XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

MARCELO BENACCHIO

NARCISO LEANDRO XAVIER BAEZ

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito civil constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;
coordenadores: Marcelo Benacchio, Narciso Leandro Xavier Baez – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-089-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito civil. 3. Direito Constitucional . I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

Apresentação

O Direito Civil apresenta uma interessante perspectiva de um futuro ligado ao passado, contudo renovado pela compreensão seus institutos basilares por um paradigma iluminado pelos valores e princípios presentes na Constituição Federal.

Não é possível abandonar os aspectos culturais desenvolvidos ao longo do tempo e hauridos pelo direito civil pátrio a partir de suas raízes portuguesas, sabidamente fundadas em fontes do direito romano. Não obstante, ao lado dessa tradicional metodologia, como também ocorreu em sistemas europeus, imperioso a consideração do projeto de sociedade contido na Constituição da República.

Os tradicionais institutos jurídicos das obrigações, dos contratos, dos direitos reais, da família e das sucessões sofreram o influxo direto das normas constitucionais formando o fenômeno do chamado direito civil constitucional, enquanto nova metodologia para aplicação de institutos tão antigos e centrais na vida social.

Nos elementos patrimoniais e não patrimoniais do regime jurídico de direito civil é imprescindível a consideração dos princípios constitucionais para a funcionalização do direito privado no atendimento da dignidade humana dos participantes da relação jurídica e, também, pela utilização da função social, a consideração de seus efeitos a toda sociedade.

A autonomia privada iluminada pela raiz constitucional da autodeterminação das pessoas redunda em novas perspectivas estruturais e funcionais do contrato. A família, enquanto local de realização da dignidade humana, igualmente sofre a recognição dos poderes e finalidades que lhe são basilares.

A propriedade, na compreensão de seu acesso, as necessidade de moradia e compatibilização dos interesses de proprietários e não proprietários repercute em novas possibilidades desse instituto tão debatido ao tempo da Revolução Francesa.

Todas essas questões foram objeto dos percucientes debates, fundados nos estudos ora publicados, havidos no GT de Direito Civil Constitucional no XXIV Congresso do CONPEDI sob o tema Direito e Política: da Vulnerabilidade à Sustentabilidade realizado de 11 a 14 e novembro de 2015, na cidade de Belo Horizonte, Minas Gerais.

O ponto comum entre os estudos é a metodologia de direito civil constitucional permitindo novas miradas para os institutos de direito civil na perspectiva da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais acerca dos direitos da personalidade, autonomia privada, direitos da mulher, contrato, responsabilidade civil, nome, posse, propriedade, privacidade e entidades familiares, entre outros.

A obra publicada foi produzida por diversos professores e alunos de várias instituições nacionais representando profunda pesquisa e a vanguarda no instituto jurídico objeto da temática de cada capítulo.

Com os agradecimentos e cumprimentos ao coautores, sejam todos muito bem vindos ao presente livro, a cuja leitura convidamos.

Prof. Dr. Narciso Leandro Xavier Baez - Unoesc

Prof. Dr. Marcelo de Oliveria Milagres - Miton Campos

Porf. Dr. Marcelo Benacchio - Uninove

ENTRE O DEVER DE VIGILÂNCIA E O DIREITO À PRIVACIDADE DA CRIANÇA E ADOLESCENTE

BETWEEN THE SURVEILLANCE DUTY AND THE RIGHT TO PRIVACY OF CHILD AND ADOLESCENT

Luis Paulo dos Santos Pontes

Resumo

O reconhecimento do menor como sujeito de direito e o perfil funcional da família em favor do bem estar e do desenvolvimento da autonomia e personalidade dos seus membros provocaram alterações no instituto do poder familiar, em que os pais colecionam posições jurídicas. Com o avançar do desenvolvimento da criança, sua capacidade de realizar escolhas livres e responsáveis se amplia. A considerar a privacidade e intimidade das crianças e adolescentes questiona-se acerca de eventual conflito com o dever de cuidado e vigilância inerente ao poder familiar. O texto indaga sobre eventual direito à privacidade e intimidade do menor em face dos pais, averiguando a sua conciliação com os deveres da autoridade parental. A premissa central que se adota é a de que a intromissão na intimidade somente se justifica no melhor interesse do menor.

