

# A DISCIPLINA JURÍDICA DA AUTORIDADE PARENTAL

**Ana Carolina Brochado Teixeira**

Mestra em Direito Privado pela PUC/MG

Advogada

Professora de Direito Civil da Faculdade Estácio de Sá

Professora de Direito de Família dos Cursos de

Pós-Graduação *Lato Sensu* da PUC Minas.

Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM

Membro do Centro de Estudos em Biotecnologia e Direito - CEBl.

1. Introdução; 2. Criança, adolescente e direitos fundamentais;  
3. O perfil funcional da autoridade parental; 4. Limite da  
autoridade parental: o discernimento do menor; 5.  
Considerações finais; 6. Referências bibliográficas.

## **1. Introdução**

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a criança e o adolescente ganharam proteção especial, por serem pessoas em desenvolvimento. O Ordenamento Jurídico deles cuidou de forma acurada, por estarem em fase de construção da sua personalidade e dignidade. Foi um “investimento” normativo que se fez na infância e na juventude, chancelado pelas diretrizes principiológicas contidas no bojo do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90.

Essa mudança entrelaçou-se com a fase de transição do perfil da família, a qual vem delineando, com o passar do tempo, novos contornos, cujos reflexos inevitáveis repercutiram nas relações parentais. Essas abandonaram aspectos formais, para se tornarem mais efetivas e afetivas, buscando ser verdadeiramente promotoras da edificação da personalidade dos filhos.

Com tantas transformações, o Direito de Família não poderia ter passado incólume, razão pela qual é imperativo que seus institutos sejam revistos à luz da normativa constitucional. Por essa razão, os “velhos” institutos ganharam novo conteúdo, mais aplicável às relações intersubjetivas da contemporaneidade. Isso apenas foi possível em virtude da virada hermenêutica que perpassou todo o Direito Civil, por nós conhecida como o fenômeno da Constitucionalização ou Personalização do Direito Civil, através do qual a pessoa humana assumiu o centro da ordem jurídica.

O Direito de Família é um dos ramos mais humanos do Direito, por tratar da pessoa propriamente dita, do seu crescimento, da sua formação, das suas relações de afeto e desafeto e das inúmeras formas de amar. Por isso, embora com certa resistência inicial, as novas concepções do Direito Civil acomodaram-se muito bem nesta nova família que estamos a refletir. Nesse contexto, justifica-se um repensar sobre as relações parentais, de modo a veicular a autoridade parental como fator propiciador de exercícios de direitos fundamentais.

## **2. Criança, adolescente e direitos fundamentais**

Uma das maiores demonstrações do fenômeno da personalização no âmbito do Direito de Família é o tratamento prioritário dado à criança e ao adolescente, como pessoas em desenvolvimento, e alvo da proteção integral da família, da sociedade e do Estado, cujo melhor interesse deve ser preservado a qualquer custo. Os menores, além de serem dotados de dignidade, como qualquer pessoa, são, também, sujeitos de direito, visto que capazes de direito.

Entretanto, seu diferencial reside em serem alvos de especial tratamento das entidades intermediárias, passando a ser os protagonistas da família.

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente<sup>1</sup> obteve tamanha prioridade no âmbito do Direito de Família, quando o debate cingiu-se aos direitos do menor, que – ao lado e funcionalizado ao Princípio/Valor Dignidade Humana – passou a ser o vértice interpretativo do ordenamento, nesta seara. Para garantir sua aplicação em toda e qualquer relação intersubjetiva, que tenha como parte(s) criança e/ou adolescente, escora-se, também, na Doutrina da Proteção Integral e da Paternidade Responsável, diretrizes normativas e hermenêuticas a direcionar o intérprete, diante da situação concreta.

Como poderíamos definir o Princípio do Melhor Interesse da Criança? Segundo Tânia da Silva Pereira, “a aplicação do princípio do *best interest* permanece como um padrão considerando, sobretudo, as necessidades da criança em detrimento dos interesses de seus pais, devendo realizar-se sempre uma análise do caso concreto”.<sup>2</sup> Não existe uniformidade ou definição rígida do que seja tal princípio, cujo exame deve ser feito em cada caso.

Afirma Maria Clara Sottomayor que embora o interesse da criança ou do adolescente seja um conceito indeterminável pelo seu caráter vago e elástico, facilitando interpretações subjetivas, tem um núcleo conceitual que deve ser preenchido por valorações objetivas. Essas se atrelam à estabilidade de

---

<sup>1</sup> O Princípio do *Best Interest* foi consagrado no 7º Princípio da Declaração dos Direitos da Criança, de 1959, e prevê que “os melhores interesses da criança serão a diretriz a nortear os responsáveis pela sua educação e orientação; esta responsabilidade cabe, em primeiro lugar, aos pais”. A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, de 1989<sup>1</sup> declarou, no art. 3º, 1, que “Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar primordialmente, o melhor interesse da criança”.

