo 1915 “1. A requerimento do Ministério Publico, de qualquer parente do menor ou de pessoa a cuja guarda ele esteja confiado, de facto ou de direito, pode o tribunal decretar a inibição do exercício do poder paternal quando qualquer dos pais infrinja culposamente os deveres para com os filhos, com grave prejuízo destes. Ou quando, por inexperiência, enfermidade, ausência ou outras razões, não se mostre em condições de cumprir aqueles deveres. 2. A inibição pode ser total ou limitar-se a representação e administração dos bens dos filhos ; pode abranger ambos os progenitores ou apenas um deles e referir-se a todos os filhos ou apenas a algum ou alguns deles. 3. Salvo decisão em contrario, os efeitos da inibição que abranja todos os filhos estendem-se aos que nascerem depois de decretada”.

Cabe ressaltar que a inibição pode ser temporária, podendo ser suprida, caso deixem de existir as causas que lhe deram origem. Embora não dispondo sobre a irrenunciabilidade do poder familiar, o Código Civil brasileiro em seu artigo 1637 define as causas determinantes da suspensão do poder familiar. As causas são caracterizadas por abuso de poder do pai ou mãe, falta aos deveres paternos, dilapidação dos bens do filho. O procedimento pode ser iniciado mediante requerimento de algum parente do menor ou do Ministério Publico para que o juiz possa adotar medida que lhe pareça conveniente para prevenir a segurança ou

preservar o patrimônio do filho menor não emancipado, suspendendo o poder familiar pelo prazo que lhe parecer razoável¹⁹².

Em relação aos bens dos filhos, aos pais cabe sua administração, com algumas exceções, nos termos do artigo 1888 do Código Civil português. (Código Civil português – artigo 1888 “1. Os pais não tem administração: a) Dos bens do filho que procedam de sucessão da qual os pais tenham sido excluídos por indignidade ou deserdação; b) Dos bens que tenham advindo ao filho por doação ou sucessão contra a vontade dos pais; c) Dos bens deixados ou doados ao filho com exclusão da administração dos pais; d) Dos bens adquiridos pelo filho maior de dezesseis anos pelo seu trabalho. 2. A exclusão da administração, nos termos da alínea c) do numero anterior, é permitida mesmo relativamente a bens que caibam ao filho a titulo de legitima”.

Quanto aos rendimentos, esses poderão ser utilizados para despesas com sustento, saúde, educação, mas os pais não tem usufruto dos bens.

No Brasil, nos termos do artigo 1689, incisos I e II do Código Civil, o pai e a mãe, enquanto no exercício do poder familiar, são usufrutuários dos bens dos filhos, mantendo a administração desses bens sob sua autoridade. Conforme dispõe o artigo 1690 do Código Civil, a representação dos filhos menores compete aos pais. Na falta de um deles, o poder de representação passa a ser exercido, com exclusividade pelo outro ate a maioria ou a emancipação dos filhos. As questões relativas aos filhos e seus bens devem ser resolvidas em comum. Na hipótese de divergência, qualquer um deles poderá recorrer ao juiz para solução necessária. Por força da disposição do artigo 1691 do Código Civil, os pais não podem alienar ou gravar de ônus real os imóveis dos filhos, nem contrair, em nome deles, obrigações que ultrapassem os limites da simples administração, salvo por necessidade ou evidente interesse da prole, mediante previa autorização do juiz. O parágrafo único do mesmo artigo dispõe que os atos que venham a desatender a proibição imposta poderão ser anulados por requerimento dos filhos, dos herdeiros ou do representante legal do filho menor.

¹⁹² Maria Helena Diniz. *Curso de direito civil brasileiro*, cit., v.5, p. 526.

Por disposição dos incisos I a IV do artigo 1693 do Código Civil brasileiro, estão excluídos do usufruto e da administração dos pais os bens dos filhos adquiridos pelo filho havido fora do casamento ou antes de seu reconhecimento, os valores auferidos pelo filho maior de dezesseis anos, no exercício de atividade profissional e os bens com tais recursos adquiridos, os bens deixados ou doados ao filho sob a condição de não serem usufruídos ou administrados pelos pais e os bens que aos filhos couberem na herança, quando os pais forem excluídos da sucessão.

