

PELOS OLHOS DE MAISIE: O PAPEL PROMOCIONAL DA FAMÍLIA

WHAT MAISIE KNEW: THE PROMOTIONAL ROLE OF THE FAMILY

Luciana Costa Poli*

Bruno Ferraz Hazan*

RESUMO

O trabalho pretende traçar um perfil contemporâneo da família, retratando o papel funcional e promocional que desempenha, em busca, sobretudo, do fomento ao livre desenvolvimento de seus membros. O estudo do tema procurará demonstrar que autoridade parental não cabe mais em uma moldura autoritária que não se preocupa com os desejos e necessidades das crianças e adolescentes. A autoridade parental ou orientação parental que se propõe é aquela em que está presente também a preocupação com uma finalidade solidarista, que se revela pelo incentivo à participação dos interessados e pela construção da autonomia. Apresenta o trabalho o fenômeno da democratização na esfera familiar, a sugerir que esse núcleo de peculiaridade dinâmica é capaz de combinar escolhas individuais pautadas por uma orientação parental cuidadosa, no intuito de fomentar o desenvolvimento paulatino da autonomia do menor. Dessa forma, para que se possa reconhecer a autonomia da criança e do adolescente como inerente ao processo de crescimento e de emancipação é determinante a releitura do poder familiar vinculada a uma função promocional.

PALAVRAS-CHAVE: Família; Criança e Adolescente; Autoridade Parental; Livre Desenvolvimento da Personalidade.

ABSTRACT

The work intends to draw a contemporary family profile, depicting its functional and promotional role, seeking, above all, encouraging the free development of its members. The study of the subject will seek to demonstrate that parental authority no longer fits in an authoritarian frame that does not care about the wishes and needs of children and adolescents. The parental authority or parental guidance that is proposed is one in which the concern with a solidarist purpose is also present, which is revealed by encouraging the participation of interested parties and the construction of autonomy. The paper presents the phenomenon of democratization in the family sphere, suggesting that this core of dynamic peculiarity is able to combine individual choices guided by a careful parental guidance, in order to promote the gradual development of the child's autonomy. Thus, to be able to recognize the autonomy of the child and adolescent as inherent to the growth and emancipation process is crucial the rereading of family power linked to a promotional function.

KEYWORDS: Family; Child and Adolescent; Parental Authority; Free Personality

* *Luciana Costa Poli*. Pós-Doutoranda pela UNESP (Bolsista da CAPES/PNPD). Doutora em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestra em Direito e Instituições Políticas pela Universidade FUMEC/MG. Bacharela em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

* *Bruno Ferraz Hazan*. Doutorando em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela Universidade FUMEC/MG. Professor na Escola Superior Dom Helder Câmara/MG.

Development.

1 INTRODUÇÃO

Pretende-se no presente trabalho analisar os limites da autonomia da criança e do adolescente face à autoridade parental, a fim de se delinear as fronteiras entre o dever de cuidado dos pais e o processo de emancipação do menor necessário ao livre desenvolvimento da criança, considerando os novos contornos principiologicos da família contemporânea.

A releitura da relação paterno-filial ora proposta será realizada à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autonomia privada, do melhor interesse da criança e do pleno desenvolvimento da personalidade.

Procurar-se-á demonstrar que a família, como núcleo primevo de efetivação dos direitos fundamentais, além de propiciar afeto, amor e cooperação entre seus membros, assume seu papel promocional mais relevante ao possibilitar o livre desenvolvimento da personalidade de seus membros, em especial das crianças e dos adolescentes.

Enfim, o que se pretende com o presente trabalho é elaborar uma interpretação construtiva da família com fundamento no princípio do livre desenvolvimento da personalidade, como expressão do princípio da dignidade da pessoa humana no seio familiar, bem como suscitar a reflexão acerca das consequências jurídicas da autonomia da criança e do adolescente.

Ultrapassando a influência da arquitetura familiar romano-canônica que predominou até recentemente no Direito pátrio, a função da família que se pretende desenhar ultrapassa o âmbito das relações doméstico-patrimoniais, quando assume o caráter de patrocinar a realização da cidadania e da promoção da dignidade de seus membros e, como tal, não comportaria hierarquização, mas sim cooperação mútua, na medida da capacidade de cada um de seus membros.

O título do artigo foi inspirado na obra pioneira de Henry James, *Pelos olhos de Maisie*¹ (JAMES, 2010) que relata a delicada situação de uma adorável criança que, após o divórcio litigioso dos pais e a disputa por sua guarda, transita como um objeto entre os dois lares, submetida à vontade e arbítrio dos genitores, sem sequer ser ouvida, como se voz não

¹ Título original: *What Maisie Knew*.

possuísse.

2 A FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA

Entende-se a família, qualquer que seja sua configuração, como a mais importante forma de agregação humana, por ser o núcleo primevo de promoção dos direitos fundamentais. Como assinala Leite (1994, p. 79), é na família que se reproduzem ideologias, valores e normas que justificam as relações humanas e a ordem social num determinado contexto histórico.

A família, independentemente do arranjo que possa assumir, é o espaço indispensável para a garantia do desenvolvimento digno da pessoa humana e, a proteção de seus membros, dar-se-á, em primeira instância, pelo respeito à autonomia de cada um. A família atual transcendeu uma concepção eudemonista, na qual se busca exclusivamente a felicidade individual (TEIXEIRA, 2004, p. 37) fulcrada apenas no afeto, para uma concepção mais solidarista, como núcleo de cooperação.

