

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC

CURSO DE DIREITO

ANA CLÉIA MAZZUCCO

**A INTERVENÇÃO DO PODER DE FAMÍLIA NO
DIREITO DE LIBERDADE DO ADOLESCENTE.**

CRICIÚMA

2012

ANA CLÉIA MAZZUCCO

**A INTERVENÇÃO DO PODER DE FAMÍLIA NO
DIREITO DE LIBERDADE DO ADOLESCENTE.**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado para
obtenção do grau de conclusão no Curso de Direito
da Universidade do Extremo Sul Catarinense,
UNESC.

Orientador: Prof. Marcos Vinícius Almada.

CRICIÚMA

2012

ANA CLÉIA MAZZUCO

**A INTERVENÇÃO DO PODER DE FAMÍLIA NO
DIREITO DE LIBERDADE DO ADOLESCENTE.**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado pela Banca Examinadora para a obtenção do Grau de Conclusão, no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Criciúma, 14 de Junho de 2012.

BANCA EXAMINADORA.

Prof. Marcus Vinicius Almada Fernandes -Especialista - (UNESC) – Orientador.

Prof.^a Renize Terezinha Melillo Zaniboni -Especialista - (UNESC).

Prof.^a Mônica Abdel Al -Especialista - (UNESC).

À uma pessoa muito especial, Tiago Zacca Acordi.
Meu amigo, namorado e companheiro.

AGRADECIMENTOS.

Á Deus primeiramente por me conceder o milagre da vida.

Á minha mãe, Analeti Mazzucco, que apesar de todas as dificuldades no decorrer destes anos, não mediu esforços para prestar apoio.

Á Thaynara, minha irmã adorável, que mesmo sendo uma criança, contagiava qualquer ambiente com sua inocência e alegria nos momentos difíceis.

Aos amigos que me apoiaram em todas as etapas da minha caminhada, o meu apreço.

Aos professores do Curso de Direito da UNESC, principalmente ao professor orientador que apostou no tema e esteve comigo na produção desta monografia.

E a uma pessoa muito especial, Tiago Zacca, meu amigo companheiro e namorado, que esteve comigo em todos os momentos desta etapa muito difícil da minha vida, sempre presente com sua paciência e compreensão, enfrentando comigo momentos bons e ruins, mas sempre presente, obrigado pelo incentivo, paciência e dedicação.

RESUMO

O poder de família é um atributo de relações jurídicas no que diz respeito aos direitos e deveres dos pais, buscando a convivência pacífica entre seus membros. A legislação brasileira prevê a igualdade entre as pessoas e isto se estende à autoridade dos pais. São poderes conferidos aos pais, sempre com a finalidade de proteger a criança ou adolescente quanto aos perigos que possam vir a existir, pois ainda são indivíduos em fase de desenvolvimento. A Constituição da República Federativa do Brasil garante a liberdade como direito fundamental a todos os indivíduos, inclusive a criança e ao adolescente. Dentre as liberdades garantidas constitucionalmente esta o direito de liberdade de opção religiosa da criança e do adolescente. O presente trabalho tem como objetivo analisar a possibilidade da interferência do poder de família no direito de liberdade do adolescente, no que diz respeito a opção de crença religiosa. O método escolhido utilizado para o desenvolvimento do trabalho monográfico foi dedutivo (teórico), por meio do tipo de pesquisa teórica doutrinária, e exame de material documental legal, quais permitiram interpretar, explicar e chegar as deduções que se propôs no projeto de pesquisa.

PALAVRAS-CHAVE: Criança e Adolescente. Família; Poder de Família; Liberdade de Crença.

LISTA DE ABREVIATURA E SIGLAS.

ART.	Artigo.
CC.	Código Civil Brasileiro de 2002.
CRFB -	Constituição da República Federativa do Brasil.
ECA -	Estatuto da Criança e do Adolescente.
FUNABEM	Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor
INC.	Inciso.
N.	Número
ONU.	Organização das Nações Unidas
PNBEM	Política Nacional do Bem-Estar do Menor

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. ADOLESCENTES COMO SUJEITOS DE DIREITO	12
2.1 NOÇÕES HISTÓRICAS DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....	14
2.2 A CRIANÇA E O ADOLESCENTE NO ESTADO BRASILEIRO.....	21
2.3 O RECONHECIMENTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE COMO SUJEITOS DE DIREITOS.....	21
2.4 PRINCÍPIOS ATINENTES AOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE..	26
3. PODER DE FAMÍLIA	33
3.1 BREVE HISTÓRICO DA FAMÍLIA.....	33
3.1.2 Direito de Família no Brasil	35
3.2 PODER DE FAMÍLIA.....	37
3.3 NATUREZA JURÍDICA DO PODER DE FAMÍLIA.....	41
3.4.CATACTERISTICAS DO PODER DE FAMÍLIA.....	43
3.4.1 Indisponibilidade e Irrenunciabilidade	44
3.4.2 Imprescritibilidade	46
3.4.3 Temporariedade	46
3.5 O EXERCÍCIO DO PODER DE FAMÍLIA E SUAS LIMITAÇÕES.....	47
4. DIREITO DE LIBERDADE DE CRENÇA DO ADOLESCENTE E O PODER DE FAMÍLIA	51
4.1 BREVE INTRODUÇÃO AO DIREITO DE LIBERDADE.....	51
4.1.2 Direito de Liberdade de Pensamento.....	53
4.1.3 Direito à Liberdade de Opinião e Expressão da Criança e do Adolescente e o Poder de Família	54
4.2 A LIBERDADE DE CRENÇA DO ADOLESCENTE E A INTERFERENCIA DOS SEUS RESPONSÁVEIS EM FACE DO PODER FAMILIAR: POSSIBILIDADE OU OBRIGATORIEDADE?.....	58

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	64
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	66

1. INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, crianças e adolescentes passam a ser reconhecidos como sujeitos de direitos civis. No *caput* do art. 227, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 descreve inúmeros direitos em favor de crianças e adolescentes, os quais devem ser a toda evidência, observados no exercício do poder familiar: o direito à vida, à saúde, à educação, a liberdade, a dignidade, etc.

É necessário ressaltar que a CRFB/88 e o Estatuto da Criança e do Adolescente atribuem aos pais, a sociedade e ao Estado o dever de zelar pelos direitos das crianças e adolescentes.

O poder familiar é o complexo de direitos e deveres quanto à pessoa e bens do filho, exercidos pelos pais, na mais estreita colaboração, e em igualdade de condições segundo o artigo 226, § 5º, da CRFB/88.

Dentre os direitos garantidos constitucionalmente esta o princípio da liberdade, liberdade de expressão, de pensamento, liberdade religiosa, dentre outros.

A liberdade de expressão está consagrada no art. 5º, inc. IX, da CRFB/88, onde se declara que é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura ou licença.

A CRFB/88 garante também a liberdade religiosa, descrito no artigo 5º, inciso VI: “[...] É inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos.” A liberdade religiosa é um dos direitos fundamentais da humanidade, como afirma a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Através deste entendimento, busca-se entender se o poder familiar deve ou não intervir na opção religiosa do adolescente ou a imposição de uma determinada religião.

Para tanto o trabalho será dividido em três capítulos. O primeiro capítulo irá abordar a história do reconhecimento da Criança e do Adolescente como sujeito de Direitos.

O segundo capítulo irá tratar do poder de família, uma breve introdução do direito de família no Brasil, a importância do exercício do poder de família como um dever dos pais em prol dos filhos.

O último capítulo enfrentará a questão central da intervenção do poder de família no direito de liberdade do adolescente. O direito garantido constitucionalmente ao adolescente de exercer sua liberdade e a obrigação dos pais em zelar pelo melhor interesse da criança e do adolescente.

2. ADOLESCENTES COMO SUJEITOS DE DIREITOS

2.1 NOÇÕES HISTÓRICAS DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.

Nem sempre a criança e o adolescente tiveram seus direitos discutidos na sociedade como nos últimos anos. No entanto, isso é devido a uma situação muito mais de lamento do que propriamente regozijo, como propaga o discurso político. O que outrora era esquivado pela maioria e abafado pelas quatro paredes da vida privada tornou-se público, e veio revelar as verdadeiras condições a que são submetidas muitas crianças e adolescentes (VERONESE; RODRIGUES, 2012).

A história da criança e do adolescente foi marcada por descaso e maus tratos, eram seres insignificantes que a sociedade não os considerava como pessoas, eram tratadas como meros objetos (VERONESE; COSTA, 2006, p. 28).

Como marco inicial para a compreensão da atuação da criança e do adolescente na sociedade, toma-se na Idade Antiga (3600 a.C. - 476, séc. V) a civilização grega, palco de uma das maiores expressividades sociais conhecida na História Geral (VERONESE; RODRIGUES, 2012).

A preocupação na Idade Antiga não era voltada para o melhor interesse da criança e do adolescente e sim para satisfazer apenas os desejos do povo da época. Relatam Veronese e Rodrigues (2001, *apud*, Silva 2009) que os primeiros povos que começa a aparentar esta preocupação em relação à criança e o adolescente são os gregos, pois eles tinham como suma importância o poderio militar.

Acreditavam que tendo um forte poderio militar, conseguiriam aumentar e expandir seu império, conquistando respeito frente a outros povos. Por essa razão, crianças do sexo masculino, quando ingressava na fase da adolescência, eram submetidas a um sistema educacional rígido, além de ser separada de sua família (SILVA, 2009).

Através deste sistema educacional rígido, por meio de exercícios coletivos, o adolescente desenvolvia suas aptidões intelectuais e físicas e logo após compunha o corpo militar onde poderia alcançar posição social (*status*). Isto demonstrava que o jovem grego já estava apto a constituir uma família e a participar das atividades sociais da cidade (SILVA, 2009).

Todavia, criança e adolescente do sexo feminino eram totalmente excluídas da sociedade grega em relação a estas atividades. Elas sempre tinham suas atividades direcionadas à vida doméstica e deviam seguir várias restrições que eram impostas pelo chefe de família (SILVA, 2009).

Com o enfraquecimento do Império Romano, devido as constantes percas em batalhas, nasce a Idade Média, trazendo consigo o Sistema Feudalista de produção. Com a implantação deste sistema, as crianças e os adolescentes foram levados ao total descaso, à exclusão social. (SILVA, 2009).

Silva, 2009 (*apud* VERONESE; RODRIGUES, 2001) descreve que essa fase histórica foi marcada pela religião, pelos preceitos religiosos, impostos pela igreja católica, responsável pela educação dos indivíduos, que estabelecia seus modos de vidas. Isso era uma consequência da cultura teocêntrica, onde a vontade humana era renunciada pela vontade divina. Através da denominação pecado, onde a igreja católica impunha restrições ao povo daquela época, no que acreditava ser inconveniente aos seus olhos, a igreja controlava e ditava as regras comportamentais de cada cidadão. Caso não fossem seguidas tais regras ditadas, os indivíduos, inclusive crianças e adolescentes eram punidos de forma severa pela igreja.

Predominava ainda nesta época, uma rígida educação, baseada do catolicismo, onde os filhos dos senhores feudais eram levados ao sacramento do matrimônio, especialmente as meninas que eram vendidas por seus pais em troca de lotes de terras ou dotes, enquanto que os descendentes de servos acabavam dando continuidade aos serviços prestados por seus pais ao senhor. (SILVA, 2009).

Com o inicio da Idade Moderna (1453, séc. XV - 1789 séc. XVIII), pela introdução do sistema mercantilista como novo modo de produção, a criança passou a ocupar um papel de suma importância na família. Ariès (1981) descreve essa época como o “sentimento da infância” onde não somente o futuro da criança e do adolescente, mas também sua presença e simples existência eram dignas de preocupação pelos seus familiares. O filho homem, que antes era o centro das atenções, o deixou de ser, pois agora filhas mais novas que eram reservadas ao casamento, enquanto que as primogênitais eram predestinadas à vida de solteiras nos conventos.

O regime vigente da época era o monárquico, onde os papéis da disciplina e da educação foram considerados importantes e indispensáveis pelo fato de terem impulsionado o

combate as idéias absolutistas impostas pelo regime vigente. Com isso, a instituição familiar assumiu o papel de extrema importância na vida de um ser humano: o moral e o espiritual (SILVA, 2009).

Com a chegada da Idade Contemporânea (1789, séc. XVIII - até os dias atuais) veio implantar o sistema capitalista, onde o ensino educacional obteve maior destaque, pois, a livre concorrência requeria habilidades econômicas significativas por parte daqueles que desejavam obter lucros (VERONESE; RODRIGUES, 2012).

A organização e a divisão dos meios de produção geraram para crianças e adolescentes novas funções, algumas delas fontes de exploração e consumo. Explorados, estes representavam a habilidade no processo de aprendizagem do manuseio de maquinários, pois suas mãos pequenas facilitavam o alcance em determinados espaços estreitos das máquinas, onde a mão adulta não alcançava. Além disso, os salários ínfimos recebidos convertiam-se em lucro a mais para os patrões, que pagavam, por igual ou maior carga horária de trabalho, um valor bem menor que o do restante dos empregados adultos (VERONESE; RODRIGUES, 2012).

2.2 A CRIANÇA E O ADOLESCENTE NO ESTADO BRASILEIRO.

O Estado brasileiro também foi marcado pelo descaso em relação à criança e o adolescente. O Brasil começou a se preocupar com a criança e o adolescente a partir de sua Independência Política, na Constituinte de 1823, onde José Bonifácio apresentara um projeto que visava à proteção do menor escravo. Todavia o projeto estava mais preocupado com a mão de obra escrava do que com os direitos humanos da criança e do adolescente (VERONESE, 1999, p. 11).

Nesta época não existia uma legislação que aparasse a criança e o adolescente, eles eram punidos de forma severa, sem nenhuma distinção aos castigos aplicados em adultos, pois o contexto histórico brasileiro era marcado pela exploração do trabalho da criança e do adolescente. Apenas no final do século XIX começa-se a produzir legislações de caráter de proteção à infância e à adolescência (SOUZA; SOUZA PALMA, 2010, p.19).

Em 1828, nascem as primeiras medidas de controle da educação do Poder Público, onde a Coroa institui o Aviso de 10 (dez) de janeiro que determinava como descreve Veronese e Costa (2006, *apud* RIZZINI 2000, p. 12) “que haja todo o desvelo na

educação religiosa e regularidade de costumes, como bases principais da boa ordem da sociedade”.

O Código Criminal, criado em 16 de dezembro de 1830 veio trazer relevância acerca da responsabilidade penal para os menores a partir de 14 anos, mostrou também uma preocupação com o recolhimento das crianças e adolescentes expostos nas ruas, que tivessem cometido algum tipo de delito, eles eram levados para a Casa de Correção por um tempo determinado pelo Judiciário, que não devia exceder a idade máxima de dezessete anos (VERONESE; COSTA, 2006, p. 36).

É nesse sentido que os Institutos Disciplinares são criados visando solucionar os problemas que o Poder Judiciário enfrentava em relação ao encaminhamento de meninos apreendidos nas ruas (SOUZA; SOUZA PALMA, 2010 p. 20).

A partir desse modelo de instituição que se constata a predominância da pedagogia do trabalho como modelo de educação e possibilidade de “regeneração de menores” da época (SOUZA; SOUZA PALMA, 2010 p. 21).

O Código Criminal serviu de instrumento para subjugar crianças sob o rótulo da “menoridade”, conforme sua condição social, considerando como abandonados aqueles com idade inferior a dezoito anos, que não tivessem quem os cuidasse, ou, mesmo na companhia dos pais, tutor ou outra pessoa responsável, tivessem tais práticas contrárias a moral e aos bons costumes (SOUZA; SOUZA PALMA, 2010 p. 23).

O conteúdo normativo da legislação vigente na época era de caráter assistencial, religioso e caritativo, pelo fato de que os “expostos” era de responsabilidade da Igreja, posição que refletia e relação política e jurídica entre os poderes públicos e a Igreja (VERONESE; COSTA, 2006, p. 37).

Com a abertura das escolas, houve também um grande incentivo em relação à educação das crianças, mas o art. 69 do Decreto n. 1.331-A de 1854 deixava claro: “Não serão admitidos à matrícula, nem poderão frequentar as escolas: os meninos que padecerem moléstias contagiosas; os que não tiverem sido vacinados, e os negros” (VERONESE; COSTA 2006, p. 38).

Mas mesmo assim os negros, os escravos, inclusive as crianças destes não tinham nenhuma proteção da Igreja nem do estado. Somente em 1850 começa-se a delinear uma legislação referente ao escravo em forma de um Aviso nº. 190, de 17 de julho de 1852

onde declarava a aplicação do art. 10, inc. I do Código Criminal também aos menores (VERONESE; COSTA, 2006, p. 38).

Com a questão da escravidão no Brasil, em 1860 inicia-se uma campanha abolicionista, sendo que em 1862 o Senado aprovava Lei de autoria de Silveira da Mota, que dentre outras medidas, proibia a venda de seu filho separado do pai. Mas somente em 1871 foi aprovado a Lei do Ventre Livre ou Lei Rio Branco, a Lei nº 2.040, criada em 28 de setembro do mesmo ano, que concedia a liberdade às crianças nascidas das mães escravas, objetivando a paulatina extinção da escravidão infantil (VERONESE, 1999, p. 11).

