

A FAMÍLIA E O DIREITO DE PERSONALIDADE: A CLÁUSULA GERAL DE TUTELA NA PROMOÇÃO DA AUTONOMIA E DA VIDA PRIVADA¹

Joyceane Bezerra de Menezes*

Sumário: Introdução. 1 A emergência da cláusula geral de tutela da pessoa no Direito Civil-Constitucional e a sua influência no plano da família. 2 A família democrática e a promoção do desenvolvimento da pessoa dos seus membros. 3 A vida privada em família e a vida privada. 3.1 Vida privada e intimidade do cônjuge. 3.2 Vida privada e intimidade do filho menor. Conclusão. Referências.

Introdução

Ao cabo do século XX, a família brasileira já apresentava uma nova feição, delineando-se como instituição plural, democrática e instrumental, notadamente marcada pelo perfil funcional de promover o desenvolvimento de seus integrantes. O curso da história fez desintegrar aquela organização essencialmente institucional, hierárquica, firmada na autoridade do patriarca, ao tempo em que também permitiu o reconhecimento de novos modelos de família, primando-se pela realização plena da vida privada no espaço doméstico. Em vista desse propósito, o direito de constituir família foi alçado à condição de direito humano e fundamental, o que tornou a instituição mais aberta aos influxos das normas constitucionais e mais comprometida com a promoção da pessoa humana.

Diz-se que a família foi privatizada e com isso perdeu a força institucional, enquanto ordem matrimonializada. Isso porque, em razão do princípio da solidariedade, parte de suas funções foram atribuídas a outras entidades intermediárias ou mesmo ao Estado e ainda por conta da emergência das chamadas famílias informais² (PROST, 2010, p.61). Já não se confia apenas à família a tarefa de cuidar da educação das crianças, da segurança dos idosos ou da saúde dos amentais, por exemplo. O próprio Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, o Estatuto do Idoso e a Lei de Reforma Psiquiátrica dividem esse ônus entre a família, a sociedade e o Estado. Do mesmo modo, a família não se constitui apenas pelo casamento, muitas são aquelas que se estruturam informalmente e logram reconhecimento jurídico, como as famílias formadas por pares homossexuais, as famílias recompostas, as famílias monoparentais e até mesmo a família unipessoal, que tem a proteção da Lei nº 8.009/90 quanto à impenhorabilidade legal de bens.

¹ Texto publicado no livro “Direito das Famílias por juristas brasileiras”, editora Saraiva.

* Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Professora Adjunto do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* – Mestrado/Doutorado em Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR) com a disciplina de Direito de Personalidade. Professora Adjunto da Universidade Federal do Ceará, na disciplina de Direito de Família.

² PROST, Antony. Fronteiras e espaços do privado. In: **História da vida privada: da Primeira Guerra a nossos dias**. São Paulo: Companhia das Letras, 1992, p.61.

A consolidação democrática e a edificação de uma ordem constitucional permeada por valores humanitários irradiaram efeitos para o direito privado, fazendo prevalecer as situações subjetivas existenciais às situações subjetivas patrimoniais. Nesse processo, profundas alterações ocorreram no Direito de Família, pois o abstrato sujeito de direito que tinha assento nos códigos oitocentistas cedeu lugar à pessoa concretamente situada e titular do direito ao desenvolvimento, ou seja, do direito de subscrever a sua própria biografia. Por força disso, a personalidade emerge como um valor fundamental a ser resguardado.

Mas, em face da complexa característica da personalidade humana, sua tutela não será efetivada apenas por meio de um rol de direitos subjetivos. É necessário o reconhecimento de uma norma capaz de incluir a diversidade de situações vivenciais, albergando a personalidade como um valor fundamental cuja raiz constitucional seria a tríade principiológica formada pela dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade.

Nesse contexto, cumprindo seu papel de instituição intermediária, a família é redimensionada para promover o valor *personalidade*. Sua principal função torna-se a promoção do desenvolvimento da pessoa de seus integrantes, em vez de funcionar como guardiã da tradição e da estabilidade da ordem pública. Em conjunto, essas mudanças representam um processo de privatização da família e implicam uma certa desinstitucionalização.³

Pode-se dizer que todas essas mudanças cunharam uma *família democrática*, cuja energia constitutiva é a vontade; a substância caracterizadora é a afetividade; e o perfil funcional é a promoção da pessoa de seus integrantes.⁴ Ainda, em seu aspecto organizacional, a “nova” família se caracteriza pela relação de igualdade entre os cônjuges ou conviventes, pela funcionalização do poder familiar na promoção da pessoa dos filhos e pela pluralidade dos modelos de conjugalidade heterossexual ou homossexual. A ela também é confiada a tarefa de promover uma sociedade livre, justa e solidária, partindo do respeito e cuidado para com a pessoa de seus membros. Congrega a solidariedade que anela seus integrantes no propósito da vida em comum, e o respeito à individualidade que permite o desenvolvimento pessoal de cada um, como um ente singular. Assim, em meio à unidade familiar, verifica-se a vida privada individual de cada pessoa.

Sob essa perspectiva, o presente capítulo pretende apresentar os atributos característicos desse novo modelo de família e alguns marcos jurídicos que orientam a sua caminhada na promoção do desenvolvimento da pessoa dos seus membros, destacando o dever de promover e respeitar a autonomia e a vida privada dos membros integrantes como pressupostos da autodeterminação. Ainda que ligados por relações de convivência, de conjugalidade ou de filiação, os integrantes da família persistem com sua individualidade e, em vista disto, tem direito à vida privada individual e à intimidade como prescreve a Constituição Brasileira.

1 A emergência da cláusula geral de tutela da pessoa no Direito Civil-Constitucional e a sua influência no plano da família

É conveniente lembrar que as modificações introduzidas no âmbito do Direito Privado ocorreram, especialmente, após as duas grandes guerras mundiais. A partir de então, houve

³ PROST, Antony. Fronteiras e espaços do privado. In: **História da vida privada: da Primeira Guerra a nossos dias**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p.61.

⁴ GIDDENS, Anthony. **Terceira via: reflexões sobre o impasse atual e o futuro da social-democracia**. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 1999, p.100.

uma reengenharia na disciplina das atividades econômicas, da autonomia negocial e da responsabilidade civil, a fim de permitir uma proteção integral e efetiva à pessoa, mediante a incidência de instrumentos originários do direito público e a franca intervenção do Estado.⁵ O resultado foi a socialização ou publicização do Direito Privado, agora permeado por figuras que pertenciam exclusivamente ao direito público.

A própria soberania constitucional, a expansão dos direitos fundamentais, a distribuição constitucional de competência legislativa em matéria privada e a criação da jurisdição constitucional também favoreceram o esmaecimento das fronteiras entre o direito público e privado, constitucionalizando o Direito Civil. E, pelo primado da Constituição, as normas constitucionais se consubstanciaram como um sistema de valores condicionantes de todos os campos do Direito. Elas passaram a vincular não apenas os administradores públicos, mas também o legislador, os juízes e os cidadãos no exercício de sua liberdade e autonomia. Como resultado, nenhuma disposição normativa de ordem civil poderia confrontar as normas constitucionais ou mesmo sofrer interpretação dissonante do seu espírito.⁶

Entre os direitos fundamentais incluíram-se matérias antes legadas à seara civil, como o direito de herança e o direito de constituição de família. Adicionalmente, a discussão sobre o direito ao desenvolvimento da personalidade ganhou espaço. No plano do Direito Civil, o abstrato sujeito de direito recebe a energia irradiada a partir dos direitos fundamentais e, em especial, dos princípios constitucionais: dignidade da pessoa, liberdade e igualdade, alcançando uma tutela global pela nomeada *cláusula geral de tutela da pessoa*. Ao mesmo tempo em que isso ampliou a proteção à pessoa, também mitigou a autonomia privada, suscitando críticas doutrinárias daqueles⁷ que temiam o ocaso do Direito Civil.

Perlingieri,⁸ a despeito das críticas, insistiu na importância de um Direito Civil interpretado à luz da Constituição para o fortalecimento das questões subjetivas existenciais, de forma a afirmar a unificação do sistema jurídico e, conseqüentemente, a superação da dicotomia entre direito público e direito privado. Nesses termos, a norma constitucional não está restrita ao intento de limitar a legislação ordinária mas também se presta a funcionar como vetor interpretativo da legislação infra-constitucional, visando a promoção dos valores fundamentais⁹ (dentre os quais a dignidade da pessoa humana), e ainda a aplicação direta e imediata na solução do conflito no caso concreto.¹⁰

⁵ GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 747, jan. 1998, p. 44 e 50.

⁶ Esse processo de publicização do Direito sofre as críticas de Hesse, por comprometer severamente a autonomia privada, eixo central do direito privado, e ainda por inflacionar e distorcer as competências da jurisdição constitucional para onde seguem as demandas que transbordam da jurisdição cível. Para ele, cabe “*al legislador del Derecho Privado corresponde constitucionalmente la tarea de transformar el contenido de los derechos fundamentales, de modo diferenciado y concreto, en Derecho inmediatamente vinculante para los participantes en una relación jurídico-privada*” (**Derecho constitucional y derecho privado**. Trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Civitas Ediciones, 1995, p.61-64).

⁷ Para conhecê-las, recomendam-se os textos de Konrad Hesse, *op. cit.*, p. 61 e ss e Michele Giorgianni, *op. cit.*, p. 47.

⁸ **O direito civil na legalidade constitucional**. Maria Cristina de Cicco (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

⁹ Em sua dicção, “A normativa constitucional eleva-se a justificação da norma ordinária, que com a primeira deve se harmonizar coerente e razoavelmente, segundo os critérios ou princípios de adequação e de proporcionalidade que postulam o conhecimento aprofundado também do caso concreto” (*Ibid.*, p.574).

¹⁰ Conforme esclarece Perlingieri, “não existem, portanto, argumentos que contrariem a aplicação direta dos princípios constitucionais: a norma constitucional pode, mesmo sozinha (quando não existirem normas ordinárias que disciplinem a *fattispecie* em consideração), ser a fonte da disciplina de uma relação jurídica de direito civil. Essa solução é a única permitida se se reconhece a preeminência das normas constitucionais - e dos

Tem-se, portanto, um Direito Civil articulado com os direitos fundamentais e com os direitos humanos, consolidando-se um sistema normativo mais eficaz e mais atento às situações subjetivas existenciais. O objetivo é, sem dúvida, a construção de um direito “voltado para as pessoas que integram a sociedade, para seu destino coletivo, seres reais existentes no mundo dos fatos, e não mais sujeitos ideais, titulares abstratos de direitos equitativamente atribuídos e assegurados com base numa igualdade formal”.¹¹ Como afirma Tepedino “o indivíduo, elemento subjetivo basilar e neutro do direito civil codificado, deu lugar, no cenário das relações de direito privado, à pessoa humana, para cuja proteção se volta a ordem jurídica como um todo”.¹²

Essa perspectiva valorativa está presente na ordem internacional que afirma a igualdade, a dignidade e a liberdade das pessoas, reconhecendo-lhes o direito geral de personalidade ao qual a autodeterminação é inerente. Perfaz-se, desde então, uma verdadeira cláusula geral de tutela que retira fundamento de documentos internacionais importantes como a Declaração dos Direitos do Homem que no art.1º. anuncia que, “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade” (art.1º.)¹³ e do Pacto San José da Costa Rica, ratificado no Brasil pelo Decreto 678/1992, que reconhece a todas pessoas o direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica, permitindo-lhe o acesso a uma gama de direitos civis e políticos, dentre os quais se destaca o exercício da liberdade.

Verifica-se, portanto, que a garantia do direito ao desenvolvimento pela autodeterminação se consubstancia como um interesse primário da sociedade ocidental que se converte em objetivo fundamental dos Estados subscritores e, conseqüentemente, de instituições intermediárias como a família.

Na compreensão de Miracy Gustin,¹⁴ a autodeterminação se revela como uma necessidade humana essencial e não apenas como um interesse ou um desejo. Isso porque a autodeterminação não é derivada da mera volição do homem, corresponde mais a um objetivo, a um fim natural ou moral, historicamente determinado que legitima a sua sociabilidade e é pressuposto de sua atuação em sociedade. É por intermédio da autodeterminação que o homem pode exercer seu potencial criativo, a fim de avançar socialmente em busca de sua realização plena.¹⁵ Pela autodeterminação é capaz de realizar

valores por elas expressos – em um ordenamento unitário, caracterizado por esses conteúdos” (**O direito civil na legalidade constitucional**. Maria Cristina de Cicco (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.589).

¹¹ BARBOZA, Heloisa Helena. Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos. In: **Cuidado e vulnerabilidade**. Coordenadores: Tania da Silva Pereira e Guilherme de Oliveira. São Paulo: Atlas, 2009, p.106.

¹² Do sujeito de direito à pessoa humana. **Temas de Direito Civil**. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.341.

¹³ Na esteira da citada declaração, a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (LF) dispõe no art.2º. “Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outrem e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral” (*Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt*). De igual sorte, a Constituição da República Portuguesa traz no artigo 26, nº 1, “A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e à reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação”.

¹⁴ **Das necessidades humanas aos direitos**. Ensaio de sociologia e filosofia do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p.24-31.

¹⁵ Na explicação de Gustin “Da mesma forma, o pensamento atual sobre a correlação necessidade/direito tem-se conduzido para a concepção das necessidades como tema de grande valor normativo e que facilita a compreensão de sua potencialidade argumentativa e da relação que é capaz de estabelecer entre ser e dever ser.

escolhas, delinear seu destino, constituir relações e assumir responsabilidades, trilhando o caminho da busca da felicidade.