<sup>2</sup> PEREIRA, Tânia da Silva. O “melhor interesse da criança”. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 3.

condições de vida da criança, das suas relações afetivas e do seu ambiente físico e social.<sup>3</sup>

Poderíamos dizer que o núcleo conceitual nomeado pela autora portuguesa encontra-se, exatamente, na possibilidade de acesso e exercício dos direitos fundamentais pela criança e pelo adolescente. Tal princípio, aliado à doutrina da proteção integral, visa a proteção da criança, do adolescente, bem como de seus direitos, além de garantir-lhes as mesmas prerrogativas que cabem aos adultos. O dever de proteção não se limita ao Estado, mas também é atribuído à sociedade e à família, conforme determina o art. 227 da Carta Constitucional, constituindo-se, destarte, um dever social.<sup>4</sup> Sua condição prioritária deve-se ao fato de serem pessoas em desenvolvimento, cuja personalidade deve ser protegida e promovida, mediante o exercício dos direitos fundamentais.<sup>5</sup>

Despiciendo, neste momento, questionarmos qual a forma de acesso e exercício dos direitos fundamentais pela população infanto-juvenil. Ao que nos parece, a relação parental é o modo prioritário, em regra, de assegurar-lhes a experiência de tais direitos, tendo em vista que o relacionamento familiar é a primeira experiência do menor com o outro, principalmente, com os pais. É a experiência primeira da alteridade. Este “outro”, por sua vez, recebeu do Estado um múnus, um feixe de poderes e deveres a serem exercidos em benefício dos filhos, o que nos autoriza a caracterizar a autoridade parental como poder jurídico, no que tange às inúmeras categorias das situações jurídicas subjetivas.

---

<sup>3</sup> SOTTOMAYOR, Maria Clara. Quem são os verdadeiros pais? Adopção plena de menor e oposição dos pais biológicos. *Direito e Justiça*: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, v. XVI, t. I, p. 197, 2002.

<sup>4</sup> PEREIRA, Tânia da Silva. O “melhor interesse da criança”. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *O melhor interesse da criança*: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 14.

<sup>5</sup> Tal condição lhes foi garantida pelo art. 6º da Lei 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente, cujo teor é o seguinte: “Art. 6º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.”

Cabe, entretanto, questionarmos o papel, ou a função, dos direitos fundamentais no Ordenamento Jurídico contemporâneo, para melhor compreendermos sua relevância para a infância e juventude. Com a efetivação de tais direitos, valores importantes foram contemplados. A Constituição de 1988 representou a positivação de novas conquistas sociais e individuais. Em todas as relações pessoais, sobressai-se a preocupação com a dignidade da pessoa humana, erigida a fundamento do Estado Democrático de Direito, já no primeiro artigo da Constituição, em seu inciso III, o que se tornou uma garantia de cada membro da família.<sup>6</sup> Este princípio reflete a idéia de respeito aos direitos fundamentais do cidadão em suas relações interpessoais. Gustavo Tepedino afirmou que o dispositivo *supra* confere conteúdo à proteção da família pelo Estado, conforme ditames do art. 226 da CF/88:

É a pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, o elemento finalístico da proteção estatal, para cuja realização devem convergir todas as normas de direito positivo, em particular aquelas que disciplinam o direito de família, regulando as relações mais íntimas e intensas do indivíduo no social. (...) À família, no direito positivo brasileiro, é atribuída proteção especial na medida em que a Constituição entrevê seu importantíssimo papel na promoção da dignidade humana. Sua tutela privilegiada, entretanto, é condicionada ao atendimento desta mesma função.<sup>7</sup>

Os direitos fundamentais, desta forma, visam assegurar a essência do que é indispensável para que qualquer pessoa possa crescer e viver com dignidade. Constata-se, universalmente, que a dignidade da pessoa humana está na base de todos os direitos fundamentais. Ela pressupõe o reconhecimento destes pela ordem jurídica, em todos seus aspectos e dimensões. Além disso, a dignidade da pessoa humana foi especialmente vertida para a criança e o adolescente, no *caput* do art. 227 da Carta

---

<sup>6</sup> Nota interessante foi pontuada pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira: “Constatada a impossibilidade desse processo de marginalização auto-alimentador ser solucionado pela família, surge a imprescindibilidade de uma atuação mais eficiente e eficaz do Estado, a quem compete a missão maior de realizar o bem comum, ativando de maneira positiva seus instrumentos para dar conseqüências práticas ao seu dever, efetivando com absoluta prioridade os direitos e os interesses assegurados à criança e ao adolescente no novo texto constitucional. De nada adiantará o Estado estar formalmente edificado sob a noção de dignidade da pessoa humana se ele próprio, na prática, não proporciona os meios e as condições para que os cidadãos exerçam o seu direito de serem dignos”. (TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Direitos de família e do menor: inovações e tendências*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. 178).

Constitucional. Assim, eles têm sua dignidade assegurada não apenas de forma geral no art. 1º da Constituição Federal, mas de forma específica no dispositivo supracitado.

Ao lado dessa, figuram outros direitos fundamentais dirigidos ao menor. Eles nos remetem à idéia de proteção e desenvolvimento das pessoas.<sup>8</sup> Segundo Ingo Wolfgang Sarlet,<sup>9</sup> os direitos fundamentais representam mais do que uma função limitativa de poder, pois constituem critério de legitimação do poder estatal e, por conseguinte, da ordem constitucional, uma vez que o poder apenas se justifica pela realização dos direitos do homem, sendo a idéia de justiça parte desta concepção de direitos. Eles ultrapassaram os limites funcionais que outrora lhes foram designados, de defesa da liberdade individual, passando a integrar um sistema axiológico que atua como fundamento material de todo o ordenamento jurídico.<sup>10</sup>

Portanto, os direitos fundamentais são o substrato axiológico e material do Direito contemporâneo, constituindo-se, por isso, em parâmetros hermenêuticos. Eles são parte indelével das diretrizes personalistas colocadas pela Constituição, notadamente a cidadania e a dignidade humana. Diante de sua relevância, o legislador constituinte dotou as normas de direitos e garantias fundamentais de aplicabilidade imediata, consoante art. 5º, § 1º, além de serem, também, cláusulas pétreas (art. 60, § 4º CF/88). Ademais, formam um sistema aberto e flexível (art. 5º, § 2º CF/88), de modo a melhor se adaptarem às vicissitudes da evolução da sociedade brasileira.