O comprometimento com os princípios constitucionais, em especial a dignidade da pessoa humana e o livre desenvolvimento da personalidade, como será abordado neste trabalho, tem como escopo compreender a família funcionalizada como instrumento de concretização da liberdade (VILLELA, 1980, p. 11). Como ressalta Perlingieri (2002, p. 125): “A liberdade na família encontra na unidade e nos relativos deveres não apenas o limite, mas a função, o fundamento para a própria titularidade”.

A conformação da família contemporânea em muito se difere do modelo oitocentista, patrimonial, hierarquizada, patriarcal. A família hoje é essencialmente dinâmica, voltada não apenas à satisfação dos interesses ou necessidades individuais de seus membros, mas direciona-se, sobretudo, à realização do pleno desenvolvimento da personalidade de seus membros.

O conceito atual de família perpassa pela convivência pautada na solidariedade em função da afetividade representada por laços emocionais conjuntos. A família deve ser encarada como a comunidade de vida material e afetiva entre seus integrantes, união de esforços para o desenvolvimento de atividades materiais e sociais, convivência que promove mútua companhia, apoio moral e psicológico, na busca do melhor desenvolvimento da personalidade dos indivíduos que a compõem.

A ideia de família baseada na procriação e assistência à prole é ultrapassada. A

família que se busca fomentar é aquela comprometida em uma união estável, voluntária e de cooperativismo que cumpre a função de promover e proteger seus integrantes, um organismo solidário.

A existência da família é essencial ao processo de desenvolvimento psíquico do indivíduo (LACAN, 2002); é um complexo espaço relacional e afetivo; o *locus* primeiro de transmissão da cultura, mas a própria evolução da cultura, de geração a geração, transforma e reconstrói a própria família. Na constituição de família está implícito o desejo dos indivíduos de compartilharem a mesma vida – dividindo tristezas, alegrias, fracassos, sucessos, pobreza e riqueza – e, enfim, de formarem um novo organismo distinto de suas individualidades (GAMA, 2001, p. 158).

Para Tepedino (1999, p. 341), para que se possa denominar um grupo de pessoas de família, faz-se necessária a presença de, ao menos, dois requisitos: (i) afetividade e (ii) estabilidade.

No mesmo sentido, Lobo (2004, p. 505), para o qual qualquer entidade que preencha os requisitos da afetividade, estabilidade e ostensividade, é uma entidade familiar merecedora da proteção conferida pelo art. 226 da CR/88.

Certo é que o vocábulo família remete-nos à ideia de refúgio, de aconchego, de alento, de proteção e, sobretudo, de amor. É a família a principal referência do indivíduo na sociedade, é a noção primeira do sentimento de “pertença”, vital para o desenvolvimento da realização da pessoa humana.

A família oferece ao indivíduo um bem estar que noutra parte ele dificilmente encontra, é um asilo de paz e de conforto que o alenta nos conflitos sociais, intelectuais e psicológicos da vida e, ainda que, em alguns períodos da história, sob a forte influência de fenômenos sociais, a família tenha sido seriamente ameaçada, por gerar absurdas obrigações morais e econômicas, ela triunfou (COGLIOLO, 2004, p. 213).

Como assevera Hironaka (1999), mudam-se os costumes, os homens, a sociedade; apenas uma verdade não se altera: a necessidade do indivíduo de estar inserido no seio de uma família, uma aspiração insubstituível por qualquer outra forma de convivência social.

Apesar da suposta desordem que hoje se atribui à família, pesquisas sociológicas demonstram que é “amada, sonhada e deseja por homens, mulheres e crianças de todas as idades, de todas as orientações sexuais e de todas as condições” (ROUDINESCO, 2003, p. 198).

O conceito de família hoje decorre das seguintes colocações: família para a promoção do indivíduo, sua autonomia e pleno desenvolvimento da personalidade, família

sem necessário casamento, pautada na igualdade entre os filhos e entre os genitores. Em todos os lares onde houver pessoas ligadas, seja por laços de sangue ou não, unidas pelo afeto, pelo plano de concretização das aspirações de cada uma delas e daquele núcleo como um todo, concatenadas e organizadas econômico e psicologicamente, haverá uma família.

Nessa perspectiva, a família é conceituada como agrupamento de pessoas comprometido em uma união estável, voluntário e cooperativo, que cumpre a função de promover e proteger seus integrantes, um organismo solidário. A família não pode ser tida apenas como elemento dado pelo legislador, mas deve ser revelada, também, pela observação social dos fatos nas relações intersubjetivas. Busca-se um horizonte familiar que revalorize e veicule a solidariedade, a compreensão e, sobretudo, um espaço saudável para o livre desenvolvimento da personalidade e a construção da plena autonomia das crianças e adolescentes.

Há assim que se privilegiar a expressão da liberdade no seio da família, reconhecendo aos seus integrantes a possibilidade de determinarem a forma de constituição e direção da vida familiar, possibilitando-lhes a interpretação das exigências de cada qual na busca do objetivo comum deste núcleo solidário e cooperativo, bem como da busca das aspirações individuais. As estipulações recíprocas assim podem assumir papel “de regra e instrumento de realização do princípio da igualdade moral e jurídica, e ao mesmo tempo relativamente à natureza e aos conteúdos da direção fixada” (PERLINGIERI, 2002, p. 302).