Em vista disto, o desenvolvimento da pessoa se inclui entre os objetivos e fundamentos do Estado Democrático de Direito, demandando a aplicação de esforços públicos e privados para sua promoção, por meio de prestações positivas ou de prestações negativas. Imiscuíram-se o direito público e o direito privado em superação à tutela unilateral da pessoa, fosse de ceba publicista ou de orientação exclusivamente privatista. Consolida-se, pois, uma proteção integral e global no âmbito das situações subjetivas existenciais e patrimoniais.

Isso porque a autodeterminação é o motor da subjetividade, representa o que melhor qualifica o sujeito humano racional,¹⁶ uma vez que concilia a materialidade e espiritualidade de cada homem, permitindo-lhe a expressão genuína de sua personalidade pela idealização e realização de planos, projetos, escolhas, tomada de decisões etc. Ao lado da autodeterminação, porém, destaca-se a alteridade, outro elemento essencial a esse desenvolvimento. Pela alteridade, a pessoa se afirma como *partícipe do consórcio humano*, sustentando o *interesse ao livre desenvolvimento da vida em relações*.¹⁷ É incomum o homem viver só. Pode até reivindicar o direito de estar momentaneamente só, em busca de espaço para reflexão, mas é da sua conformação a vida de relações. Essa integração societária é outra necessidade humana, pois as pessoas necessitam da contínua troca de experiência que a vida relacional possibilita.¹⁸

A personalidade humana se faz compor, segundo Capelo de Sousa,¹⁹ por um conjunto de elementos bio-psíquico-sócio-ambientais que, na seara juscivilista, recebe tutela global como o “real e o potencial físico e espiritual de cada homem em concreto, ou seja, o conjunto autônomo, unificado, dinâmico e evolutivo dos bens integrantes de sua materialidade física e do seu espírito reflexivo, sócio-ambientalmente integrados”.²⁰ O homem esculpe sua identidade, constrói sua personalidade sob influências genéticas, por meio das quais sua natureza biológica se manifesta; adapta-se culturalmente às condições ambientais de seu lugar, as quais interferem em sua dimensão comportamental e identitária, e, por intermédio da

Assim, as necessidades concedem ao indivíduo razões e argumentos sobre a justiça e justeza das coisas e dos fatos; portanto, sobre a sua legitimidade. Esse indivíduo deve ser preservado em sua dignidade e autonomia no sentido de que, frente ao direito, é dono de seus atos e de suas decisões. O campo identifica a pessoa como portadora de responsabilidade e, por conseguinte, de deveres. Essa atribuição de responsabilidade já supõe, portanto, autonomia”. **(Das necessidades humanas aos direitos**. Ensaio de sociologia e filosofia do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p.30)

¹⁶ Todavia, é de se perguntar sobre a ética dessa autodeterminação atestada pelo estado democrático de direito. Especialmente se está lastreada numa ética individual da vontade? Qual seria, portanto, o limite para a autodeterminação, especialmente se considerarmos a forte influência da totalidade dos direitos fundamentais com a sua nota de indisponibilidade. Em concordância com a observação de Hesse é importante garantir a cada pessoa um espaço de vida literalmente privado, não público nem referido ao Estado ou à comunidade, sendo o desafio discernir a sua fronteira, sob pena de paulatinamente, amidar o espaço de sua autodeterminação. (*Ibid.*, p.74)

¹⁷ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.24.

¹⁸ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa, *op. cit.*, p.24.

¹⁹ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995, p.117.

²⁰ Para Alan Supiot a personalidade humana, fruto da existência racional, constitui um arranjo antropológico tridimensional constituído pela individualidade, subjetividade e personalidade. Cada homem é singular, exclusivo e irrepitível embora guarde semelhanças com os demais *homo sapiens sapiens*. Graças à razão, é um sujeito soberano, dono de uma vontade e de uma capacidade reflexiva e criadora que o distancia dos animais e lhe garante singularidade em face aos demais homens. Em virtude de sua personalidade congrega uma dupla dimensão formada por sua existência física e a sua inteligência criacional, que supera sua finitude material (**Homo juridicus**. Ensaio sobre a função antropológica do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.15).

rede de relações que estabelece com os demais, influencia e é influenciado em um processo contínuo de construção e reconstrução de si.²¹

Em vista dessa *potência* a proteger, uma pluralidade de direitos especiais ou típicos de personalidade consignados na legislação infra-constitucional são importantes, mas ainda insuficientes, reitere-se, para alcançar toda a gama de relações existenciais (e patrimoniais) pelas quais tráfegará o sujeito. A característica central dos direitos típicos ou especiais de personalidade deriva da demarcação específica ao seu objeto (o nome, a imagem, a integridade, a intimidade etc), por essa razão, são insuficientes para uma proteção global da pessoa. Defende-se a necessidade de um direito mãe²² – um direito geral de personalidade, emergente da principiologia civil-constitucional que, além de permitir uma tutela integral, também fundamentará os direitos especiais ou típicos de personalidade.

Esse direito-mãe lembra a *norma aberta de tutela* sustentada por Perlingieri,²³ que é estruturada de modo distinto do direito subjetivo de propriedade, no qual o sujeito é separado do objeto (titular do direito x objeto de propriedade). Sendo a pessoa o alvo da tutela em razão do interesse protegido, torna-se uma necessidade lógica reconhecer “que é exatamente a pessoa a constituir ao mesmo tempo o sujeito e o titular do direito e o ponto de referência objetivo da relação”.²⁴

²¹ Segundo Stuart Hall, o sujeito pós-moderno apresenta uma identidade plástica, fragmentada e sem qualquer referência a um núcleo essencial. Há elementos cambiantes historicamente construídos que alteram a percepção de identidade imutável e permitem a emergência de um sujeito em perene construção. O homem conquistou grande autonomia para amoldar sua identidade (**A identidade cultural na pós-modernidade**. Trad. Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. Rio de Janeiro: DP&A Editora, 2011, p.13). A racionalidade e seu apetite pelo novo o impulsionaram a refletir sobre a modernidade, desfazendo os tradicionais limites sociais, políticos e jurídicos que o reprimiam. A quebra da tradição, apesar da ampliação do espaço da liberdade, trouxe efeito reflexo: a perda das certezas. A ruptura com os conceitos socialmente difundidos de classe, sexo, gênero, etnia e nacionalidade pôs em cheque o sentimento de segurança, inclusive jurídica. A marca da contemporaneidade é a dúvida e a insegurança. (GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade**. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991, p.39).

²² Na dicção de Capelo de Sousa, a tutela da personalidade implica em um direito geral de personalidade que envolve “o direito de cada homem ao respeito e à promoção da globalidade dos elementos, potencialidades e expressões da sua personalidade humana bem como da unidade psico-físico-sócio-ambiental dessa mesma personalidade (v.g. da sua dignidade humana, da sua individualidade concreta e do seu poder de autodeterminação), com a conseqüente obrigação por parte dos demais sujeitos de se absterem de praticar ou de deixar de praticar actos que ilicitamente ofendem ou ameçam ofender tais bens jurídicos da personalidade alheia, sem o que incorrerão em responsabilidade civil e/ou na sujeição às providências cíveis adequadas a evitar a consumação da ameaça ou a atenuar os efeitos da ofensa cometida. [...] Simplesmente, o objecto tutelado por tal direito envolve a compreensão de uma *cláusula geral*, a personalidade humana, juridicamente tutelada. O que, embora insira no direito geral de personalidade elementos de indefinição e de incerteza preliminares próprios das cláusulas gerais, que nos sistemas jurisprudenciais demasiado positivo-formais lhe cerceiam muita da sua eficácia prática, todavia permite, em sistemas jurisprudenciais valorativos, conferir ao direito geral de personalidade maleabilidade e versatilidade de aplicação a situações novas e complexas.” (*op. cit.*, p.93).

²³ **O direito civil na legalidade constitucional**. Maria Cristina de Cicco (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.764.

²⁴ Em suas próprias linhas, Perlingieri afirma que “A personalidade é, portanto, não um direito, mas um *valor* [o valor fundamental do ordenamento] e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela. Tais situações subjetivas não assumem necessariamente a forma do direito subjetivo e não devem fazer perder de vista a unidade do valor envolvido. Não existe um número fechado de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naqueles de outras pessoas. A elasticidade torna-se instrumento para realizar formas de proteção também atípicas, fundadas no interesse à existência e no livre exercício da vida de relações.” (**Perfis do direito civil**. Introdução ao Direito Civil constitucional. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.155).

No Brasil, Gustavo Tepedino nomina essa norma aberta de cláusula geral de tutela. Para ele “a tutela da pessoa humana, além de superar a perspectiva setorial (direito público e direito privado), não se satisfaz com as técnicas ressarcitória e repressiva (binômio lesão-sanção), exigindo, ao reverso, instrumentos de promoção do homem, considerado em qualquer situação jurídica de que participe, contratual ou extracontratual, de direito público ou de direito privado”.²⁵

É de notar que a cláusula geral de tutela da pessoa representa até mais que o próprio direito geral de personalidade de que tratam os portugueses, no art.70 do Código Civil. Procura-se por meio dela realizar o valor fundamental *personalidade humana*, o que não se faz possível apenas por meio de uma enumeração taxativa de direitos subjetivos de personalidade, mas a partir de uma complexidade de situações jurídicas que podem se apresentar como poder jurídico, direito potestativo, interesse legítimo, pretensão, autoridade parental, faculdade, ônus, estado, etc.²⁶

Sob a inspiração desses argumentos, a IV Jornada de Direito Civil estabeleceu, no enunciado 274, que os direitos de personalidade serão tutelados de modo não exaustivo pelo Código Civil e se expressam na cláusula geral de tutela da pessoa humana que se extrai do art.1º., III, da Constituição Federal, ou seja, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Como resultado prático, extrai-se dessa cláusula geral o fundamento da autodeterminação, do autogoverno que permite à pessoa exercer a potência de ser e devir. É bem certo que alguns bens são indispensáveis ao exercício desse autogoverno e por isso recebem adicionalmente uma tutela específica, a exemplo do direito à vida e à integridade física e psíquica. Quando recebem uma proteção jurídica especial, qualificam-se como direitos especiais de personalidade.

No Brasil, o Código Civil de 2002 elencou alguns direitos especiais de personalidade, dentre os quais: o nome, a integridade corporal, a autonomia para disposição do próprio corpo e para decidir sobre tratamento médico, a imagem e a vida privada. Outras leis esparsas também trazem direitos especiais de personalidade, a exemplo do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, do Estatuto do Idoso e da proteção aos direitos autorais. Entre os direitos fundamentais, também se identificam direitos especiais de personalidade como a honra, a imagem, a integridade e a vida. Todos esses, conciliados à cláusula geral de tutela, constituem um franco sistema de proteção à pessoa.

E essa sistemática de proteção acaba por interferir na disciplina jurídica da família, afinal a unidade familiar, assentada em relações de afeto, exerce importância fundamental no processo de formação da pessoa. Isso justifica sua especial proteção por parte do Estado (art. 226, CF).

Em atenção aos direitos de personalidade e à proteção da família, há várias decisões judiciais brasileiras, prolatadas em primeira instância ou em sede recursal, aplicando diretamente as normas constitucionais com toda a plataforma protetiva da pessoa.²⁷ A título

²⁵ **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.46.

²⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.117-118.

²⁷ Em síntese, Perlingieri considera que “a constitucionalização do direito representa não somente uma exigência da unidade do sistema e do respeito à hierarquia de suas fontes, mas também o caminho para obviar o risco das degenerações do Estado de direito formal”. Sem um positivismo renovado, sustenta o mesmo autor, as rápidas transformações sociais não poderiam ser acompanhadas pelas monolíticas certezas extraídas de uma

de exemplo, sob o fundamento do princípio da dignidade da pessoa humana e para amparar o direito à identidade, demandantes submetidos à cirurgia de transgenitalização lograram êxito na retificação do prenome e do designativo de sexo, apostos nos documentos oficiais, sem qualquer ressalva registral.²⁸ No mesmo esteio, a jurisprudência retirou das normas constitucionais o fundamento para decidir sobre estado de filiação, atentando para os princípios do melhor interesse da criança, da paternidade responsável e da afetividade.²⁹ A maioria dessas decisões tem mantido o vínculo paterno-filial quando identificada a socioafetividade, ainda que atestada a ausência de parentalidade consanguínea por meio do DNA³⁰ ou declarada a falsidade ideológica nos casos de adoção à brasileira.³¹ Observa-se a

interpretação literal. (**O direito civil na legalidade constitucional.** Maria Cristina de Cicco (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.576-577).