O que dizer, então, da Carta de Direitos Fundamentais dirigida especificamente à criança e ao adolescente? Como saber ao certo que a dicção do art. 227 da Constituição Federal constitui direitos fundamentais destinados

---

<sup>7</sup> TEPEDINO, Gustavo. Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 372.

<sup>8</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 84.

<sup>9</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 65.

especificamente ao menor? Ingo Wolfgang Sarlet responde tal questionamento, enviando o intérprete à verificação do conteúdo dos direitos em questão, se presente a fundamentalidade material, ou seja, a circunstância de conterem, ou não, decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da sociedade, de modo especial, porém, no que diz com a posição nestes ocupada pela pessoa humana.<sup>11</sup> Assim, a fundamentalidade de tais direitos vai ao encontro do “lugar” ocupado pelos menores na estrutura do Estado, da sociedade e da família.

Não obstante o art. 6º da Carta Constitucional prever a proteção à infância, ao estipular que são direitos sociais “a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados na forma desta Constituição”, é o *caput* do art. 227 da Constituição de 1988 o dispositivo reconhecido como a Declaração de Direitos Fundamentais da população infanto-juvenil, afirmam Tânia da Silva Pereira e Carolina de Campos Melo.<sup>12</sup> Ensinam, ainda, que embora o referido artigo não esteja dentro do catálogo dos direitos fundamentais, ele tem a mesma hierarquia constitucional dos demais.

Não há dúvidas de que os arts. 3º, 4º, 5º e 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente também traduzem normas de direitos fundamentais.<sup>13</sup> Em primeiro

---

<sup>10</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 66.

<sup>11</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 83.

<sup>12</sup> PEREIRA, Tânia da Silva Pereira; MELO, Carolina de Campos. Infância e juventude: os direitos fundamentais e os princípios constitucionais consolidados na Constituição de 1988. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, ano 1, v. 3, p. 96, jul./set. 2000.

<sup>13</sup> Não se pode ignorar a discussão no sentido de normas infraconstitucionais poderem ou não abrigar direitos fundamentais. Sarlet já se manifestou em tal sentido: “Também a tradição (sem qualquer exceção) do nosso direito constitucional aponta para uma exclusão da legislação infraconstitucional como fonte de direitos materialmente fundamentais, até mesmo pelo fato de nunca ter havido qualquer referência à lei nos dispositivos que consagraram a abertura de nosso catálogo de direitos, de tal sorte que nos posicionamos, em princípio, pela inadmissibilidade dessa espécie de direitos fundamentais em nossa ordem constitucional. Todavia, a despeito deste entendimento, não nos parece de todo desarrazoada uma interpretação de cunho extensivo que venha a admitir uma abertura do catálogo dos direitos fundamentais também para posições jurídicas reveladas, expressamente, antes pela legislação infraconstitucional, já que, por vezes, é ao legislador ordinário que se pode atribuir o pioneirismo de recolher valores fundamentais para determinada sociedade e assegurá-los juridicamente.” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 96).

plano, os direitos fundamentais não se esgotam no catálogo constitucional (Título II), bem como em dispositivos esparsos do texto da Carta Magna, por força da norma aberta, esculpida no art. 5º, § 2º CF/88. Também não se pode olvidar a possibilidade de estarem presentes em nosso ordenamento direitos não-escritos, extraídos das diretrizes e princípios fundamentais, bem como nas normas definidoras de direitos e garantias fundamentais apostas na Constituição Federal, mediante a atividade exegética do intérprete.

O berço, por natureza, dos direitos fundamentais do menor é o art. 227 da Constituição, cujo teor é o seguinte:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

É de grande relevância ressaltar as especificações referentes aos direitos fundamentais ao respeito e à dignidade,<sup>14</sup> pois eles nos fazem refletir sobre o menor como pessoa única, que está no processo de se tornar sujeito da própria vida e, por essa razão, é merecedor de respeito, para que possa edificar de forma livre sua personalidade e dignidade.

Ao lado da noção de direitos fundamentais, não pode ser ignorada a concepção de deveres fundamentais, desenvolvida, entre outros, pelo jurista português José Carlos Vieira de Andrade.<sup>15</sup> Ele ressalta o relevante cunho ético e solidarista dos deveres fundamentais dos cidadãos, pois que significa que o homem não existe isoladamente e, por isso, sua liberdade não é absoluta. Neste contexto, os indivíduos são responsáveis em todos os âmbitos pela segurança, justiça e progresso da humanidade.

---

<sup>14</sup> Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.

Art. 18. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

<sup>15</sup> VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 155-166.