Assim compreendida, há que se admitir o caráter dinâmico da família, a possibilitar-lhe inúmeras e inusitadas feições. Por consequência, não se pode negar que a norma jurídica familiar deverá assumir também contornos dinâmicos, sob pena de regradar o vazio, afinal, a família se submete a constantes movimentos sociais, históricos e valorativos que importam diuturnas mutações.

A família, segundo a concepção ora tratada, há de ser espaço de fomento da dignidade da pessoa humana, de realização e construção da personalidade, da busca da satisfação pessoal e social. Nesse aspecto, considera-se relevante a ideia eudemonista da família, ressaltando-se, no entanto, que, o indivíduo, como partícipe da comunidade familiar, tem também deveres de cooperação e solidariedade com o núcleo familiar.

Certo é que a família tem se transformado e, talvez, seu maior desafio seja encontrar o equilíbrio entre os interesses individuais e a realização dos anseios pessoais e a satisfação dos interesses da comunidade familiar.

Como já sinalizava Villela (1980, p. 12), há “a irrupção de um novo interlocutor na família, o menor. Nesse sentido, prescreve o art. 16 do ECA que o direito à liberdade garante-

lhe o direito de expressão e opinião”.

A prioridade conferida à criança no seio familiar é de tal magnitude que Menezes (2008, p. 125) afirma que já se pode falar em família *filhocentrista*. Essa concepção parece exagerada, na medida em que cada membro da família possui igual importância. No entanto, esse entendimento mostra que os filhos alcançaram um posicionamento de destaque na família. Certo é que *filiação* hoje não se coaduna com o sentido de renovar a procriação, mas no sentido de apostar no desenvolvimento da personalidade dos filhos.

A família democratizada há que pautar-se no diálogo, na afetividade e na promoção da personalidade de seus membros. Não mais se sustenta o caráter autoritário próprio do antigo pátrio poder, que centrava no patriarca poderes irrestritos sobre todos do núcleo familiar, atuando como soberano, ao qual todos deviam obediência.

Além da igualdade entre os genitores, na medida em que o papel da criança dentro da família se transforma, é consequência lógica que o poder familiar perca seu viés de força irrestrita de ingerência. Assim, a funcionalização do instituto do poder parental deve servir para atender, sobretudo, os interesses da criança e do adolescente. Os genitores, muito além de criá-los, assisti-los e educá-los, assumem, nessa nova conformação familiar, o múnus de promover-lhes o desenvolvimento da personalidade e a edificação do processo de autonomia. Dessa forma, para que se possa reconhecer a autonomia da criança e do adolescente, como inerente ao processo de crescimento e de emancipação, é determinante a releitura do poder familiar vinculada a uma função promocional.

3 A FUNCIONALIZAÇÃO DA AUTORIDADE PARENTAL OU ORIENTAÇÃO PARENTAL

Dúvidas não há de que a família, como *locus* primordial de convivência social e de aprendizado, desempenha fundamental papel na formação de seus membros, especialmente no desenvolvimento da personalidade das crianças e dos adolescentes. Subvertendo o modelo tradicional de família, pautado na submissão de todos ao jugo do patriarca, hoje a organização do núcleo familiar, além de reger-se em valores e princípios constitucionais (CANARIS, 1996, p. 23), assenta-se em um modelo democrático. Como afirma Moraes (2010, p. 63), “não há direitos sem responsabilidade, nem autoridade sem democracia”.

Seria possível uma família democratizada? A autoridade parental é compatível com a possibilidade de se respeitar a autodeterminação do menor e ao mesmo tempo cuidá-lo e

educá-lo?

Instigado por tais questionamentos, Giddens (1999, p. 101) explica o fenômeno da democratização na família, destacando o ocaso do modelo tradicional e a irreversibilidade da estrutura familiar contemporânea. Segundo relata o autor, é ultrapassada a noção de unidade familiar mantida meramente por interesses econômicos; os laços afetivos erigidos e reconhecidos juridicamente apenas pelo casamento; a desigualdade entre os sexos e a função eminentemente procriacional da família.

A democratização na esfera familiar sugere que esse núcleo de peculiaridade dinâmica é capaz de combinar escolhas individuais pautadas por uma orientação parental cuidadosa, no intuito de fomentar o desenvolvimento paulatino da autonomia do menor.

A família democratizada que se propõe é um organismo solidário e cooperativo, dialógico, no qual cada um partilha com os demais suas características e aptidões, de forma a possibilitar a gerência participativa entre pais e filhos. A democratização no contexto da família implica observância da igualdade, respeito mútuo, autonomia e requer a tomada de decisão por ações comunicativas eficientes, afastando qualquer forma de violência física ou moral.

Não se pretende propor uma hegemonia da vontade infantil. Ao contrário, a família democratizada deverá estar aberta à participação ampla de todos os seus membros nos assuntos de seu interesse, mas sempre de forma a observar a capacidade individual de cada um, sob a orientação parental, que, sobretudo, deve voltar-se ao esclarecimento, à informação, ao cuidado, à educação, a fim de proporcionar o processo gradativo de independização dos filhos.