A chamada Lei do Ventre Livre acreditava-se que diminuiria a escravidão infantil no Brasil. Ocorre que os filhos libertados ainda continuavam sob poder dos senhores, e de suas mães, até a idade de 8 (oito) anos. Completada esta idade, seu senhor poderia ainda continuar dispondo de seus serviços até os 21 anos de idade, como forma de pagamento com sua criação, ou entregá-los ao Estado, recebendo em contrapartida uma indenização deste (VERONESE; COSTA, 2006, p.39).

Veronese, (1999, p. 12) descreve:

Numa sociedade culturalmente escravocata, na qual os indivíduos de pele escura eram vistos imediatamente como escravos, a vida dessas crianças e adolescentes – os “ingênuos”, nome dado as crianças negras nascidas livres ou os “riobranços”, conforme a gíria da época, de nada se diferenciava da sofrida vida dos escravos adultos. E se o senhor optasse pela indenização, o menor passaria para o Governo que, geralmente, o colocava numa instituição de caridade, a qual também o exploraria, fazendo-o trabalhar até os 21 anos de idade, acrescido o fato de que, nesta segunda opção, a criança negra era cruelmente separada de sua mãe e de sua comunidade, perdendo sua identidade familiar e ficando sob os cuidados de uma “administração protetora mas impessoal”.

Com o advento da Lei do Ventre Livre, muitas de crianças negras foram jogadas nas ruas sem nenhuma assistência, sujeitas ao perigo, à violência a aos riscos de morte. O problema dessas crianças cresce mais com a chegada dos imigrantes europeus. Começa-se ver aqui a criança como um problema social (VERONESE; COSTA 2006, p. 39).

Quando extinto o regime servil, iniciou-se a entrada de imigrantes em larga escala. Com o novo modelo de produção econômica, baseado no trabalho assalariado, surge a chamada urbanização, incrementando assim as atividades artesanais e a instalação da indústria fabril (VERONESE, 1999, p. 15).

A urbanização é apontada segundo algumas pesquisas como uma das causas do gradativo e acentuado abandono e rejeição das crianças pelas ruas ou nas portas das casas (VERONESE, 1999 p. 15).

Todavia Veronese, Costa (2006, p 39) descreve: “Essa Lei não deve ser subestimada, pois, a partir de sua vigência, crianças, cujos destinos eram traçados no interior das famílias de seus donos, tornar-se-iam objeto e preocupação do Governo e da sociedade”.

No final do século XIX e início do século XX uma nova realidade começa a se desenvolver, a criança começa a ocupar lugar de destaque na história sendo considerada pelas elites dominantes como um magno problema (VERONESE; COSTA 2006, p. 40/41).

Foi à ocupação do espaço público dos centros urbanos no início do século XX por crianças empobrecidas estereotipadas como “menores”, que, no País, surgem discursos produzidos pelas elites políticas da época, reivindicando a necessidade de instituir medidas jurídicas e sociais para investir contra a ociosidade infantil, em consequência no processo de industrialização e da crescente pauperização das camadas populares (SOUZA, SOUZA PALMA, 2010 p. 20).

Novos documentos surgem para amenizar a situação:

O decreto n. 6994, de junho dec. 1908, que em seu art. 9º. Incentiva a criação de “*colônias correccionaes*” com subsídios da União; e por iniciativa de João Chaves, o Projeto nº 94, de julho de 1912, que providencia sobre a infância abandonada e criminosa. Há uma proposta para que recaiam sob a tutela da União ou dos Estados, para interdição em regime hospitalar ou educativo, os menores abandonados tanto material como moralmente, dentre outros (VERONESE; COSTA. 2006, p. 41).

O projeto diz respeito a um dos primeiros textos legais contra a violência da criança e do adolescente, impondo um controle sobre o infante e sua família. Essa legislação reafirma as medidas de suspensão, destituição e restituição do pátrio poder, em face de crimes por parte dos pais (VERONESE; COSTA, 2006, p. 41).

Em 1923 foi criado no Brasil o Tribunal de Menores, onde a legitimação do Tribunal funda-se nas espantosas condições de vida nos cárceres, onde as crianças eram alojadas de forma indiscriminada com adultos, a formalidade e a inflexibilidade da lei penal, que, obrigando o respeito, entre outros ao princípio da legalidade, impediam a repressão-proteção do direito dos menores. Acreditava-se também que com a legitimação desses

tribunais, ajudaria a criança não apenas a recuperar a infância decaída, mas protegê-la contra a criminalidade e o perigo moral da época (VERONESE; COSTA, 2006, p. 41).

A criação do primeiro Juizado de Menores se deu em 1924, tendo por seu titular o Dr. José Candido Albuquerque Mello Mattos, o responsável também pelo primeiro Código de Menores no Brasil (PEREIRA, 2008 p. 8).

O Código de Menores de 1927 (Decreto nº 17.943 de 12/10/27) representou de forma significativa ao tratamento da criança para a época. Sua legislação era voltada para os efeitos da ausência, atribuindo ao Estado à tutela dos órfãos, dos abandonados, e dos com pais ausentes, o que tornava ao pátrio poder disponível (VERONESE; COSTA, 2006, p. 44).

Pais ausentes referiam-se quando a criança de 0 (zero) a 18 (dezoito) anos tivesse pais falecidos, fossem ignorados ou desaparecidos, tivessem sido declarados incapazes, pais presos a mais de 2 (dois) anos de idade, fossem qualificados como vagabundos, mendigos, de maus costumes, exercessem trabalhos proibidos, fossem prostitutos ou economicamente incapazes de suprir as necessidades de sua prole (VERONESE; COSTA, 2006, p. 45):

[...] conhecido como *Código Mello Mattos* representou a abertura significativa do tratamento à criança para a época, preocupado em que fosse considerado o estado físico, moral e mental da criança, e ainda a situação social, moral e econômica dos pais.

Agrupou-se no art. 26, CM oito situações, os menores de 18 anos *genericamente classificados de abandonados*, abrangendo aí “abandonados” e “delinquente”.

Quanto aos “menores delinquentes” (arts. 68 e segs.), há que se destacar a sua posição precursora na época ao proibir que fossem submetidos a processo penal de qualquer espécie.

Dispensado no art.69, § 3º, a “pesquisa do discernimento”, para a caracterização da responsabilidade do “menor delinquente” prevista no Código Penal de 1980, a medida de internação se aplicava por “todo o tempo necessário à sua educação entre 3 e 7 anos”

Estabelecendo medida de recolhimento medida de recolhimento dos abandonados (art. 53 e segs.) já previa aquele Código o seu “encaminhamento a um lar, seja dos pais, seja de pessoas responsabilizadas por sua guarda” (PEREIRA, 2008, p.9).

Foram como respostas as indagações em relação ao aumento da criminalidade infantil na década de 20 que surgiu essa legislação do Código de Menores. Atendia a demanda de proteção à sociedade e à criança, onde a legislação atendia as medidas de um maior controle sobre a população das ruas. Almejou-se um sistema de proteção que alcançasse toda criança por sua simples pobreza, sujeitando-se à ação da Justiça e da Assistência (VERONESE; COSTA, 2006, p. 45).

O Estado possuía o dever de cuidar do abandono físico da criança. Aqui o Estado tinha o poder de retirar a criança de seus pais, sob o argumento de proteger a infância do abandono moral, podendo a família ser taxada pelo Estado como infratora e perdendo a paternidade de seus filhos (VERONESE; COSTA, 2006, p. 47).

Segundo Veronese, Costa (2006, p. 47), a responsabilidade de zelar pelos filhos passa a ter conotação de dever patriótico, vez que o Código estabeleceu processos de internação dessas crianças e de destituição do pátrio poder de forma gratuita, devendo correr em segredo de justiça.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, o País adota a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, em 1946, prevendo o dever do Estado em proteger e assistir à maternidade, à infância e adolescência, bem como proibir o trabalho noturno aos menores de dezoito anos, que antes era estabelecido em dezesseis anos (SOUZA; SOUZA PALMA, 2010 p.26).

A partir da década de 70, após o golpe militar de 1964 a questão do menor passa a ser fruto de preocupação política. Introduzida pela Lei nº 5.513, de 1 de dezembro de 1964, a Política Nacional do Bem-Estar do Menor (PNBEM) é apresentada em setembro de 1965, nove meses após a criação do Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (FUNABEM), invocando a participação das comunidades junto ao governo para procurar encontrar soluções para o problema do menor no Brasil (VERONESE; COSTA, 2006, p. 47).

Pouco foram as modificações introduzidas nessa estrutura, embora a lei previsse a criação de entidades de assistência e proteção ao menor, pelo Poder Público, haveria centros especializados destinados a recepção, triagem e observação e à permanência de menores. Porém esqueceu-se de prever a possibilidade de entidades particulares participarem dessas atividades (PEREIRA, 2008 p.11).

A FUNABEM em sua legislação propôs fixar diretrizes da Política de Bem-Estar do Menor em substituição à repressão e segregação, através dos programas educacionais. Ocorre que fugindo de suas propostas originais, a educação, a FUNABEM passou a atuar e atendimentos de internatos e semi- internatos, tendo sua atuação em programas indefinidos, marcados por irregularidades (PEREIRA, 2008 p.11).

O Estatuto da Criança e do Adolescente veio regulamentar e garantir a imposição à família, à sociedade e ao Estado assegurarem os direitos da criança e do adolescente, bem como disciplinar os mecanismos para efetivação e garantia desses interesses inerentes ao menor (BRASIL, 2012-E).

A Doutrina da Proteção Integral foi o fundamento basilar para a consolidação de um novo ramo do direito no Brasil: o Direito da Criança e do Adolescente. Segundo AMARAL E SILVA, a partir daí é:

Muito mais adequado falar-se em Direito da Criança e do Adolescente, um novo ramo mais científico, mais jurídico, dirigido a todas as crianças e adolescentes, com denominação correspondente ao conteúdo da matéria por ele tratada. A nova doutrina evoluiu 'da situação irregular do menor' para a situação irregular da família, da sociedade e do Estado, preconizando novas medidas, também para os responsáveis ativos da situação irregular (AMARAL E SILVA, 2012).

A construção do Direito da Criança e do Adolescente proporcionou significativo processo de reordenamento institucional com reflexos de grande importância, tais como, a desjudicialização das práticas de caráter administrativo, mudanças de conteúdo, método e gestão, a integração dos princípios constitucionais da descentralização político-administrativa e da democratização na efetivação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente e o reconhecimento do status de sujeito de direitos para toda a infância. Esse reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direitos garantiu, pelo menos no plano formal, o irrestrito, amplo e privilegiado acesso à Justiça. (ROCHA & PEREIRA, 2011).

O reconhecimento das crianças e adolescentes na condição de sujeitos de direitos pretende assegurar um status social para que seja possível nas mesmas condições o exercício efetivo e pleno destes direitos. Embora o reconhecimento da titularidade dos direitos fundamentais seja uma conquista do frágil e tardio liberalismo brasileiro, que talvez nunca tenha se efetivado concretamente, é importante destacar que mesmo a garantia formal desses direitos à criança e ao adolescente foi reconhecida apenas no final do século XX, com o amparo constitucional e, por isso, reveste-se de caráter inovador (ROCHA & PEREIRA, 2011).

Portanto, para além das suas possibilidades em garantir a efetivação dos direitos fundamentais, seu maior significado está na superação da posição predominante no século XX, que reduziu a criança a objeto de tutela, incapaz ou menor. O reconhecimento como sujeito de direitos implica num desenlace libertário da criança das amarras institucionais que cultivavam as obrigações de obediência e submissão. Neste contexto, não interessa mais o estigma justificativo da intervenção estatal imposto à criança, mas sim, na possibilidade

concreta e objetiva da criança e do adolescente exigir a efetivação de seus direitos (AMARAL & SILVA, 2012).

2.3 O RECONHECIMENTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE COMO SUJEITOS DE DIREITOS.

Para uma melhor compreensão do reconhecimento da criança e do adolescente como sujeito de direito, é necessário uma abordagem do conceito de criança e adolescente.

Pereira (2008, *apud* DE PLACIDO e SILVA, 2005 p. 109) define criança como:

O indivíduo da espécie humana na infância, que por sua vez deriva do latim *infantia* (incapacidade de falar) ou de *infans*, que originalmente quer exprimir a situação de quem não fala ou de quem ainda não fala [...]. Na acepção jurídica, assinala o período que vai do nascimento a puberdade. Adolescente é o indivíduo na adolescência, que se entende como o período que se sucede à infância. Inicia-se com a puberdade e acaba com a maioridade. Deriva do latim *adolescere*, que significa crescer.

A criança não deve ser vista como uma miniatura de um adulto, por isso não se pode cobrar dela atitudes e comportamentos incompatíveis com o seu desenvolvimento. A passagem da infância para a adolescência é um desafio para a ciência (PEREIRA, 2008 p.109).

Pereira (2008, *apud* KRAMER, 1990 p. 110) descreve:

Entende-se comumente, criança por oposição ao adulto: oposição estabelecida pela falta de idade ou de maturidade e adequada integração social. Ao se realizar o corte com base no critério de idade, procura-se identificar certas regularidades de comportamento que caracterizam a criança como tal. [...] o sentimento de infância resulta em uma dupla atitude com relação à criança: preservá-la da corrupção do meio, mantendo sua inocência, e fortalecê-la desenvolvendo seu caráter e sua razão. [...] como a infância precede a idade adulta o fator tempo é introduzido na conceituação de infância, gerando uma interpretação dúbia.

O conceito de adolescência foi construído para designar a passagem de uma fase da vida que é a infância, para outra, que ainda não é considerada adulta. No entanto essa fase da vida humana nunca foi bem clara durante a história, pois no período da Idade Média, não se sabia concretamente a sua idade, era como algo impreciso e ao mesmo tempo místico como pode-se perceber na citação de Ariès (1981 p.30):

Na idade média, o primeiro nome já fora considerado uma designação muito imprecisa, e foi necessário completa-lo por um sobrenome da família, muitas vezes um nome de um lugar. Agora, tornou-se conveniente acrescentar uma nova precisão, de caráter numérico a idade. O nome pertence ao mundo da fantasia, enquanto o sobrenome pertence ao mundo da tradição. A idade, quantidade legalmente mensurado com uma precisão quase de horas, é um produto de um outro número, o da exatidão do número.

A separação da vida em etapas, infância, adolescência, juventude, maturidade e velhice, como mostra Ariès (1981, p. 35), foi iniciada a partir do século XVII, pois antes disso não havia tais distinções. A criança era vista como um adulto em miniatura, participando da vida social e do trabalho como os adultos.

No período medieval não se tinha certeza da precisão do próprio nome, não se sabia com exatidão o dia do nascimento, dificultando assim saber qual a idade que cada pessoa tinha, difícil discernir quando era criança, ou adolescente. Por causa da inexatidão do tempo algumas pessoas tentaram escrever no período da idade média livros onde se determinava a quantidade de idade que cada pessoa deveria ter para poder assumir os papéis sociais de sua sociedade, como descreve Ariès (1981, p. 36):

Depois da terceira idade, que é chamada de adolescência, que termina segundo Constantino em seu viático, no vigésimo primeiro ano, mais segundo Isidoro dura até vinte e oito anos... e pode se estender até trinta ou trinta e cinco anos. Essa idade é chamada de adolescência porque a pessoa é bastante grande para pró-criar, disse Isidoro. Nessa idade os membros são moles e aptos a crescer e a receber força e vigor do calor natural. E por isso a pessoa cresce nessa idade toda a grandeza que lhe é devida pela natureza.

Ocorre que com o passar do tempo e com o surgimento da Idade Moderna vai terminando o conceito de adolescência, pois a pessoas eram consideradas crianças ou adultas em assumir as próprias responsabilidades, como descreve Ariès (1981, p. 41): “Observamos que como a juventude significa a terçada idade média não havia lugar para adolescência. Até o século XVIII a adolescência foi confundida com a infância. No latim dos colégios, empregava-se indiferentemente a palavra *puer* e a palavra *adolescens*”.

Nessa descrição pode-se perceber qual a imagem de adolescentes que se tem nesse período, pois através de papéis sociais, o adolescente era visto como quase um adulto e com o passar do tempo ganhava responsabilidade (CRUZ, 2011).

Como se pode perceber essa determinada realidade do adolescente percorreu um longo período que vai desde o medieval até os dias atuais. Existe uma grande discussão sobre o tema da adolescência como é apresentado por Becker (1999, p. 8 /9):

Apesar do conceito de adolescência (do latim *ad*, que significa para mais *olescere*, que significa crescer em suma, crescer para) como ele é hoje conhecido ter surgido em torno do início do século, a questão do jovem como problema existe há muito tempo e acompanha a evolução da civilização ocidental (...) na visão do adulto o adolescente é um ser em desenvolvimento e em conflito. Atravessa uma crise que se origina basicamente em mudanças corporais, outros fatores pessoais e conflitos familiares. E finalmente é considerado "adulto quando mais adaptado a estrutura da sociedade.

Custódio e Paganini (2011) descrevem que é considerada criança a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescentes aqueles entre doze e dezoito anos de idade, conforme artigo 2º da Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990, denominado Estatuto da Criança e do Adolescente.