²⁸ Até recentemente, apesar de deferido o pedido de alteração de prenome e designativo de sexo (masculino/feminino), as decisões consentiam a modificação desde que ficasse averbado no livro cartorário, à margem do registro, que aquela informação foi alterada em decorrência de decisão judicial. “Não se pode esconder no registro, sob pena de validarmos agressão à verdade que ele deve preservar, que a mudança decorreu de ato judicial, nascida da vontade do autor e que tornou necessário ato cirúrgico complexo. Trata-se de registro imperativo e com essa qualidade é que se não pode impedir que a modificação da natureza sexual fique assentada para o reconhecimento do direito do autor. Conheço do especial e lhe dou provimento para determinar que fique averbado no registro civil que a modificação do nome e do sexo do recorrido decorreu de decisão judicial.” (REsp 678933/RS, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 22/03/2007, DJ 21/05/2007). No entanto, recentes julgados já autorizam as alterações sem impor tal condição, com o objetivo de “assegurar ao transexual o exercício pleno de sua verdadeira identidade sexual consolidada, sobretudo, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, cuja tutela consiste em promover o desenvolvimento do ser humano sob todos os aspectos, garantindo que ele não seja desrespeitado tampouco violentado em sua integridade psicofísica. Poderá, dessa forma, o redesignado exercer, em amplitude, seus direitos civis, sem restrições de cunho discriminatório ou de intolerância, alçando sua autonomia privada em patamar de igualdade com os demais integrantes da vida civil. A liberdade se refletirá na seara doméstica, profissional e social do recorrente, que terá, após longos anos de sofrimentos, constrangimentos, frustrações e dissabores, enfim, uma vida plena e digna” (REsp 1008398/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 15/10/2009, DJe 18/11/2009). No mesmo sentido, processo 2007.3.004934-0 da 3ª Câmara Cível Isolada do Tribunal de Justiça do Pará.

²⁹ A título exemplificativo: REsp 1189663, REsp 1087163, REsp 450566, REsp 234833, REsp 1106637, REsp 1088157, REsp 709608, REsp 878941, REsp 833712, REsp 1003628, REsp 889852, REsp 1199465, REsp 1078285, REsp 1067438, REsp 1022763, REsp 932692, REsp 786312.

³⁰ DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. EXAME DE DNA NEGATIVO. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1. Em conformidade com os princípios do Código Civil de 2002 e da Constituição Federal de 1988, o êxito em ação negatória de paternidade depende da demonstração, a um só tempo, da inexistência de origem biológica e também de que não tenha sido constituído o estado de filiação, fortemente marcado pelas relações socioafetivas e edificado na convivência familiar. Vale dizer que a pretensão voltada à impugnação da paternidade não pode prosperar, quando fundada apenas na origem genética, mas em aberto conflito com a paternidade socioafetiva.

2. No caso, as instâncias ordinárias reconheceram a paternidade socioafetiva (ou a posse do estado de filiação), desde sempre existente entre o autor e as requeridas. Assim, se a declaração realizada pelo autor por ocasião do registro foi uma inverdade no que concerne à origem genética, certamente não o foi no que toca ao desígnio de estabelecer com as então infantes vínculos afetivos próprios do estado de filho, verdade em si bastante à manutenção do registro de nascimento e ao afastamento da alegação de falsidade ou erro.

3. Recurso especial não provido.

(REsp 1059214/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 16/02/2012, DJe 12/03/2012)

³¹ A interpretação produzida nas Jornadas de Direito Civil do CNJ segue essa mesma orientação: Na 1ª Jornada de Direito Civil: Enunciado 103 – Art. 1.593: o Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade sócio-afetiva, fundada na posse do estado de filho. Na 3ª Jornada de Direito Civil: Enunciado 256 – Art.1.593: A posse do estado de filho

franca opção do Superior Tribunal de Justiça pelo critério da socioafetividade quando tem de se fixar a maternidade ou paternidade, reafirmando o ditado popular: *pai é o que cria*.³² A esse respeito, veja-se parte do Recurso Especial 1000356/SP:

- a filiação socioafetiva, que encontra alicerce no art. 227, § 6º, da CF/88, envolve não apenas a adoção, como também “parentescos de outra origem”, conforme introduzido pelo art. 1.593 do CC/02, além daqueles decorrentes da consanguinidade oriunda da ordem natural, de modo a contemplar a socioafetividade surgida como elemento de ordem cultural.

- Assim, ainda que despida de ascendência genética, a filiação socioafetiva constitui uma relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a maternidade que nasce de uma decisão espontânea deve ter guarida no Direito de Família, assim como os demais vínculos advindos da filiação.

- *Como fundamento maior a consolidar a acolhida da filiação socioafetiva no sistema jurídico vigente, erige-se a cláusula geral de tutela da personalidade humana, que salvaguarda a filiação como elemento fundamental na formação da identidade do ser humano.* (Grifos intencionais não constantes no original)

A decisão acima citada exemplifica a aplicação da cláusula geral de tutela da pessoa, orientando a preferência pelo vínculo construído na vida relacional entre pai/mãe/filho, ante o tradicional critério da presunção de filiação na constância do matrimônio ou o critério do *jus sanguinis*. O vínculo da socioafetividade, na assunção dos papéis de pai e mãe, é, a toda prova, mais forte do que a referência biológica na medida em que é consolidado pelo liame relacional que se fortalece dia a dia. Em certa medida, resulta do exercício da autonomia, vez que o sujeito se dispõe à construção cotidiana do vínculo.

Quanto à união estável e ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, a fundamentação jurídica aplicada pelos tribunais também partiu da articulação dos princípios constitucionais, em especial, a igualdade e a liberdade. Nos autos do Recurso Especial 1183378/RS, o Ministro Luis Felipe Salomão (STJ) afirmou expressamente a imperiosa necessidade daquela Corte interpretar a lei em adequação ao texto constitucional, sustentando que

Embora criado pela Constituição Federal como guardião do direito infraconstitucional, no estado atual em que se encontra a evolução do direito privado, vigorante a fase histórica da constitucionalização do direito civil, não é possível ao STJ analisar as celeumas que lhe aportam “de costas” para a Constituição Federal, sob pena de ser entregue ao jurisdicionado um direito desatualizado e sem lastro na Lei Maior. Vale dizer, o Superior Tribunal de Justiça, cumprindo sua missão de uniformizar o direito infraconstitucional, não pode conferir à lei uma interpretação que não seja constitucionalmente aceita.

A discussão sobre os alimentos gravídicos igualmente se consolidou pela aplicação e eficácia direta e imediata de normas constitucionais, especialmente dos princípios da solidariedade, da responsabilidade parental e do melhor interesse da criança/nascituro em

(parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil. Na 4ª Jornada de Direito Civil: Enunciado 339 – A paternidade socioafetiva, calcada na vontade livre, não pode ser rompida em detrimento do melhor interesse do filho. Na 5ª Jornada de Direito Civil: Enunciado 519 – Art. 1.593. O reconhecimento judicial do vínculo de parentesco em virtude de socioafetividade deve ocorrer a partir da relação entre pai(s) e filho(s), com base na posse do estado de filho, para que produza efeitos pessoais e patrimoniais.

³²GONÇALVES, Camila F. O.; MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito à identidade e o erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge na ocorrência de intersexualidade. In: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (Org.). **Anais do XX Encontro Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011.

desenvolvimento para, somente depois, lograr a atenção do legislador que promulgou a Lei n.º 11.804/2008.

Muitas outras são as decisões jurisprudenciais que têm buscado a integração do ordenamento como um sistema axiológico pautado por valores de justiça, em cujo centro se situa a proteção da pessoa como um ente autônomo e criativo. Nesse processo, a doutrina dos direitos humanos teve importância destacada por ter elevado a pessoa à condição de supremo critério ético.³³

2 A família democrática e a promoção do desenvolvimento da pessoa dos seus membros

Comportando-se como um subsistema social, a família interage com os demais subsistemas e vai construindo e reconstruindo seus delineamentos de forma dinâmica. Opera semelhantemente ao sistema do qual é parte (a sociedade), é integradora relativamente às relações que seus membros têm entre si (conjugalidade, filiação, parentesco etc) e interativa, na medida em que pode se interrelacionar com outros subsistemas sociais, sejam eles de natureza política, religiosa, cultural etc.³⁴ Nesse caminhar, influencia e é influenciada, permitindo diversas modificações na sua estrutura, concepção e organização.

Na análise sociológica de Jacques Commaille,³⁵ a família deixa sempre entrever uma especial relação com a esfera pública. Ao tempo das monarquias absolutistas predominavam as famílias patriarcais, nas quais a autoridade do pai se assemelhava à autoridade do monarca. O fim dessas monarquias operou a simbólica morte de Deus, fonte de legitimidade da autoridade do monarca e, conseqüentemente, a morte do pai, chefe absoluto da família. Dali em diante, dar-se-ia início ao processo de democratização do Estado e das famílias.³⁶

Por influência da república e pela expansão do princípio democrático na reorganização das famílias, vê-se uma maior abertura à participação e à vontade dos membros integrantes.³⁷ À semelhança do poder estatal, que passa a ser funcionalizado e delimitado pelas normas constitucionais, a família também terá suas relações internas, sua estrutura e os papéis de cada um dos seus integrantes balizados pelas normas constitucionais. A família já não é protegida constitucionalmente como uma formação social titular de um interesse particular, mas, em razão de sua função de realização das exigências humanas.³⁸ Ainda que sua estrutura organizacional seja plural, as famílias terão sempre o fim constitucional de promover a educação e o desenvolvimento dos seus integrantes.

³³ COMPARATO, Fábio Konder. **Ética**. Direito, moral, religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p.481.

³⁴ GUERSI, Carlos; WEINGARTEN, Celia; GHERSI, Sebastián R. **Daños y delitos en las relaciones de familia**. Rosário: Nova Tesis Editorial Jurídica, 2010, p.12-13.

³⁵ Family and democracy. In: **The family**: contemporary perspectives and challenges. Editado por Koen Matthijs. Bélgica: Leuven University Press, 1998, p.19.

³⁶ GUERSI, Carlos; WEINGARTEN, Celia; GHERSI, Sebastián R. **Daños y delitos en las relaciones de familia**. Rosário: Nova Tesis Editorial Jurídica, 2010, p.21.

³⁷ Na explicação de Perlingieri: “a família se caracteriza pela igualdade e pela unidade garantidas pelo art.29 Const.: igualdade significa democracia, participação com igual título na condução da vida familiar. O discurso envolve também a posição dos filhos. (**Perfis do direito civil**. Introdução ao Direito Civil constitucional. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.246).

³⁸ *Ibid.*, p.243.

Como uma pequena réplica da República Democrática,³⁹ a família comunga dos mesmos objetivos em relação aos seus membros e assim, deve respeitar e garantir a liberdade e a igualdade, pressupostos para o desenvolvimento e a autonomia.⁴⁰ Os princípios democráticos que informam grupos como a família estão centrados na ideia de autonomia, de relacionamentos livres e iguais, respeitando-se a capacidade de reflexão e autodeterminação de cada um dos indivíduos em realizar suas escolhas e seguir seu próprio caminho.⁴¹ Nesta linha a disciplina jurídica das famílias se estrutura pela influência dos direitos fundamentais, compreendidos como uma categoria aberta e não apenas por um conjunto restrito de disposições legislativas infraconstitucionais.⁴² Em vista disso, seguem alguns exemplos pontuais que marcaram o reconhecimento jurídico da autonomia nas relações familiares.

A despeito de a lei brasileira ainda prever a heterossexualidade como pressuposto para as parcerias convivenciais ou matrimoniais, a jurisprudência decidiu por sua dispensa, pautando-se pelos princípios constitucionais que consolidam aquela cláusula geral de tutela. Desse modo, passou a reconhecer a união estável e até mesmo o casamento entre pessoas do mesmo sexo.⁴³

No que concerne ao fim da união estável, é bastante a vontade de um ou de ambos os envolvidos, como expressão de sua autonomia. Relativamente à dissolução do casamento, após a Emenda Constitucional nº 66, ultimaram-se todas as cláusulas de dureza, de sorte que apenas pela vontade o casamento se perfaz ou desfaz.

Em respeito à essa mesma autonomia, a prática jurisprudencial e doutrinária não exige a coabitação sob o mesmo domicílio como dever do casamento. Em vista do projeto de vida de

³⁹ Commaile diz “*In the context of this side-by-side examination of the family and democracy, the question is whether democracy is a sort of replica in the political order of equality of its member that are in the family, this miniature Republic or miniature democracy reflecting the big one: political democracy*” (Family and democracy. In: **The family**: contemporary perspectives and challenges. Editado por Koen Matthijs. Bélgica: Leuven University Press, 1998, p.25).

⁴⁰ Neste sentido, Giddens, **Terceira via**: reflexões sobre o impasse atual e o futuro da social-democracia. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 1999, descreve a família democrática como um grupo de relações horizontalizadas voltada para a promoção da pessoa. No Brasil, a análise foi muito bem apresentada por Maria Celina Bodin de Moraes, A família democrática. In: **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 207-234.

⁴¹ No texto original: “*These principles are based on the idea of autonomy, free and equal relationships, the capacity of individuals to be self-reflective and self-determined, in a position to weigh, judge, choose and follow different possible courses of action. These principles are precisely those that have contributed, in the public sphere, to the renewal of political rights and obligations, those no longer founded on tradition, status or prerogatives derived from property ownership.*” (COMMAILLE, Jacques, *op. cit.*, p.26).

⁴² PERLINGIERI, Pietro, *op. cit.*, p.247.

⁴³ A título de exemplificação: ARE 656298 RG/SE, Rel. Ministro Ayres Britto, STF, julgado em 08/03/2012, Dje 02/05/2012. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1955307>>. Acesso em 28/06/2012; RE 646721 RG/RS, Rel. Ministro Marco Aurélio, STF, julgado em 10/11/2011, Dje 07/12/2011. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1610317>>. Acesso em 28/06/2012; REsp 1183378/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 25/10/2011, DJe 01/02/2012. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=201000366638&dt_publicacao=01/02/2012>. Acesso em 28/06/2012; REsp 827962/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 21/06/2011, DJe 08/08/2011. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200600577255&dt_publicacao=08/08/2011>. Acesso em 28/06/2012.

cada um, das singularidades de cada arranjo familiar, é possível que a comunhão plena de vida se exerça em lares distintos.