Conforme adverte Perlingieri (2002, p. 258), está em crise o esquema poder-sujeição do pátrio poder, porque não há dúvidas de que em uma concepção de igualdade participativa e democrática da comunidade familiar, a sujeição merece ser redesenhada, não realizando o mesmo papel. Faz-se necessário remodelar a correlação entre as pessoas, afastando a concepção de um sujeito subjugado a outro.

Dessa forma, a autoridade parental² é encarada como um verdadeiro múnus dos pais,

² “É por isso que a expressão autoridade parental é utilizada pela doutrina é a que melhor traduz o conteúdo básico desse instituto. Retira-se a ideia de submissão dos filhos aos pais, permanecendo o caráter protetivo, contudo havendo um equilíbrio no exercício da autonomia privada e das limitações, em razão do discernimento

um verdadeiro ofício, uma situação de direito-dever. Como fundamento da atribuição dos poderes, existe o dever de exercê-los de forma promocional, modelando competências, incentivando aptidões, construindo um ambiente hábil a propiciar o paulatino processo de independização, respeitando o espaço de autonomia de cada indivíduo.

A expressão autoridade parental poderia ser substituída por orientação parental, que ressalta o papel não apenas de educador e de assistência que deve ser assumido pelos pais no contexto da família democratizada que se defende, mas também de observador, de guia, de incentivador das habilidades expressivas de autonomia de cada um. Embora a palavra autoridade não se confunda com autoritarismo, o termo orientação reflete de forma mais adequada e coerente as ideias defendidas no texto.

É sob uma perspectiva dialógica, com foco no pleno desenvolvimento da personalidade da criança, que os deveres próprios do poder familiar, previstos tanto no Código Civil (art. 1.634) como no ECA e na CR/88, devem ser encarados. Importante destacar que todos esses deveres têm em comum as noções de criação, de assistência e de educação dos filhos menores, apresentando-se com o dever de cuidado sem descurar da incumbência promotora da autonomia. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade tem dupla dimensão: a tutela da personalidade como substrato da individualidade e nos seus múltiplos aspectos, e a tutela da liberdade geral de ação.

Muito além de um dever jurídico, o cuidado implica um dever moral, implícito na cláusula geral de proteção da pessoa humana, que se espraia por outros dispositivos constitucionais – como o princípio da paternidade responsável – e pelos dispositivos legais. “O cuidado exercido em sua dimensão de alteridade, reciprocidade e complementariedade devem marcar a relação paterno-filial de forma indelével, a traduzir toda grandeza do conteúdo da paternidade responsável” (BARBOZA, 2011, p. 90). O cuidado ultrapassa apenas a necessidade de investimento físico e econômico. É investimento emocional e funcional, caracterizado por uma atitude diretiva, mas com flexibilidade suficiente para envolver os jovens e crianças no processo de tomada de decisão.

Certo é que o procedimento de tomada de decisões correlatas à vida do menor é complexo, fazendo-se imperioso considerar tanto as peculiaridades do núcleo familiar

da criança e do adolescente, que será individualmente analisado e considerado pelos próprios pais e pelo Poder Judiciário em caso de conflito” (TEIXEIRA; SALES; SOUZA, 2007, p. 72).

enquanto organização social, como os interesses, vontades e necessidades de cada um de seus membros em seu projeto individual. E, na tensão entre uma e outra vontade, prioritariamente, quando tocar em questões subjetivas existenciais, a vontade privada individual, mesmo quando se trate de menor, dependendo das circunstâncias do caso, muitas vezes há de prevalecer:

Dentro dessa vida privada individual da criança e do adolescente, a depender de seu desenvolvimento, estarão eles habilitados a, por exemplo, organizar os pertences em seu quarto, escolher qual religião vai ao encontro das suas crenças pessoais, optar pela orientação sexual que melhor satisfaça os seus desejos particulares, escolher qual profissão exercer ao longo de suas vidas, decidir sobre tratamento médico, etc. Tratam-se apenas de algumas decisões cuja titularidade não poderia ser disponibilizada uma vez que concerne à formação da personalidade dos próprios indivíduos (TEPEDINO, 2008, p. 33-34).

Deve-se, portanto, permitir à pessoa em desenvolvimento que construa sua identidade de forma livre sem, contudo, deixarem os pais de exercer o dever de cuidado inerente à orientação parental. Isso se demonstra como um problema complexo, que demanda balanceamento entre a consideração da vontade do menor – de forma a promover a sua personalidade e a sua autonomia – e o exercício do dever de zelo e cuidado.

Viver em família é, antes de tudo, ocupar-se dos demais membros. É buscar, na generosidade e no desprendimento, formas de ajudar e cooperar para a realização dos interesses comuns, da construção do afeto, da criação de educação dos filhos e, conseqüentemente, da promoção da dignidade de cada qual.

Segundo Fachin (1999, p. 12), o modelo democrático traz consigo a família plural, isonômica e eudemonista em contraposição àquela singular, hierárquica, transpessoal e estratificada. Nessa nova família, segundo Villela (1997, p. 71-72), impera a preocupação com a felicidade individual de seus membros e a plena realização da pessoa, sendo que a promoção da dignidade humana é o vértice de todo o ordenamento constitucional. Certo é que a CR/88 consagrou a família plural e redimensionou, de certa forma, a posição individual de cada um no ambiente familiar.