A Convenção dos Direitos da Criança e do Adolescente considera criança todo ser humano menor de 18 anos de idade, salvo se, nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir a maioridade mais cedo, ou seja, tal documento não utiliza o termo adolescente, mas tão somente criança com até 18 anos de idade incompletos e adulto aquele que tiver idade superior a esta (BRASIL, 2012-C).

Até então crianças e adolescentes eram considerados meros objetos. Ramos (1999, *apud* CUSTÓDIO, PAGANINI, 2011) descreve que:

Na Idade Média, entre os portugueses e outros povos da Europa, a mortalidade infantil era assustadora, verificando-se que a expectativa de vida das crianças rondava os 14 anos, fazendo com que estas fossem consideradas na época como animais, cuja força de trabalho deveria ser aproveitada enquanto durassem suas vidas.

Segundo Custódio e Paganini (2011), a importância em estabelecer a idade para a criança e para o adolescente, esta diretamente vinculada às violações de direitos ocorridas desde as invasões portuguesas até a contemporaneidade, onde o adulto por se considerar superior a tudo e a todos, acaba por vezes transgredindo os direitos da criança e do adolescente, usurpando sua fase de desenvolvimento.

Os direitos garantidos hoje a criança e ao adolescente foram sendo conquistados gradativamente no Brasil, pois antes da promulgação da Constituição da República Federativa

do Brasil de 1988 a questão da proteção a assistência à criança e o adolescente foi matéria de preocupação das Cartas Políticas precedentes (VERONESE; COSTA, 2006 p. 48).

A partir dos anos 30, com a instalação de Vargas, as questões relativas à infância e a adolescência passam a serem partes fundamentais no papel do Estado, sendo constante o debate nos discursos e nas leis para o reconhecimento da situação da infância como problema social (VERONESE; COSTA, 2006, p. 49).

A primeira Constituição a fazer uma referência direta de proteção aos direitos da criança e do adolescente, foi a Constituição de 1934, quando estabeleceu a proibição de trabalho a menores de 14 anos, de trabalho noturno a menores de 16 anos e em indústrias insalubres a menores de 18 anos, direitos estes previstos no § 1º do artigo 121. Garantia também amparo à maternidade e à infância, fazia também referência trabalho feminino (BRASIL, 2012-B).

O artigo 127 da Carta Constitucional de 1934 reforça o aspecto social ao problema da criança e do adolescente:

A infância e a juventude devem ser objeto de cuidados e garantias especiais por parte do Estado, que tomará todas as medidas destinadas a assegurar-lhes condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento de suas faculdades. O abandono moral, intelectual ou físico da infância e da juventude importará falta grave dos responsáveis por sua guarda e educação, e cria ao Estado o dever de provê-las de conforto e dos cuidados indispensáveis à sua preservação física e moral. Aos pais miseráveis assiste o direito de invocar o auxílio e proteção do Estado para a subsistência e educação de sua prole (BRASIL, 2012-A).

O objetivo desse período é apenas o fortalecimento das assistências sociais. Portanto, é a partir da Constituição Federal de 1967 seguida pela Emenda Constitucional n. 1, de 1969 que é introduzida mudanças em relação às Constituições precedentes. Previa a idade mínima a iniciação do trabalho, que passava a ser de 12 anos, e instituiu a o ensino obrigatório e gratuito nos estabelecimentos oficiais para as crianças de 7 a 14 anos de idade (VERONESE; COSTA, 2006, p. 50).

A criança brasileira até então era considerada pelo direito um mero objeto da sociedade. Com a indicação do Ano Internacional da Criança, em 1979 pela ONU, com o objetivo de chamar a atenção do mundo para as necessidades das crianças, passou-se a ser repensada a situação da criança brasileira. Pela primeira vez as crianças e adolescentes são reconhecidos como cidadãos, sem qualquer tipo de discriminação. Surgem também nesse período inúmeras associações preocupadas com o bem-estar infante-juvenil, e para abrandar

a vitimização da criança e do adolescente, instituições sociais, escolas, igrejas entre outros se preparam para a substituição da Situação Irregular pela Doutrina da Proteção Integral (VERONESE; COSTA, 2006, p. 51).

A atual Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 veio reconhecer a criança e o adolescente com sujeito de direito, onde os direitos fundamentais reconhecidos na Constituição Federal garantem às crianças e aos adolescentes direitos especiais, diferentemente dos atribuídos aos adultos, em razão de sua ação peculiar de desenvolvimento (BRASIL, 2012).

Os direitos sociais estão elencados entre os artigos 6º e 11, dispendo sobre educação, saúde, o trabalho, lazer, segurança, previdência social, a proteção a maternidade e à infância, bem como a assistência aos desamparados (BRASIL, 2012).

Ao tratar da criança e do adolescente o artigo 227 da CRFB/88 garante os direitos fundamentais destes, nomeando responsáveis pela garantia de seus direitos, daqueles que se encontram na faixa etária de zero a dezoito anos de idade (BRASIL, 2012).

São três os responsáveis pela luta e defesa dos direitos humanos da criança e do adolescente: a família, a sociedade e o Estado, que o constituinte classificou como prioridade máxima, devendo ser adotada pela CRFB/88 a doutrina da proteção integral para a garantia do bem estar destes (VERONESE; COSTA, 2006, p. 51).

O Estatuto da Criança e do Adolescente implementado em 1990 também representa uma ruptura com a Doutrina da Situação Irregular, deixando as crianças e os adolescentes de serem tratados como meros objetos de direitos, para serem reconhecidos na sua condição elementar de sujeitos de direitos, ou seja, redimensionando toda uma nova visão social (BRASIL, 2012-E).

Estabeleceu também a articulação entre a sociedade e o Estado, criando Conselhos de Direitos, Conselhos Tutelares, garantiu à criança a mais absoluta prioridade no acesso às políticas sociais, estabeleceu medidas de prevenção, e uma política especial de atendimento a acesso digno à justiça (VERONESE; COSTA, 2006, p. 51).

Trouxe um novo sistema garantias, prevendo a ação articulada entre a família, o Estado, a comunidade e a sociedade em geral na efetivação dos direitos fundamentais da infância (SOUZA, SOUZA PALMA, 2010, p.39).

Trata-se, portanto da prescrição de um sistema de garantia de direitos, que tem por finalidade proteção integral da criança e do adolescente, que inclui a proteção contra a exploração no trabalho, mediante as garantias da Constituição Federal, do Estatuto da criança e do adolescente e da Consolidação das Leis de Trabalho, que oferecem mecanismos articulados e de responsabilidade coletiva (SOUZA, SOUZA PALMA, 2010 p. 40).

A Doutrina na Proteção Integral adotada pela CRFB/88 e o Estatuto da Criança e do Adolescente vem para buscar soluções para a efetivação dos direitos da criança e do adolescente (VERONESE; COSTA, 2006, p. 53).

Ramidoff (2007, p. 22) descreve:

Diversamente disso tudo, tem-se que outra coisa é a Doutrina da Proteção Integral que, a partir das idéias de autonomia e garantia, reconhece não só aos adolescentes autores de ações conflitantes com a lei, os direitos próprios a todo sujeito de direito, com a cautela, no entanto, de demarcar a condição humana peculiar em que se encontra toda pessoa com idade inferior a (18) anos, haja vista a sua condição peculiar de desenvolvimento da personalidade. A subjetividade que se estabelece aqui é a titularidade de direitos, em perspectiva emancipatória, fundada nos valores e Direitos Humanos. A doutrina da Proteção Integral, contudo, não impede que se operem contenções de adolescentes que se envolvam em eventos considerados conflitantes com a lei.

Como idéia central e paradigmática no novel âmbito jurídico-legal destinado à proteção, promoção e defesa dos direitos afetados à infância e à juventude, a doutrina da proteção integral se constitui em realidade objetivada, isto é, na dimensão do mundo da vida vivida, impõe-se pela invocação de ser um conhecimento específico e humanitário para a compreensão dos acontecimentos sociais em que se encontram envolvidos interesses, direitos e garantias individuais de cunho fundamental inerentes à condição humana peculiar de criança ou de adolescente, conforme descreve o artigo 6º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (VERONESE; COSTA, 2006, p. 56).

2.4 PRINCÍPIOS ATINENTES AOS DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.

A palavra princípio é um termo único. Possui sua base em raízes latinas, mesmo que em línguas de predominância diversa da latina (CUNHA, 2006, p. 12).

A Constituição de 1891 já fazia referencia aos princípios, mas no Brasil os princípios jurídicos começam a dar conta de sua existência quando o Código Civil (Lei,

3.071, de 1.1.1916), no seu artigo 7º de sua introdução: “Aplicam-se nos casos omissos as disposições concernentes aos casos análogos, e, não havendo, os princípios gerais do direito” (BRASIL, 2012-F).

Conforme Lima (2001, *apud* Veronese; Custódio, 2011) à proteção da criança e do adolescente aplicam-se princípios, onde para uma melhor compreensão, reconhece-se um caráter duplamente sistemático, ou seja, um sistema de princípios e regras de direitos fundamentais.

A doutrina da proteção integral da criança e do adolescente em determinado momento histórico foi capaz de nortear uma teoria própria, pois conseguiu conjugar necessidades sociais que envolva mudança de valores e princípios, e ao mesmo tempo conviver com a perspectiva emancipadora do reconhecimento dos direitos fundamentais à criança e ao adolescente (VERONESE; CUSTÓDIO, 2011).

O direito à criança e o adolescente em sua construção proporcionou relevante significado no processo de reordenamento institucional, com a desjudicialização das práticas de caráter administrativo, com mudança de conteúdo, método e gestão, bem como a integração dos princípios constitucionais da descentralização político-administrativa e da democratização na efetivação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente (ROCHA; PEREIRA, 2003).

Encontra-se fundamento jurídico o direito da criança e do adolescente na Convenção Internacional sobre o Direito da Criança, na Constituição da República Federativa do Brasil, no Estatuto da Criança e do Adolescente e nas convenções internacionais de proteção aos direitos humanos (VERONESE; CUSTÓDIO, 2011).

Na busca de soluções para a efetivação dos direitos das crianças e dos adolescentes, em 1989 foi aprovada pela Organização das Nações Unidas (ONU) a Convenção sobre os Direitos da Criança e do Adolescente, posteriormente sendo assinada pelo Brasil em 26 de janeiro de 1990. A partir dela foi convencionado o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) em 13 de julho de 1990 (VERONESE, 2006 p. 24).

No Brasil, a fusão de duas emendas populares que traziam ao Congresso Nacional cerca de 200 mil assinaturas de crianças e adolescentes deu-se como marco inicial para o Estatuto da Criança e do Adolescente. Sua confecção foi elaborada pelos mais consagrados juristas e pessoas de diversas instituições espalhadas pelo país (VERONESE, 2006 p. 24).

O Estatuto da Criança e do Adolescente está configurado na Lei Complementar nº 8. 069/90 vindo substituir o Código de Menores de 1979. A dominação "Estatuto" foi utilizada, pois traz uma percepção de lei para uma coletividade, sendo portanto mais adequada

a classe da criança e do adolescente pois, enquanto "Código", denominação usada anteriormente, remonta a idéia de coleção de Leis (VERONESE, 2006, p. 25).

Lima (2001, *apud*, RAMIDOFF, 2007) descreve que para o estudo dos direitos da criança e do adolescente, os princípios estruturantes da concretização desses direitos merecem relevante destaque. Entre os princípios estruturantes que vinculam-se à doutrina da proteção integral destaca o autor, que esta a universalização, o caráter jurídico-garantista e o interesse superior da criança.

A proteção integral é um princípio que corresponde aos direitos humanos exclusivos da criança e do adolescente, sendo conceituado um conjunto de direitos assegurados exclusivamente a crianças e adolescentes, levando em conta a sua condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, a fim de assegurar plenas condições para o seu desenvolvimento integral. A proteção integral deve ser contemplada ao longo de todo o processo de desenvolvimento, desde sua gestação até sua maioridade legal, cabendo à família, à sociedade e ao Estado o seu provimento.

O princípio da teoria da Proteção Integral, esta consolidado no *caput* do artigo 227 da Constituição da República Federativa do Brasil, assim como o artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente. Traz consigo o mais evidente princípio que se submete à normas de um direito a prestações fáticas ou normativas, portanto, assegura à criança e ao adolescente, dentre outros: o direito de igualdade dos filhos perante a lei, o direito à educação, à cultura, a uma família (BRASIL, 2012).

Esses direitos garantidos a criança e ao adolescente pertencem segundo Bezzerra (2010, p. 212 *apud* Oliveira 2011):

Os Direitos Fundamentais de terceira dimensão, ou direitos coletivos e difusos, meta-individuais, direitos chamados de solidariedade, direitos chamados de direitos de solidariedade, cuja nota caracterizadora é a de que titular não é mais o homem individual, mas dizem respeito à proteção de categorias ou grupos de pessoas (famílias, povos, nação, entidades representativas).

Os Direitos Fundamentais exigem prestações positivas do Estado, devem possibilitar melhores condições de vida aos mais fracos, visando realizar o princípio da igualdade. A Constituição Federal de 1988 no seu Art. 6º define o conteúdo dos direitos sociais e no Título VIII trata da forma desses direitos, isto é, mecanismos e aspectos organizacionais (BRASIL, 2012).

Silva, (1998) descreve que a doutrina atual, há autores que entendem que os preceitos relativos aos direitos sociais devem ter uma aplicabilidade mediata.

Segundo Canotilho (2003, p. 245):

De certo modo, a nossa perspectiva dirigia-se no sentido de salvar a dimensão normativa da socialidade através de dois esquemas: (i) procurar novas vias para a ‘des-introversão’ da socialidade estatal; (ii) distinguir entre direitos constitucionais sociais e políticas públicas de relativização de direitos sociais[...] a linha ideológica de fundo poderia ser resumida da seguinte forma: o caráter dirigente da Constituição antes postula a graduabilidade de realização destes direitos.

As normas do Estatuto da Criança e do Adolescente estão relacionadas à proteção de direitos fundamentais da criança e do adolescente e para isso adotou-se a Doutrina da Proteção Integral (BRASIL, 2012-E).

Custódio (2009) descreve que o reconhecimento dos direitos fundamentais à criança e ao adolescente trouxe consigo o princípio da universalização dos direitos sociais como àqueles que dependem de uma prestação positiva por parte do Estado, também exige uma postura pró-ativa dos beneficiários nos processos de reivindicação e construção de políticas públicas.

A universalidade dos direitos baseia-se no reconhecimento de que todos os seres humanos são portadores da mesma condição de humanidade e, portanto, têm os mesmos direitos. Associar à noção da universalidade as de equidade e justiça social significa reconhecer que a universalização dos direitos em um contexto de desigualdades implica foco especial nos grupos mais vulneráveis (BRASIL, 2012-E).

Custódio (2009, p. 33) preleciona: “É nesse sentido que o Direito da Criança e do Adolescente encontra seu caráter jurídico-garantista, segundo o qual a família, a sociedade e o Estado têm o dever de assegurar a efetivação dos direitos fundamentais, ou seja, transformá-los em realidade objetiva e concreta”.

Aplica-se a aos direitos relativos à criança e ao adolescente o princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente. Princípio este presumido na CRFB/88 também em seu art. 227, *caput*, e no ECA em seus artigos 4º, *caput*, e 5º. O parágrafo único do citado art. 4º, especifica quais políticas públicas que podem ser realizadas, com o objetivo de alcançar a garantia constitucional de absoluta prioridade desta parcela da população, enquanto o art. 6º classifica a criança e o adolescente, que tem garantido, de forma absolutamente prioritária, o seu melhor interesse (SOBRAL, 2011).

A Convenção Internacional dos Direitos da Criança em seu artigo 3º, determina 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 maior interesse da criança” (BRASIL, 2012-C).

Por se tratar de pessoas ainda em desenvolvimento são carentes de cuidados especiais e, com isso, devem ter prioridade quando em confronto com outros segmentos da sociedade, desde que se tratando de direitos iguais (CUSTÓDIO, 2009, p. 24).

A garantia de prioridade absoluta assegurada a crianças e adolescentes implica a primazia deles em receber proteção e cuidados, a precedência no atendimento e a preferência na formulação e execução de políticas, bem como na destinação de recursos públicos. A precedência do interesse da criança e do adolescente deve ser compreendida como atenção aos mais vulneráveis e não privilégio injustificável em circunstâncias específica (CUNHA, 2006, p. 59).

Nogueira (1998, p. 16): “Na interpretação do Estatuto levar-se-ão em conta os fins sociais a que ele se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (art. 6º, do ECA)”.

Esse princípio possui plena relação com o artigo 5º da Lei de Introdução do Código Civil, que estabelece que “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum” (BRASIL, 2012-F).