Tais deveres não são, necessariamente, conexos aos direitos fundamentais, podendo formar, por isso, uma categoria autônoma dos deveres fundamentais. Entretanto, também podem estar associados a direitos fundamentais, atingindo a natureza dos direitos, que devem ser configurados como direitos-deveres ou poderes-deveres com dupla natureza. O autor cita, como exemplo desses últimos, os deveres dos pais de manutenção e educação dos filhos, sendo este um caso de direitos-função. Entretanto, eles não constituem meras liberdades em face do Estado, vez que representam poderes sobre os filhos, em seu conteúdo essencial. Por conseguinte, não se trataria de direitos dos indivíduos, mas de poderes organizatórios concedidos no quadro da autonomia familiar, que poderiam até mesmo estar fora da matéria de direitos fundamentais, não fosse a intensidade pessoal que caracteriza a organização da família na vida social, bem como seu reconhecimento jurídico-constitucional.<sup>16</sup>

A noção de deveres fundamentais encaixa-se perfeitamente à autoridade parental, cujo conceito preponderante é de múnus, de realização de poderes no interesse dos filhos, insista-se.

A conjugação dos direitos e deveres fundamentais elimina qualquer dúvida no que tange à irrestrita consideração da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento, que exercem papel ativo no próprio processo educacional, e não como objeto das ações e dos direitos de terceiros, principalmente dos adultos. Tornaram-se co-partícipes das diretrizes da própria vida, à medida que vão adquirindo discernimento. É através desse processo – principalmente através da relação com seus pais – que se constrói sua dignidade e se edifica a sua personalidade. Fazem-se necessários, portanto, o relacionamento com o outro e a percepção da alteridade.<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 164-165.

<sup>17</sup> Bastante esclarecedor é o significado da palavra “alteridade” no dicionário do Instituto Houaiss: “1. Natureza ou condição do que é outro, do que é distinto; 2. Situação, estado ou qualidade que se constitui através de relação de contraste, distinção, diferença.” (HOUAISS, Antônio; VILLAR,

### 3. O perfil funcional da autoridade parental

Buscar a função dos institutos é perquirir o sentido da síntese dos seus efeitos essenciais, além de individualizar os interesses que as partes pretendem realizar e tutelar, ou foram previstos pela Ordem Jurídica.<sup>18</sup> Assim, visamos buscar a função da autoridade parental, no contexto ora exposto de tutela da pessoa humana – principalmente, da criança e do adolescente. Diante do conteúdo constitucional da autoridade parental, que impõe aos pais os deveres de criar, assistir e educar os filhos menores, concluímos que a função do instituto é instrumentalizar os direitos fundamentais dos filhos, tornando-os pessoas capazes de exercer suas escolhas pessoais, com a correlata responsabilidade.

Diante das diretrizes constitucionais e estatutárias que ressaltam a função promocional do Direito, o relacionamento entre genitores e filho passou a ter como objetivo maior tutelar a personalidade deste e, portanto, o exercício de seus direitos fundamentais, para que possa, neste contexto, edificar sua dignidade enquanto sujeito. A autoridade parental, neste aspecto, foge da perspectiva de poder e de dever, para exercer sua sublime função de instrumento facilitador da construção da autonomia responsável dos filhos. Nisso consiste o ato de educá-los, decorrente dos Princípios da Paternidade/Maternidade Responsável, e da Doutrina da Proteção Integral, ambos com sede constitucional, ao alicerce de serem pessoas em fase de desenvolvimento, o que lhes garante prioridade absoluta.

Os filhos, como foi mencionado, não são sujeitos passivos da relação com os pais.<sup>19</sup> Também não constituem objeto dos poderes e dos deveres

---

Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 169).

<sup>18</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil*. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 95.

<sup>19</sup> De acordo com a habitual sabedoria de Luiz Edson Fachin, “os filhos não são (nem poderiam ser) objeto da autoridade parental. Em verdade, constituem um dos sujeitos da relação derivada da autoridade parental, mas não sujeitos passivos (...)” (Elementos críticos do direito de família. In: LIRA, Ricardo Pereira (Coord.). *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 223.

embutidos no conteúdo da autoridade parental. Tornaram-se protagonistas da própria história e do próprio processo educacional. A função educativa se consubstancia em um processo dialético entre pais e filhos; tanto que a doutrina italiana sublinha que o menor tem liberdade de *autoeducazione*, para expressar seu papel ativo na própria vida,<sup>20</sup> o que é consequência do seu direito fundamental à liberdade, também previsto pelos arts. 15 e 16 do ECA.

Os menores devem ser respeitados em seus valores e crenças, enfim, merecem respeito por serem pessoas e, principalmente, por estarem em processo de desenvolvimento. Seu papel ativo cresce na medida em que adquirem discernimento e em que sua liberdade é acompanhada pela correlata responsabilidade.

Para melhor análise do conteúdo da autoridade parental, amparado no perfil sociológico da família, notoriamente solidarista, e na interpretação civil-constitucional, mister estudar todos os aspectos que a envolvem, notadamente o dever de assistir, criar e educar os filhos, em razão da relevância já exposta.

O dever de criar começa com a concepção, pois tem sua gênese no início da existência da criança. A partir daí, dura enquanto obrigação jurídica até que o filho alcance a maioridade.

A criação está diretamente ligada ao suprimento das necessidades biopsíquicas do menor, o que a atrela à assistência, ou seja, à satisfação das necessidades básicas, tais como, cuidados na enfermidade, orientação moral, o apoio psicológico, as manifestações de afeto, o vestir, o abrigar, o alimentar, o acompanhar física e espiritualmente.<sup>21</sup>

Está embutido no dever de assistência o dever de sustento, sendo este, portanto, inerente ao poder familiar. É tal a relevância do dever de sustento que constitui crime de abandono material deixar, sem justa causa, de prover a

---

<sup>20</sup> CIAN, Giorgio; OPPO, Giorgio; TRABUCCHI, Alberto. *Commentario al diritto italiano della famiglia*. Padova: Cedam, 1992, v. 4, p. 292.