O planejamento familiar é outro assunto que só interessa ao casal, conforme dispõe a Constituição Federal no capítulo dedicado à família. A Lei nº. 9263/1996, que regulamenta a matéria, diz que o planejamento familiar corresponde a um direito do cidadão, cuja promoção está capitulada no âmbito de ações voltadas para a saúde sexual e reprodutiva do homem, da mulher e do casal. Mais uma vez é a autonomia do sujeito que orienta a questão, afinal, a decisão sobre ter ou não filhos é fruto da liberdade da pessoa. Se unidas pela união estável ou pelo matrimônio, as pessoas devem decidir sobre o planejamento familiar em consenso, sendo ilegítima a imposição da vontade de apenas um dos partícipes. Mas, mesmo nessa hipótese, se resultar em nascimento de um filho, ambos serão responsáveis e exercentes do poder familiar por se priorizar o interesse da criança.

No plano das relações de filiação, a autonomia também é cotejada. Tocante ao reconhecimento de filho havido fora do casamento, é indispensável a sua concordância se for ele maior; sendo ele menor, a lei lhe faculta a impugnação da paternidade após atingir a maioridade (art. 1.614, CC). Para a colocação do menor em família substituta, a Lei nº. 8.069/90 exige sua oitiva ou consentimento, em audiência, conforme tenha menos ou mais que 12 anos (art. 28, §2º, Lei nº. 8.069/90). Nota-se que o ECA foi mais enfático em respeitar a vontade do menor em ser ou não adotado, independentemente de sua capacidade jurídica. Priorizou a capacidade de agir, o discernimento à capacidade jurídica.

Pela socioafetividade, que também representa uma manifestação da autonomia, as pessoas se doam mutuamente e, ao longo da convivência, se enlaçam por vínculos de afeto que consolidam a relação paterno/materno-filial.

Até mesmo no exercício do poder familiar se pode vislumbrar certa dose de autonomia, na medida em que cabe aos pais decidir sobre a melhor forma de educar seus filhos. Ressalte-se, porém, que o poder familiar não se traduz como um direito subjetivo do pai ou da mãe sobre a pessoa do filho. Conjuga diversas posições jurídicas como faculdades, ônus e deveres⁴⁴ todas motivadas para um só fim – o melhor interesse da criança e do adolescente. Observa-se que o art. 1634, do Código Civil Brasileiro enumera vários desses deveres: criar e educar os filhos, tê-los sob sua guarda e companhia, dar-lhes ou negar-lhes o consentimento para casar, nomear tutor ou curador, representá-los ou assisti-los.

Em atenção à cláusula geral de tutela da pessoa, a autoridade paterna/materna há que fomentar a autonomia do filho em cada etapa de sua vida, considerando que o discernimento é uma conquista gradual que acompanha o desenvolvimento da sua personalidade. Nesse aspecto, “a autoridade parental foge da perspectiva de poder e de dever, para exercer sua sublime função de instrumento facilitador da construção da autonomia responsável dos filhos”.⁴⁵ Não se trata de defender uma total permissividade em negação a qualquer autoridade dos pais, mas de apresentar os contornos de uma autoridade exercida no âmbito de uma família democrática. Voltando à Ana Carolina Brochado Teixeira, “é possível ter

⁴⁴ Distante de um direito subjetivo, o poder familiar representa uma situação jurídica subjetiva que congrega dever jurídico, ônus, direito e poder (STANZIONE, Pasquale. Interesse del minore e statuto dei suoi diritti. In: **Diritto civile e situazione esistenziali**. Gabriella Autorino e Pasquoale Stanzone. Torino: G. Giappichelli Editore, 2007, p.166). Ver também Gustavo Tepedino A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional. **Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC**, vol. 17, ano 5, p.41, jan./mar. 2004.

⁴⁵ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.138.

autoridade e ser democrático, simultaneamente. A democracia familiar induz a participação de todos nas decisões, além da valorização de todos os membros daquela comunidade. Ela se perfaz através do diálogo, do entendimento, mas não significa que o desejo de algum participante seja sempre atendido”.⁴⁶ Em síntese, a interferência na esfera privada dos filhos só terá justificativa funcional se voltada para a formação do seu desenvolvimento ou para assegurar-lhes segurança compatível com a doutrina da proteção integral, inadmitindo-se o jugo dos filhos a uma vontade desarrazoada dos pais.

Observe-se que, entre os princípios assinalados pela Convenção sobre os Direitos da Criança⁴⁷ estão o *princípio do direito à vida, à sobrevivência e ao desenvolvimento* (art. 6º.) e o *princípio do respeito pelas opiniões da criança* (art. 12º.). Disso resulta considerar a criança um ser humano cuja dignidade deve ser respeitada e que, a despeito de sua vulnerabilidade, há que se reconhecer a sua capacidade progressiva de escolher, opinar e se posicionar nas relações intersubjetivas no ambiente da família, da escola e da comunidade.

Na primeira infância, as crianças têm total dependência do poder decisório dos pais. Mas, o dever que os pais têm de educá-las implica também na promoção e reconhecimento da gradativa emancipação. No desenrolar desse processo, é óbvio que os pais transmitem suas visões de mundo, suas concepções morais, sua orientação religiosa,⁴⁸ mas não podem, com isso, ofender os princípios constitucionais que culminam no respeito à pessoa e nos direitos do menor.

A autoridade parental é vinculada a um perfil funcional que exige o reconhecimento da criança e do adolescente como pessoa. Implica no dever de reconhecer o discernimento e a capacidade dos filhos em decidir sobre as questões subjetivas existenciais que lhes são próprias, buscando conciliar o dever de protegê-los com o dever de promover o seu desenvolvimento e a sua emancipação. Uma vez que devem buscar o melhor interesse da criança e do adolescente, os pais devem ouvi-los, considerar sua mundividência e avaliar os interesses que eles manifestam em um processo democrático de decisão, orientado pelo diálogo, pela cooperação e pela interação que devem ser comuns às relações familiares.⁴⁹

Especialmente quanto às questões mais subjetivas, é curial avaliar a capacidade efetiva de agir e discernir de cada filho, independentemente de sua capacidade jurídica. Pois, as liberdades e as capacidades de agir que lhes foram deferidas pelos documentos internacionais e pelas normas nacionais pressupõem uma capacidade de entender e não uma capacidade jurídica.⁵⁰

⁴⁶ *Ibid.*, p.161.

⁴⁷ Ratificada no Brasil, pelo Decreto internalizada pelo Decreto nº 99.710/1990.

⁴⁸ Como diz o Livro de Provérbios “Ensina a criança no caminho que deve andar, e, ainda quando for velho não se desviará dele”. (**Bíblia de estudo de genebra**. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 1999, p.755).

⁴⁹ MARTINS, Rosa. Responsabilidades parentais no século XXI: a tensão entre o direito de participação da criança e a função educativa dos pais. In: **Cuidado e vulnerabilidade**. Tânia da Silva Pereira; Gustavo de Oliveira (Coordenadores). São Paulo: Atlas, 2009, p.93.

⁵⁰ Pasquale Stanzone entende que “*L’equazione tra minore d’età e persona è emanazione del principio costituzionale di egualgianza, Che, come tale, non tollera ripartizione delle persone in classi di ETA. Ne deriva che, in tema di diritti e libertà fondamentali, la fissazione di limite d’età – oltre che essere di sospetta costituzionalità – rappresenta gli stessi inconvenienti additati a propósito della distinzione tra capacità giuridica e capacità d’agire in ordine alle situazione esistenziali. Se invece il criterio della compatibilità, di cui alla norma in oggetto, intende ancorarsi alla capacità di discernimento del minore, è evidente che muta la prospettiva e il giudizio - a mio avviso - non può che essere positivo. L’ambiguità del termine adoperato si scioglie nel senso che il godimento effettivo dei diritti e delle libertà costituzionali è legato alla raggiunta capacità di discernimento del minore, derivante a sua volta dalla valutazione casistica della situazione globale*

Crê-se, por exemplos mais simples, que uma criança, com mínimo discernimento, pode, por exemplo, escolher a sua vestimenta e que o adolescente pode escolher o esporte que deseja praticar. Se o filho demonstra interesse pelo *Jiu-Jitsu* e os pais temem as consequências negativas que esse esporte poderá trazer para a sua integridade física, preferindo que a criança ou o adolescente opte pelo basquetebol ou pela natação, haverão que solucionar o impasse por meio do diálogo e não pela imposição daquilo que entendem ser o melhor. Se a escolha for pelo esporte de alto impacto, o poder familiar autoriza aos pais o contínuo acompanhamento em busca da segurança e do resguardo da criança do perigo. Nem sempre a vontade da autoridade do pai/mãe prosperará. A própria ordem jurídica prevê uma hipótese concreta em que essa vontade pode ser frustrada: é o caso da negativa injusta ou imotivada em consentir o casamento do menor, que poderá ser afastada pelo suprimento da autorização por decisão judicial (art. 1.519, CC).

A vida familiar não implica na perda da subjetividade, do contrário, importa na promoção da pessoa pelo conjunto de relações solidárias que ali se estabelecem. Solidariedade, alteridade e individualidade são as três palavras que melhor devem representar as relações familiares. Para além da vida privada familiar, na qual se vislumbram a solidariedade e alteridade, existe também uma vida privada individual. Para além do grupo familiar, existe uma identidade individual; a realidade do grupo familiar não desfaz a real e concreta existência individual. Nessa perspectiva, a vida em família não legitima qualquer jugo. Perlingieri adverte que tanto “na solidariedade e no sacrifício pessoal como nos atos de amor, quando carentes do significado de reciprocidade, podem se esconder os perigos da sujeição e da submissão integral até a total anulação da vontade e da personalidade dos sujeitos”.⁵¹ Em nome da integridade familiar ou de outro bem, não se pode aniquilar o desenvolvimento da pessoa, por esta razão, a par da vida privada em família também se garante o direito à vida privada individual.

No processo de amadurecimento, é imprescindível tutelar a vida privada individual como um enigmático pressuposto para a construção da identidade, reflexão e autodeterminação. Quem sou eu e qual é o meu espaço, ainda quando integro a vida em família? É na esfera privada que a singularidade de cada indivíduo é percebida e desenvolvida,⁵² sobrelevando-se a diferença como um direito autônomo de personalidade.

dello stesso minore in relazione al singolo atto, alla singola scelta esistenziale”. (Interesse del minore e statuto dei suoi diritti. In: **Diritto civile e situazione esistenziali**. Gabriella Autorino e Pasquoale Stanzione. Torino: G. Giappichelli Editore, 2007, p.167).

⁵¹ **Perfis do direito civil**. Introdução ao Direito Civil constitucional. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.249.

⁵² Na análise de Celso Lafer, “Hanna Arendt, que passou pela dura experiência de privação de cidadania, soube avaliar a importância da intimidade, por isso mesmo, entendeu a importância de sua tutela para a dignidade humana, que também exige, além da luz da esfera pública, a proteção das sombras que permitem a transparência dos sentimentos da vida íntima. Foi por essa razão que, no seu polêmico artigo “Reflections on Little Rock”, propôs um princípio para a vida íntima, distinto dos princípios que regem a esfera privada e a esfera do social. Conforme já foi visto, para ela o princípio da esfera pública é a igualdade. A igualdade não é um dado; é um construído. É um princípio que iguala as pessoas que, pela sua natureza e origem, são diferentes. O princípio da esfera privada é a diferença e a diferenciação, que assinala a especificidade única de cada indivíduo. O social, cuja emergência ela analisou em *The human Condition*, é uma esfera híbrida, que escapa à clássica distinção entre público e privado, e na qual, desde a Idade Moderna, as pessoas passam a maior parte de seu tempo. Nesta esfera, que se caracteriza pela variedade, ingressamos devido à necessidade de ganhar a vida, seguir uma vocação, associarmos-nos a pessoas com as quais temos negócios ou interesses em comum. Nela prevalece o princípio da diferenciação, apesar dos riscos do conformismo social que busca elidir a heterogeneidade. É justamente para assegurar ao indivíduo a sua identidade diante dos riscos de nivelamento do social que no mundo contemporâneo se tornou necessário abrir um espaço para a esfera da intimidade. O princípio desta esfera

Apesar da comunhão plena entre o casal unido pelo matrimônio ou pela convivência factual juridicizada, há duas subjetividades em ação; a despeito do poder familiar que se exerce sobre os filhos, as relações paterno-filiais não lhes subtraem a subjetividade.