A família sustentará sua função promocional se unida pelos elos de cooperação e solidariedade. A família no modelo democrático deve ser reconhecida e protegida pela comunhão de vida que encerra. Comunhão econômica, afetiva, de entrega, de disposição, de cuidado e respeito mútuo, de distribuição de tarefas, de solidariedade entre seus membros e,

sobretudo, de respeito às escolhas individuais e às individualidades.

De toda sorte, entende-se que a família deve ser encarada como a comunidade de vida entre seus integrantes; união de esforços para o desenvolvimento de atividades materiais, sociais e existenciais; convivência participativa que promove mútua companhia; recíproco e complementar apoio moral e psicológico, na busca do melhor desenvolvimento pessoal de seus membros, garantindo, assim, autodeterminação e a realização de cada um.

A existência da família é essencial ao processo de desenvolvimento psíquico do indivíduo (LACAN, 2002), sendo um complexo espaço relacional e afetivo, *locus* primeiro de transmissão da cultura. No entanto, a própria evolução da cultura, de geração a geração, transforma e reconstrói a família. No seio da família é que se afirmará, em primeira instância, a dignidade humana, funcionalizada para a atuação dos princípios constitucionais da igualdade, da isonomia, da solidariedade, da integridade psicofísica e da liberdade (MORAES, 2000).

Nesse sentido, Tepedino (1999, p. 349) afirma que no exame dos artigos. 226 a 230 da CR/88 se verifica que o centro da tutela constitucional não é mais a família como instituição, e sim o indivíduo, na medida em que deve ser promovida a tutela funcionalizada da dignidade dos membros da família.

Na contemporaneidade, a pessoa se apresenta como núcleo de irradiação de direitos, em torno da qual gravita toda a articulação do sistema, tanto na ordem privada, como na ordem constitucional, produzindo, assim, um enlace entre o Direito Privado e o Direito Constitucional.

Ao analisar o tema, pondera Lorenzetti (1998, p. 153) que “o homem não pode ser o único e excludente ponto de referência da lei, já que isso poderia conduzir a um individualismo exagerado ou uma desconsideração prejudicial de outros bens”.

Com efeito, a proteção excessiva do indivíduo, considerando-se apenas preponderantemente o interesse individual, contrapõe-se firmemente ao interesse da instituição familiar. O núcleo da proteção há de ser a dignidade da pessoa humana e não o interesse individual por si só.

O que se espera é que a família evolua cada vez mais, já que deveria ser *locus* do equilíbrio, idealizada pelos sentimentos de amor e pelo afeto, que substituem o rigor do Direito, capazes de temperar o individualismo e o patrimonialismo dominantes no sistema. A família, apesar de também composta de episódios de ódio, fúria, insatisfações e frustrações,

reflete a parte menos corrompida do homem, lugar onde pulsam seus desejos e sentimentos mais suaves e puros.

4 A CRIANÇA E O ADOLESCENTE COMO TITULARES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Tradicionalmente, como anota Lorenzetti (1998, p. 253), os direitos fundamentais referem-se a bens individuais como a liberdade, vida, etc., característicos de uma pessoa. Não obstante, paulatinamente, os bens coletivos, tais como o meio ambiente, patrimônio e, sobretudo, a família, vêm obtendo proteção por meio dos direitos fundamentais³.

As transformações contundentes na estrutura sociojurídica do Direito de Família foram de tal monta que este passou a ser entendido como direito fundamental constitucionalmente protegido (HIRONAKA, 1999, p. 13).

A família torna-se *locus* para a comunhão plena de vida, ou seja, comunhão de afeto, afirmação da dignidade da pessoa humana, funcionalizada para a atuação dos princípios constitucionais da igualdade, solidariedade, integridade psíquica, liberdade e não discriminação e, ainda, para promoção do melhor interesse da criança e do adolescente.

É o momento de reconstrução das categorias do Direito de Família e da própria família, cujas estruturas, outrora entendidas como definitivas, começam a ruir.

O tratamento jurídico da criança e do adolescente no Brasil, segundo Paula (2002, p. 26), pode ser marcado por quatro fases distintas: da absoluta indiferença, da mera imputação penal, tutelar e da proteção integral. Na primeira fase, não havia diplomas legislativos para as crianças e adolescentes; na segunda, as leis buscavam apenas coibir a prática de ilícitos, como as Ordenações Afonsinas e Filipinas ou Código Imperial de 1830. Na fase tutelar, aos adultos são conferidos poderes para promoção da integração familiar da criança, com tutela reflexa de seus interesses pessoais (Código de Menores de 1979). A última fase, da doutrina da proteção integral, é o estágio atual da criança e do adolescente, que lhes atribui direitos e garantias, considerando sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Não se pode negar que os documentos internacionais de direitos humanos, como a Declaração Universal de Direitos Humanos e a Declaração Universal dos Direitos da Criança,

³ A Declaração dos Direitos Humanos prescreve no artigo 16.3 a proteção da família e o art. 12 reconhece o direito a constituir uma família.

introduziram, sob a forma de direitos fundamentais, a doutrina da proteção integral, tendo influenciado o processo evolutivo do tratamento conferido ao menor no Brasil.