<sup>21</sup> LIMA, Taísa Maria Macena. *Guarda de fato: tipo sociológico em busca de um tipo jurídico*. In: FERNANDES, Milton (orientador). *Controvérsias no sistema de filiação*. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 1984, p. 31.

subsistência de filho menor de 18 anos, não lhe proporcionando recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, conforme se constata do art. 244 do Código Penal.

Na verdade, assistência, criação e educação estão diretamente atrelados à formação da personalidade do menor bem como ao escopo de realizar os direitos fundamentais dos filhos, seja em que seara for. O direito à educação, além deste aspecto geral, também se reporta ao incentivo intelectual, para que criança e adolescente tenham condições de alcançar sua autonomia, pessoal e profissional.

Entretanto, são omitidas pela doutrina as várias dimensões da educação. Educar um menor, dando-lhe condições de desenvolver sua personalidade, para que ele seja ele próprio, revela-se um processo dialógico permanente, através do qual quem educa é também educado, construindo-se mutuamente a dignidade dos sujeitos envolvidos nesse processo. O respeito é fundamental nesse relacionamento, como faz antever o Direito italiano, através do art. 147 do Código Civil, ao impor, como limite ao dever de educação, a capacidade, as inclinações naturais e as aspirações dos filhos. Compõem a atividade educativa o diálogo com o menor e o confronto com sua individualidade.<sup>22</sup>

No dever de educar está implícita a obrigação de promover no filho o desenvolvimento pleno de todos os aspectos da sua personalidade, de modo a prepará-lo para o exercício da cidadania e qualificá-lo para o trabalho, mediante a educação formal e informal, o que atende aos arts. 3º e 53 do ECA.<sup>23</sup>

Para tanto, como instrumentalizar este intento? Criação e educação, principalmente, devem ser feitas de forma a viabilizar aos filhos o alcance da autonomia responsável, através da efetivação do processo educacional. Por ter este perfil dinâmico, que permite gradações, deve se adequar às vicissitudes, às

---

<sup>22</sup> CERATO, Maristella. *La potestà dei genitori: i modi di esercizio, la decadenza e l'affievolimento. Il diritto privato oggi* – serie a cura di Paolo Cendon. Milano: Giuffrè, 2000, p. 113.

<sup>23</sup> COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 102.

peculiaridades da criança e do adolescente, de modo a verificar a necessidade da intensificação ou do recuo dos múnus da autoridade parental. Propiciar ao filho sua autonomia de forma responsável equivale exatamente respeitar o processo de aquisição de discernimento e de maturação do menor, de modo que, paulatinamente, ele tenha condições de fazer suas escolhas sozinho. Assim, na medida em que este processo se intensifica, é possível o exercício dos direitos fundamentais de forma mais ampla, de modo a diminuir, proporcionalmente, o raio de aplicação do poder familiar. Mas é importante salientar que, mesmo a redução dessa aplicação, como estamos a tratar, também faz parte do conteúdo constitucional da autoridade parental, pois esta se faz mais necessária quando o menor não é capaz de responsabilizar-se pelos seus atos, ou, nas palavras de João Baptista Villela, não é capaz de responder.<sup>24</sup>

Por isso, a criança e o adolescente não são, *a priori*, detentores de autonomia. Essa é a razão maior da autoridade parental: conduzir a criança e o adolescente por caminhos que eles ainda desconhecem. Por estarem construindo sua maturidade e discernimento, não podem usufruir completamente de seu direito fundamental à liberdade, pois ainda não têm condições de exercê-la. Para seu bem-estar, vivem uma fase de “liberdade vigiada”, cujo raio de amplitude de seu exercício aumenta à medida que cresce seu discernimento.

O autor mineiro afirma que liberdade só é possível quando o homem tem embutido em si responsabilidade, sendo dispensáveis forças externas a ele – a coerção –, para que viva em sociedade. A responsabilidade tem estreita ligação com a dignidade humana, pois aquela encontra na própria consciência os motivos para uma conduta juridicamente correta. Explicando essa afirmativa, João Baptista Villela leciona:

O ser humano eticamente sadio e adulto não encontra maiores motivos para exigir os seus direitos subjetivos do que para cumprir com os seus deveres jurídicos. Na medida, entretanto, em que a coerção se institucionaliza, instala-se *fora* da consciência humana,

---

<sup>24</sup> VILLELA, João Baptista. *Direito, coerção & responsabilidade*: por uma ordem social não-violenta. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Revista da Faculdade de Direito da UFMG. V. IV, série Monografias, n. 3, 1982, p. 26.

à margem do *eu*, um novo centro de referência e comando éticos, cuja existência e funcionamento constituem, por si mesmos, uma permanente fonte de estimulação baseada no medo, o mais deprimente e depressor agente de conduta. À força de existir e ser usado, o sistema extrínseco de coerção tende a liberar o homem do seu sistema interior de referência ético-social, que fica, assim, exposto a se atrofiar progressivamente. Nessa atrofia o homem se infantiliza e se emascula moralmente. Castrado em seus próprios imperativos interiores, tende a se sentir liberado para só fazer ou deixar de fazer, na ordem social, aquilo que lhe é exigido sob ameaça de repressão.<sup>25</sup>

Ora, qual a qualidade desta “liberdade” do homem, atrelada à coerção? No contexto desse questionamento, constata-se a relevância do conceito de responsabilidade – tão necessária à liberdade – e seu contrário. Irresponsável é aquele que não responde. O incapaz seria irresponsável, pois não pode gerir seus atos e seu patrimônio, razão pela qual não pode responder por eles. Villela pensa o conceito de irresponsável por uma nova ótica, pois o homem foi reduzido a esta condição porque a lei o substitui, através de seu sistema de sanções, ou seja, a responsabilidade interna – mais conhecida como consciência – foi substituída pela coerção externa.