3 A vida privada em família e a vida privada individual na família

O processo de desinstitucionalização ou privatização da família permitiu não apenas a conquista do direito à vida privada em família em oposição à esfera pública, mas também favoreceu o direito à vida privada individual.⁵³

Importa explicar que a *vida privada familiar* diz respeito à vida relacional entre aqueles que compõem a unidade familiar (pais e filhos, cônjuges ou companheiros, parentes mais próximos), na qual há um feixe de interesses e valores compartilhados, motivando decisões e projetos comuns, pertinentes à administração da família, ao planejamento familiar, à educação dos filhos e à rotina doméstica. Corresponde a um espaço de convivência, protegido contra as ingerências externas arbitrarias, no qual as relações particulares produzem efeitos pessoais, sociais, culturais e jurídicos que se conjugam para a promover o cuidado e o desenvolvimento da pessoa.⁵⁴

A vida privada familiar nasce em correlação com a ideia de privacidade, associada aos muros que cercam o lar, em oposição à vida pública.⁵⁵ Modernamente se expande para proteger o interesse pertinente à família, mesmo além dos limites físicos estabelecidos pelo lar. Constitui um direito fundamental que demanda prestações positivas e negativas do Estado, cuja postura não se limita a não intervir no exercício dos direitos individuais, mas também envolve prestações positivas tendentes a permitir o seu efetivo gozo. De igual sorte, também obriga os demais particulares⁵⁶ que não podem se imiscuir em assuntos internos à família, a exemplo do planejamento familiar.⁵⁷

não é nem o da igualdade, nem o da diferenciação, mas o da *exclusividade*. Aqui escolhemos aqueles com os quais desejamos passar nossas vidas, amigos pessoais e aqueles que amamos; e a nossa escolha é guiada não por semelhanças ou qualidades compartilhadas por um grupo de pessoas – ela não é guiada por nenhum padrão objetivo ou normas, mas, inexplicável e infalivelmente, afetada pelo impacto de uma pessoa em sua singularidade, sua diferença em relação a todas as pessoas que conhecemos”. (**A reconstrução dos direitos humanos**. Um diálogo como pensamento de Hanna Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p.268)

⁵³ PROST, Antony. Fronteiras e espaços do privado. In: **História da vida privada: da Primeira Guerra a nossos dias**. São Paulo: Companhia das Letras, 1992, p.61.

⁵⁴ CARLUCCI, Aída Kemelmajer de. Derechos humanos y derecho de familia. In: **El derecho de familia en Latinoamérica**. Córdoba: Nuevo Enfoque Jurídico, 2010, p.33.

⁵⁵ Nos EUA, o século XIX já permitia a privacidade, especialmente para a classe burguesa (RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**. A privacidade hoje. Trad. Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.27). Na França, o século XX permitiria a privacidade para além da classe burguesa, com o franco investimento público na construção de conjuntos habitacionais, onde as casas continham pelo menos, uma sala, cozinha, banheiro e dois quartos (PROST, Antony. Fronteiras e espaços do privado. In: **História da vida privada: da Primeira Guerra a nossos dias**. São Paulo: Companhia das Letras, 1992, p.62). A vida privada vai se expandindo na medida em que as condições materiais favorecem a privacidade. Do mesmo modo, se tais condições são degradadas, menores serão as chances de gozar essa privacidade – vejam-se as modestas habitações da periferia, das favelas ou mesmo a situação daqueles que vivem nas ruas.

⁵⁶ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p.125.

⁵⁷ REsp 1183378/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 25/10/2011, DJe 01/02/2012. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201000366638&dt_publicacao=01/02/2012>. Acesso em 28/06/2012.

Porém, na medida em que não há direitos absolutos, convém lembrar que será possível a intervenção na vida privada familiar para assegurar, no caso concreto, a primazia de um interesse maior presente no caso concreto. Assim, a intervenção poderá ser legítima para combater a violência doméstica contra a mulher⁵⁸ ou contra a criança e o adolescente, por exemplo.⁵⁹

Ademais, para além das fronteiras da vida privada familiar, emerge a intimidade ou a vida privada individual como um outro interesse legítimo. A Declaração dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas reconhece a vida privada como um direito do homem, no art. 12.⁶⁰ O art. 8º. da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais também dispõe sobre a vida privada e intimidade como direitos individuais. Além disso, o Pacto San José da Costa Rica, apesar de adotar uma redação mais pulverizada, garante a proteção da vida privada nos artigos 11.2, 11.3, 17 e 19. Pelo disposto no art.11.2 e 3 tem-se que “Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação. 3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas”.

Nessa matéria entram em cena conceitos tais como vida privada, privacidade, intimidade, direito de estar só e direito a preservar o segredo, abordados de modo distinto por diferentes autores.⁶¹ A dificuldade em afirmar uma definição *ancora* não é exclusiva da doutrina brasileira.⁶² A doutrina americana se utiliza do *right to privacy* para inúmeras situações⁶³. **No Brasil, o uso do termo privacidade poderia implicar em reducionismo, sendo, por isso, mais adequado falar-se em um direito geral de respeito à vida privada, cuja locução pode albergar outras tipificações.**⁶⁴ A Constituição Brasileira trata de vida privada e intimidade como elementos essenciais ao desenvolvimento da personalidade. E nesse caso, há que se avaliar o que, nesta seara, é imprescindível à pessoa. Mas não se olvida destacar que a

⁵⁸ Lei nº 11.340/2006, “Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;”

⁵⁹ Tramita no Congresso Nacional, o Projeto de Lei 7672/10 que altera o Estatuto da Criança e do Adolescente, no sentido de estabelecer para a criança e o adolescente, o direito de ser educado sem castigos corporais, tratamento cruel ou degradante. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=483933>>. Acesso em 02/07/2012.

⁶⁰ DUDH, art.12 “Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”.

⁶¹ No Brasil, destacam-se os trabalhos de Paulo José da Costa Junior (**O direito de estar só**. Tutela penal da intimidade. São Paulo: Rio de Janeiro, 2007), mais recentemente, de Ilton Norberto Robl Filho (ROBL FILHO, Ilton Norberto. **Direito, intimidade e vida privada**. Paradoxos jurídicos e sociais na sociedade pós-moralista e hipermoderna. Curitiba: Juruá, 2010), Danilo Doneda (**Da privacidade à proteção dos dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006) e Silvana Maria Carbonera (**Reserva de intimidade: Uma possível tutela da dignidade no espaço relacional da conjugalidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008).

⁶² DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção dos dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.102.

⁶³ *op. cit.*, p.102.

⁶⁴ *op. cit.*, p.29.

privacidade é um conceito em expansão, definido por Stefano Rodotà,⁶⁵ como o direito de manter controle sobre as próprias informações.

Costa Junior⁶⁶ sugere que o homem requer uma proteção à sua esfera individual em face da vida pública, o que demanda respeito à honra, ao nome e à reputação, mas também requer uma proteção à esfera privada, a partir da qual desenvolve sua vida de relação.⁶⁷ A primeira esfera de proteção alcança aquele “eu social”, cujas características e comportamento são abertos a todos. Já a esfera privada toca o “eu privado” cujas manifestações podem ser totalmente encobertas ao olhar de terceiros (sonhos, pensamentos etc) ou parcialmente encobertas, na medida em que apresentáveis apenas a alguns grupos ou a pouquíssimas pessoas (segredos de alcova, confissões religiosas, relatos em terapia de grupo etc). Nesse aspecto poderiam se incluir as informações genéticas e biométricas, bem como o uso desautorizado de material genético. A par da classificação didática proposta por Costa Júnior, é de notar a inconveniência de se utilizar como critério a separação *público* e *privado*. Ora, a vida privada também se materializa no espaço público, e nem por isso, perde a importância e a necessidade de tutela.

Mas, é possível fazer uso dessa classificação para informar que, importa à vida privada que o indivíduo tenha a garantia de inviolabilidade de sua personalidade num círculo mais interior que visa a sua proteção contra a intrusão abusiva ou ilícita de terceiros, mesmo que sejam familiares. Corresponde à proteção daquele isolamento moral da pessoa, do recato no qual o sujeito expressa a própria individualidade e processa suas “emoções, posicionamentos e relações que o distinguem dos demais e lhes concede atributos pessoais e individuais”.⁶⁸

A proteção da intimidade se realiza pelo direito ao resguardo e pelo direito ao segredo.⁶⁹ O resguardo garante que a pessoa tenha respeitado o seu modo de ser, enquanto o direito ao segredo visa reprimir a divulgação de informações por terceiros que delas tomaram conhecimento licitamente, seja por relação profissional ou afetiva, por exemplo. Assim, tutela-se a pessoa em dois momentos: ora contra a ingerência ilícita de terceiros, como no exemplo da violação de correspondências, mensagens eletrônicas, interceptação telefônica e investigação de sua vida, ora contra a divulgação de informações que foram licitamente obtidas por pessoas muito íntimas ou com as quais se tem uma estreita relação de confiança.⁷⁰ Aqui se trata da privacidade que impõe o direito de controle das informações pessoais. Cada um dos membros da família tem o direito a que os fatos e comportamentos de natureza existencial, relativos a ele, não sejam divulgados pelos parentes próximos.⁷¹

Mas essa proteção é insuficiente nos dias atuais. A privacidade se expande para garantir a proteção dos dados pessoais em face das inúmeras possibilidades de violação permitidas pela ciência e pela tecnologia contemporânea. Para Rodotà, “pode-se definir a esfera privada como aquele conjunto de ações, comportamentos, opiniões, preferências, informações

⁶⁵ **A vida na sociedade de vigilância.** A privacidade de hoje. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.92.

⁶⁶ *op. cit.*, p.29.

⁶⁷ *Ibid.*, p.23 e *et seq.*

⁶⁸ ROBL FILHO, Ilton Norberto, *op. cit.*, p.168.

⁶⁹ CUPIS, Adriano de. **Os direitos de personalidade.** 2. ed. São Paulo: Quorum, 2008, p.139 e 141.

⁷⁰ Veja-se que o Código Penal Brasileiro traz os crimes contra a inviolabilidade de correspondência (art.151 e ss) e contra a inviolabilidade dos segredos (art.153 e ss).

⁷¹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil.** Introdução ao Direito Civil constitucional. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.183.

personais, sobre os quais o interessado pretende manter um controle exclusivo.”⁷² Por via de consequência, para este autor, a privacidade pode ser definida como “a tutela das escolhas de vida contra toda forma de controle público e de estigmatização social”. É com esta amplitude que se entende a proteção constitucional à vida privada e à intimidade, prevista na Constituição Brasileira (art.5º., X), especialmente se a sua leitura se faz pela lente da dignidade da pessoa humana.

A intimidade é um prolongamento da personalidade e um requisito essencial ao seu desenvolvimento.⁷³ A vida privada, um espaço para a autodeterminação. Portanto, a pessoa terá a sua intimidade e vida privada preservadas mesmo quando estiver casada, vivendo uma união estável ou sujeita ao poder familiar, pois os elementos de sua personalidade são inalienáveis e gozam de especial proteção jurídica.

3.1 A vida privada e intimidade do cônjuge

A comunhão plena de vida que os cônjuges formam com o casamento não invalida a personalidade de cada um deles, não implica na abdicação da vida privada, a despeito das restrições que o casamento impõe à liberdade. Pela monogamia e pelo dever de fidelidade, por exemplo, os cônjuges acordam em limitar a sua liberdade sexual. Por outro lado, os deveres do casamento não implicam em negação da personalidade de cada um.

Pode-se dizer que, nos termos do art. 1566, V, do Código Civil, inclui-se entre os deveres dos cônjuges o respeito pela intimidade um do outro. Constituirá falta aos deveres do casamento e, portanto, em injúria grave (art. 1572, CC) a falta de respeitabilidade e a ofensa à honra e à dignidade do outro cônjuge, seja por atos ou palavras. Na explicação de Cahali,⁷⁴ aqueles atos ou palavras desprovidos de delicadeza e respeito aos direitos do outro, ofensivos à fé conjugal, figuram injúrias reais que fragilizam o vínculo matrimonial. Logo, a ofensa às opiniões políticas, ideológicas, às convicções religiosas do cônjuge importa em desrespeito à sua personalidade e, conseqüentemente, em falta com os deveres matrimoniais.

Em suma, “tudo quanto ofende à dignidade, à respeitabilidade dos cônjuges, ou tudo quanto constitui falta grave aos deveres especiais dos cônjuges, deve ser considerado injúria grave”. Portanto, a invasão da esfera privada do outro, pela intrusão desautorizada em sua esfera subjetiva, assim entendida, por exemplo, como violação de correspondência, das mensagens eletrônicas por via de celular ou *emails* ou a investigação da vida privada do outro pode constituir em descumprimento do dever de respeito e consideração. De igual modo, a divulgação desautorizada de fatos, dados ou notícias particulares do outro também constituirá ofensa à sua intimidade e, por via de consequência, falta com o dever de respeito. Em última análise, importará em desatenção ao princípio da boa-fé objetiva também aplicável às relações familiares, na medida em que defrauda a legítima confiança despertada no outro e implicará em abuso de direito. Essa argumentação é aplicável aos integrantes de uma união estável.

Considerando-se a importância da unidade familiar, não se descuida dos direitos individuais dos seus membros, especialmente quanto à afirmação de sua dignidade, da

⁷² RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**. A privacidade hoje. Org. Maria Celina Bodin de Moraes. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.92.

⁷³ CIFUENTES, Santos. **Derechos personalísimos**. Buenos aires: Astrea, 1995, p.543.

⁷⁴ **Separações conjugais e divórcio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.343 e 344.

igualdade e do interesse da criança⁷⁵. Assim, na ambiência relacional da família se resguarda a intimidade e a liberdade das pessoas em composição com o poder familiar, os deveres do casamento e da união estável.

3.2 A vida privada e a intimidade do filho menor

No plano das relações de filiação, mesmo aqueles filhos que estão sob o poder familiar tem o direito à intimidade e à vida privada.⁷⁶ Pela Convenção sobre os Direitos da Criança, diz o art. 16. que “1 – Nenhuma criança será objeto de interferências arbitrárias ou ilegais em sua vida particular, sua família, seu domicílio, ou sua correspondência, nem de atentados ilegais a sua honra e a sua reputação. 2 – A criança tem direito à proteção da lei contra essas interferência ou atentados.” O ECA,⁷⁷ por seu turno, ratifica para a criança e o adolescente todos os direitos destinados à pessoa humana, o que envolve a vida privada familiar e a vida privada individual ou a intimidade. Entre os artigos 15 e 18, o ECA dispõe sobre a proteção da dignidade, sobre o respeito e a liberdade da criança.