Custódio (2009 p.33) descreve que a origem do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente está localizado no modelo de sociedade desigual, fato este geradores dos conflitos de interesses:

Em conseqüência das necessidades humanas brota a noção de interesse, concebido como razão entre sujeito e o objeto. Objeto do interesse do homem é um bem, podendo ser, ‘grosso modo’, material ou imaterial. Como os bens jurídicos são finitos, inexistindo em quantidade ou qualidade para satisfazer a todos os interesses humanos, inexoravelmente advêm conflitos. Quando um mesmo homem tem interesse sobre dois ou mais bens, podendo, contudo, adquirir ou usufruir apenas de um deles, fala-se da existência de conflito subjetivo ou individual. Através da renúncia, sacrifício ou aceitação, se suas condições possibilitam relacionar-se apenas com um bem, acaba por escolher aquele que, dentro de sua escala de valores, atenda melhor às suas necessidades. Por outro lado, quando duas ou mais pessoas têm interesse sobre o mesmo bem verifica-se a existência de um conflito intersubjetivo ou interpessoal, ou meramente *conflito de interesses*, caracterizado pela unidade de objeto e pluralidade de sujeitos. (PAULA 1995, *apud* CUSTÓDIO 2009, p. 33/34).

O melhor interesse da criança e do adolescente é critério estruturante de organização sistemática do direito, pois visa a orientar todas as ações voltadas à realização dos direitos fundamentais (CUSTÓDIO, 2009 p. 34).

Relativos aos princípios aplicáveis ao direitos inerentes a criança e o adolescente está o princípio da prioridade absoluta, prevista no parágrafo único do artigo 4º do ECA que prescreve:

A garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude (BRASIL, 2012-E).

Custódio (2011) descreve que este princípio reforça verdadeira diretriz de ação para a efetivação dos direitos fundamentais, na medida em que estabelece a prioridade na realização das políticas sociais públicas e a destinação privilegiada dos recursos necessários à sua execução. Descreve ainda que, para que seja possível a efetiva realização dos direitos proclamados, as políticas públicas precisam alcançar um patamar diferenciado das práticas historicamente estabelecidas na tradição brasileira, por isso a importância do princípio, a ênfase nas políticas sociais básicas, pois esta é a determinação do Estatuto da Criança e do Adolescente em seu art. 87, I, que o incorpora como uma de suas linhas de ação.

A Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988 em seu art. 227 preleciona:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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 (BRASIL, 2012).

Conforme Vasconcelo (2011) nenhum outro grupo recebeu proteção tão abrangente, visto que além de impor dever de proteção pela família, pela sociedade e pelo Estado aos direitos fundamentais da criança e do adolescente que serão protegidos com prioridade absoluta nos termos do dispositivo constitucional.

Para Liberati (2003 p. 20 *apud* MENDES 2011): “Não resta à menor dúvida de que por essa interpretação busca-se descobrir qual o sentido atribuído ao texto, pela vontade do legislador”.

Rodrigues (2007, p. 26) descreve que:

A lei disciplina relações que se estendem no tempo e que florescerão em condições necessariamente desconhecidas do legislador. Daí a idéia de se procurar interpretar a lei de acordo com o fim a que ela se destina, isto é, procurar dar-lhe uma interpretação teleológica. O intérprete, na procura do sentido da norma, deve inquirir qual o efeito que ela busca, qual o problema que ela almeja resolver. Com tal preocupação em vista é que se deve proceder à exegese de um texto.

A interpretação do texto legal, nada mais é do que a proteção dos interesses da criança e do adolescente, os quais deverão sobrepor-se a qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado, levando em conta a destinação social da lei e o respeito à condição peculiar a estes como pessoas em desenvolvimento (RODRIGUES, 2007, p. 26).

O referido dispositivo possui a intenção de proteger, integralmente, os direitos destes, utilizando-se o aplicador do direito, se necessário, de todas as formas que lhe são peculiares para a análise da matéria e dos dispositivos legais que deverão ser aplicados. Por certo que essa proteção integral depreende-se do fato de tratar-se de pessoas ainda imatura, em fase de desenvolvimento e, por esta razão, todos os cuidados devem ser tomados visando à melhor aplicação do direito (RODRIGUES, 2007, p. 27).

Tavares (2002 *apud* MENDES, 2011) em comentários ao artigo 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente, assim nos ensina, *verbis*:

Este é o dispositivo-eixo pelo qual se há de mover todo o Estatuto. A regra básica dessa hermenêutica é a consideração que o intérprete terá sempre em mente de que o direito estatutário é especialmente protetor. A redação defeituosa de alguns dispositivos, os erros de técnicas legislativas em outros, impropriedades de expressões, por vezes encontradas no texto desta lei provocam dúvidas que o intérprete deve dirimir recorrendo a este art. 6º, como bússola que indica o Norte.

Nesse contexto, a articulação dos princípios da criança e do adolescente na realidade pode desempenhar um papel pedagógico em sua aplicação, verdadeiramente provocador da cidadania, da democracia e das necessárias transformações sociais e políticas. Esse é o fundamento da teoria da proteção integral como instrumento de concretização dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes (VERONESE; CUSTÓDIO, 2011).

3. PODER DE FAMÍLIA

3.1 BREVE CONCEITO HISTÓRICO DA FAMÍLIA.

Para uma melhor compreensão a cerca da concepção do poder de família é necessário adentrar-se na evolução histórica e legislativa do direito de família.

Por ser mais antiga que o Estado a família constitui-se como célula germinal da comunidade estatal, sendo considerada a primeira célula de organização social, evoluindo gradativamente desde os tempos mais remotos até a atualidade. (MEDEIROS, 1997, p. 24)

A existência de vínculos afetivos é algo inerente ao ser vivo em geral. A família segundo Queiroz (2012, *apud* COELHO, 1956) é um fato natural. O ser humano em especial, estabeleceu grupos sociais que se formaram a partir dos laços familiares, ora poligâmicos, ora monogâmicos.

Acerca da evolução histórica da família Medeiros (1997, p. 31/32) preleciona:

Firmou sua organização no patriarcado, originado no sistema de mulheres, filhos e servos sujeitos ao poder limitador do pai. Após surgiu a teoria de que os primeiros homens teriam vivido em *hordas promíscuas*, unindo-se ao outro sexo sem vínculos civis ou sociais. Posteriormente, organizou-se a sociedade em tribos, evidenciando a base da família em torno da mulher, dando origem ao matriarcado. O pai poderia até ser desconhecido. Os filhos e parentes tomavam as normas e nome da mãe.

A família inicialmente foi chefiada pela mulher, mas apenas em um curto período de tempo, pois logo a feição do homem aparece como chefe da família. (MEDEIROS, 1997, p. 32).

Almeida (2011) descreve que a família antiga, e a maior parte de suas regras, foram constituídas pelas crenças relativas aos mortos, assim como também aos cultos que lhes era devido:

O morto era tido como ente sagrado e considerado como Deus, contudo para que eles tivessem repouso e bem-aventurança eterna, era necessário o sepultamento de seu corpo e também era preciso obedecer a certos ritos. O cuidado de levar os alimentos não foi deixado ao sabor do capricho ou dos sentimentos mutáveis dos homens, foi obrigatório. Nascendo daí as normas de conduta. Foi nesse sentido que se estabeleceu uma verdadeira religião da morte (ALMEIDA, 2011).

Conforme Almeida (2011), a principal forma de constituição da família foi a religião, não que esta criou a família, mas que editou as primeiras regras, pois nem o nascimento, nem o feto eram alicerces da família, o que unia seus membros era o poder, que se encontrava na religião e seus antepassados. Considerava-se a família como uma associação religiosa, onde o filho quando emancipado, que deixasse de lado a religião, deixava também a família.

[...] a família antiga era mais do que uma associação natural, era uma associação religiosa. A mulher só era levada em conta, quando a cerimônia do casamento a tiver iniciado no culto doméstico. O filho deixa de fazer parte da família quando renuncia ao culto ou quando se emancipa; o filho adotado, ao contrario, torna-se verdadeiro filho para a família; o legatário que se recusar a adotar o culto dessa família não fará jus à sucessão. Enfim, o parentesco e o direito a herança são regulamentados não pelo nascimento, mas de acordo com os direitos de participação no culto. Sem duvida não foi a religião que criou a família, mas foi esta que fixou suas regras.

Vale salientar que o instituto família encontra-se em constante mudança advinda aspectos religiosos, culturais, profissionais, sexuais e sociais, exemplo disso foi a mudança da família poligâmica para monogâmica e do matriarcalismo para o patriarcalismo. Este último predomina até hoje, influenciando a família moderna (QUEIROZ, 2012, p. 140).

No direito moderno a família foi conceituada como:

[...] conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo da consaguineidade, cuja eficácia se entende ora mais larga, ora mais restritamente, segundo as várias legislações. Outras vezes, porém designam-se, por família, somente os cônjuges e a respectiva progênie. Os fatores da constituição da família são: em primeiro lugar, o instituto genesiaco, o amor, que se aproxima os dois sexos; em segundo, os cuidados que exigem para a conservação da prole, que tornam mais duradoura a associação do homem e da mulher, e que determinam o surto de emoções essas que tendem todas a consolidar a associação familiar (QUEIROZ, 2012, p. 141).

Percebe-se que o amor como elemento constitutivo da família já anunciava os primeiros sinais de afeto como essencial para a constituição da família. A concepção do afeto familiar tem sido responsável pelo conceito de família plural adotado pela doutrina e jurisprudência (QUEIROZ, 2012, p. 140/141).

Outro fator importante foi à superação do modelo patriarcal pela família nuclear, ou seja, os cônjuges e os filhos. E, hoje se tem entendido como entidade familiar não somente o modelo tradicional da família nuclear (QUEIROZ, 2012, p. 141).

A concepção de família vem ampliando cada vez mais trazendo consigo o afeto como elemento fundamental. Por este modo, são também entidades familiares constitucionalmente reconhecidas à união estável entre o homem e a mulher e a comunidade formada por qualquer dos pais de seus descendentes. A jurisprudência a doutrina vem regulamentado outros tipos de entidades familiares, que ainda não encontram amparo jurídico. Mas uma vez que, as mudanças sociais e familiares são constantes, constata-se que fatos sociais antecedem a regulamentação jurídica (QUEIROZ, 2012, p. 141).

A respeito da necessidade de existir um direito para regular as relações familiares Bevilacqua (1976 *apud* QUEIROZ, 2012, p.140) dispõe:

Constituída a família pela associação do homem e da mulher, em vista da reprodução e da necessidade de criar filhos, consolidada pelos sentimentos afetivos e pelo princípio da autoridade, garantia pela religião, pelos costumes e pelo Direito, fácil é de ver que se torna ela potente foco de onde irradiam múltiplas relações, direitos e deveres, que é preciso conhecer e firmar. É um círculo dentro do qual se agitam e se movem ações e reações estimuladas pelos sentimentos e interesses especiais, que lhes emprestam feição suficientemente caracterizada, para exigirem classe à parte, na distribuição das matérias do direito privado.

Por a família fundar-se essencialmente no afeto entre seus componentes, o Direito moderno vem se opondo a estatização do afeto, que a doutrina dominante posiciona-se a favor da menor intervenção estatal possível (DIAS, 2011, p. 44).

3.1.2 Do direito de família no Brasil

O direito de família no Brasil foi fortemente influenciado pelo direito canônico, fator este explicado pela influência dos colonizadores lusos em nosso território. Segundo Daibert, (1980 *apud* RIZZARDO, 2011 p. 6) “várias regras do direito canônico foram

transladadas ao Direito de Família e muitas delas, mesmo promulgado o Código Civil, continuam prevalecendo”.

A primeira lei de direito de família foi conhecida como a lei-do-pai, uma exigência da civilização na tentativa de reprimir as pulsões e o gozo por meio da supressão dos instintos (CUNHA; PEREIRA, 1999, p. 17).

Com o advento da Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988 elenca Dias, (2011 *apud* VELOSO, 1997. p. 03) que, em um único dispositivo, a CRFB/88 espancou séculos de hipocrisia e preconceito, pois garantiu a igualdade entre o homem e a mulher, ampliou o conceito de família, protegendo agora todos os membros da família de forma igualitária.

Dias (2011, p. 31) descreve que:

Estendeu igual proteção à família constituída pelo casamento, bem como à união estável entre o homem e a mulher à comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, que recebeu o nome de família mono parental. Consagrou a igualdade dos filhos, havidos ou não do casamento, ou por adoção, garantindo-lhes os mesmos direitos e qualificações. Essas profundas modificações acabaram derogando inúmeros dispositivos da legislação então em vigor, por não recepcionados pelo novo sistema jurídico.

Hoje a família deixou de ser uma célula do Estado, sendo encarada como uma célula da sociedade, e servindo como base desta, recebe especial atenção do Estado, conforme elenca o art. 226 da CRFB/88 (ARRUDA NETO 2005, *apud* DIAS, 2011 p. 29).

No entender de Gonçalves (2011, p. 17) o direito de família é o ramo mais intimamente ligado à própria vida, é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social.

Todavia, o Código Civil de 2002 e a Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988, não deram uma definição específica a família, uma vez que não há identidade de conceitos tanto no direito como na sociologia, pois dentro do próprio direito a sua natureza e a sua extensão variam conforme o ramo (GONÇALVEZ, 2011. p. 17).

A família em uma visão geral abrange todas as pessoas ligadas por um vínculo consanguíneo e que procedem de um tronco ancestral comum, também é definido como família os unidos por afinidade e pela adoção (GONÇALVEZ, 2011. p. 17).

Hoje por direito das famílias entende-se simplesmente aquele que tem por objetivo as relações afetivas (DIAS, 2011, p. 42). E este regulará as relações em que o afeto

seja elemento fundamental, independente da existência ou não do casamento civil ou religioso, união estável ou homoafetiva, ou que os filhos tenham havidos naturalmente ou por meio de reprodução assistida.

A valorização do afeto e das pessoas trouxe uma “moderna concepção jurídica de família, gradativamente construída, deslocou-se do aspecto desigual, formal e patrimonial para o aspecto pessoal e igualitário” (CARBONERA, 1998, p. 273).

Agora a família se constitui, não só pelo casamento, mas também, pela união estável estabelecida entre homem e mulher. Quer seja uma união formal ou informal, com laços oficiais ou sem estes, a entidade familiar, sob suas mais variadas formas sociais, está hoje colocada sob a proteção do Estado, proteção esta definida na Constituição Federal de 1988, no seu artigo 226, § 3º (BRASIL, 2012).

Conforme Leite (1991, p. 41) o direito reconhece, finalmente, a nova família, “estruturada nas relações de autenticidade, afeto, amor, diálogo e igualdade, em nada se confunde com o modelo tradicional, quase sempre próximo da hipocrisia, da falsidade institucionalizada, do fingimento”.

3.2 PODER DE FAMÍLIA

Poder de Família é uma expressão nova. Corresponde ao antigo pátrio poder advindo do direito romano: *pater potes ta*. Significava um direito absoluto e ilimitado conferido ao fecho da organização familiar sobre a pessoa do filho (RODRIGUES, 2004, p. 353).

A organização familiar, como podia se chamar, antigamente, não se limitava em relações individuais, visto que relações sexuais ocorriam entre todos os membros que integravam a tribo, desta forma, ficava evidente o desconhecimento do pai biológico dos filhos gerados no ventre das mulheres da tribo. Desta forma, a criança passava todo o tempo com a mãe que a alimentava e educava. Posteriormente, na vida primitiva, a falta de mulheres e o excesso de guerra, deixavam os homens com extrema carência sexual, o que os faziam buscar relações com mulheres de outras tribos. A partir daí, o homem começa a buscar a individualização e a exclusividade nas relações, nascendo à monogamia e com ela o exercício do poder paterno (VENOSA, 2002, p. 17/19).

A Lei das XII Tábuas fazia referência ao pátrio poder conforme descreve Nogueira, (2012 *apud* CICCO, 1993, p. 22):

TÁBUA QUARTA: Do pátrio poder e do casamento. 1 - É permitido ao pai matar o filho que nasceu disforme, mediante o julgamento de cinco vizinhos. 2 - O pai terá sobre os filhos nascidos de casamento legítimo o direito de vida e de morte e o poder de vendê-los. 3 - Se o pai vender o filho três vezes, que esse filho não recaia mais sob o poder paterno. 4 - Se um filho póstumo nascer até o décimo mês após a dissolução do matrimônio, que esse filho seja reputado ilegítimo (...)

Coulanges (1971 *apud* VERONESE; GOVÊA e SILVA, 2005, p. 15) em sua obra “Cidade Antiga” descreve a importância dos cultos aos antepassados para o surgimento do pátrio poder. Segundo o autor “a família não recebeu as leis da Cidade” e sim da religião, pois através da religião era permitido vender o filho ou até mesmo matar seu filho. Quando a Cidade começou a instituir suas leis, prevaleceram às leis já existentes baseadas nos costumes da época e com aceitação universal, deste modo a Cidade começou a aceitá-la, não ousando fazer modificações, a não ser claro, com o passar dos tempos.

Veronese; Gouvêa e Silva (2005 p. 15) ressaltam que se não foi a Cidade-Estado que criou o poder de família, apenas reconheceu então algo já existente, sendo sua origem muito mais remota.

Conforme o direito primitivo, a propriedade da família era indivisível e os filhos não se separavam entre si quando ocorria a morte do pai. Desta maneira o nascimento não era o princípio de parentesco, e sim o culto (VERONESE; GOVÊA e SILVA, 2005, p. 16).