A acepção de liberdade que ora se adota como direito fundamental é exatamente esta, construída pelo Prof. Villela: a liberdade responsável, que funda os motivos da conduta da pessoa humana em sua consciência e não em razões extrínsecas.

#### **4. Limite da autoridade parental: o discernimento do menor**

Questão atualíssima ligada ao tema proposto é auferir se o exercício dos direitos fundamentais do menor pode estar sujeito a algum tipo de relativização, ou de conformação, pela implementação do poder familiar, em prol da realização da dignidade da criança e do adolescente.

Como compatibilizar liberdade ou privacidade do menor e dever de vigilância dos pais, óticas contrárias, *a priori*? Quais são os limites do poder

---

<sup>25</sup> VILLELA, João Baptista. *Direito, coerção & responsabilidade*: por uma ordem social não-violenta. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Revista da Faculdade de Direito da UFMG. V.

familiar, quando está envolvido menor que tenha discernimento para a prática de algumas decisões para a própria vida? O art. 147 do Código Civil Italiano é de suma relevância, para nos nortear quanto à relevância ao respeito ao menor, à sua capacidade, inclinações, atitudes, enfim, ao seu processo de aquisição de discernimento. Sua dicção é a seguinte:

Il matrimonio impone ad ambedue i coniugi l'obbligo di mantenere, istruire ed educare la prole tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli.<sup>26</sup>

O direito italiano desqualifica o menor como objeto da relação com os pais, de modo a atribuir-lhe a dignidade de sujeito, como, aliás, fez o direito brasileiro. Isso é salutar para evitar que os pais possam impor ao menor seu modelo de vida, não obstante a transmissão dos valores familiares seja relevante. Isso porque, quando o menor tem alguma maturidade, a imposição tem o caráter de desnaturar sua condição de pessoa em desenvolvimento. Mesmo porque estamos a tratar de uma relação parental pautada no diálogo e no afeto, fatores essenciais para a construção da personalidade do menor. A doutrina italiana assim se manifesta:

Nella prospettiva delineata, muta l'essenza del rapporto genitori-figli. In un'epoca in cui tendenzialmente è anche il confronto democratico a graduare la civiltà di una società, all'interno della famiglia devono essere spunte le forme autoritarie a vantaggio di un rapporto educativo che sul dialogo fondi una correlazione di persone, tutte con pari dignità, in una comunione di vita in cui sia effettivamente possibile lo sviluppo della personalità di ciascun membro. E, con ogni probabilità, è per questo che si fa sempre più strada la convinzione per cui l'art. 147 c.c. non vuole la subordinazione di ogni decisione alle capacità, alle inclinazioni e alle aspirazioni – confuse, contraddittorie e spesso velleitarie – del minore ma, comunque, impone l'obbligo 'per il genitore di non tenere conto delle proprie aspirazioni', di non cercare di fare un figlio a propria immagine e somiglianza; di rispettare l'individualità del figlio così come man mano si va rivelando con la crescita.<sup>27</sup>

---

IV, série Monografias, n. 3, 1982, p. 26.

<sup>26</sup> Tradução livre: O matrimônio impõe a ambos os cônjuges a obrigação de manter, instruir e educar a prole, levando em conta as capacidades, as inclinações naturais e as aspirações dos filhos.

<sup>27</sup> RUSCELLO, Francesco. *Apud* POLIDORI, S. Funzione educativa e dovere di istruire la prole. // *diritto privato nella giurisprudenza*: a cura di Paolo Cendon. La famiglia. Torino: Editrice Torinese, 2000, p. 455. Tradução livre: Na perspectiva delineada, muda a essência da relação genitores-filhos. Em uma época na qual, tendencialmente, é também o confronto democrático a graduar a civilidade de uma sociedade, no interno da família devem ser verificadas as formas autoritárias, em vantagem de um relacionamento educativo que sobre o diálogo funde uma correlação de pessoas, todas com igual dignidade, em uma comunhão de vida na qual seja efetivamente possível o desenvolvimento da personalidade de cada um dos membros. E, com toda probabilidade, é que sempre se alcança a convicção pela qual o art. 147 do Código Civil não

Diante disso, busca-se um equilíbrio entre o modelo de vida dos pais e as peculiaridades dos filhos. Questionamos, então, como adequar os direitos fundamentais de natureza existencial dos menores, quando em oposição com o conteúdo da autoridade parental delineado pelos pais?

É claro que a verificação desta possibilidade apenas poderá ser possível no caso concreto, quando, então, será verificado qual o bem jurídico a ser preservado e aquele a ser sacrificado, em nome do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente.

É cediço que, no contexto do mundo atual, todos estão expostos a muitos perigos, cujo risco aos menores pode aumentar, em razão da omissão dos pais. Quando a criança ou o adolescente não tem discernimento, justifica-se de forma mais acentuada a função limitadora e, por conseguinte, o poder familiar dos pais, o que vai diminuindo gradativamente, na medida em que o processo educacional se instaura de forma mais intensa na vida da criança ou adolescente.