O delineamento jurídico da família democrática inadmitte qualquer configuração autoritária, embora não afaste o dever de obediência dos filhos em relação aos pais.⁷⁸ Assim, ainda é possível aos pais, em nome do cuidado conjugado à promoção do desenvolvimento, se imiscuir na vida privada dos filhos, se assim for necessário. No entanto, essa intromissão na vida privada e nas liberdades individuais somente será legítima se tiver fundamento na promoção do seu desenvolvimento e no cuidado, conforme a doutrina da proteção integral.⁷⁹ Sustenta a autoridade dos pais como um *múnus* privado que transcende o interesse pessoal, a mera vontade de mandar ou sujeitar os filhos

A função delineada pela ordem jurídica para a autoridade parental, que justifica o espectro de poderes conferidos aos pais - muitas vezes em detrimento da isonomia na relação com os filhos, e em sacrifício da privacidade e das liberdades individuais dos filhos - *só merece tutela se exercida como um múnus privado, um complexo de direitos e deveres visando ao melhor interesse dos filhos, sua emancipação como pessoa, na perspectiva da sua futura independência.*⁸⁰ (Grifo intencional)

Os filhos não são objeto de direito dos pais, ainda que incapazes e sujeitos ao poder familiar. Cumpre aos pais promover a elevação espiritual dos filhos, consolidando a sua

⁷⁵ CARBONERA, Silvana Maria. **Reserva de intimidade:** Uma possível tutela da dignidade no espaço relacional da conjugalidade. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.248-249.

⁷⁶ Sobre esse tema, ver também o artigo titulado **O direito dos filhos à privacidade e sua oponibilidade à autoridade parental**, elaborado por Elisa Costa Cruz. Disponível em <<http://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/3019663/artigo-o-direito-dos-filhos-a-privacidade-e-sua-oponibilidade-a-autoridade-parental-por-elisa-costa-cruz>>. Acesso em 01/06/2012.

⁷⁷ Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/1990, Art.3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

⁷⁸ AUTORINO, Gabriella. *Situazioni esistenziali dei figli minori e potestà dei genitore*. In: **Diritto civile e situazione esistenziali**. Gabriella Autorino e Pasquoale Stanzione. Torino: G. Giappichelli Editore, 2007, p.187.

⁷⁹ Recomenda-se o artigo de Rose Vencelau e de Vivianne da Silveira Abilio que discute a temática da autoridade parental e a liberdade dos filhos, exatamente informando a possibilidade restritiva dessa liberdade para promover o cuidado (Autoridade parental como relação pedagógica: entre o direito à liberdade dos filhos e o dever de cuidado dos pais. In **Diálogos sobre direito civil**. TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Edson. V.III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p.339-354).

⁸⁰ TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional. **Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC**, vol. 17, ano 5, p.41, jan./mar. 2004.

condição de sujeitos de direito⁸¹. No campo das situações existenciais, é de notar que o menor já é titular de direitos que não podem ser renegados pelo exercício do poder familiar: a vida, o nome, a honra, a imagem, a intimidade, as inclinações pessoais, as aspirações etc. Destaca-se, tocante à privacidade, a necessidade de proteção dos dados sensíveis da pessoa, tais como a convicção religiosa, filosófica, ideológica, a opinião política, o estado de saúde e a vida sexual etc. O exercício do poder familiar está alinhado ao respeito a todas essas questões, por imperativo do princípio da dignidade da pessoa humana. Importa em respeito à autonomia progressivamente alcançada pelo menor, às suas inclinações e às suas aspirações naturais, afastando-se qualquer tentativa de coisificação da pessoa dos filhos⁸². O próprio dever de educar, constitucionalmente assinalado, está correlacionado ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao desenvolvimento da personalidade do menor, afastando quaisquer motivações egoístas e autoritárias dos pais.

Até mesmo os pais devem respeitar as disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente que garantem aos menores de 18 anos o direito de brincar, de se divertir, de escolher o esporte que pretendem praticar, liberdade de crença e culto e liberdade de expressão (art.16.). Se essa liberdade é mitigada pelo dever de obediência dos filhos aos pais, a quem cabe exercer o cuidado, na medida em que a criança e o adolescente alcançar discernimento, estes pais também não poderão, de um modo genérico, impor-lhes certas escolhas: devem respeitar a sua autodeterminação na medida em que demonstrarem discernimento e uma capacidade decisional.⁸³ Indispensável dizer que a autonomia a ser conquistada pelos filhos é pautada na liberdade responsável, devendo eles aprender, de cedo, a respeitar a organização familiar e os papéis que ali são exercidos, tudo em conformidade aos direitos humanos, aos direitos fundamentais e ao princípio da solidariedade.

A tensão entre poder familiar e autonomia do menor é mais delicada no plano das questões existenciais que povoam a vida privada. A sujeição do menor à autoridade paterna egoísta e desarrazoada, no trato dessas questões, pode implicar em violação ao princípio da dignidade e prejudicar o desenvolvimento da personalidade⁸⁴. Vejam-se, por exemplo, as questões pertinentes à consciente escolha do culto, à manifestação da opinião e à livre expressão, à expressão da sexualidade, dentre outras.

É bem certo que nessa discussão, a principal dificuldade principia na aferição do discernimento⁸⁵ do menor. Embora alguns apontem a solução pelo critério etário, este não

⁸¹ RUSCELLO, Francisco. Potestà genitoria e capacità dei figli minori: dalla soggezione all'autonomia. **Vitanotariile**: esperienze giuridiche. 2000. N.1. Gennaio-Aprile, Palermo: Edizioni Giuridiche Buttita, 2000, p.58.

⁸² *op. cit.*, p.63.

⁸³ Com o novo tonus que a família assume, torna-se indispensável que “a relação parental seja examinada em seu perfil dinâmico, no âmbito do processo educacional de modo a que os filhos possam, aos poucos, libertar-se da vulnerabilidade inerente ao natural deficit de maturidade que lhes é característico, decrescendo-se, progressivamente, em consequência, o grau de intervenção dos pais sobre seu discernimento e sua vontade, supridos, em intensidade variada, durante a incapacidade” (TEPEDINO, Gustavo. Tutela constitucional da criança e do adolescente. **Temas de direito civil**. TEPEDINO, Gustavo (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.203).

⁸⁴ RUSCELLO, Francisco. Potestà genitoria e capacità dei figli minori: dalla soggezione all'autonomia. **Vitanotariile**: esperienze giuridiche. 2000. N.1. Gennaio-Aprile, Palermo: Edizioni Giuridiche Buttita, 2000, p.69.

⁸⁵ Segundo Maria Celina Bodin de Moraes, “discernimento, ou capacidade de compreensão e análise, provém de uma característica da condição humana, se não a mais importante a que melhor define a nossa espécie: a racionalidade” (**Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p.192).

resolveria de fato o problema, pois a depender da personalidade da criança e/ou do adolescente, a idade não demarcará, por si, o seu discernimento e a sua capacidade decisional. Pela experiência e pela vivência se apura o nível de compreensão das coisas, favorecendo o exercício de uma liberdade responsável. Ou seja, no ato de escolher, o indivíduo dotado de alguma maturidade consegue avaliar as consequências de sua escolha.

Mas para avaliar a maturidade e o nível de discernimento do menor, importa ouvi-lo, por meio de um diálogo aberto, no qual ela seja realmente um interlocutor ativo. À medida em que a idade e o discernimento aumentarem, o poder do genitor⁸⁶ em realizar as escolhas em nome do menor deve retrair. Retomando-se a observação de Gabriella Autorino⁸⁷, a autoridade parental deve ser mais incisiva nos primeiros anos e mais flexível à medida em que o menor vai alcançando a maturidade, momento em que se intensifica a promoção de sua autonomia. No primeiro momento, intensifica-se o poder para melhor cuidar; na adolescência, amplia-se o diálogo para a construção de soluções compartilhadas, visando mais o emancipar do que o cercar.

Nada impede, por outro lado, que os pais usem da persuasão para convencer o menor a aceitar a sua orientação, justificando-a como a mais apta à promoção de seu bem-estar. Desagradável e inútil seria a resposta incisiva, o argumento de autoridade: o “Porque sim!” ou o “Porque não.” Afinal, respeitar a dignidade da pessoa é considerar suas queixas, suas aflições, seus questionamentos, suas insatisfações, suas aspirações, seus desejos – é considerar que o outro é também sujeito e assim, favorecer o diálogo como instrumento de apaziguamento e mediação.

Reitera-se que toda a trajetória dos pais no exercício do poder familiar sempre estará entre o cuidar e o resguardar, entre libertar e cercar – sendo a motivação básica – o melhor interesse da criança e/ou do adolescente. Dito isto e, citando questões práticas, como o exemplo no qual a criança ou o adolescente tenha interesse pelos entretenimentos oferecidos por meio da internet, poderão os pais disciplinar o uso do computador, estabelecendo os horários para o acesso, o local em que o equipamento deve ser instalado e o bloqueio de certos sítios eletrônicos, com a explicação devida, se solicitada. O acesso aos *emails* pessoais dos filhos, porém, poderá se assemelhar à violação de correspondências pessoais. Ressalve-se aqui o cuidado com as crianças menores que, certamente, deve ser maior do que com os adolescentes, a depender da capacidade de agir (balizada pelo discernimento) do filho. Os pais podem, mediante prévio diálogo, abrir as contas eletrônicas de seus filhos em menor idade, mais suscetíveis aos abusos de terceiros e, assim, dispor igualmente do acesso às informações ali consignadas. Por óbvio, não podem fazer uso dessas informações para atingir, violentar a personalidade dos filhos. A motivação deve ser legítima e adequada ao fim precípuo do poder familiar.

Tocante à participação em redes sociais, é bom lembrar a recomendação de que o pretenso usuário tenha maioridade. Logo, se os menores de idade ali ingressarem é porque omitiram a sua real idade, declarando falsamente uma maioridade. Nessa circunstância, o cuidado dos pais deve ser redobrado e afinado com o grau de discernimento do menor pois é do senso comum, que essas redes permitem uma maior exposição às investidas de terceiros.

⁸⁶ AUTORINO, Gabriella, *op. cit.*, p.186.

⁸⁷ Situazioni esistenziali dei figli minori e potestà dei genitori. In: **Diritto civile e situazione esistenziali**. Gabriella Autorino e Pasquale Stanzone. Torino: G. Giappichelli Editore, 2007, *passim*.

Por isso que, em se tratando de um filho adolescente, a questão muda um pouco. Eventual intrusão no *email* pessoal da criança para evitar assédio de adultos mal intencionados será diferente da intrusão para controlar os relacionamentos afetivos próprios da adolescência. É comum aos dias atuais, que o adolescente use as mensagens eletrônicas como forma de comunicação e a sua intimidade nesta seara deve ser respeitada. A doutrina já admite que o dano decorrente da violação da intimidade pelos pais é suscetível de reparação.⁸⁸

Contudo, não se poderá tratar como uma intrusão desarrazoada aquela conduta invasiva do pai ou da mãe que tem a forte suspeita do envolvimento do filho adolescente com drogas ou outros ilícitos. Ainda nesta fase da vida do filho remanesce o dever de cuidado pelos pais. Mas a questão não é de fácil solução, embora a mediação parece uma alternativa bem razoável, não se afastando a necessária ponderação entre o dever de cuidado (que implica até em certos cerceamentos) e o dever de promoção da emancipação.

A título de exemplo, cita-se um caso que ocorreu no estado do Arkansas, E.U.A., em 2010.⁸⁹ Trata-se de um adolescente de 16 anos que processou a própria mãe pelo fato de esta haver acessado as informações de sua conta pessoal numa rede social, na ocasião em que ele a esqueceu aberta no computador que havia na casa de sua genitora. Os dados informam que o menor morava com a avó e que estava em visita à casa da mãe, na ocasião acometida por problemas de saúde psíquica. Ocorre que, além de acessar a conta, a mãe leu as mensagens ali achadas e também postou vários comentários negativos em nome do próprio rapaz. Quando o filho descobriu o fato, ingressou com uma ação contra a mãe na Corte do Arkansas, demandando que ela não pudesse se aproximar dele em razão do assédio que havia sofrido por sua conduta intrusiva. A mãe, por seu turno, ante a repercussão do fato, tornou a postar naquela rede social, ainda em nome do filho, com o uso de linguagem vulgar e de expressões ofensivas. Julgada a ação, foi condenada a pagar uma multa de US\$ 435,00 e a manter regular distância do rapaz. Também foi contristada a participar de dois cursos sobre o bom exercício da parentalidade e o controle das emoções. O juiz determinou ainda que se a condenada concluísse os cursos em um ano, poderia receber permissão para novamente ver o filho. E, se não cumprisse as determinações naquele mesmo prazo, seria presa por 30 dias.

O caso traz um claro exemplo de intrusão desarrazoada à intimidade do filho por sua completa incompatibilidade aos deveres de proteção e cuidado. Pior que isso, a mãe falsificou a realidade ao emitir mensagens falsas em nome do filho, expondo-o ao vexame e constrangimento, em flagrante desrespeito a sua pessoa. A intrusão que, por si, já era ilegítima, ante a fase vital do adolescente, foi seguida de uma conduta desprovida de qualquer conteúdo educativo ou corretivo. O único objetivo era o constrangimento do filho.