6.3. Peru

Pelo artigo 418 do Código Civil peruano, em decorrência do poder familiar, os pais tem o dever e o direito de cuidar da pessoa e dos bens dos filhos menores.

Artículo 418. Noción de Pátria Potesdad –

Por la pátria potesdad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores.

O poder familiar é exercido conjuntamente, por pai e mãe, na constância do casamento. Com a separação ou divórcio do casal, passara a ser exercido por quem permanecer com a guarda. No Brasil, da mesma forma como ocorre no Peru, os pais também têm o poder-dever de cuidar da pessoa e dos bens dos filhos menores, nos termos e nos limites estabelecidos pela legislação pertinente.

Nos termos da legislação civil peruana, os pais são os responsáveis pela administração dos bens dos filhos com o objetivo de sustento e de educação dos filhos. Com algumas exceções, os pais têm direito de usufruto sobre estes bens.

Artículo 423°.- Deberes y derechos del ejercicio de la patria potestad

Son deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad

1. proveer al sostenimiento y educación de los hijos.
2. dirigir el proceso educativo de los hijos y su capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes.

3. corregir moderadamente a los hijos y, cuando esto no bastare, recurrir a la autoridad judicial solicitando su internamiento en um establecimiento dedicado a la reeducacion de menores.
4. aprovechar de los servicios de sus hijos, atendiendo su edad y condicion y sin perjudicar su educacion
5. tener a los hijos em su compania y recogerlos del lugar donde estuviesen sins u permiso, recorriendo a la autoridad si es necesario.
6. representar a los hijos em los actos de la vida civil.
7. administrar los bienes de sus hijos.
8. usufructar los bienes de sus hijos. Tratando-se de productos se esta a lo dispuesto em el articulo 1004.

Nos moldes estabelecidos pelo artigo 1689, incisos I e II do Código Civil brasileiro, os pais possuem o usufruto dos bens do filho menor, por ser esse direito inerente ao exercício do poder familiar, cessando apenas com a inibição desse poder, a maioridade, a emancipação ou a morte do filho. Por consequência, os detentores do poder familiar poderão reter as rendas decorrentes da administração dos bens do filho menor sem ter, em regra, que prestar contas, podendo ate mesmo consumi-las ou reinvesti-las em proveito do filho, para atender, entre outros gastos com instrução ou alimentação¹⁹³.

No Peru, com a morte do pai ou do filho termina o poder familiar, que também terá seu termo quando o filho completar dezoito anos, nos moldes da legislação europeia, em que o filho atinge a maioridade ao completar dezoito anos.

Articulo 461. Causales de extincion de la patria potestad

La patria potestad se acaba:

1. por la muerte de los padres o del hijo
2. por césar la incapacidad del hijo conforme al articulo 46.

¹⁹³ Maria Helena Diniz. *Código civil anotado*, cit. 2006, p. 1378.

3. por cumplir el hijo dieciocho anos de edad.

A morte do filho ou dos pais, conforme estatui o inciso I do referido artigo 1.635 extingue o poder familiar na lei civil brasileira. Com efeito, o desaparecimento do filho inviabiliza a continuidade do poder familiar estabelecido entre pais e filho. Diferentemente, o falecimento do pai ou da mãe não faz cessar o poder familiar, que se concentra no pai ou mãe sobrevivente, e com este continua. Caso ambos venham a falecer, o poder familiar se extingue. No atual Código Civil brasileiro, em que pai e mãe são igualmente titulares do poder familiar, a morte de um deles não impede que o outro continue a exercê-lo normalmente.

O artigo 462 trata das hipóteses de perda do poder familiar, definindo situações como abandono por mais de seis meses, exemplos inadequados, colocação dos filhos em situação de mendicância. Em determinadas situações, quando a conduta dos pais não se reveste de maior gravidade, os direitos do pai podem ser limitados aos interesses dos filhos.

Segundo prevê a legislação civil brasileira, o titular do poder familiar poderá ser suspenso ou destituído de suas prerrogativas, nas hipóteses contempladas no artigo 1637, “caput” e parágrafo único do Código Civil. Sua destituição configura sanção imposta por sentença judicial ao pai ou a mãe que praticar qualquer um dos atos que a justifiquem, sendo em regra permanente.

Após três anos da perda do direito, é possível requerer a restituição do poder familiar, desde que tenham cessado as causas que determinaram a destituição ou a limitação daquelas prerrogativas.