Tomamos como um exemplo um caso ocorrido perante o Tribunal de Napoli, em 1983, cuja fundamentação fática pautava-se no seguinte: uma menor de 17 anos namorava, seriamente, um colega de classe. Contudo, este namoro não era aceito pelos seus pais. Por isso, interviram na relação, proibindo a filha de ter com ele qualquer tipo de relacionamento e impondo à menor uma consulta a um ginecologista, com a finalidade de saber se a adolescente ainda era virgem, para que o médico verificasse se ela fora deflorada pelo namorado; além de proibir a filha de freqüentar o curso no qual estava matriculada, para que ela não tivesse nenhum contato com o rapaz.<sup>28</sup>

---

quer a subordinação de toda decisão às capacidades, às inclinações e às aspirações – confusas, contraditórias e freqüentemente impotentes - do menor mas, de qualquer modo, impõe a obrigação 'para o genitor de não levar em conta as próprias aspirações, não procurar fazer um filho à própria imagem e semelhança; de respeitar a individualidade do filho assim como, vagarosamente, vai se revelando com o crescimento.

<sup>28</sup> Caso extraído do texto POLIDORI, S. Funzione educativa e dovere di istruire la prole. *Il diritto privato nella giurisprudenza*: a cura di Paolo Cendon. La famiglia. Torino: Editrice Torinese, 2000, p. 457.

O juiz entendeu que os pais da garota estavam equivocados, por ignorar a liberdade de relações sentimentais da filha. Além disso, verificou que o grau de maturidade da adolescente lhe permitia fazer algumas escolhas, como a de um namorado, seja para um relacionamento rápido ou sério. Afinal, a Constituição Italiana tutela o direito da pessoa humana, inclusive do menor, de dirigir-se livremente segundo instâncias interiores e personalíssimas, para a realização de seu projeto pessoal de vida. Ademais, a adolescente tem direito de se autodeterminar livremente na relação com seu namorado, sem controle da sua correspondência ou de telefonemas por seus pais. Mesmo porque o dever de educar tem como finalidade tornar o filho capaz de efetuar opções livres e conscientes, para conquistar a cultura em meio à liberdade. É assim que será alcançado seu livre desenvolvimento.

O tribunal ainda referiu-se à capacidade de discernimento, a qual corresponde à gradação de desenvolvimento da pessoa de avaliar em concreto as situações que lhe aparecem. Assim, pode-se afirmar que também para os menores, a capacidade é a “porta da liberdade”. Por isso, a conduta dos pais é prejudicial, por impedir a menor de dirigir-se consciente e livremente, além de direcionar-se, segundo os próprios desejos, para a realização de um projeto de vida, expresso no contexto dos princípios constitucionais, que têm as liberdades fundamentais como direitos fundamentais do homem. Por ter verificado que a adolescente tinha maturidade e que o comportamento dos pais foi danoso ao seu desenvolvimento, além da existência de riscos posteriores, autorizou-a a deixar a residência familiar, para viver em um instituto idôneo, com acolhida e cuidados necessários, até que completasse a maioridade.

Questões interessantes, que também já receberam atenção de alguns tribunais, principalmente o italiano, dizem respeito a uma esfera específica do direito fundamental à liberdade: a religiosa, pouco discutida em nosso ordenamento jurídico. O aspecto mais debatido é o referente ao tratamento médico que demanda transfusão de sangue em pessoas que professam a religião dos testemunhas de Jeová, os quais rejeitam tal procedimento. A questão se torna interessante, para o tema em tela, quando estamos a tratar de

um modelo educativo fundado de forma arraigada em ditames religiosos, que colocam em jogo não apenas a liberdade de crença religiosa, mas também, valores outros que fundamentam o processo educacional infanto-juvenil, colocando-o em risco.

Os testemunhas de Jeová foram pauta de interessante decisão do Tribunal de Veneza,<sup>29</sup> pois a educação do filho de um casal que professava essa fé era baseada apenas em regras religiosas de conduta, além de imposições peremptórias na vida do menor. O tribunal decidiu que a educação deve ser baseada em uma escala de valores imunes a excessos religiosos, compatíveis com seu crescimento equilibrado e, tanto quanto possível, integrada com o ambiente que o envolve, de modo a oferecer ao filho instrumentos para um desenvolvimento biopsiquicamente saudável. Tudo isso sem atribuir caráter absoluto ao aspecto religioso, colocando o menor em condições de operar, no futuro, com liberdade. Mesmo porque o menor tem direito de escolher qual religião professará, se for o caso.

O problema se agrava quando criança ou adolescente precisa ser submetido à cirurgia e os pais são testemunhas de Jeová, ou seja, não permitem a submissão do filho ao tratamento. Este é o caso que, em regra, deve-se limitar a autoridade parental, preservando o direito à vida, pois não se sabe se, no futuro, o filho seguirá a religião na qual foi criado, caso este não tenha discernimento para expressar sua vontade. Cabe ao médico, portanto, realizar os procedimentos que o caso requeira, com ampla liberdade e independência. Assim, em se tratando de menores e incapazes sem maturidade para opinar, doutrina e jurisprudência vêm entendendo que, se houver conflito entre o direito à liberdade religiosa e o bem jurídico vida, tal conflito deve ser resolvido em favor do segundo.