Palavras-chave: Privacidade, Intimidade, Criança e adolescente, Poder familiar, Vigilância

Abstract/Resumen/Résumé

Recognition of the underaged as a subject of law and the family functional profile for the well being and development of autonomy and personality of its members led to changes in the institute of family power, where parents collect legal positions . With the advance of child development , its ability to hold free and responsible choices widens . To consider the privacy and intimacy of children and adolescents raises questions about possible conflict with the duty of care and supervision inherent to family power. The text asks the possible right to privacy and intimacy of the minor in the face of parents, ascertaining their reconciliation with the duties of parental authority. The central premise that is adopted is that the intrusion into privacy is only justified in the best interests of the underaged.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Privacy, Intimacy, Children and adolescents, Family power, Supervision

Introdução

No ano de 2010, a imprensa americana noticiou que uma mãe no Estado do Arkansas, sob o argumento de que fiscaliza a utilização de redes sociais por eu filho menor, acessou a conta do filho em uma rede social e insatisfeita com o que encontrou, realizou ela própria postagens e alterações no perfil, como se fosse o próprio filho[1]. Tal fato acendeu a discussão acerca dos limites do exercício do dever de cuidado e vigilância pelos pais, especialmente quando em confronto com o Direito de privacidade e intimidade da criança e adolescente.

Também no Brasil casos semelhantes ocorrem no ambiente de diversas famílias em que se tencionam os poderes e deveres atinentes a parentalidade, esses congregados o feixe de situações jurídicas do poder familiar, com os direitos reconhecidos as crianças e adolescentes, mormente após a adoção da doutrina da proteção integral na Constituição Federal de 1988.

Nesse contexto, é de se lembrar que o Direito das Famílias vem passando, no âmbito brasileiro, nas últimas três décadas, por sensíveis alterações, sendo um dos ramos do Direito no qual mais nitidamente se observa modificações resultantes de transformações sociais que perpassam pela aplicação de valores e princípios informadores do ordenamento jurídico pátrio.

Hoje, o discurso da crise da concepção de família é aos poucos superado pelo discurso do fortalecimento da família, essa não mais calcada nos institutos de uma sociedade patriarcal, machista e patrimonialista, mas nos princípio da afetividade, pelo que a família se torna o espaço de realização e desenvolvimento de seus indivíduos.

A própria concepção de pátrio poder, hoje poder familiar, passou por visíveis alterações, deixando de ser entendido como o instrumento de afirmação da autoridade patriarcal, para se firmar em um complexo de situações jurídicas compostas também por deveres inerentes da parentalidade.

Simultaneamente às transformações sofridas no âmbito do Direito das Famílias, também a proteção dos vulneráveis ganhou novos contornos, a partir da adoção da doutrina da proteção integral das crianças e adolescentes, pelos quais reconhece-se na pessoa da criança e adolescente, a qualidade de sujeito de direitos, cuja única condição especial é o fato de estar em desenvolvimento.

---

[1] **Filho processa mãe depois dela hackear Facebook**. Tecnoblog R7.. Notícia disponível em: < https://tecnoblog.net/20004/filho-processa-mae-depois-dela-hackear-facebook/ > Acesso em 09 de junho de 2015.

Nesse diapasão, reconheceu-se às crianças e adolescentes uma série de direitos, reformando-se o perfil funcional do poder familiar, em consonância com os novos valores trazidos pelo novel texto constitucional, dentre os quais se incluem o Direito à privacidade e intimidade da criança e do adolescente.

Na outra ponta, ao mesmo tempo que se reconhece ao menor o direito à privacidade, tensiona-se o correlato dever de cuidado e vigilância dos pais, que munidos da prerrogativa do cuidado responsabilidade adentram nas esferas de privacidade das crianças e adolescentes.

Mais controvertida se coloca a discussão, quando se têm em mente a revolução tecnológica causada a partir da popularização da Internet, com os processo de multiconexão, pelos quais as pessoas estão conectadas através de diversas plataformas simultâneas, tais como computadores, televisores inteligentes, smartphones, tablets, dentre outros.