Ao prever direitos específicos direcionados à criança e ao adolescente, percebe-se o esforço do legislador para garantir uma tutela mais eficaz e ampla à dignidade da pessoa humana. A aplicação dos direitos fundamentais, por óbvio, nesse contexto, dar-se-á no âmbito das relações familiares. Nessa dimensão subjetiva, os direitos fundamentais tutelam a liberdade, autonomia, segurança e livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo face aos demais membros do corpo social.

Nesse sentido, a orientação parental prevista no ordenamento não há de ser apenas restritiva, deve ser vista como necessária para a promoção da dignidade, da autonomia privada, da solidariedade e do pleno desenvolvimento da personalidade da criança e do adolescente. A norma jurídica não se limita a obrigar, também faculta, atribui um âmbito de atividades autônomas a um ou mais sujeitos, legitimando pretensões ou exigibilidades (REALE, 2000, p. 211).

Certo é que a construção da esfera existencial do menor é processo complexo, permeado de situações jurídicas que eventualmente podem gerar conflitos com o dever de cuidado dos pais como, por exemplo, o direito da criança e adolescente de decidir sobre como dispor do próprio corpo em casos de transplantes; ou acerca de tratamentos de saúde diante de situações graves; ou, mesmo, no que diz respeito ao estado de filiação, como no caso da vinculação da vontade da criança que conta com menos de 12 (doze) anos para o deferimento da adoção (art. 28, §§1º e 2º, do ECA). Por isso, o dever de cuidado dos pais há que se consubstanciar na orientação e direção do menor em suas escolhas, a partir de um processo criacional que permita ao sujeito desenvolver todas as suas potencialidades.

Segundo Machado (2011, p. 24) é possível identificar duas dimensões da autonomia privada: uma referente ao poder do particular de autogovernar sua esfera jurídica e outra que concerne à construção da sua esfera privada.

Realinhando o foco, como assevera Habermas (1996, p. 210), a autonomia privada só pode ser entendida como elemento de um processo progressivo de efetivação das garantias constitucionais. Deve haver lugar para a produção privada e autônoma de atos jurídicos e essa esfera específica de produção constituirá um Direito reflexivo contra ações orientadas por normas jurídicas materiais.

A composição do direito positivo pelo Estado – cuja racionalização implica a alienação e retificação social – deve ser substituída pela institucionalização de procedimentos que auxiliam os indivíduos a regular, em primeira pessoa, seus interesses (HABERMAS,

1996, p. 243). Como assevera Rodotà (1997, p. 5), a antiga virtude do direito privado ressurgiu exatamente no jogo entre regulação e espontaneidade que ofereça grande espaço para as escolhas e autonomia individual.

Sarmento (2006, p. 278) ressalta que a autonomia privada constitui um valor essencial nos Estados Democráticos, ainda que em uma relação jurídica manifestamente assimétrica, além de exprimir uma das dimensões da ideia de dignidade da pessoa humana.

O princípio constitucional do respeito à dignidade humana, em especial, importa em tal generalidade e abstração, que propicia a asserção de que sua interpretação deve ser ampla, móvel e evolutiva, o que implica dizer que não comporta encarceramento e rigidez. Cada caso deve ser analisado como um novo, irrepetível como os fatos da história, interpretando as normas de todo o sistema jurídico de forma sistematizada e não apenas de forma isolada e literal, também considerando e sopesando princípios e especialmente os valores sociais e jurídicos contemporâneos, para apresentar solução que se apresente como a única adequada e justa que o caso comporta, e que guarde aceitação racional segundo entendimento do cidadão médio (OLIVEIRA, 1997).

Para tal, a autonomia é necessária à atuação do ser humano no sentido de criar e recriar condições que permitam a sua realização como ser típico na sociedade e, ao mesmo tempo, sua liberação dos constrangimentos internos e externos (GUSTIN, 1999).

O Direito de Família na contemporaneidade não pode ser compreendido como ordenamento fechado de normas escritas, aplicáveis mediante um processo interpretativo de subsunção do fato à norma como se essa já trouxesse consigo o seu próprio e completo sentido.

Há uma considerável dificuldade na seara da família em aceitar que os princípios, explícitos ou implícitos, também constituem normas jurídicas. É importante salientar que os princípios, principalmente no Estado Democrático de Direito, constituem o fundamento ou a razão de ser das regras jurídicas, o que, desde logo, acentua a procedência daqueles sobre estas. Os princípios possuem aquilo que Canotilho (1993) denomina de natureza normogênica, de fundamentação das regras, que nada mais são do que aplicações ou concreções daqueles.

Para que o princípio da dignidade humana e seus desdobramentos, como o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, não se constituam em mais uma promessa não cumprida pelo Estado, não se desvanecendo como mero apelo ético, é fundamental sua concretização judicial, por meio de um constante e renovado trabalho de interpretação/aplicação, que busque dar ao princípio a máxima efetividade (ANDRADE, 2004).

Nesse diapasão, não parece coerente com a ordem constitucional manter as crianças e adolescentes, dadas as particularidades de cada caso, alheias às tomadas de decisões sobre os assuntos que lhes concernem, assim como não parece consistente ignorar que a construção da autonomia dos filhos há de ocorrer por meio do incentivo à participação nas questões familiares. Essa é uma das facetas do novo perfil funcional da família. A leitura do Direito há de ser de modo a permitir o desenvolvimento integral da personalidade humana, observando seu bem estar material, cultural, espiritual e social do indivíduo na comunidade onde está inserido.