Por ser sanção imposta e medida imperativa, a destituição do poder familiar no Brasil é, em regra permanente e abrange toda a prole e não somente um ou alguns dos filhos.

6.4. Argentina

A lei n. 23.264 de 1985, modificou em grande parte o direito de família argentino. Sua nova redação da uma nova conceituação ao poder familiar, destacando a substituição do termo *obligaciones* por *deberes*, a inversão dos termos *derechos y obligaciones* por *deberes y derechos*. Merece destaque também a incorporação aa norma da finalidade do poder familiar que é a proteção e formação integral dos filhos pela interpretação do artigo 264 do Código Civil argentino. O poder familiar é um conjunto de deveres e direitos dos pais sobre a pessoa e bens dos filhos, para um efetivo cumprimento de sua proteção e formação, da concepção ate a maioridade. (Código Civil argentino – artigo 264 “ La patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre lãs personas y bienes de los hijos, pra su proteccion integral, desde la concepcion de estos y mientras sean menores de edad y non se hayan emancipado.

Su ejercicio corresponde:

1. Em el caso de los hijos matrimoniales, al padre y la madre conjuntamente, em tanto no esten separados o divorciados, o su matrimonio fuese anulado. Se presumira que los actos realizados por uno de ellos cuente com el consentimiento del outro, salvo em los supuestos contemplados em el articulo 264 quarter, o cuando mediare expresa oposicion.
2. Em caso de separacion de hecho, separacion personal, divorcio vincular o nulidad de matrimonio, al padre o madre que ejerza legalmente la tenencia, sin perjuicio del derecho del outro de tener adecuada comunicacion com el hijo y de supervisar su educacion.
3. Em caso de muerte de uno de los padres, ausenci com presuncion de fallecimiento, privacion de la patria potestad, o suspension de su ejercicio al outro.
4. Em caso de los hijos extramatrimoniales, reconocidos por uno solo de los padres, a aquel que lo hubiere reconocido.
5. Em el caso de los hijos extramatrimoniales, reconocidos por ambos los padres, a ambos, si conviveren, y em caso contrario a aquel que tenga la

guarda otorgada em forma convencional, o judicial, o reconocida mediante informacion sumaria.

6. A quien fuese declarado judicialmente el padre o madre del hijo, si no hubiese sido voluntariamente reconocido.”)

Na constancia do casamento, o exercício do poder familiar é exercido pelo pai e pela mãe. Na hipótese de ocorrência de separação, a guarda é deferida a um deles, enquanto ao outro caberá o direito de visita e supervisão da educação do filho menor.

O artigo 265 do Código Civil da Argentina, refere-se a criação dos filhos, incluindo formação educacional e profissional, respeitando sempre sua condição e fortuna. Para melhor desempenho do múnus atribuído, é lícita a utilização de bens pertencentes ao patrimônio do filho. (Código Civil argentino – artigo 265 “Los hijos menores de edad estan bajo la autoridad y cuidado de sus padres. Tienen estos la obligacion y el derecho de criar a sus hijos, alimemntarlos y educarlos conforme a su condicion y fortuna, no solo com los bienes de los hijos, sino com los suyos propios.”).

No Brasil a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 229 dispõe sobre os deveres dos pais relativos à assistência, criação, e educação dos filhos, como uma regra constitucional a inspirar a legislação ordinária acerca da mesma matéria.

O Código Civil brasileiro em seu artigo 1.634, preceitua que compete aos pais quanto à pessoa dos filhos menores:

- I- dirigir-lhes a criação e educação;
- II- tê-los em sua companhia e guarda;
- III- conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- IV- nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivido não puder exercer o poder familiar;
- V- representá-los, ate aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

- VI- reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- VII- exigir que lhe prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição;

Pelo Código Civil argentino, os pais em conjunto administram os bens dos filhos, conforme preceitua o artigo 264 anteriormente citado, bem como, nos termos do artigo 287, tem direito ao usufruto dos bens, exceto nos casos em que estes sejam fruto do trabalho dos filhos, os herdados em razão de deserdação ou indignidade de seus pais, aqueles bens advindos de herança, legado ou doação, gravados com clausula em que conste que o usufruto corresponde ao filho. (Código Civil argentino – artigo 287 “ El padre e la madre tienen el usufructo de los bienes de sus hijos matrimoniales, o de los extramatrimoniales, voluntariamente reconocidos, que esten bajo su autoridad, com excepcion de los siguientes:

1. Los adquiridos mediante su trabajo, empleo, profesion o industria aunque vivan em cãs de sus padres.
2. Los heredados por motivo de indignidad o desherdacion de sus padres.
3. Los adquiridos por herencia, legado o donacion, cuando el donante o testador hubiera dispuesto que el usufructo corresponde al hijo.”