Ao contrário do que se viu no exemplo, a autoridade parental deve ser legitimada pela convivência a partir do afeto, do cuidado e do diálogo, pois, “a nova morfologia da família está pautada sob os laços da afetividade, no reconhecimento da liberdade e da natureza

⁸⁸ Valeria Corriero diz que “In questa prospettiva si è giunti a sostenere che il comportamento di un genitore che violi diritto alla riservatezza del minore possa non soltanto comportare un provvedimento di limitazione o decadenza dalla potestà genitoriale (ex art.330 ss. c.c.) nei casi piú gravi, ma anche una tutela risarcitoria per i danni subiti dal figlio.” CORRIERO, Valeria. Privacy del minore e potestà dei genitori. **Rassegna di diritto civile**, pubblicazione trimestrale diretta da Pietro Perlingieri. Mauro Pennasilico, Francesco Sbordone, Antonella Tartaglia Polcini, Francesca Carmini, Camilla Crea e Anna Malomo (Coordinamento), Camerino: Edizione Scientifiche Italiane – Giuseppe Selo, 2000, p.999-1000.

⁸⁹ Disponível em <http://www.huffingtonpost.com/2010/05/27/mother-denise-new-convict_n_592850.html> e em <<http://www.inquisitr.com/69180/16-year-old-sues-mom-for-facebook-harassment/#x2hMhGTRCzZgSiUO.99>>. Acesso em 02/07/2012.

participativa de cada membro da família diante dos demais”.⁹⁰ O projeto parental inicia pela liberdade de decidir quanto a ter ou não filhos. A partir de então, decidindo-se pela paternidade ou maternidade vem o dever promocional de investir cuidado, amor, tempo, finanças nesse filho que, sem dúvida, é uma outra pessoa, e não um prolongamento da personalidade dos pais; o filho, a seu turno, deve respeito e obediência aos pais.

Outro momento importante que toca à vida privada dos filhos é o direito de estar só. Na medida em que surge a necessidade de autoreflexão, a solidão passa a ser uma necessidade da criança ou do adolescente. Por que não deveria ser respeitada? Nas famílias atuais, muitos filhos tem seus espaços próprios na casa, mas nem sempre podem ficar com portas fechadas sem que os pais reclamem contra isso. Não se defende que uma criança, ainda exposta à curiosidade perigosa, feche a porta de seu quarto com chave. Mas, um adolescente que já não se exporá aos perigos do choque elétrico ou da queda já teria esse direito. Qual motivo razoável justificaria o impedimento? Volta-se ao binômio que importa à autoridade paterna: *cuidado e emancipação*. Seria o momento de proteger ou de emancipar? É certo que aos filhos dessa geração, também falta o exercício da convivência familiar!

Já a questão existencial pertinente ao corpo, é de se dizer que se cabe aos pais zelar e promover a saúde e integridade físico-psíquica dos filhos, cabe-lhes igualmente o dever de zelar por seus corpos. O legislador, inclusive, já disciplinou sobre alguns desses cuidados. Mas são muitas e aguerridas as discussões que confrontam a corporeidade, a personalidade, o poder familiar e a ordem pública.

O Código Civil impede os atos de disposição do próprio corpo a todas as pessoas, quando importarem em diminuição permanente, exceto se houver exigência médica. E quanto à tatuagem, ao implante de *piercing*, às modificações corporais tendentes ao embelezamento ou à aquisição de formas e características físicas não convencionais (homem lagarto, mulher tigre etc)?

As alterações mais radicais exigem que o profissional habilitado somente proceda a alteração mediante a autorização do responsável, quando o interessado for pessoa menor de idade. Certamente o interesse por essas alterações corporais é mais comum entre os adolescentes do que entre as crianças. Assim, a conduta dos responsáveis deve ser muito mais no sentido de orientar sobre eventuais consequências das medidas do que manifestar a proibição peremptória. Sem sombra de dúvida, o argumento daqueles pais que conquistaram a confiança dos filhos ao longo de todo o processo educativo terá muito mais legitimidade do que um simples *não* ou *sim*.

A Lei de Transplante (Lei nº 9.434/97) dispõe que a doação de medula óssea dependerá do consentimento dos pais ou dos responsáveis e de autorização judicial. Nesse aspecto, é de se considerar a importância da vontade do INTERESSADO – O FILHO, pessoa de cujo corpo se trata. Pois, o próprio incapaz pode não ter interesse em doar, contrariando a vontade dos pais. Do contrário, pode ter o desejo de realizar a doação em favor de um amigo ou de um irmão unilateral, por exemplo, à revelia da vontade dos pais. E nessa hipótese, qual vontade se deveria considerar? Quanto à recusa ao tratamento médico em face do risco de morte, poderiam os pais ou responsáveis se inmiscuir contra a vontade do incapaz? Nestes casos, por força dos princípios da bioética, sabe-se que os profissionais atuantes na área da saúde fazem

⁹⁰ ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Direito à convivência familiar e comunitária. In: **Dimensões jurídicas da personalidade na ordem constitucional brasileira**. Joyceane Bezerra de Menezes (Org.). Florianópolis: Conceito, 2010, p.218.

uso do consentimento livre e informado, o que resgata o respeito à vontade da pessoa civilmente considerada incapaz mas dotada de discernimento.⁹¹ No entanto, não há garantia de que todos os profissionais de saúde sejam atentos em respeitar o princípio. De toda sorte, percebe-se que a bioética e, por consequência, o biodireito,⁹² tem deixado entrever a necessidade de maior reflexão sobre o regime jurídico da capacidade jurídica para o reconhecimento da capacidade de agir de fato, em consideração ao discernimento alcançado pela pessoa.⁹³

Outro tema delicado pertinente à vida privada do menor, diz respeito à sua liberdade de crença e culto. A partir de que idade a pessoa pode escolher sua própria religião? Sendo o Brasil um país eminentemente cristão, a despeito das muitas religiões que já se praticam no cenário nacional, observe-se o ensinamento bíblico como um exemplo. No livro de Provérbios, capítulo 22, vs. 6, diz-se “Ensina a criança no caminho que deve andar, e, ainda quando for velho não se desviará dele”. Entenda-se aqui que os pais devem apresentar os ensinamentos bíblicos aos filhos a partir de sua própria conduta (*no caminho*) e não apenas por palavras ou pelo currículo do catecismo e das escolas dominicais. A conduta dos pais é muito mais impactante como exemplo do que a sua fala. Do mesmo modo, conforme ensina o Novo Testamento, a salvação em Cristo é algo pessoal e não uma imposição familiar, o que não desautoriza, registre-se, a orientação familiar. A pessoa deve confessar aquela fé, por si, e não por imposição do pai ou da mãe.⁹⁴ Os pais podem tentar persuadir, convencer, mas não podem usar de violência física ou psíquica para constranger o filho à fé. Seguir burocraticamente os pais à igreja, não é, necessariamente, uma genuína profissão de fé.

Em concordância com o próprio direcionamento bíblico e ainda com o delineamento jurídico do poder familiar, os pais podem orientar o filho conforme o código de regras religiosas e morais que professam. Contudo, em razão de ser a crença, uma questão existencial, a medida em que o filho alcança discernimento a possibilidade de realizar uma escolha consciente, os pais devem respeitar a sua orientação, ainda que remanesça o o dever de cuidado e de proteção. A opção por uma crença que os ponha em risco ou em perigo pode autorizar os pais a tomada de um novo direcionamento que implique na adoção das cautelas especiais.

Por fim, outra questão relevante é a sobre a sexualidade do menor, matéria que não pode ser desconsiderada na tarefa de educar, vez que é parte do desenvolvimento integral da pessoa. Muitas vezes a sexualidade é considerada um tabu, sequer é pauta das conversas

⁹¹ Stancioli faz menção ao *leading case* Gillick vs. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority, de 1985, do Reino Unido quando já foi considerado legalmente válido o consentimento para terapia médica de menor de 16 anos. (Sobre a capacidade de fato da criança e do adolescente: sua gênese e desenvolvimento na família. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 1, n. 2, 1999, p. 37-42)

⁹² BARBOZA, Heloisa Helena. Biodireito x Biética: insuficiência dos conceitos jurídicos. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org.); BARBOZA, Heloisa Helena (Org.). **Temas de biodireito e bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.3.

⁹³ RUSCELLO, Francisco. Potestà genitoria e capacità dei figli minori: dalla soggezione all'autonomia. **Vitanotarile: esperienze giuridiche**. 2000. N.1. Gennaio-Aprile, Palermo: Edizioni Giuridiche Buttita, 2000, p.69.

⁹⁴ Na Carta de Paulo aos Romanos, Capítulo 10, versículos 9 e 10, tem-se: “Se, com a tua boca, confessares Jesus como Senhor e, em teu coração, creres que Deus o ressuscitou dos mortos, serás salvo. Porque com o coração se crê para a justiça e com a boca se confessa a respeito da salvação”. Isso leva a crer que a salvação é uma questão pessoal e não familiar. A família apresenta esse projeto cristão pelo ensinar a Palavra no estudo e na conduta prática. Não há como impor.

domésticas. Mas mesmo assim, é objeto da disciplina social, ainda que predominantemente regida por normas morais e religiosas do que por normas jurídicas.

A sexualidade é compreendida como um elemento da personalidade da criança ou do adolescente, e, portanto, constitui matéria de natureza existencial. Neste aspecto, a sujeição da pessoa à autoridade arbitrária do pai ou da mãe pode importar em violação aos direitos de personalidade. Contudo, para preservar o desenvolvimento da pessoa, os pais poderiam usar medidas cerceadoras desde que fundamentadas no propósito de zelar pela integridade físiopsíquica, dignidade, intimidade, liberdade e saúde dos filhos, e assim, adotar medidas cerceadoras de sua liberdade. Insista-se, porém, que a questão demanda muito mais uma ação educativa.

De todo modo, a sexualidade é assunto que merece um tratamento diversificado e correspondente às fases da vida da criança e do adolescente. Isto porque tratar da sexualidade não é apenas discutir sobre relações sexuais. Cada uma dessas fases da vida do menor, envolve cuidados e demandas específicos que não podem ser negligenciadas. Dentre elas as quais a descoberta do corpo, a compreensão da pessoa do outro, as perguntas sobre a reprodução, a identidade de gênero, o marco da vida sexual ativa, as doenças sexualmente transmissíveis e a proteção contra o abuso, contra a violência e a exploração sexual. A lida com essas questões não pode desatender aos deveres de cuidado mas também não pode ofender à intimidade e à dignidade da pessoa.

Em termos gerais, o foco da proteção jurídica é contra o abuso, a violência e a exploração sexual de crianças e adolescentes por membros da família ou por terceiros. Neste aspecto, tem-se as normas da Convenção sobre os Direitos da Criança⁹⁵ (art.34) e o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente (art.101, §2º. e art.244). Seguindo a mesma motivação, tem-se a lei no.12.015/2009 que acrescentou o art.217-A ao Código Penal Brasileiro, tipificando como estupro de vulnerável a relação sexual com menor de 14 anos, ainda que consentida.

O legislador presumiu que o menor de 14 anos ainda não alcançou o discernimento para decidir livremente sobre o início de sua vida sexual ativa. Com isso adotou o critério da idade para demarcar a capacidade de discernir e agir. Em tese, isso justificaria ao poder familiar medidas mais cerceadoras para os filhos menores de quatorze anos, posto que admitidos como vulneráveis.

De outro lado, o legislador estabeleceu que aos dezesseis anos os homens e mulheres atingem a idade nupcial (art.1517, Código Civil Brasileiro), presumindo, mais uma vez pelo critério etário, que a essa idade já alcançou a maturidade sexual, intelectual e psíquica indispensável ao casamento.⁹⁶

Pela leitura dos dispositivos, o legislador penal não reconhece ao menor de 14 anos a genuína autonomia para a prática das relações sexuais, enquanto o legislador civilista admite que já terá alcançado essa autonomia aos dezesseis anos, haja vista poder até mesmo casar-se. Embora o discernimento seja alcançado de modo pessoal e o critério etário não seja, de fato,

⁹⁵ Ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990.

⁹⁶ É bem certo que o mesmo artigo exige a autorização dos pais para que o casamento seja celebrado. Inobstante isso, o juiz poderá suprir essa autorização se os pais a negarem injustamente (art.1.519, CCB), mostrando que a vontade deliberada dos pais não obstará o matrimônio, exceto se fundamentada em justo motivo. Independentemente da idade nupcial, o juízo poderá autorizar o casamento do menor no caso de gravidez (art.1.520).

determinante para todos, foi este o critério aplicado pelo legislador. Assim é de se perguntar como poderia o pai ou a mãe impedir o exercício da sexualidade àquele menor relativamente incapaz obstinado em iniciá-la? Ao que parece, a conduta paterno/materna deve ser pautada muito mais pela ação educativa do que pela repressão ou constrangimento.

De acordo com os dados da organização não-governamental Bem-Estar Familiar (BEMFAM, 2001) e do UNICEF (2002), nos anos de 2001/2002 cerca de trinta e três por cento dos adolescentes brasileiros, com a faixa etária entre 12 e 17 anos, já haviam tido relações sexuais.⁹⁷ A despeito da dependência econômica dos pais, os adolescentes tem iniciado a vida sexual mais cedo. Muitas vezes, de forma espontânea e pouco zelosa, haja vista os diagnósticos de doenças sexualmente transmissíveis e de gravidezes não planejadas nesta mesma fase.⁹⁸ O fato amplia a necessidade de maior discussão da temática no âmbito da família e da escola. NO plano das políticas públicas brasileiras, o acesso à informação e aos meios de contracepção são deferidos ao menor relativamente incapaz, independente de seu estado civil ou da mediação dos responsáveis.