O espírito da Constituição Federal de 1988 visa o alcance da dignidade, através da garantia da integridade e do bem-estar psicofísico das pessoas.

---

<sup>29</sup> Trib. Min. Venezia, j. 10/5/90, FI, 1991, 283 e ss., in POLIDORI, S. Funzione educativa e dovere di istruire la prole. *Il diritto privato nella giurisprudenza*: a cura di Paolo Cendon. La famiglia. Torino: Editrice Torinese, 2000, p. 457.

Nesse contexto, há adolescentes que, mesmo sem capacidade de fato, têm discernimento suficiente para expressar vontade contrária ou a favor ao tratamento pré-estabelecido. Assim, no que se refere a direitos fundamentais ligados à saúde, a participação do menor tem grande relevância, quando detentor de maturidade, o que é medida de todo relevante para a livre construção da sua personalidade.

Esses são exemplos – entre os muitos que existem – de verificação da necessária atividade do intérprete para adequar o caso, de modo a se buscar a concretude do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Muitas situações demonstram a necessidade de uma releitura da amplitude da autonomia do menor, com a finalidade de protegê-lo e preservar o desenvolvimento emancipatório da sua personalidade. Mesmo porque a liberdade faz parte indiscutível do conteúdo da dignidade.

Podemos pensar em inúmeras situações em que constatamos o choque de direitos fundamentais dos filhos e deveres fundamentais dos pais, de modo a exigir que construamos o conteúdo do princípio no caso concreto. A necessidade da oitiva do adolescente quando de sua adoção já é norma positivada no Estatuto da Criança e do Adolescente, o que deve ser estendido à guarda e às visitas, não apenas em relação aos pais, mas também, aos demais familiares com quem têm afeição, como os avós, por exemplo.<sup>30</sup> É claro que a decisão judicial deverá levar em conta a opinião do menor, tendo como fundamento sua maturidade, condições para o exercício da autonomia, além dos motivos que os conduzem à tomada de determinada decisão. Em suma, a opinião do menor é importante dependendo das condições que este tiver para avaliar o próprio interesse de forma livre.

## **5. Considerações finais**

---

<sup>30</sup> Permita-nos remeter a reflexões anteriores sobre o tema: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Direito de visitas dos avós. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, v. 10, p. 59-77, abr./jun. 2002.

A autoridade parental é o veículo instrumentalizador de direitos fundamentais dos filhos, de modo a conduzi-los à autonomia responsável. Enquanto não podem fazer as próprias escolhas sozinhos, precisam dos pais para agirem em seu nome. Entretanto, é o processo educacional, pautado na convivência com a família primeira, que determina a aquisição de discernimento pelos filhos. E, por isso, à medida que cresce a maturidade, diminui a necessidade de que os pais decidam pela prole, podendo os menores, assim, fazer algumas escolhas no que tange à sua esfera existencial, de modo a viabilizar o exercício pleno de sua autonomia, como forma de realização da dignidade humana.

É o que nos diz, poeticamente, Gibran Kalil Gibran, cujas palavras tão bem descrevem o processo educacional:

“Vossos filhos não são vossos filhos. Vossos filhos são flechas. Vós sois o arco que dispara a flecha. Disparadas as flechas, elas voam para longe do arco. E o arco fica só.”  
(GIBRAN, Gibran Khalil. *O profeta*.)

## 6. Referências bibliográficas

CERATO, Maristella. *La potestá dei genitori: i modi di esercizio, la decadenza e l'affievolimento. Il diritto privato oggi – serie a cura di Paolo Cendon.* Milano: Giuffrè, 2000.

CIAN, Giorgio; OPPO, Giorgio; TRABUCCHI, Alberto. *Commentario al diritto italiano della famiglia.* Padova: Cedam, 1992.

COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. Elementos críticos do direito de família. *In:* LIRA, Ricardo Pereira (Coord.). *Curso de direito civil.* Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa.* Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

LIMA, Taísa Maria Macena. *Guarda de fato: tipo sociológico em busca de um tipo jurídico.* *In:* FERNANDES, Milton (orientador). *Controvérsias no sistema de filiação.* Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 1984, p. IV-17 a 54.

PEREIRA, Tânia da Silva. O “melhor interesse da criança”. *In:* PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar.* Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PEREIRA, Tânia da Silva Pereira; MELO, Carolina de Campos. Infância e juventude: os direitos fundamentais e os princípios constitucionais consolidados na Constituição de 1988. *Revista Trimestral de Direito Civil,* Rio de Janeiro: Padma, ano 1, v. 3, p. 89-109, jul./set. 2000.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil.* 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RUSCELLO, Francesco. *Apud* POLIDORI, S. Funzione educativa e dovere di istruire la prole. *Il diritto privato nella giurisprudenza: a cura di Paolo Cendon.* La famiglia. Torino: Editrice Torinese, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988.* 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. Quem são os verdadeiros pais? Adopção plena de menor e oposição dos pais biológicos. *Direito e Justiça: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, v. XVI, t. I, 2002.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Direito de visitas dos avós. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, v. 10, p. 59-77, abr./jun. 2002.

\_\_\_\_\_. *Família, guarda e autoridade parental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Direitos de família e do menor: inovações e tendências*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

TEPEDINO, Gustavo. Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. *In: TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

VILLELA, João Baptista. *Direito, coerção & responsabilidade: por uma ordem social não-violenta*. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Revista da Faculdade de Direito da UFMG. V. IV, série Monografias, n. 3, 1982.