Os casos de destituição do poder familiar estão previstos no artigo 307 do Código Civil argentino, destacando-se o abandono, perigo a saúde física psíquica ou moralidade. (Código Civil argentino – artigo 307 “ El padre o madre quedan privados de la pátria potestad:

1. Por ser condenados como autor, coautor, instigador, o cúmplice de um delito doloso contra la personao los bienes de alguno de sus hijos, o como coautor, instigador o cúmplice de um delito cometido por el hijo.
2. Por el abandono que hiciere de alguno de sus hijos, para el que los haya abandonado, aun cuando quede bajo guarada o sea recogido por el otro progenitor o um terceiro.
3. por poner em peligro la seguridad, la salud física o psíquica o la moralidad del hijo, mediante malos tratamientos, ejemplos perniciosos, conducta notória o delincuencia”

O artigo 308 permite que os pais recobrem seu poder, se esta for a melhor opção para os filhos. Trata-se de se lavar em conta aqui o superior interesse do filho menor. (Código Civil argentino – artigo 308 “La privacion de la autoridad de los padres podra ser dejada sin efecto por el juez si los padres demostraran que, por circunstancias nuevas, la restitucion se justifica em beneficio o interes de los hijos”).

Estabelecidas algumas linhas de semelhanças e dessemelhanças entre a lei civil brasileira e de outros países, constatamos que o poder familiar no âmbito de outras sociedades também é poder-dever atribuído aos pais para prover, formar e guardar a prole, providencia destinada a favorecer a formação e o crescimento dos filhos de forma saudável e profícua. Para tanto, a lei civil institui um usufruto do patrimônio dos filhos em favor dos pais, com o que se busca propiciar sustento material para o custeio das despesas com a criação dos filhos.

CONCLUSÃO

Inserida no momento histórico em que se encontra, a sociedade brasileira prioriza o pleno e incondicional respeito a pessoa e a excelsa dignidade humana, cujo reflexo na legislação civil se exterioriza nos direitos da personalidade tutelados nos artigos 11 a 21 do Código Civil brasileiro, dedicando especialmente o artigo 21 a inviolabilidade e a proteção da vida privada.

Não menos importante para alicerçar uma sociedade mais justa e equilibrada, a família recebeu da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002 uma dedicada atenção e detalhada previsão legal, referente a sua formação, manutenção, administração e proteção jurídica, atribuindo a pais e filhos direitos e deveres voltados a sua existência perene e ao desenvolvimento proveitoso de seus integrantes.

Neste contexto familiar de priorização a dignidade humana e respeito aos direitos da personalidade, aos pais é atribuído o *múnus publico* do poder familiar composto de poderes e deveres que são, a um só tempo, concessão e exigência nos termos da lei constitucional e civil.

A mulher justa e necessária mudança de condição social da mulher brasileira nas ultimas cinco décadas, também acabaram por formar um cenário de modificação e transição no seio familiar. A mãe de família que antes dedicava a totalidade de seu tempo exclusivamente à administração do lar e a educação dos filhos, passou a assumir uma significativa e valiosa parcela no mercado de trabalho.

A mesma Carta Constitucional que nos restituiu a plena cidadania e gozo dos direitos civis e políticos, também diminuiu o poder de policia em diversos níveis enquanto ensejou uma ampla liberalização de comportamentos e costumes. Desta liberação valeram-se não apenas os cidadãos de bem, mas também os malfeitores da sociedade, cuja associação e trabalho conjunto, propiciaram o surgimento do fenômeno do crime organizado que infelicit e atemoriza a maioria do povo brasileiro.