O *pater* tinha poderes ilimitados sobre os filhos, enquanto a mãe, totalmente submissa, nada podia decidir quanto à educação dos filhos. *Pater familias* era o mais elevado estatuto familiar *status familiae* na Roma Antiga, sempre uma posição masculina. O termo Latim significa, literalmente, pai da família. O termo *pater* se refere a um território ou jurisdição governada por um patriarca. O uso do termo no sentido de orientação masculina da organização social aparece pela primeira vez entre os hebreus no século IV para qualificar o líder de uma sociedade judaica, o termo seria originário do grego helenístico para denominar um líder de comunidade (DILL; CALDERAN, 2012).

No Brasil, o poder de família veio com os portugueses, sob influência Romana, pois vigoravam no as ordenações, leis e decretos promulgados pelos reis de Portugal, já que Portugal a partir de 1500 passa a colonizar nosso país trazendo consigo seu ordenamento, que vigorava na época, o catolicismo. O catolicismo, além de ter sido um forte instrumento de

colonização, influenciou notoriamente o ordenamento jurídico brasileiro, monopolizando a celebração do casamento ao elevá-lo à categoria de sacramento (BEVILAQUA 1976, *apud* QUEIROZ, 2012, p. 144).

A vinda de D. João VI ao Brasil, trouxe consigo a vigência do ordenamento português, a época as Ordenações Filipinas, datadas do ano de 1603, fundadas no direito canônico, pois o Brasil passou a se tornar um prolongamento do Estado Português, e desta forma no que tange ao direito das famílias, somente era reconhecido como casamento aquele realizado sob a égide da Igreja Católica (QUEIROZ, 2012, p. 144).

Nesta época, conforme disciplinavam as Ordenações Filipinas, o pátrio poder se estendia por toda a vida, pois era compreendido como um poder *pater familias*, mas somente em relação aos filhos legítimos e legitimados.

Existia, assim, no direito da época, a figura do pátrio poder, concebido, num primeiro momento, com a absoluta fereza romana com a que fora transplantado para Portugal, posto que compreendido como um poder do *pater familias* que durava toda a existência, e somente com relação aos filhos legítimos e legitimados, conforme disciplinavam as Ordenações Filipinas (MIRANDA, 2000, p. 144)

Rocha, (1960 *apud* COMEL, 2003. p. 24) descreve que nesta época, cabia a mãe apenas certos direitos relativos à educação filial. O filho só alcançava maioridade com 25 anos de idade, e caso com essa idade continuasse sob dependência do pai, não era cessado o pátrio poder sobre o filho maior.

Havia também, distinção entre filhos legítimos ou legitimados e naturais, pois o pátrio poder só dizia respeito aos primeiros, não alcançando os filhos naturais e os espúrios. Cabia ao pai com efeito ao pátrio poder educar os filhos e dar-lhes uma profissão, de acordo com suas posses e condições financeiras (ROCHA 1960 *apud* COMEL, 2003. p. 24).

A educação dos filhos estendia-se a castigos de forma moderada, e caso os castigos não era suficiente, o pai podia entregar o filho aos magistrados de polícia, onde o sistema de polícia o reeducava (ROCHA 1960 *apud* COMEL, 2003. p. 24).

No direito Clássico (126 a.C a 305 a.C), segundo Veronese; Gouvêa e Silva (2005 p. 17) as *civitas* rompem com o direito arcaico e passam para o sistema social, pois o sistema social vai se modificando e perdendo sua força. Exemplo dessa modificação é que nessa época o *pater* não possuía o direito de matar a sua prole. Outras transformações acontecem:

Se o filho entra para as forças armadas poderá dispor de um pecúlio, que é chamado “*peculium castrense*”; se o filho sofre maus tratos e ele é dado o recurso “*extra ordinem*”; se o filho menor é abandonado, o pai pode ser punido com a pena capital. O pai poderá vender o filho somente no caso de extremo estado de penúria. Depreende-se pelo exposto que no Direito Romano Clássico, a autoridade absoluta do pai foi abrandada e seus efeitos diminuídos (VERONESE; GOUVÊA e SILVA, 2005. p. 17).

Já na época de Augusto (27 a.C a 14 d.C) ocorre um retorno aos antigos costumes em relação ao pátrio poder. Conforme descreve Veronese; Gouvêa e Silva (2005 p. 17) os costumes ancestrais só serão admitidos quando não se opuserem à ordem jurídica romana.

O cristianismo trás consideráveis mudanças para o pátrio poder, pois este torna-se a religião oficial do Estado Romano. Aqui há uma nova concepção sobre o indivíduo e o Estado, pois as leis antigas recebem agora uma nova interpretação, “proibi-se a venda dos filhos, sua morte ou entrega o credores, pois o cristianismo ensina o amor mútuo entre pais e filhos. O sacerdócio, até então exercido pelo pai passa para as mãos do clero, perdendo a autoridade paterna e seu caráter sacral” (VERONESE; GOUVÊA E SILVA, 2005 p. 18).

Gonçalves, (2011, p. 413) preleciona:

Modernamente, graças à influência do Cristianismo, o poder de família constitui um conjunto de deveres, transformando-se em instituto de caráter eminentemente protetivo, que transcende a órbita do direito privado para ingressar no âmbito do direito público. Interessa ao Estado, com efeito, assegurar das gerações novas, que representam o futuro da sociedade e da nação. Desse modo, o poder familiar não é mais do que um *múnus* público, imposto pelo Estado aos pais a fim de que zelem pelo futuro de seus filhos.

A evolução do termo poder familiar, antes intitulado pátrio-poder, deixar de ser o poder que o pai detinha sobre a vida e morte dos filhos, passando a ser um *múnus* público, um poder/dever dos pais no interesse dos filhos. Foi em virtude do reconhecimento dos filhos como seres humanos dotados de dignidade, que se passou a reconhecer seus direitos, destacando o direito/dever de convívio com ambos os pais, independente de coabitação (DILL; CALDERAN 2012).

Atualmente, poder de família é a denominação adotada pelo atual Código Civil, previsto no art. 1630 para substituir a expressão pátrio poder, tratada no art. 379 do Código Civil de 1916. (RIZZARDO, 2011. p. 535).

Segundo Netto Lôbo, (2003 *apud* GONÇALVES, 2011. p. 413) a denominação poder de família é mais apropriada que pátrio poder, instituto este utilizado pelo Código de 1916, não é a mais adequada, porque ainda se reporta ao poder. Em algumas legislações e

doutrinas usa-se o termo “autoridade parental”, pois traduz melhor o exercício de função legítima fundada no interesse de outro indivíduo, e não em coação física ou psíquica, inerente ao poder.

Com o passar dos tempos este entendimento de poder absoluto do pai de família foi superado. A autoridade dos pais passa a ser agora consequência de diálogo e entendimento entre ambos, onde a igualdade entre os membros da família passa a ser total. Em vez da autoridade absoluta do pai sobre o filho, prepondera-se direitos e deveres em uma proposição justa e equânime no convívio familiar (RIZZARD, 2011. p. 535).

Hoje existe legislação especial consagrando proteção integral à criança e ao adolescente. Além de legislação especial o caput do art. 227 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, lei maior consagra em seu texto que é dever da família (incluindo os pais como principais obrigados), do Estado e da Sociedade a garantia de seus direitos (COMEL, 2003. p. 61).

O Código Civil de 2002, apesar de não mencionar o “pátrio poder”, faz uso da expressão “poder familiar” a fim de identificá-lo com a autoridade parental, parecendo indicar um deslocamento de poder da figura do pai, o pátrio poder, para um poder compartilhado por ambos os pais, o poder de familiar (BRASIL, 2012-F).

Lôbo (2010, p. 292) descreve que a alteração que se operou na seara jurídica foi muito mais profunda, na medida em que o interesse dos pais está condicionado ao interesse do filho, ou melhor, ao interesse de sua realização como pessoa em desenvolvimento.

3.3 NATUREZA JURÍDICA DO PODER DE FAMÍLIA

O Poder de Família envolve um contexto de normas concernentes aos direitos e deveres dos pais relativos à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados. É um poder reconhecido pela lei como meio de atuar no cumprimento de um dever (MACHADO FILHO, 2012).

Comel, (2003, p. 60) considera que, o poder de família é originário do direito natural. Afirmção esta se encontra embasada no sentido de quem da à vida aos filhos são os pais, por ato de vontade único e exclusivo de responsabilidades suas, numa ordem imperativa da natureza.

Cunha Gonçalves (1955 *apud* GONÇALVES, 2011. p. 412) ressalta que o poder de família resulta de uma necessidade natural, pois constituída a família e nascidos os filhos, alimentá-los e deixá-los crescer apenas não é suficiente, há que educá-los e dirigi-los.

Os pais por ordem da natureza são os mais indicados em educar, amparar, defender, guardar, cuidar dos interesses dos filhos, em suma, ter a regência de sua pessoa e de seus bens (ORLANDO GOMES, 1997, p. 116).

Em outras palavras o fim do poder materno ou paterno não é uma mera prerrogativa disponível do pai ou da mãe, eles devem estar obrigados a exercê-los e de forma pessoal já que este poder é indelegável a terceiros (MACHADO FILHO, 2012).

Neste entendimento preleciona Venosa (2005, p. 355)

[...] hoje preponderam direitos e deveres numa proposição justa e equânime no convívio familiar; os filhos não são mais vistos como esperança de futuro auxílio aos pais. O poder não é exercício de uma autoridade, mas de um encargo imposto pela maternidade e paternidade, decorrente da lei.

Conforme o Código Civil de 2002, o poder de família possui caráter protetivo, onde é do interesse do Estado, assegurar a proteção das novas gerações, pois elas constituem matéria-prima da sociedade futura. Por isso o poder de família nada mais é do que um encargo público imposto pelo Estado a zelar pelos seus filhos (BRASIL, 2012-F).

Rocha, (1978 *apud* RIZZARDO, 2011. p. 535) apresenta o poder de família como uma função:

[...] que é feita de direitos e deveres. Ao direito do pai responde ao dever do filho. E mais: o pai tem direitos para que possa haver-se convenientemente de seus deveres. Nem só direitos, nem só deveres. Mas direitos e deveres que se ajustam que formam uma verdadeira coerência funcional, para a satisfação de fins que transcendem os interesses puramente individualistas.

Como preleciona Cunha Gonçalves, (1955 *apud* GONÇALVES, 2011. p. 412):

Os filhos adquirem direitos e bens, sem ser por via de sucessão dos pais. Há, pois, que defender e administrar esses direitos e bens; e para este fim, representá-los em juízo ou fora dele. Por isso, aos pais foi concedida ou atribuída uma função semipública, designada por poder paternal ou pátrio poder, que principia desde o nascimento do primeiro filho, e se traduz por uma série de direitos-deveres, isto é, direitos em face de terceiros e que são, em face dos filhos, deveres legais e morais.

Ao se falar na natureza do poder de família, Miranda (2000, *apud* COMEL, 2003, p.61) descreve que esta possui o mesmo entendimento no que diz respeito ao poder de família ser originário do direito natural, onde os direitos concedidos aos pais servem para a realização de seus deveres com relação aos filhos. Entende o autor como o poder de família: “Conjunto de direitos concedidos ao pai ou à própria mãe, a fim de que graças a eles, possa melhor desempenhar sua missão de guardar, defender e educar os filhos, formando-os robustecendo-o para a sociedade e a vida”

Pode-se afirmar hoje que o poder de família seja efetivamente uma função conferida aos pais para garantir a proteção dos filhos até completar a maioridade, proporcionando melhores condições de desenvolvimento na formação do caráter e da cidadania, sempre em defesa de seus interesses (COMEL, 2003. p. 63).

Nesse sentido aos pais impõe-se um conjunto de prerrogativas a fim de que possam efetivamente cumprir com a obrigação devida. Com a imposição dessas prerrogativas impostas pelos pais aos filhos têm-se a idéia de poder, mas não como um direito subjetivo, de um poder concedido pelo ordenamento jurídico como meio para a satisfação de seus interesses, mas sim de um instrumento de realização da função paterna, e sempre no interesse dos filhos (COMEL, 2003. p. 62).

Álvarez, (1988, *apud* COMEL, 2003. p. 62/63) nesse sentido preleciona:

[...] *patria potestad* é um direito subjetivo, porque as facultades ou poderes que o ordenamento jurídico reconhece aos pais em relação aos filhos são simplesmente consequência do conjunto de deveres que sobre aquelas pesam a respeito da educação, criação e formação destes. O importante, diz o autor, “es la formación y la buena crianza de los hijos y no los derechos facultades de los padres”.

O poder de família atualmente possui então a função de um pátrio dever, pois o complexo de direitos e deveres que é assegurado aos pais em relação aos filhos, no campo patrimonial, pessoal, visando justamente a sua proteção, enquanto menores e não emancipados. Persegue-se sua segurança, saúde e moralidade. O poder de família é um instituto dos filhos e não dos pais (VIANA, 1998, p. 266).

3.4 CATACTERISTICAS DO PODER DE FAMÍLIA

O poder familiar constitui uma responsabilidade comum dos genitores, de prestar aos filhos, enquanto civilmente incapazes, o necessário ao seu sustento, proporcionando-lhes,

alimentação, vestuário, educação, moradia, lazer, assistência à saúde, em conformidade com os artigos 227 da Constituição Federal e o 22 do ECA. Art. 22: “Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais” (BRASIL, 2012-E).

Cunha (1955, *apud* GONÇALVES, 2011. p. 414) prescreve que o poder paternal faz parte do estado das pessoas e por isso não pode ser alienado nem renunciado, delegado ou substabelecido, pois qualquer convenção, em que o pai ou a mãe abdicuem desse poder, será nula.

O art. 1.630 do Código Civil preceitua que “os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores”. Este dispositivo abrange os filhos menores não emancipados, havidos ou não no casamento, ou resultante de outra origem, bem como os adotivos (BRASIL, 2012-F).

Constitui-se por característica do poder de família um *mínus* público, ou seja, uma espécie de função correspondente a um cargo privado, sendo o poder de família um direito-função e um poder-dever, estando numa posição intermediária entre o poder e o direito subjetivo, sendo um poder irrenunciável (DINIZ, 2007, p 377).

Diniz (2007, p. 378) destaca que “o poder familiar decorre tanto da paternidade natural como da filiação legal, e é irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível. As obrigações que dele fluem são personalíssimas”.

Sobre as características Ishida (2003, p. 50 *apud* MACHADO FILHO, 2012) ressalta que:

O poder de família apresenta características bem marcantes:

- a) é um *mínus* público, uma espécie de função correspondente a um cargo privado (poder-dever);
- b) é irrenunciável: deles os pais não podem abrir mão;
- c) é inalienável: não podem ser transferidos pelos pais a outrem, a título gratuito ou oneroso; todavia os respectivos atributos podem em casos expressamente contemplados na lei ser confiados a outra pessoa (ou seja, na adoção e na suspensão do poder dos pais);
- d) é imprescritível: dele não decai o genitor pelo simples fato de deixá-lo de exercê-lo; somente poderá o genitor perdê-lo nos casos previstos em lei;
- e) é incompatível com a tutela, o que é bem demonstrado pela norma do parágrafo único do art. 36 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

3.4.1 Indisponibilidade e Irrenunciabilidade

O poder de família é um atributo de relações jurídicas no que diz respeito aos direitos e deveres dos pais em relação à assistência, proteção e representação dos filhos

menores, ele integra o estado de família materno-paterno-filial correlativo, ou seja, as relações jurídicas emergentes do poder de família (PEREIRA, 2004).

Segundo Pereira, (2004, p. 241) durante o casamento e a união estável a competência do poder de família é dos pais, na falta ou impedimento de um deles, o outro exercerá com exclusividade, onde “a *Pátria Potestas*, como direito de família puro, é indisponível, no sentido de o pai não pode abrir mão dele [...]”.

Venosa (2005, p. 358) entende que a indisponibilidade diz respeito em que os pais não podem modificar dispor ou renunciar a titularidade ao exercício do poder de família, abdicando de seus direitos e deveres que são o seu conteúdo.

A indisponibilidade importa a indelegabilidade, pois se os pais não estão impedidos de exercer o poder de família, devem estes exercer pessoalmente (MACHADO FILHO, 2012).

Ocorre que o Código Civil, em seu art. 1.631 admite uma delegabilidade restrita em casos graves, como por exemplo, “na falta ou impedimento de um deles, o outro exercerá com exclusividade” (BRASIL, 2012-E).

Todavia, o poder de família é indisponível, pelo fato de que a paternidade natural ou legal, não pode ser transferida por iniciativa de quem o detém, para terceiros (MACHADO FILHO, 2012).

No caso de adoção, entende Venosa (2005, p. 361), que o poder de família não é transferido, e sim, ocorre apenas a renúncia deste.

O poder de família é irrenunciável conforme Rizzardo (2011, p. 539) pelo fato de que não se permite a transferência do encargo. Na prática, porém, há um caso em que os pais podem renunciar o poder de família, a adoção, previsto no art. 166 da Lei nº 8.069/90, onde os pais declaram expressamente que consentem na transferência do poder familiar (RIZZARDO, 2011. p. 539).

O art. 27 do ECA confirma que o estado de irrenunciabilidade da filiação onde descreve: “O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça” (BRASIL, 2012-D).

O poder familiar atribui aos pais inúmeros deveres e direitos irrenunciáveis, entre eles o dever de tê-los em sua guarda e companhia (DILL; CALDERAN, 2012).