Não caberia ao pai ou mãe a sujeição desarrazoada ou desrespeitosa, fundamentando-se na autoridade de que dispõem pelo poder familiar. Seria um absurdo, por exemplo, o pai ou a mãe levar uma filha maior de dezesseis ao médico apenas para perscrutar sobre a sua virgindade. Seria pura violação da intimidade. Em sendo a filha menor de 14 anos, a mesma conduta poderia ter alguma legitimidade, se motivada pelo interesse da proteção contra abusos e/ou violência sexual. Mesmo assim, no que toca à proteção da personalidade da menor, haveria que observar o seu contexto vivencial e suas relações para evitar a atuação autoritária do poder familiar. Também seria incompatível com a principiologia do poder familiar, discriminar ou humilhar o filho ou a filha que se afirma com o gênero diverso da sexualidade biológica.

Em linhas gerais, eventual tensão entre poder familiar e o respeito à vida privada dos filhos terá de ser mediada pela composição entre o dever de cuidado e a promoção da emancipação, sempre buscando respeitar os princípios da dignidade da pessoa, da liberdade, da igualdade, do melhor interesse da criança.

97 BRASIL. Cadernos temáticos: Direitos sexuais são direitos humanos. Secretaria Especial de Direitos Humanos. Subsecretaria de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente. Brasília: DF, 2008. Disponível em <<http://www.comitenacional.org.br/files/biblioteca/M4JMLPCPFMKFK5HL8Z5R.pdf>>. Acesso em 20/01/2013.

98 “Mesmo com a crescent difusão de informações sobre sexualidade, a interiorização das normas contraceptivas entre nós é frágil. A manutenção de uma prática espontaneísta e pouco reflexive da sexualidade entre os jovens – característica da cultura sexual brasileira – reforça os estereótipos de gênero e dificulta a adoção de medidas preventivas à gravidez e às DST/aids.” (ALVES, Camila Aloísio e BRANDÃO, Elaine Reis. **Ciência e saúde coletiva** [on line]. 2009, Vulnerabilidades no uso de métodos contraceptivos entre adolescents e jovens: interseções entre políticas públicas e a atenção à saúde. Vol14, n.2, p.661).

Conclusão

Com o fim das principais guerras e suas terríveis consequências, muitas modificações se implementaram no campo do Direito especialmente para afirmar a importância da pessoa como um valor central. O principal efeito foi a substituição da abstrata categoria *sujeito de direito* pela figura humana real, dotada de personalidade própria e subjetividade operante. Em face dessa subjetividade a proteger é que se expandem os direitos fundamentais e os direitos de personalidade – cujo foco primordial é a pessoa independentemente de sua capacidade jurídica. Visa igualmente a tutela de adultos capazes, de crianças, adolescentes, indígenas, anciãos e amentais. Muitos desses direitos ressaltarão as situações subjetivas existenciais por uma disciplina normativa bem distinta daquela que perfectibiliza os direitos patrimoniais. Dão sustentação a uma norma aberta, nominada *cláusula geral de tutela* que permite uma ampla proteção à pessoa, impactando os diversos campos do direito, em especial, o direito de família.

A proteção da família passa a se justificar no seu aspecto funcional de proteger e promover o desenvolvimento da pessoa. Perde sua natureza de guardião dos bons costumes e da tradição para amparar, abrigar e fomentar a emancipação da pessoa como um sujeito livre e capaz de autodeterminação.

Nesse compasso, a formação da família resulta de um ato de vontade e se mantém pelos laços de solidariedade que se afirmam no afeto e na responsabilidade. As relações familiares são funcionalizadas pelo aspecto promocional que não se compraz com a negação da subjetividade e da identidade de cada partícipe. Entre os cônjuges e conviventes, a despeito da comunhão plena de vida, persistem a liberdade e o necessário respeito à singularidade um do outro. Não se permite a sujeição, o jugo.

O poder familiar não se limita a uma *potesta*. Conjuga diversas posições jurídicas como o poder, o dever, o ônus, o direito, a faculdade, o interesse legítimo, todos voltados para cuidar e promover o desenvolvimento do filho. Destaca-se aqui, o reconhecimento do menor como pessoa, dotada de personalidade, subjetividade e, por conseguinte, autonomia e intimidade.

A família atual, orientada pelos princípios democráticos, tem sua organização e funcionamento pautado no respeito à pessoa e aos seus direitos. A unidade da família não produz um ente superior dotado de capacidade para aniquilar a individualidade de cada membro, do contrário, se sustenta pelo diálogo, pela solidariedade e pelo respeito à individualidade. O dever de obediência dos filhos aos pais não faz deles pessoas menores, mas pessoas carentes de orientação e do cuidado. A autoridade parental, a seu turno, não justifica o senhorio da vontade imperiosa dos pais, legitima o exercício da educação para emancipação. Na medida em que os filhos adquirem o discernimento, pela instrução, pela educação, pela experiência, o cuidado cede ao dever de promover o desenvolvimento da pessoa. Sendo todo o processo motivado pelo respeito e conduzido pelo diálogo.

É assim que se reconhece a vida privada de cada indivíduo que compõe a família, por reconhecer que a sua inserção no grupo não lhe rouba a singularidade.

Infelizmente, porém, ainda se assiste uma realidade contraditória, o cotidiano denuncia a discrepância entre o modelo civil-constitucional de família e a organização de muitos grupos familiares que se acham na realidade. Os jornais, as ruas e os tribunais ainda apresentam famílias adoecidas pela falta do respeito mútuo, de zelo ou ainda pior, pelo abandono ou pela violência contra as crianças, mulheres e idosos. Contudo, é necessário reconhecer a força

política desse modelo democrático, ainda que seja como um futuro a perseguir.⁹⁹ Mais que isso, os instrumentos jurídicos que delineiam a família democrática já estão postos, havendo como exigí-los. A força simbólica da família democrática e da autoridade parental funcionalizada será útil na mudança do *status quo*.

Em última linha, os agradecimentos sinceros ao Professor Doutor Rogério Parentoni Martins por sua revisão acurada e observações pertinentes.

Referências

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Direito à convivência familiar e comunitária. In: **Dimensões jurídicas da personalidade na ordem constitucional brasileira**. Joyceane Bezerra de Menezes (Org.). Florianópolis: Conceito, 2010, p.213-228.

ALVES, Camila Aloísio e BRANDÃO, Elaine Reis. **Ciência e saúde coletiva** [on line]. 2009, Vulnerabilidades no uso de métodos contraceptivos entre adolescents e jovens: interseções entre políticas públicas e a atenção à saúde. Vol14, n.2, p.661-670.

AUTORINO, Gabriella. Situazioni esistenziali dei figli minori e potestà dei genitore. In: **Diritto civile e situazione esistenziali**. Gabriella Autorino e Pasquale Stanzone. Torino: G. Giappichelli Editore, 2007, p.179-206.

BARBOZA, Heloisa Helena. Biodireito x Biética: insuficiência dos conceitos jurídicos. In:

BARRETO, Vicente de Paulo (Org.); BARBOZA, Heloisa Helena (Org.). **Temas de biodireito e bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos. In: **Cuidado e vulnerabilidade**. Coordenadores:Tania da Silva Pereira e Guilherme de Oliveira. São Paulo: Atlas, 2009, p.106-118.

CAHALI, Yussef Said. **Separações conjugais e divórcio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CARBONERA, Silvana Maria. **Reserva de intimidade**: Uma possível tutela da dignidade no espaço relacional da conjugalidade. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CARLUCCI, Aída Kemelmajer de. Derechos humanos y derecho de familia. In: **El derecho de familia en Latinoamérica**. Córdoba: Nuevo Enfoque Jurídico, 2010, p.23-72.

⁹⁹ Nas linhas de Commaile “*The family imagery as a space of Love for one’s fellow man, illimited generosity, solidarity, affective and material reciprocity, a meeting of souls, in other words as a space that has a potential for universality and sublimation of differences, thus serves to construct an image of politics that is always present, at least in the form of nostalgia: that of a bygone past, or a utopia, a future to attain*”. Tradução livre: As imagens da família como um espaço de amor ao próximo, generosidade ilimitada, solidariedade, reciprocidade afetiva e material, um encontro de almas, em outras palavras, como um espaço que tem um potencial de universalidade e sublimação das diferenças; desse modo, serve para construir uma imagem da política que está sempre presente, pelo menos sob a forma de nostalgia: a de um passado que se foi, ou uma utopia, um futuro para se atingir. (Family and democracy. In: **The family**: contemporary perspectives and challenges. Editado por Koen Matthijs. Bélgica: Leuven Univesity Press, 1998, p.22)

CERQUEIRA-SANTOS, Elder; PALUDO, Simone dos Santos; DEI SCHIRO, Eva Diniz Bensaja and KOLLER, Sílvia Helena. Gravidez na adolescência: análise contextual de risco e proteção. **Psicol. estud.** [online]. 2010, vol.15, n.1, pp. 72-85. ISSN 1413-7372. <<http://dx.doi.org/10.1590/S1413-73722010000100009>>.

CIFUENTES, Santos. **Derechos personalísimos**. Buenos aires: Astrea, 1995.

COMMAILLE, Jacques. Family and democracy. In: **The family: contemporary perspectives and challenges**. Editado por Koen Matthijs. Bélgica: Leuven University Press, 1998, p.19-30.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética**. Direito, moral, religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

COSTA JUNIOR, Paulo da. **O direito de estar só**. Tutela penal da intimidade. São Paulo: Rio de Janeiro, 2007.

CORRIERO, Valeria. Privacy del minore e potestà dei genitori. **Rassegna di diritto civile**, pubblicazione trimestrale diretta da Pietro Perlingieri. Mauro Pennasilico, Francesco Sbordone, Antonella Tartaglia Polcini, Francesca Carmini, Camilla Crea e Anna Malomo (Coordinamento), Camerino: Edizione Scientifiche Italiane – Giuseppe Selo, 2000, p.998-1033.

CRUZ, Elisa Costa. **O direito dos filhos à privacidade e sua oponibilidade à autoridade parental**. Disponível em <<http://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/3019663/artigo-o-direito-dos-filhos-a-privacidade-e-sua- oponibilidade-a-autoridade-parental-por-elisa-costa-cruz>>. Acesso em 01/06/2012.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos de personalidade**. 2. ed. São Paulo: Quorum, 2008.

DONEDA, Danilo. Doneda. **Da privacidade à proteção dos dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 747, p. 35-55, jan. 1998.

GONÇALVES, Camila F. O.; MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito à identidade e o erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge na ocorrência de intersexualidade. In: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (Org.). **Anais do XX Encontro Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011.

GUERSI, Carlos; WEINGARTEN, Celia; GHERSI, Sebastián R. **Daños y delitos en las relaciones de família**. Rosário: Nova Tesis Editorial Jurídica, 2010.

GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade**. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

_____. **Terceira via: reflexões sobre o impasse atual e o futuro da social-democracia**. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 1999.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. **Das necessidades humanas aos direitos**. Ensaio de sociologia e filosofia do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Trad. Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. Rio de Janeiro: DP&A Editora, 2011.

HESSE, Konrad. **Derecho constitucional y derecho privado**. Trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Civitas Ediciones, 1995.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. Um diálogo como pensamento de Hanna Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

MARTINS, Rosa. Responsabilidades parentais no século XXI: a tensão entre o direito de participação da criança e a função educativa dos pais. In: **Cuidado e vulnerabilidade**. Tânia da Silva Pereira; Gustavo de Oliveira (Coordenadores). São Paulo: Atlas, 2009, p.76-95.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau; ABÍLIO, Vivivanne da Silveira. Autoridade parental como relação pedagógica: entre o direito à liberdade dos filhos e o dever de cuidado dos pais. In: **Diálogos sobre direito civil**. TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Edson (Orgs.). V.III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p.339-354.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Introdução ao Direito Civil constitucional. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **O direito civil na legalidade constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PROST, Antony. Fronteiras e espaços do privado. In: **História da vida privada**: da Primeira Guerra a nossos dias. São Paulo: Companhia das Letras, 1992, p. 13-154.

ROBL FILHO, Ilton Norberto. **Direito, intimidade e vida privada**. Paradoxos jurídicos e sociais na sociedade pós-moralista e hipermoderna. Curitiba: Juruá, 2010.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**. A privacidade hoje. Org. Maria Celina Bodin de Moraes. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RUSCELLO, Francisco. Potestà genitoria e capacità dei figli minori: dalla soggezione all'autonomia. **Vitanotarile**: esperienze giuridiche. 2000. N.1. Gennaio-Aprile, Palermo: Edizioni Giuridiche Buttita, 2000, p.57-73.

SARTRE, Jean-Paul. **O ser e o nada**. Ensaio de ontologia fenomenológica. Petrópolis: Vozes, 1998.

SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995.

STANCIOLI, Brunello. Sobre a capacidade de fato da criança e do adolescente: sua gênese e desenvolvimento na família. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 1, n. 2, 1999, p. 37-42.

STANZIONE, Pasquale. Interesse del minore e statuto dei suoi diritti. In: **Diritto civile e situazione esistenziali**. Gabriella Autorino e Pasquale Stanzone. Torino: G. Giappichelli Editore, 2007, p.161-178.

SUPIOT, Alain. **Homo juridicus**. Ensaio sobre a função antropológica do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional. **Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC**, vol. 17, ano 5, p.31-49, jan./mar. 2004.

_____. Do sujeito de direito à pessoa humana. **Temas de Direito Civil**. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.340-342.

_____. Tutela constitucional da criança e do adolescente. **Temas de direito civil**. Tomo III, TEPEDINO, Gustavo (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.201-226.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.