As notícias que nos chegam diariamente, dão conta de uma sociedade em que os poderes constituídos não se ocupam do cumprimento de suas obrigações legais. Os casos de corrupção, desvio de verbas, leniência no trato com as irregularidades administrativas, a diminuição do poder de polícia dos órgãos do Estado, somado ao aumento da insegurança social, demonstram um péssimo e pernicioso exemplo aos filhos de família, levando-os a desacreditar na consequência desastrosa de um comportamento infracional. Resta aos olhos atentos dos jovens filhos de família, uma incomoda e pernicioso impressão de desordem social e impunidade. Os filhos passam a crer que comportamento irregular e a prática infracional não resultam na aplicação de uma sanção e em prejuízo pessoal e social, situação que resulta em descrédito da coerção da lei, da importância da moral e dos bons costumes para a sociedade.

Na transição social que hoje permeia nossos dias, aos pais resta o desafio de criarem seus filhos, exercendo o poder familiar a eles atribuído, fazendo-o com inteireza, denodo, atenção, compreensão e ponderação, sempre dentro de critérios de necessidade, proporcionalidade e idoneidade de meios, onde os direitos da personalidade dos filhos, em especial o direito de privacidade e de intimidade não podem ser violados.

A dificuldade encontrada pelos pais em manter seus filhos longe dos perigos e das ameaças de nossos dias, foi ainda mais dificultado pelo rápido e vertiginoso avanço da tecnologia de comunicação que possibilitou a todos uma integração e imediata ligação com os bons e maus acontecimentos do mundo, dificultando sobremaneira a tarefa de educar.

A mesma legislação que atribui a todos os direitos da personalidade, garantindo entre outros a inviolabilidade do direito a vida privada, outorga aos pais o poder familiar cujo estrito cumprimento deve ser constantemente promovido sob pena de sua suspensão ou destituição.

Entendemos que os perigos representados pela crise de autoridade dentro e fora da família e liberação dos parâmetros de comportamento social, acompanhados de uma estrutura muito avançada de comunicação de massa, da qual participam entre outros meios, o rádio, a televisão, a Internet, a pregar a

desagregação da família, a impunidade de atos infracionais, o uso de meios ilícitos para a consecução de metas pessoais, a oferta e venda indiscriminada de substâncias de uso proibido e a decadência de valores que há poucos anos ainda inspiravam nossa educação e instrução escolar, criam para os pais uma luta desigual. Para o enfrentamento dessa contingência, os pais podem e devem exercer seu poder familiar de forma mais contundente e, se preciso, mais invasiva, sem que esse comportamento possa ser reputado como violação dos direitos da personalidade dos filhos.

Em condições normais de exercício, a ser avaliada de caso a caso e com atenção aos valores de cada família, com o bom senso comum às pessoas e atento aos sobejamente mencionados critérios de necessidade, proporcionalidade e idoneidade, cabe aos pais agir de forma consciente e incisiva para que não apenas exerçam seu poder familiar em plenitude, mas para que seus filhos possam sempre contar com os indispensáveis apoio, presença, ajuda de referência de seus pais.

BIBLIOGRAFIA

ALVES, Marina Vítório. Direito à intimidade e à vida privada: Os contornos da individualidade no mundo contemporâneo in *O direito à vida digna*. Coord. Cármen Lúcia Antunes Rocha. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2004.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 4ª ed.rev. atual. Rio de Janeiro Renovar, 2002.

AMARAL E SILVA, Antonio Fernando do. O Estatuto, o novo Direito da Criança e do Adolescente e a Justiça da Infância e da Juventude. In: SIMONETTI, Cecília, BLECHER, Margaret, MENDEZ, Emilio Garcia (Orgs.). *Do avesso ao direito*. São Paulo: Malheiros/UNICEF, 1994.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 5ª ed. Atualizada por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 11 ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Campus, 1992.

DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Trad. De Adriano Veras Jardim e Antonio Miguel Caieiro. Lisboa: Livraria Moraes Editora, 1961.

CARREJO, Simon. *Derecho civil*, Bogotá, Themis, 1972 – t. 1.

CONDE-PUMPIDO Ferreiro, Candido - La libertad de informacion y libre circulacion de noticias en Espana: proclamacion y limites. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. LXV.

D'ANTONIO, Daniel Hugo. *Derecho de menores*. Buenos Aires, ed. Astrea, 1986.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

ISHIDA. Valter Kenji, *Estatuto da Criança e do Adolescente*, 7. ed. São Paulo. Ed. Atlas, 2006.

JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LEITE, Rita de Cássia Curvo, Os direitos da personalidade, in *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios* – organizadora Maria Celeste Cordeiro Leite Santos, ed. Revista dos Tribunais, 2001.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2ª. ed. Coimbra: Coimbra – tomo IV, 1998.

NELITO, Fernandes; AZEVEDO, Solange. O crime mora na classe média. *Revista “Época”* nº 384 ed. de 26 de setembro de 2005.

PEREIRA, Antonio Jorge. Privacidade no gerenciamento do poder familiar. in *Direito à privacidade* – Ives Gandra Martins Filho, Antonio Jorge Pereira Junior, coordenadores – Aparecida, SP: Idéias e letras; São Paulo: Centro de Extensão Universitária, 2005.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 32ª. ed. at. São Paulo, Saraiva, 2002.

SALET Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001.

SANTOS, Boaventura de Sousa - O Estado e o Direito na Transição Pós-Moderna: para um Novo Senso Comum sobre o Poder e o Direito. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, n. 30, jun.1990.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de direito internacional público*. v. 1 - São Paulo: Atlas S.A., ed. 2002.

SOUZA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1995.

TEPEDINO, Gustavo. Cidadania e os direitos da personalidade. *Revista Jurídica Notadez*. Porto Alegre, ano 51, n. 305, p. 24-39, mar. 2003.

TOBEÑAS, José Castan, *Los derechos de la personalidad*, Revista general de legislacion y jurisprudência. Madrid- Instituto Editorial Réus, 1952.

VASCONCELLOS, Pedro Pais *Proteção de dados pessoais e direito à privacidade*. Direito da Sociedade da Informação, vol. 1. Portugal:Coimbra, 1999, p. 36.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil*. 3ª ed. Atlas,São Paulo,2003.

WALD, Arnaldo. *Curso de direito civil brasileiro*, 9. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002, v.1, p.118 e 119.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARGENTINA

VANOSSI, Jorge Reinaldo. *La constitución nacional y los derechos humanos*. 3. ed. Buenos Aires: Eudeba, 1988.

PORTUGAL

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*, 6.ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de Direitos da Personalidade*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1995.

BRASIL

MENDES, Gilmar Ferreira, Âmbito de proteção dos direitos fundamentais e as possíveis limitações, *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, Brasília, Brasília Jurídica, 2002,

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos: Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. V. I Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

ESPAÑA

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BENDA, E. Dignidad humana y derechos de la personalidad. in: *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid. 1996.

MARTOS, Ana: *Internet para todos*, 1ª ed., Ed. Libertarias, Madrid, 2001.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Henrique: *Manual de Informática y Derecho*, 1ª ed., Ed. Ariel, Barcelona, 1996.

PIKE, Mary Ann: *Using the Internet*, 1ª ed., Anaya, Madrid, 1995. Tradução ao castelhano por Beatriz Parra Pérez.

ITÁLIA

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10ª ed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

_____, Norberto. *O tempo da Memória, de senectude e outros escritos autobiográficos*, trad. Daniela Versiani, 1997.

SITES CONSULTADOS

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade civil na relação paterno-filial*, jus navigandi, Teresina, ano 7, n. 66, jun, 2003, disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4192>>. Acesso em 22 jun.2007.

LOBO, Paulo Luiz Netto, *Do poder familiar*, jus navigandi, Teresina, ano 10, n. 1057, 24 de maio 2006, disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8371>. Acesso em 14. jun. 2007; 24 jun. 2007; 16 jul. 2007.

RANGEL, Patrícia Calmon, CRISTO, Keley Cristiane Vago. “Os direitos da criança e do adolescente, lei de aprendizagem e terceiro setor, in [http://www.prt 17.mpt.gov.br/n_aprendiz.html](http://www.prt17.mpt.gov.br/n_aprendiz.html), acesso em 04/jul/2007.

Os direitos da criança e do adolescente, lei de aprendizagem e terceiro setor, in [http://www.prt 17.mpt.gov.br/n_aprendiz.html](http://www.prt17.mpt.gov.br/n_aprendiz.html), acesso em 04/jul/2007).

<<http://pt.wikipedia.org/wiki/web>> Acesso em 19 de junho de 2007.

<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4445>>. Acesso em: 16 jun. 2007.

www.biotech.biotetica.org.

www.legislaw.com.ar

www.todoiure.com.ar

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)