No mesmo sentido Gomes (2000, p. 390) comenta que o poder familiar compreende disposições legais dos deveres atribuídos aos pais, para que cuidem dos

interesses de seus filhos menores. Os encargos do poder familiar, todavia, podem ser confiados a outras pessoas que não seja os pais, mas o poder familiar, em sua integridade, é irrenunciável.

3.4.2 Imprescritibilidade

É imprescritível o poder de família porque este não se extingue com o seu não exercício. Ainda que os pais por longos anos possuam a prerrogativa de nomear tutor ao filho, poderão sempre fazê-lo a qualquer tempo, desde que investido na função. Poderão também da mesma maneira reclamar o filho de quem ilegalmente o detenha (VERONESE; GOUVÊA E SILVA, 2005 p. 76).

Monteiro, (2003 *apud* DILL e CALDERAN, 2012) descreve “Essa imprescritibilidade descansa na conexão existente entre o interesse do indivíduo e o do Estado. Além disso, o *status families* implica coincidência de direitos e deveres, que impede que alguém se isente de seus deveres, despojando-se dos direitos que porventura lhe assistam”.

O Código Civil em seu art. 197 descreve: “Não corre a prescrição: [...] II - entre ascendentes e descendentes, durante o poder familiar” (BRASIL, 2012-F).

Conforme Gonçalves, (2011, p. 414) é imprescritível, vale dizer que, não decai o genitor pelo fato de deixar de exercitá-lo. O poder de família somente pode perder-se definitivamente ou temporariamente nos casos previstos em lei. É ainda incompatível com a tutela, não se podendo nomear tutor a menor cujos pais não foram suspensos ou destituídos do poder familiar.

3.4.3 Temporariedade

O poder de família não é perpetuo, pois termina com a emancipação ou a maior idade, ou seja, quando o filho pode prescindir da tutela de seus genitores (ELIAS, 1999, p. 31).

O art. 5º, do atual Código Civil Brasileiro, descreve que a maioridade cessa aos 18 anos de idade, quando o jovem fica habilitado a praticar todos os atos da vida civil (BRASIL, 2012-E).

Preceitua ainda o art. 5º do CC, nos inc. I à V, que a capacidade civil pode terminar pela concessão dos pais, ou apenas de um deles, na falta do outro, mediante instrumento público, independente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos; pelo casamento, pelo exercício de emprego público efetivo, pela colação de grau em curso de ensino superior e pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor de dezesseis anos completos tenha economia própria (BRASIL, 2012-F).

Os pais precisam estar presentes na vida de seus filhos e esse dever é fundamental para que os mesmos possam crescer e se desenvolver. Desta feita, mesmo no caso de não haver coabitação com os genitores ou nos casos de separação, o poder familiar persistirá conjuntamente aos deveres intrínsecos a ele, devendo ser respeitados e cumpridos integralmente (DILL; CALDERAN, 2012).

3.5 O EXERCÍCIO DO PODER DE FAMÍLIA E SUAS LIMITAÇÕES

O exercício do poder de família é um compromisso assumido pelos pais para com a sociedade. Se por acaso não tiver a contento o desempenho do *munus* paterno, devem os pais prestar conta a sociedade, a maior interessada no contexto familiar (CARVALHO, 1995).

Este exercício abrange um complexo de deveres, a título de exemplo impostos pela lei em benefício da prole, de acordo com o artigo 1.634 do Código Civil:

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I - dirigir-lhes a criação e educação;

II - tê-los em sua companhia e guarda;

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição (BRASIL, 2012-F).

É dever dos pais criar e educar os filhos. Não obstante, nem sempre essa tarefa é desempenhada com afeto e dedicação dos quais precisam uma criança. Venosa (2004, p. 374) relaciona a importância deste dever para a formação da pessoa dos filhos:

Cabe aos pais primordialmente, dirigir a criação e a educação dos filhos, para proporcionar-lhes a sobrevivência. Compete aos pais tornar seus filhos úteis à sociedade. A atitude dos pais é fundamental para a formação da criança. Falando com esse dever, o progenitor faltoso submete-se a reprimendas [...].

A CRFB/1988 estabelece que sejam os pais que têm o dever de educar, assistir e criar os filhos menores, conforme preceitua o art. 229 *in verbis*: “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade” (BRASIL, 2012).

O dever da criação e educação dos filhos menores, elencados no inc. I do art. 1634 do CC, é o mais importante de todos, pois incumbe aos pais velar não só pelo sustento dos filhos, como pela sua formação de acordo com seus recursos, a fim de torná-los úteis a si, à família e a sociedade. O encargo envolve, além do zelo material, para que o filho fisicamente sobreviva, o moral, para que, por meio da educação, forme seu espírito e seu caráter (RODRIGUES, 2003. p. 402).

Em sentido amplo, “criar”, significa cultivar, educar, fazer crescer, promover o crescimento, em sentido jurídico, o dever de criar implica em assegurar aos filhos todos os direitos fundamentais à pessoa humana, é garantir o bem-estar físico do filho, o que inclui sustento alimentar, cuidado com a saúde e tudo o que for necessário para a sobrevivência (COMEL, 2003. p. 98).

Castro, (2012) descreve que “a educação abrange não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, o afeto, amor, carinho, ir ao parque, jogar futebol, brincar, passear, visitar, estabelecer paradigmas, criar condições para que a presença do pai ajude no desenvolvimento da criança”.

A permanência na companhia dos pais, diz respeito à própria convivência onde é imposta a educação e a criação (RIZZARDO, 2011. p. 542).

No descrever de Comel (2003, p. 102/103), a educação acontece em dois planos: o informal e o formal. Informalmente acontece mediante a atuação direta dos pais na vida dos filhos, em contato direto com eles, essa maneira de educar é de extrema importância, pois é determinante ao desenvolvimento da personalidade.

É uma forma de passar aos filhos os valores importantes que se tem, é revestido de afeto e emoção, que só podem ser demonstrados com a convivência espontânea com o filho, ajudando-os a amadurecer e aprimorar sua personalidade. A educação formal consiste na escolaridade realizada nos estabelecimentos de ensino, é direito garantido por lei, bem como o acesso a escola pública. Nesse sentido, a função dos pais consiste na escolha do estabelecimento escolar, no ato de matriculá-lo e acompanhá-lo durante o aprendizado (COMEL, 2003, p. 103)

A educação formal não deve ser função somente dos educadores, é importante a participação dos pais no processo pedagógico e educativo o qual o filho está sendo submetido (COMEL, 2003, p. 104)

Segundo Lôbo Neto (2002, *apud* Nogueira, 2012) o direito de educar vem ligado ao direito de corrigir. Durante a tarefa educacional os pais podem encontrar resistência com relação à forma disciplinar empreendida, sendo assim, é necessário uma continua correção, impondo ao filho limites necessários. No entanto, existe a possibilidade de os pais castigarem o filho na tentativa de corrigi-los, mas entende-se que tudo que possa ofender a integridade física ou mental do filho é caracterizado como castigo imoderado, não podendo ser aplicado, sob pena da destituição do poder familiar.

Ter em sua companhia e guarda, trata-se, com efeito, de direito e ao mesmo tempo, dever, porque ao pai incumbe criar e igualmente guardar. Portanto entregar o filho a pessoa inidônea pode configurar crime, conforme art. 245 do Código Penal (GONÇALVES, 2011. p. 419).

Pontes de Miranda (1947 *apud* GONÇALVES, 2011. p. 419) assinala que:

O pai não poderia bem prover à educação do filho, sem ter o direito de obrigá-lo a residir na casa paterna, ou em qualquer lugar que lhe aprouvesse, como colégio, escola de artífices, etc.; fixar-lhe as horas de trabalho e estudo; proibir-lhe diversões licenciosas, determinar o momento em que lhe deve recolher, etc. o conjunto desses pequenos direitos paternos é o que constitui o dever do filho de ficar na companhia e sob a guarda do pai.

O direito-dever de companhia e guarda cabe em iguais condições para ambos os pais. Caso estes estejam separados de fato a tendência é manter o *status quo*, deixando assim os filhos com quem que se encontre, até na separação judicial, onde o juiz vai determinar a guarda (GONÇALVES, 2011. p. 419).

Ter o filho em companhia é função essencial do poder de família e não significa apenas morar com o filho, é importante uma convivência continua e permanente,

estabelecendo assim maior proximidade com grande troca de experiências, sentimentos e informações, bem como protegê-lo dos perigos a que ficam expostos (COMEL, 2003. p. 111)

A permanência na companhia dos pais denota a idéia de maior atenção, afeto e confiança.

O inciso III do art. 1.634 do Código Civil está intimamente ligado ao artigo 1.517 do mesmo, no que diz que “o homem e a mulher com 16 anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingirem a maioridade civil”. Faz parte do dever de representação e assistência do filho o dever de conceder ou negar o consentimento para o casamento (BRASIL, 2012-F).

No descrever de Rizzardo (2011, p. 541), o ato de representar ou assistir os filhos na vida civil está atribuído a qualquer um dos genitores, visto que o menor é capaz de ter direitos e não de exercê-los, dependendo dessa forma de seus progenitores. A obediência e o respeito correspondem a condutas de grande importância na vida familiar e cada vez mais vem perdendo força no seio familiar, visto que exigir o respeito e obediência está em crise.

O poder de família não se reduz aos incisos do artigo 1.634 do Código Civil, que tratam de criação, educação, assistência, representação, dentre outros. Esse poder deve ser entendido como a obrigação dos pais de dar aos filhos, sentimentos positivos, tais como o afeto e o amor, contribuindo dessa forma, para o desenvolvimento de sua personalidade (NOGUEIRA, 2012).

Segundo, Rizzardo (2011, p. 543) não se encontra qualquer menção relativa a castigos físicos ou corporais. Por dedução do art. 1638, inc. I do Código Civil que proíbe apenas os castigos imoderados depreende-se que é autorizada a aplicação de castigos, desde que não cheguem a maus tratos, ou revelem a prática de violência contra a integridade física e psíquica do menor.

4. DIREITO DE LIBERDADE DE CRENÇA DO ADOLESCENTE E O PODER FAMILIAR

4.1 BREVE INTRODUÇÃO AO CONCEITO DE LIBERDADE.

O vocábulo liberdade é derivado do latim *libertas*, de *liber* (livre), indicando genericamente a condição livre ou estado de livre (PEREIRA, 2008, p. 139).

É considerada como a possibilidade de coordenação consciente para a felicidade. Hayek (1978 *apud* PEREIRA, 2008, p. 139) descreve que:

Liberdade não apenas significa que o indivíduo tem a oportunidade e, ao mesmo tempo, a responsabilidade de escolher, também significa que deve arcar com as consequências de suas ações, pelas quais será louvado ou criticado. Liberdade e responsabilidade são inseparáveis.

Deste modo, transmitir ao adolescente a idéia ou sentimento de liberdade não é incentivá-lo a romper com os limites que a própria vida e os adultos lhe impõem, mas é conscientizá-los das razões desses limites e dar-lhe alternativas de opção consciente diante deles (PEREIRA, 2008, p. 140).

A liberdade como ausência de coerção, é um estado no qual o indivíduo não está sujeito à coerção pela vontade arbitrária de outrem, a política de liberdade deve consistir,

portanto, deve-se minimizar a coerção ou seus efeitos negativos, mesmo que não os possa eliminar completamente (HAYEK, 1978 *apud* PEREIRA, 2008, p.140).

A liberdade interior é entendida como a possibilidade de pautar-se em suas ações por sua própria vontade e consciência, e não por circunstâncias ou impulsos momentâneos (HAYEK, 1978 *apud* PEREIRA, 2008, p.140).

A liberdade possui como elementos não apenas fatores quantitativos, mas traz consigo os fatores qualitativos:

Somos propensos a pensar que o problema da liberdade é exclusivamente o de conquistar ainda mais liberdade do tipo que já conquistamos no decurso da História moderna e a crer que a defesa é tudo que necessitamos. Propõe que não só temos que conversar e aumentar a liberdade tradicional, porém que temos que obter um novo tipo de liberdade, aquela que nos habilita a realizar nosso próprio eu individual, a ter fé neste eu e na vida (FROMM, 1983 *apud* PEREIRA, 2008, p. 140).

Já a liberdade negativa é quando alguém é livre na medida em que nenhum outro homem ou nenhum outro grupo de homens interfere nas atividades desse alguém, é a área em que o homem pode agir sem nenhuma interferência de outros. Por liberdade positiva tem origem no desejo do indivíduo de ser seu próprio amo e senhor, suas decisões dependem de si mesmo e não de forças externas de qualquer outro tipo (ISAIAH, 1981 *apud* PEREIRA, 2008, p. 141).

Importante ressaltar a liberdade do processo educativo, pois interfere consideravelmente na vida do adolescente. Fromm (1983, *apud* PEREIRA, 2008, p. 141) descreve que um dos objetivos da educação é eliminar a reação antagônica de hostilidade e rebeldia que vão desde as ameaças e castigos que atemorizam o adolescente, até os meios sutis de suborno e exploração que às vezes os confundem, fazendo até mesmo desistir de sua hostilidade, tarefa não tão fácil, visto que o adolescente possui capacidade acentuada para notar qualidades negativas nos outros sem serem iludidos pelos outros por palavras, como ocorre com os adultos.

Não menos importante, a chamada liberdade objetiva, que se manifesta na liberdade de fazer, de atuar, possuindo um conteúdo que se manifesta sob vários aspectos em função da multiplicidade de objetos da atividade humana. À vista desses modos particulares de expressão é que se tem a liberdade da pessoa física na liberdade de locomoção, de circulação, ou liberdade de ir, vir e de estar, liberdade de pensamento, que inclui as liberdades

de opinião, de religião, crença, informação artística, comunicação do conhecimento, liberdade de expressão coletiva em suas várias formas de reunião, de associação, liberdade de ação profissional, que se identifica na livre escolha e de exercício de trabalho, ofício e profissão, liberdade de conteúdo econômico e social, que são as liberdades econômicas, livre iniciativa, liberdade de comércio, liberdade ou autonomia contratual, liberdade de ensino e liberdade de trabalho (SILVA, 2012).

O direito à liberdade é uma das formas expressivas dos direitos fundamentais da pessoa humana, que o Estatuto da Criança e do Adolescente menciona em vários dispositivos em favor da criança e do adolescente, como nos arts. 3º, 4º, 5º, 15, 106 e 230. Mas é o art. 15 que contém a norma atributiva do direito à liberdade à criança e ao adolescente, de acordo com os arts. 5º e 227, *caput*, da CRFB/1988 (BRASIL, 2012-E).

O ser humano é o único ser que pode eleger e criar em parte, sua própria forma de vida, somente a ele é dado escolher pelo que lhe parece melhor e decidir o que é mais conveniente para si e para os demais. Todavia tais considerações devem ser refletidas a luz do direito à liberdade da criança e do adolescente, pois é condicional à condição de pessoas em desenvolvimento (PEREIRA, 2008, p. 142).

4.1.2 Direito de Liberdade de Pensamento

A liberdade de pensamento prevê o direito de exprimir, através de qualquer meio, o intelecto humano, isto é, trata-se do direito de exteriorização ou não do pensamento, sem qualquer restrição (FERREIRA FILHO, 2008, p. 299)

Segundo Silva (2011, p. 249), caracteriza-se a liberdade de o indivíduo adotar a atitude intelectual de sua escolha: quer um pensamento íntimo, quer seja a tomada de posição pública; liberdade de dizer o que se crê verdadeiro.

Na liberdade de pensar, repousa a liberdade de consciência, de crença e de livre convicção religiosa, podendo ser exercida livremente. Por ser o homem dotado da característica de sociabilidade, é natural o interesse em propagar seu pensamento (ALMEIDA, 2010).

Ao propagar seu pensamento estar-se-á o indivíduo diante do momento exterior do pensamento, que se revela através da liberdade de manifestação de pensamento, que nada

mais seria do que um direito de propagar suas opiniões, que se encontravam no pensamento, sob a forma de valores, concepções e crenças, onde a liberdade de pensamento se torna concreta a partir desse instante, quando é permitida ao indivíduo a possibilidade de externar seu pensamento, a liberdade de opinião (ALMEIDA, 2010).

Carvalho (2009, *apud* SILVA JUNIOR, 2010) relata que o direito à liberdade de pensamento possibilita à pessoa humana formular juízos de valor sem a presença de amarras estatais ou morais impostas pela sociedade.

Neste mister, o direito à liberdade de pensamento reflete a carga valorativa do princípio da dignidade da pessoa humana. Essa liberdade poderá ser manifestada de inúmeras formas e maneiras, de modo que o livre pensamento não está preso a amarras estatais ou particulares, mas a externalização do pensamento poderá ser restrita, já que não poderá ofender a hora, imagem, intimidade e vida privada de terceiros (RIBEIRO, 2009 *apud* SILVA JUNIOR, 2010).

Moraes (2006, p. 120) descreve que liberdade de pensamento engloba não só o direito de expressar-se, oralmente, ou por escrito, mas também o direito de ouvir, assistir e ler. Proibir a manifestação de pensamento é pretender alcançar a proibição ao pensamento e, conseqüentemente, obter a unanimidade autoritária, arbitrária e irreal.