O tratamento isonômico a todos os membros da família, observados as limitações próprias da idade e da maturidade, é exigência que se impõe no horizonte do Direito, visto não apenas como unidade sistemática, formada exclusivamente por normas jurídicas, mas como entidade aberta e dinâmica que constantemente se enriquece e se reconstitui por normas, valores e princípios jurídicos fundamentais resultantes da relação dialética entre a intenção sistemática e a experiência problemática imposta pela realidade social (MENEZES CORDEIRO, 2007, p. 345).

A concepção de família e da orientação parental que se pretende privilegiar no presente trabalho é de família que exerce função protetiva e promocional em favor de seus membros. Nesse sentido, a família é espaço hábil a fomentar o livre desenvolvimento da pessoa humana, oferecendo a seus membros um refúgio de construção pessoal e intersubjetiva.

Para que de fato a família seja reduto seguro a privilegiar o constante “construir-se” de cada indivíduo, há de se buscar preservar as individualidades de cada membro. Reconhecer que cada pessoa é titular de liberdade implica compreender cada pessoa como uma singularidade, um ser idêntico apenas a si mesmo e, nessa medida, carecedor de cuidado peculiar (ARENDRT, 2000, p. 180), um ser situado adstrito a circunstâncias incomuns e particulares a sua existência, que é única.

Reconhece-se assim que a existência humana é pautada por um constante pulsar que nos indicam que a personalidade não pode se esgotar na ideia de aptidão para ser titular de direito e deveres. A personalidade pode, assim, ser aferida como conjunto de características inerentes ao ser humano que leva a sua individualização e, por isso, merecedora de tutela jurídica (AMARAL, 2003, p. 124).

A pessoa, acentuam Almeida e Rodrigues Júnior (2010, p. 46), não é um ser, mas um tornar-se; é constantemente construída, uma busca perene, diante de sua incompletude. Nesse processo, continuam os autores, apreende fatores sociais, identifica necessidades e busca

satisfazê-las. Esse frequente ciclo reforça a dinamicidade própria da personalidade. Assim, cada pessoa há de constituir-se segundo decisão própria. Por conseguinte, a formação social consubstanciada na família terá valor constitucional se atender a função de livre desenvolvimento da pessoa (PERLINGIERI, 2002, p. 43).

Nesse compasso, a maneira mais genuína de proteger o ser humano é tutelar o desenvolvimento de sua personalidade; corolário bem próximo da ideia de dignidade, a considerar a proteção da diferença de individualidade essencial à natureza humana (PINTO, 1999, p. 157).

Esse processo de estruturação pessoal será autêntico se passar pelo mecanismo de escolhas próprias, formas exclusivas e peculiares de coordenar os diversos fatores da existência. Quando se garante a cada um o direito a seu “vir a ser”, reconhece-se a liberdade.

A proteção da personalidade pressupõe a liberdade para o seu desenvolvimento segundo seu próprio projeto, de acordo com a situação e possibilidade, independente de qualquer modelo, vinculado a uma visão particular de mundo. Liberdade, como aduz Bobbio (1998, p. 49-51), é poder ser – autodeterminação –, possibilidade de agir sem obstrução, bem como liberdade de não agir sem que seja exigido o contrário.

5 CONCLUSÃO

O trabalho, partindo de uma leitura contemporânea da família, procurou retratar o papel funcional e promocional que ela desempenha, em busca, sobretudo, do fomento ao livre desenvolvimento de seus membros.

A função da família que se pretendeu desenhar é aquela que ultrapassa o âmbito das relações doméstico-patrimoniais hierarquizadas. Defendeu-se o núcleo familiar como espaço de cooperação mútua, na medida da capacidade de cada um de seus membros, de forma a propiciar, ainda, a realização da cidadania e da promoção da dignidade de cada um de seus componentes.

Nessa perspectiva, apresentou-se a família como agrupamento de pessoas comprometido em uma união estável, voluntário e cooperativo, que cumpre a função de promover e proteger seus integrantes, um organismo solidário. Buscou-se no presente trabalho privilegiar um horizonte familiar que revalorize e veicule a solidariedade, a compreensão e, sobretudo, um espaço saudável para o livre desenvolvimento da personalidade e a construção da plena autonomia das crianças e dos adolescentes.

A partir da constatação de que a família baseada na procriação e mera assistência à prole é ultrapassada, desenvolveu-se a noção de que a funcionalização do instituto do poder parental deve servir para atender, sobretudo, os interesses da criança e do adolescente. Os genitores, muito além de criá-los, assisti-los e educá-los, assumem, nessa nova conformação familiar, o múnus de promover-lhes o desenvolvimento da personalidade e a edificação do processo de autonomia uma atitude diretiva, mas com flexibilidade suficiente para envolver os jovens e crianças no processo de tomada de decisão. Assim, o poder familiar funcionalizado é encarado como um poder-dever dos pais em relação aos filhos que se afina com as funções promocionais, educativas e emancipatórias.

O trabalho revelou que a democratização no contexto da família implica observância da igualdade, respeito mútuo, autonomia e procedimento de tomada de decisões que afetam as crianças e adolescente por ações comunicativas eficientes, afastando qualquer forma de violência física ou moral. O tratamento isonômico a todos os membros da família, observados as limitações próprias da idade e da maturidade, é exigência que se impõe no horizonte do Direito, visto não apenas como unidade sistemática, formada exclusivamente por normas jurídicas.

Se o conceito de família ultrapassou a formação constituída com o intuito procriativo e realização de interesses patrimoniais e religiosos para um refúgio eudemonista, as disposições normativas em Direito de Família devem ser lidas à luz de uma interpretação que considere o verdadeiro significado do conceito de família hoje, ou seja, família como instrumento devotado à tutela existencial das pessoas.

Neste contexto, a família contemporânea, fundada essencialmente na cooperação, ao assumir novos contornos, deve estar liberta das amarras impostas pela própria sociedade e pelo sistema jurídico encerrado. A promoção da dignidade humana se realizará, no seio da família, pelo reconhecimento pleno das opções individuais, seja na forma de constituição da unidade familiar, seja na forma de condução da criança e educação de crianças e adolescentes.

A partir do texto constitucional, pode-se dizer hoje que a dignidade da pessoa humana aponta para a garantia ao pleno e livre desenvolvimento da personalidade. A aplicação dos direitos fundamentais, por óbvio, nesse contexto, dar-se-á no âmbito das relações familiares. Nessa dimensão subjetiva, os direitos fundamentais tutelam a liberdade, autonomia, segurança e livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo face aos demais membros do corpo social.

Não se defende um esvaziamento da autoridade parental, mas sim uma revisão de seus contornos, até mesmo porque a participação dos pais é essencial para o regular desenvolvimento da criança. Em relação aos limites e às situações em que a vontade do menor deve ser cotejada, corrobora-se a ideia de que a avaliação do discernimento do menor para cada situação concreta melhor se afina com a plataforma de direitos humanos, fundamentais e da personalidade que tutelam a pessoa da criança e do adolescente.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Lúmen Júri, 2010.
- AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- ANDRADE, André Gustavo de. O princípio fundamental da dignidade humana e sua concretização judicial. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça*, Rio de Janeiro, n. 58, p. 35-39, jan./mar. 2004.
- ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10. ed. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.
- BARBOZA, Heloisa Helena. Paternidade responsável: o cuidado como dever jurídico. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Coords.). *Cuidado e responsabilidade*. São Paulo: Atlas, 2011.
- BOBBIO, Norberto. *Liberdade e igualdade*. 2 ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1998.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.
- COGLIOLO, Pietro. *Lições de filosofia e de direito privado*. Tradução de Henrique de Carvalho. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2004.
- FACHIN, Luiz Edson. Mudança de paradigmas: do tradicional ao contemporâneo (o outro ninho). *Revista Jurídica Del Rey*, Belo Horizonte, v. 3, n. 7, p. 12, jul./dez.1999.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O companheirismo, uma espécie de família*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- GIDDENS, Anthony. *A terceira via: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social democracia*. Tradução de 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.

HABERMAS, Jurgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. New Bakersville: MIT, 1996.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernanda Novaes. Família e casamento em evolução. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. I, p. 7-17, abr./jun., 1999.

JAMES, Henry. *Pelos olhos de Maisie*. Tradução de Paulo Henriques Britto. São Paulo: Penguin-Companhia das Letras, 2010.

LACAN, Jacques. *Os complexos familiares na formação do indivíduo*. Tradução de Marco Antônio Coutinho Jorge e Potiguara Mendes da Silveira Júnior. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Temas de direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

LOBO, Paulo Luiz Netto. CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, IV: Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. *Anais ...* Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MACHADO, Diego Carvalho. Capacidade de agir e situações subjetivas existenciais: o exercício de situações existenciais pela pessoa adolescente a partir de um regime jurídico não codificado. *Revista trimestral de direito civil*, v.46, p. 3-51, abr./jul. 2011.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. A família na Constituição Federal de 1988 – uma instituição plural e atenta aos direitos de personalidade. *Novos Estudos Jurídicos - NEJ*, Vol. 13, n. 1, p. 119-130, jan./jun. 2008.

MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Da boa fé no Direito Civil*. Lisboa: Almedina, 2007.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A união de pessoas do mesmo sexo: uma análise sob a perspectiva civil-constitucional. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 1, p. 85-93, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Perspectivas a partir do direito civil-constitucional. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Tutela jurisdicional e estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 2. Ed. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINTO, Paulo Mota. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: Portugal – Brasil Ano 2000, *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*. Coimbra Editora, v. 2, jan. 1999.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2000

RODOTÀ, Stefano. Lo specchio di Stendhal: Riflessioni sulla riflessioni dei privatisti. *Rivista Critica del Diritto Privato*, ano 15, Napoli: Ed. Jovene, 1997.

ROUDINESCO, Elizabeth. *A família em desordem*. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *A disciplina jurídica da autoridade parental no direito civil contemporâneo*. 2004. Dissertação - Faculdade Mineira de Direito da PUC-Minas, Belo Horizonte.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; SALES, Ana Amélia Ribeiro; SOUZA, Maria Aparecida Freitas de. Autonomia privada da criança e do adolescente: uma reflexão sobre o regime das incapacidades. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, v. 00, p. 57-73, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In:

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*, tomo I. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

VILLELA, João Baptista. *Liberdade e família*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1980.

VILLELA, João Batista. Família hoje. In: BARRETO, Vicente (org.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.