4.1.2 Direito à Liberdade de Opinião e Expressão da Criança e do Adolescente e o Poder de Família.

A Constituição da República Federativa do Brasil garante aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à liberdade em todas as suas manifestações, conforme descreve o art. 5º. Entre os brasileiros e estrangeiros residentes no país acham-se as crianças e os adolescentes de ambos os sexos. A contrapartida do direito à liberdade a estes reconhecidos no art. 5º se encontra no art. 227 que impõe à família, à sociedade e ao Estado o dever de assegurá-lo (BRASIL, 2012).

O direito de liberdade da criança é reconhecido em especial na Convenção sobre os Direitos da Criança, em suas várias manifestações: liberdade de opinião, de expressão, de informação, de pensamento, de consciência e de crença de professar uma religião, de associação e de reunião (BRASIL, 2012-C).

Sobre a liberdade de expressão descreve a Convenção sobre os Direitos da Criança:

A criança tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de procurar, receber e expandir informações e idéias de toda a espécie, sem considerações de fronteiras, sob forma oral, escrita, impressa ou artística ou por qualquer outro meio à escolha da criança (BRASIL,2012-C).

O artigo 16 do Estatuto da Criança e do Adolescente descreve:

Art. 16. Direito à liberdade compreende os seguintes aspectos: I- ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários ressalvados as restrições legais; II - opinião e de expressão; III - crença e culto religioso; IV - brincar praticar esportes e divertir-se; V - participar da vida familiar e comunitária, sem discriminações; VI - participar da vida política na forma da lei; VII - buscar refúgio, auxílio e orientação (BRASIL, 2012-E).

Essa enumeração de conteúdo da liberdade reconhecida à criança e ao adolescente não é limitativa, mesmo disciplinada por lei ordinária, possui essencialmente natureza constitucional e, na Constituição, ela é amplamente assegurada, de modo que o enunciado do artigo é puramente exemplificativo (SILVA, 2012).

Ora, se detém o ser humano o direito a pensar e opinar, não se pode olvidar que também detém o direito de expressar esse pensamento e opinião (SILVA, 2012).

O indivíduo “pode manifestar-se por meio de juízos de valor, opinião, ou da sublimação das formas em si, sem se preocupar com o eventual conteúdo valorativo destas”. (ARAUJO; NUNES JUNIOR, 2008 *apud* ALMEIDA, 2012)

A respeito da liberdade de expressão:

A liberdade de expressão consiste no direito à livre comunicação espiritual, no direito de fazer conhecer aos outros o próprio pensamento (na fórmula do art. 11º da Declaração francesa dos direitos do homem de 1789: a livre comunicação de pensamentos e opiniões). Não se trata de proteger o homem isolado, mas as relações interindividuais (‘divulgar’). Abrangem-se todas as expressões que influenciam a formação de opiniões: não só a própria opinião, de caráter mais ou menos crítico, referida ou não a aspectos de verdade, mas também a comunicação de factos (informações) (SOUSA, 1984 *apud* ALMEIDA, 2012).

Sob o manto da liberdade de expressão, encontra-se agasalhada “toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público, ou não, de importância e de valor, ou não (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 360).

A liberdade de expressão é o instrumento fundamental para o pluralismo de idéias e para o desenvolvimento da cidadania, como bem afirma o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes:

A plenitude da formação da personalidade depende de que se disponha de meios para conhecer a realidade e as suas interpretações, e isso como pressuposto mesmo para que se possa participar de debates e para que se tomem decisões relevantes. O argumento humanista, assim, acentua a liberdade de expressão como corolário da dignidade humana (MENDES, 2007, p. 350)

Por esse entendimento, todos são livres para se manifestarem da forma que acharem conveniente, sempre sujeitos, contudo, à apreciação crítica da sociedade (MENDES, 2007, p. 350).

Silva (2008, *apud* PEREIRA, 2008 p.67) ao falar de liberdade de expressão descreve: “A liberdade de expressão é o aspecto externo da liberdade de opinião. A criança e o adolescente devem sempre ser ouvidos quando queiram ou devem emitir sua opinião, normalmente nos assuntos que lhes digam respeito”.

A liberdade de expressão está consagrada no art. 5º, IX, da Constituição, onde se declara que é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura ou licença. A criança e o adolescente devem ser sempre estimulados ao exercício dessas atividades, pois a liberdade de expressão constitui um fator de formação da personalidade da mais alta relevância (PEREIRA, 2008, p. 160).

Já a liberdade de opinião esta consagrada no art. 5º, IV, da Constituição Federal. Trata-se da liberdade de o indivíduo adotar a atitude intelectual, artística e a crença de sua escolha. Liberdade de pensar e liberdade de dizer o que se creia verdadeiro (PEREIRA, 2008).

Todavia é fundamental que a pessoa tenha a capacidade de assimilar as informações e de analisá-las sob um olhar crítico, de forma que possa, por fim, tecer uma opinião sobre determinado assunto (LEAHY, 2012).

É exatamente nesse ponto que urge um tratamento diferenciado para as crianças e adolescentes, onde ainda não possuem a maturidade necessária para processar as informações com o refino necessário. Muito pelo contrário, são seres que estão em fase de formação do raciocínio crítico, que estão tendo os primeiros contatos com as diversidades do mundo. Por tal razão, se encontram muito mais em uma fase de absorção de conhecimento do que de produção do mesmo (LEAHY, 2012).

Conforme positivado no atual Código Civil, nos termos dos arts. 3º e 4º, os menores são reputados absolutamente incapazes até os 16 anos de idade, não podendo praticar

nenhum ato da vida civil, e relativamente incapaz entre os 16 e 18 anos, momento em que poderão praticar determinados atos, dependendo apenas da anuência dos pais (BRASIL, 2012-F).

Pereira (2002, p. 274) expõe:

Incapacidade absoluta dos menores – A primeira incapacidade é a que decorre da idade. O veredor dos anos e a conseqüente inexperiência, o incompleto desenvolvimento das faculdades intelectuais, a facilidade de se deixar influenciar por outrem, a falta de autodeterminação e auto-orientação impõem ao menor a completa abolição da capacidade de ação. Não pode exercer nenhum direito.

Continua o autor a respeito dos relativamente incapazes:

[...] se até os 16 anos a inexperiência e o insuficiente desenvolvimento desautorizam a participação na vida civil, a partir deste limite a pessoa já tem bastante discernimento para manifestar a sua vontade e influir nos atos em que estejam envolvidos os seus interesses, embora não em grau suficiente para proceder com plena e total autonomia (PEREIRA, 2002, p.283).

Por ser absolutamente incapaz até os 16 anos de idade, e relativamente incapaz entre os 16 e 18 anos, conforme prescreve o Código Civil, não quer dizer que a criança e o adolescente não possuem direito de liberdade de opinião e expressão (BRASIL, 2012-F).

A incapacidade aqui refere-se apenas aos direitos civis do adolescente, que todavia, possuem esta prerrogativa de poder expressar-se, dar sua opinião, no que lhe dizer respeito.

O *caput* do art. 227, a CRFB/88 descreve os inúmeros direitos em favor de crianças e adolescentes, mas devem ser a toda evidência, observados no exercício do poder familiar: o direito à vida, à saúde, à educação, a liberdade, a dignidade, etc. O art. 229, também da CRFB/88 descreve genericamente acerca desses direitos garantidos ao adolescente (BRASIL, 2012).

A criança deve ter a possibilidade de conhecer e raciocinar, para que possa formar livremente sua convicção, e esta, seja qual for, deverá ser respeitada, podendo-se, sim, estimular a criança a repensar e esta sempre disposta a reconsiderar novas idéias. Esse método é o modo de proceder de quem realmente respeita o direito da criança e do adolescente se expressar (PEREIRA, 2008, p. 143).

A cerca dos direitos garantidos pela CRFB/88 Tavares (2008, p. 547) ressalta:

Não há controvérsia sobre a guarida da criança e do adolescente, no contexto dos direitos destinados ao ser humano. [...] as crianças e os adolescentes são

necessariamente beneficiárias dos direitos garantidos constitucionais, independentemente de qualquer previsão específica nesse sentido.

O poder de família enquadra-se neste contexto com o propósito de direcionar uma melhor decisão ao adolescente, pois como já descrito este está em fase de desenvolvimento, e muitas vezes não possui discernimento necessário para optar pelo que é melhor para si. Cabe aos pais o dever de orientar o adolescente, sempre respeitando suas vontades para que futuramente não venha ser um adulto problemático (PEREIRA, 2008, p. 144).

O poder familiar é um complexo de direitos e deveres quanto à pessoa dos filhos, que no seu exercício devem ser observados, exercidos pelos pais na mais estreita colaboração, e em igualdade de condições segundo o artigo 226, § 5º, da Constituição (BRASIL, 2012).

Segundo Rizzardo (2011), desapareceu o caráter de poder ou disposição que imperava primitivamente sobre os filhos, vige então o princípio de um *múnus*, ou encargo na vida ou nos bens dos filhos, como relata San Tiago Dantes (1991, *apud* RIZZARDO, p. 537):

Pode-se dizer que trazer o conceito de dever paternal para o primeiro plano e deixar o direito, num segundo, foi uma das transformações a que o cristianismo submeteu a humanidade. Depois de realizar-se esta transformação, o conceito que se possui do pátrio poder é outro; não o julga mais uma *auctoritas*, mas um *múnus*, encargo, dever, função; é esse o modo pólo qual a consciência moderna conceitua o pátrio poder.

O pátrio poder não é uma *auctoritas*, é um *múnus*, do mesmo modo que a tutela e o poder marital, função que se atribui ao homem, para que exerça livremente, mas não no seu interesse próprio e, sim, no interesse daqueles ou daquela coisa cuja guarda lhe cabe.

Não há mais o que se falar praticamente em poder dos pais, mas em conduta de proteção, de orientação e acompanhamento dos pais através da família para a formação de seus filhos (RIZZARDO, 2011).

A família possui papel fundamental na formação de seus membros para a sociedade, mas deve limitar-se a seguir os princípios fundamentais garantidos a estes (RIZZARDO, 2011).

4.2 A LIBERDADE DE CRENÇA DO ADOLESCENTE E A INTERFERÊNCIA DOS SEUS RESPONSÁVEIS EM FACE DO PODER FAMILIAR: POSSIBILIDADE OU OBRIGATORIEDADE?

A liberdade de crença foi introduzida no pensamento jurídico através da Declaração de Direitos da Virgínia (1776), o qual descrevia que “todos os homens têm igual direito ao livre exercício da religião, segundo os ditames da consciência”. A primeira emenda à Constituição Americana (1789) previa que o “Congresso não poderá passar nenhuma lei estabelecendo uma religião, proibindo o livre exercício dos cultos” (MORAES, 1998, p.126).

No Brasil, Gonçalves (2009, p. 783) preleciona no sentido de que a liberdade de crença veio com a Constituição Brasileira de 1824, que previa explicitamente que a religião católica continuaria a ser a religião oficial do império e autorizava o culto das demais religiões, desde que fossem realizados através do denominado culto doméstico, sem propagação pública, podendo ser realizadas somente no interior das residências dos seus fiéis, ou em outros espaços físicos, porém sem contudo possuir formas que indique que o local se trata de um templo:

[...] a Constituição de 1891 instituiu o Estado laico, no que foi seguido pelas Constituições posteriores, assegurando a liberdade de crença e de culto, ao declarar, em seu art. 5º, (...) a Religião Católica Apostólica Romana como a religião do Império, sendo que todas as outras religiões seriam permitidas com o seu culto doméstico, ou particular em casas para isso destinadas, sem forma alguma exterior de templos. No império, apenas os católicos eram elegíveis para Câmara dos Deputados.

O Império manteve o catolicismo como religião oficial até ser extinto com a Proclamação da República, onde a partir da primeira Constituição Republicana, de 1891, o Brasil passa a ser classificado como um país laico. (KARAM, 2009 *apud* SILVA JUNIOR, 2010).

O catolicismo foi retirado então como religião oficial, tornando-se o Brasil um país neutro, e como consequência autorizando o indivíduo a escolher ou não uma religião, como previa o artigo 72 do referido Texto Constitucional:

Art. 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 3º - Todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum. [...] § 7º - Nenhum culto ou igreja gozará de subvenção oficial, nem terá relações de dependência ou aliança com o Governo da União ou dos Estados (KARAM, 2009 *apud* SILVA JUNIOR, 2010).

Com a neutralização do Estado na imposição da escolha da religião transporta intrinsecamente o direito de liberdade de pensamento, permitindo que o indivíduo possa

livremente escolher ou não, rejeitar, mudar ou aderir à religião que lhe for mais conveniente (MOARES, 1998, p. 127)

De acordo com Rivero e Moutouh (2006, *apud* JUNIOR SILVA, 2010), a liberdade religiosa é complexa. É garantida constitucional sob dois aspectos: liberdade de consciência, ou seja, liberdade de escolher entre o ateísmo e a adesão a uma religião entre aquelas que se propõem aos homens, e liberdade dos cultos, ou seja, liberdade da prática individual e coletiva da religião, já que a crença pode manifestar-se pela conduta individual, notada pelos que com o indivíduo convivem, sem que a pessoa pretenda com isso proselitismo.

Salienta Miranda (2000, p. 409):

A liberdade religiosa não consiste apenas em o Estado a ninguém impor qualquer religião ou a ninguém impedir de professar determinada crença. Consiste ainda, por um lado, em o Estado permitir ou propiciar a quem seguir determinada religião o cumprimento dos deveres que dela decorrem (em matéria de culto, de família ou de ensino, por exemplo) em termos razoáveis. E consiste, por outro lado (e sem que haja qualquer contradição), em o Estado não impor ou não garantir com as leis o cumprimento desses deveres. [...]

Se o Estado, apesar de conceder aos cidadãos, o direito de terem uma religião, os puser em condições que os impeçam de praticá-la, aí não haverá liberdade religiosa. E também não haverá liberdade religiosa se o Estado se transformar em polícia das consciências, emprestando o seu braço – o braço secular – às confissões religiosas para assegurar o cumprimento pelos fiéis dos deveres como membros dessas confissões.

Karam (2009, *apud* SILVA JUNIOR, 2010), descreve que a liberdade de pensamento o núcleo valorativo da liberdade de crença pois, “cada indivíduo *deve ser livre* para poder manifestar sua escolha em relação à fé em matéria transcendental, escolhendo acreditar ou não em um Deus (ou em vários deuses), escolhendo ter ou não uma religião”.

Neste mister preleciona a Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu artigo 18:

Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar a religião, assim como a liberdade de manifestar a religião ou convicção, sozinho ou em comum, tanto em público como em privado, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pelos ritos (DECLARAÇÃO...2012).

No mesmo sentido o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos no art. 18:

1. Toda pessoa terá direito à liberdade de pensamento, consciência e religião. Esse direito incluirá a liberdade de ter ou adotar uma religião ou crença de sua escolha e a liberdade de manifestar sua religião ou crença, individualmente ou coletivamente, pública ou privadamente, por meios de cultos, celebrações, práticas e ensino. 2. Ninguém será submetido a coerções que possam restringir sua liberdade de ter ou

adotar uma religião ou uma crença de sua escolha. 3. A liberdade de manifestar a própria religião ou as próprias crenças só poderá estar sujeita a limitações estabelecidas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral pública ou os direitos fundamentais e as liberdades das demais pessoas. 4. Os Estados-Partes no presente pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais e, quando for o caso, de tutores legais, de assegurar a educação moral e religiosa de seus filhos, de acordo com suas próprias convicções (BRASIL, 2012-D).

Na liberdade de crença entra a liberdade de escolha da religião, a liberdade de aderir a qualquer seita religiosa, a liberdade, ou o direito, de mudar de religião, mas também compreende a liberdade de não aderir a religião alguma, assim como a liberdade de descrença, a liberdade de ser ateu e de exprimir o livre agnosticismo. Mas não compreende a liberdade de embaraçar o livre exercício de qualquer religião, de qualquer crença, pois também a liberdade de alguém vai até onde não prejudique a liberdade dos outros (SILVA, 2011, p. 248).

A liberdade religiosa é um direito fundamental, impondo ao Estado um dever de não - fazer, de não – interferir, naquelas áreas reservadas ao indivíduo. No que diz respeito à liberdade religiosa o artigo 5º da Constituição Federal destaca em seus incisos VI e VIII:

VI-é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; [...] VIII – ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política [...] (BRASIL, 2012).

A liberdade religiosa constitui, a um direito de 1ª geração, ou seja, um limite a ser respeitado pelo Estado. Conforme Soriano (2006, *apud* FERNANDES, 2010), a liberdade religiosa e os demais direitos humanos assegurados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, podem ser considerados sob dois aspectos, primeiro como direitos subjetivos e, também, e segundo como deveres jurídicos. O primeiro enfoque é lembrado com maior facilidade e freqüência. Normalmente é essa a leitura que se fazem dos direitos humanos, por vezes de forma bastante distorcida. Os direitos são enaltecidos e enfatizados, enquanto que os deveres são facilmente esquecidos (FERNANDES, 2010).

Entretanto, a liberdade de crença opõe-se, em algumas situações, a outros direitos humanos, levantando questões e demandando soluções nem sempre fáceis de serem encontradas. Se, de um lado, o livre-arbítrio e a independência do indivíduo formam a sólida base da liberdade de crença, de outro lado ela é fortemente questionada quando confrontada com demais direitos inerentes ao ser humano, como a vida e a dignidade (FERNANDES, 2010).

Cabe, portanto, questionar qual seria o ponto de equilíbrio entre o direito à liberdade de crença e os demais direitos humanos, pois em determinadas crenças religiosas, ocorre à proibição do exercício de determinadas atividades relacionadas ao lazer e ao bem estar do da criança e do adolescente (FERNANDES, 2010).

A criança que é negada o direito a brincar, praticar esportes, se divertir de maneira saudável, se torna futuramente uma pessoa amarga, pois não passou todas as fases de sua vida de maneira correta, sendo os prejuízos irremediáveis (PEREIRA, 2008, p. 168).

Diversão, como teatro, dança música, esportes, segundo as opções de cada um, estimulam o espírito criador e as fantasias criativas da criança e do adolescente, e dá vazão à sua inquietude dinâmica, como o que empregam sua atenção em algo sadio, antes que em situações prejudiciais ao seu desenvolvimento (PEREIRA, 2008, p. 161).

Instrumento importante na socialização, o “brincar” é efetivamente atividade que integra a criança na vida em comunidade e representa elemento essencial à saúde física, emocional e intelectual do ser humano em fase de desenvolvimento.

Tavares (2006 *apud* PEREIRA 2008, p. 162) esclarece que a privação destes direitos, caracteriza-se maus tratos, o que, como ato ilícito civil pode acarretar perda ou suspensão do poder familiar.

Neste raciocínio o individuo é livre, podendo pensar e acreditar naquilo que quiser, é um campo de liberdade de pensamento, de consciência e de crença, que diz respeito somente ao individuo, não podendo sofrer qualquer tipo de interferência, inclusive na atuação do poder de família em relação aos filhos adolescentes (KARAM, 2009 *apud* SILVA JUNIOR, 2010).

O adolescente, sujeito de direito, possuem todas garantias constitucionais, possui o direito de escolha, de escolher para si o que é compatível com seu consentimento, o que for do seu melhor interesse (VERONESE, 2006, p.18).

Os pais devem interferir apenas quando a escolha feita pelo adolescente lhe vier trazer grandes prejuízos, pois como estes estão ainda em fase de desenvolvimento, muitas vezes não possuem discernimento suficiente para saber o que é mais proveitoso.

Essa interferência deve ser de forma leviana, respeitando o art.28, § 1º e o art. 45, *caput*, do Estatuto da Criança e do Adolescente, deixa expresso que o adolescente possui o direito de opinar, sobre seus próprios desejos, suas vontades (BRASIL, 2012-E).

Conforme Pereira (2008, p. 162), a liberdade de crença da criança e do adolescente é estreitamente, a princípio, pois é conexa com a de sua família. Terceiros, autoridades, entidades e instituições não podem impor crenças às crianças e adolescentes, mas não se pode recusar aos pais o direito de orientar seus filhos religiosamente. É um direito que lhes cabe, mas apenas como uma faculdade do poder de família.

Silva (2008, *apud* PEREIRA, 2008 p. 162) descreve: “É evidente também que o direito dos pais ou de outros familiares na matéria não inclui o constrangimento ao filho que optou por outra crença que não a deles”.

O art. 1634 do Código Civil de 2002 elenca em rol exemplificativo uma série de obrigações, que de ordem natural, são encargos próprios da paternidade. O inc. VII, do citado artigo descreve: “exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição” (BRASIL, 2012-F).

A obediência, a realização de tarefas próprias à idade, o respeito e consideração corresponde à condutas de grande importância na vida da família, não se trata de obedecer ou não aos proleiros, mas em demonstrar uma conduta normal e dentro de padrões aceitáveis (RIZZARDO, 2011. p. 543).

No dever que incumbe à sociedade e ao Estado de assegurar, com a família, à criança e ao adolescente o direito à educação, nos termos do art. 227 da Constituição, deve garantir o direito de livre expressão. Os pais, ou os responsáveis pela educação de seus filhos devem respeitar sua opinião, ao modo de não constranger a criança e o adolescente a fazer o que não lhe convenha sua vontade (PEREIRA, 2008, p. 143).

Por este entendimento doutrinário, conclui-se, que a criança e o adolescente não são obrigados a seguir uma crença ao qual não lhe convenha, pois o Estatuto da Criança e do Adolescente em seu art. 16, inc. IV, como acima mencionado, garante a estes o direito de brincar, de praticar esporte (BRASIL, 2012-F).

Todavia deve haver uma harmonia entre o poder de família e o direito de liberdade religiosa da criança e do adolescente, pois do que lhes serve ter o direito de liberdade garantido constitucionalmente e não possuir discernimento suficiente para optar pela escolha certa. Claro que o pai, ou seu responsável deve respeitar sua opinião, pois o ECA garante ao adolescente com idade completa de 12 anos o direito de dar sua opinião (BRASIL, 2012-E).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme amplamente analisado ao longo deste trabalho monográfico que objetivou um breve estudo acerca do núcleo familiar, tendo relevância maior sobre o poder de família, com foco na liberdade de crença da criança e do adolescente, tema este que conforme tivemos a oportunidade de notar é de real importância vez que, é a família base de um Estado digno.

Ficou constatado que família é a base do ser humano na sociedade, e principalmente para o adolescente. Ela é formada por uma instituição afetiva e harmoniosa, um lugar onde se encontra proteção, e para haver uma convivência harmoniosa entre seus membros é necessário a compreensão dos pais, e a obediência dos filhos, para com estes.

Analisou-se que o poder de família anteriormente ao Código Civil atual, era chamado “pátrio poder” que já existia desde a época de Roma, referindo-se ao poder absoluto do *pátria potestas*, o chefe da família, onde o poder que o pai tinha sobre os demais membros da família era absoluto e rigoroso, sendo que não visava ao interesse dos filhos, mas sim no direito do pai.

Verificou-se que hoje o poder familiar é um direito, mas também um dever que os pais assumem sobre os filhos para que a família esteja ajustada, buscando a convivência pacífica entre os seus membros, onde a sociedade prevê a igualdade entre as pessoas e isto se estende à autoridade dos pais. São poderes conferidos aos pais, sempre com a finalidade de proteger a criança ou adolescente quanto aos perigos que possam vir a existir, bem como para a preparação da vida.

Constatou-se que a criança e o adolescente são sujeitos de direitos, reconhecidos pela CRFB/88, e possuem direitos garantidos, direito de liberdade, de brincar, de ter uma opção de crença, todavia ainda necessita de orientação dos pais, pois são seres humanos e fase de desenvolvimento

Observou-se que é preciso dar ao adolescente liberdade com responsabilidade; a consciência de seus direitos e deveres para respeitar seus semelhantes, a consideração de receber um “não” acompanhado das devidas justificativas, a chance de desfrutar de divertimentos sadios e, também, a convivência com amigos. Tudo isso com o acompanhamento atento dos pais, observando o comportamento do adolescente. Os

adolescentes precisam de bons conselhos e bons exemplos para terem uma visão mais clara e objetiva da vida, adquirindo plena consciência do que é certo ou errado até atingir a capacidade de escolher o melhor caminho a seguir. Os pais são a bússola, devem orientar seus filhos, com o poder natural que lhes são conferidos, pois não adianta ter todo o tipo de liberdade e não saber usufruir, ou não possuir discernimento suficiente para usá-lo.

Verificou-se que o adolescente possui o direito de liberdade religiosa, garantido constitucionalmente. Todavia se a decisão que o adolescente vier a tomar prejudicar sua integridade pode o pai, a família, o seu responsável com a autoridade que lhe é conferida pelo poder de família, intervir, objetivando sempre pelo melhor interesse, pois são seres ainda em desenvolvimento.

Por fim constatou-se que deve haver um equilíbrio entre no convívio familiar, visando sempre o bem estar de todos. O poder de família deve ser exercido como forma de orientar os filhos nas decisões da vida, respeitando sempre suas opiniões, tentando fazer o que é melhor para a criança e o adolescente.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Luciana Costa dos Santos. A cidade antiga: Um paralelo com o Direito Civil hodierno. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 74, 01/03/2010 [Internet]. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br>. Acesso em jun 2011.

ALMEIDA, Priscila Coelho de Barros. **Liberdade de expressão e liberdade de informação: uma análise sobre suas distinções**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 80, 01/09/2010[Internet]. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br>. Acesso em jan 2012.

AMARAL E SILVA, Antônio Fernando. **Poder Judiciário e Rede de Atendimento**. Disponível em: http://www.mp.rn.gov.br/caops/caopij/doutrina/doutrina_direito_crianca_adolescente.pdf >. Acesso em: 09 jan. 2012.

ARIES, Philippe; FLAKSMAN, Dora. **Historia Social da Criança e da Família**. 2 ed. Rio de Janeiro: LTC, 1981. 279 p.

BECKER, Daniel. **O que é Adolescência**. 13 ed. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1999. 98 p.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em jan 2012.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Promulgada em 10 de novembro de 1937. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao. Acesso em jan 2012-A.

_____. **Decreto n. 17.934**, de 12 de outubro de 1927. Coleção de Leis do Brasil, Poder Executivo, Rio de Janeiro, v. 2, p. 476, c. 1, 31 dez. 1927. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br> . Acesso em jan 2012-B.

_____. **Decreto nº 99.710**, de 21 de Novembro 1990. Promulga a Convenção Sobre os Direitos da Criança Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm. Acesso em jan 2012-C.

_____. **Decreto nº 592**, de 6 de Julho de 1992. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm. Acesso em jan 2012-D.

_____. **Lei nº 8.069** de 13 de Junho de 1990. Institui o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em jan 2012-E.

_____. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002, institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em jan 2012-F.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra (Portugal): Livraria Almedina, 2003. 1522 p.

CARBONERA, Silvana Maria. **O papel Jurídico do Afeto nas Relações de Família**. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. 875 p.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**: Teoria do Estado e da constituição – direito constitucional positivo. 15 ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, 983 p.

COSTA FILHO, Venceslau Tavares. *Função Social da Autoridade Parental: Algumas Considerações*. **Revista Síntese: Direito de Família**. São Paulo, nº 67, ano XIII, p. 09-18, Ago- Set/2011.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. . **Princípios Constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2006. 321 p.

CUSTÓDIO, André Viana. **Direito da Criança e do Adolescente**. Criciúma, SC: UNESC, 2009. 112 p.

CUSTÓDIO, André Viana; PAGANINI, Juliana. *A criança e o adolescente trabalhador no Brasil: uma análise da aprendizagem como mecanismo legitimador da exploração do trabalho infantil*. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 91, ago 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br>. Acesso em jun. 2011.

CRUZ, Vicente Wagner. **O Conceito de Adolescência**. Disponível em: <http://www.artigonal.com/educacao-infantil-artigos/o-conceito-de-adolescencia> . Acesso em jun. 2011.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. **Resolução n °217/1948**. Disponível em <http://portal.mj.gov.br>. Acesso em jan 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 608 p.

DILL, Michele Amaral. CALDERAN, Thanabi Bellenzier. *Evolução histórica e legislativa da família e da filiação*. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 85, 01/02/2011 [Internet]. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br>. Acesso em 08/12/2011.

FERNANDES, Camila Vicenci. Liberdade Religiosa: Aspectos históricos e os dilemas hodiernos: A tolerância como resposta? In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 75, abr 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br> >. Acesso em maio 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. . **Curso de Direito Constitucional**. 34. ed. rev. e atual São Paulo: Saraiva, 2008. 398p.

FROMM, Erich. **O Medo à Liberdade**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1983.

ELIAS, Roberto João. **Pátrio Poder**: guarda dos filhos e direito de visita. São Paulo: Saraiva, 1999

GOMES, Fábio Luiz. Princípio da Proteção Integral da Criança e do Adolescente e o Princípio da Transitoriedade dos abrigos. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**. Unibrasil. v. 6. 2009 ISSN 1982-0496. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index>. Acesso em jun. 2011

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 7 ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1997. 455 p.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 14 ed. São Paulo: Saraiva: 2011. 957 p.

HAYEER, F. A. **The Constitutionn of Liberty**. Chicago : The University of Chicago Press, 1978.

ISAIAH, Berlin. **Quatro Ensaios sobre a Liberdade**. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.

KARAM, Maria Lúcia. **Proibições, Crenças e Liberdade**: o direito à vida, a eutanásia e o aborto. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de Direito de Família**: origem e evolução do Casamento. Curitiba: Juruá, 1991, p.101.

LIMA, Miguel M. Alves. **O Direito da Criança e do Adolescente**: fundamentos para uma abordagem principiológica. 2001. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001.

MEDEIROS, Noé. **Lições de Direito Civil**: Direito de Família, Direito das Sucessões. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 1432 p.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV, direitos fundamentais. 3 ed. rev. atual. Coimbra Editora. 2000, 865 p.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 20ª edição, 2006, 972 p.

_____. **Direitos Humanos Fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 1998.

NOGUEIRA, Grasiéla. **Aspectos fundamentais acerca do poder familiar**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 84, 01/01/2011 [Internet]. **Disponível em** <http://www.ambitojuridico.com.br>. Acesso em 08/12/2011.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. . **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. 439 p

ONU. **Convenção Internacional dos Direitos da Criança 1989**. Adotada em Assembléia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/doc_crianca.php>. Acesso em jan. 2012.

OLIVEIRA, Shawanna Reis de. **Os Princípios Constitucionais Frente aos Direitos da Criança e do Adolescente**. Disponível em : <http://www.webartigos.com/artigos/os-principios-constitucionais-frente-aos-direitos-da-crianca-e-do-adolescente>. Acesso em jun 2011.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do Adolescente**: Uma proposta interdisciplinar. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. 1100 p.

_____. (Cord). **O melhor Interesse da Criança**: Um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. 737 p.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, 321p.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Pai Porque me abandonaste? . In: PEREIRA, Tânia da Silva (coord.). **O melhor Interesse da Criança**: um debate Interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.1051.

QUEIROZ, Olívia Pinto de Oliveira Bayas. O Direito de Família no Brasil- Império. **Revista Síntese: Direito de Família**. São Paulo, nº 69, ano XIV, p. 139-160, Dez- Jan/2012

RAMIDOFF, Mário Luiz. **Direito da Criança e do Adolescente**: por uma

propedêutica jurídico-protetiva transdisciplinar. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2007.

ROCHA, Eduardo Gonçalves, PEREIRA, Julyana Faria. Descentralização participativa e a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente. **Revista da UFG**, v. 5, n. 2, dez., 2003. Disponível em: <http://www.proec.ufg.br/revista_ufg/infancia/ Acesso em: 30 out. 2011.

RODRIGUES, Walquíria Machado; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Papel da Criança e do Adolescente no Contexto Social: Uma Reflexão Necessária**. Disponível em: <http://www.abmp.org.br/textos/213.htm> . Acesso em jan. 2012.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, 453 p.

SOBRAL, Mariana Andrade. Princípios constitucionais e as relações jurídicas familiares. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 81, out 2010. Disponível em: <<http://www.ambitojuridico.com.br/>. Acesso em jun 2011.

SOUZA, Ismael Francisco de; SOUZA, Marli Palma. **O Conselho Tutelar e a Erradicação do Trabalho Infantil**. Criciúma, SC: Ed. UNESC, 2010. 144 p.

TAVARES, José de Farias. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1998. 285p.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 1279 p.

SILVA, Cairo Maia. **Das Medidas Socioeducativas**. 2009. 86 f. Trabalho de Conclusão de Curso (graduação em Direito) – Centro Universitário da Fundação Educacional de Guaxupé, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed., rev. e atual. até a Emenda Constitucional São Paulo: Malheiros: 2011. 928 p.

SORIANO, Aldir Guedes. **Gadamer e o Dever à Liberdade Religiosa**. In: Jornal Oeste Notícias. Presidente Prudente-SP, 03 de agosto de 2006, Caderno 1.2.

VASCONCELO, Eneas Romero de. **O princípio Constitucional da Prioridade Absoluta da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.direitoshumanosfundamentais.com.br>. Acesso em jun. 2011.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito de Família**. São Paulo: Atlas, 2005,

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os Direitos da Criança e do Adolescente**. São Paulo: LTr, 1999. 208 p.

VERONESE, Josiane Rose Petry, COSTA, Marli Marlene Moraes da. **Violência Doméstica: Quando a vítima é criança ou adolescente - Uma leitura interdisciplinar**. Florianópolis: OAB/SC, 2006. 200p.

VERONESE, Josiane Rose Petry, GOUVÊA, Lúcia Ferreira de Bem; SILVA, Marcelo Francisco da. . **Poder Familiar e Tutela: à luz do novo código civil e do estatuto da criança e do adolescente, doutrina, jurisprudência, modelos**. Florianópolis: OAB/SC, 2005. 283 p.

VERONESE, Josiane Rose Petry, RODRIGUES, Walkíria Machado. **A Figura da Criança e do Adolescente no Contexto Social: de vítimas a autores de ato infracional**. In: VERONESE, Josiane Rose Petry, SOUZA, Marli Palma, MIOTO, Regina Célia Tamasso (Orgs.). **Infância e Adolescência, o Conflito com a Lei: algumas discussões**. Florianópolis: Funjab, 2001.

VIANA, Marco Aurélio S. **Da Guarda da Tutela e da Adoção**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.