Nesse universo virtual, dispõe-se de dados e informações pessoais, criam-se perfis em redes sociais, disponibilizam-se fotos, vídeos e registros pessoais, a partir dos quais cada pessoa, em um prolongamento de sua identidade pessoal, cria um *avatar* de si próprio, um perfil construído a partir dos dados fornecidos por si e colhidos na rede, de forma que a concepção de privacidade na sociedade informatizada atual ganha novos horizontes.

Assim, associado ao tradicional de direito de ser deixado só, na sociedade informatizada atual, a privacidade se revela muito mais aproximada de uma dimensão de autodeterminação informativa, pela qual a pessoa teria o controle sobre o uso e utilização de seus dados pessoais.

Também as crianças e adolescentes se inserem na sociedade da informação, participando dos espaços virtuais e criando perfis de si mesmos na rede mundial de computadores. Participando de redes sociais direcionadas a adultos ou até mesmo de redes sociais direcionadas ao público infanto-juvenil, como é o caso do Grom Social, rede social onde crianças e adolescentes interagem e que permite próxima vigilância pelos pais ou responsáveis, surgem questionamentos acerca da privacidade do menor no ambiente virtual e sua vigilância pelos pais.

A releitura da matéria só é possível se esta for pensada a partir de uma metodologia civil-constitucional, por meio de hermenêutica própria, diferenciada por ter em conta a centralidade dos valores e princípios constitucionais, destacando-se o viés personalista que vem alterando e ressignificando a compreensão do Direito Civil.

Assim, a partir da análise e revisão bibliográfica da doutrina pátria e estrangeira, o presente trabalho propõe uma análise da questão da tensão entre o direito a privacidade da

criança e adolescente e o dever de cuidado dos pais, visando a possível conciliação dos princípios aplicáveis ao caso.

A partir do aspecto funcional do poder familiar e de sua abordagem através da principiologia constitucional que dá sustentação à cláusula geral de tutela da pessoa, evocando, igualmente, os princípios da dignidade da pessoa humana, da paternidade responsável, se apresentarão algumas balizas para a solução da questão.

A Constituição de 1988 e o Direito das Famílias

O conceito de família evoluiu e continua a evoluir através dos tempos, sendo patentes as transformações que o Direito tem dado à tutela das famílias ao longo dos tempos. Para não retroceder muito no tempo, o Código Civil de 1916 apresentava uma visão tradicionalista de família, calcada nos aspectos patrimoniais.

O Código Civil de 1916 tinha uma visão em que o homem seria o principal sujeito na estrutura familiar, havendo uma preocupação com um determinado perfil do homem, casado, contratante, proprietário e testador. Nesse contexto, o modelo tradicional de família era a formada pelo casamento indissolúvel, em que o chefe da família era o marido que também era titular do pátrio poder e, portanto, detinha autoridade sobre os demais membros da família, inclusive sobre a esposa, não sendo reconhecidas outras formas familiares e criando categorias de filhos a quem eram concedidos mais ou menos direitos.

A família protegida pela Constituição de 1988 tem feição democrática e igualitária, assume concepção múltipla, em que seus membros estão unidos, não apenas por laços biológicos, mas também por vínculos afetivos. O papel desta entidade deixa de ser a proteção do patrimônio familiar e passa a ser a promoção da personalidade de seus indivíduos (MORAES, 2010, p. 208- 213).

A família contemporânea busca, pois, fundamento na solidariedade, enquanto fundamento da afetividade, elo que une os membros da unidade familiar, de forma que a realização pessoal da afetividade é a função básica da família (LÔBO, 2011, p.20). Enquadra-se tal deslocamento funcional da família no fenômeno da repersonalização das relações civis, cujo foco é a valorização da pessoa humana ao invés do foco patrimonial, retomando a afirmação da dignidade da pessoa humana como objetivo central do direito, uma vez que os interesses puramente patrimoniais não mais se encaixam com a atual concepção de família, muito mais associada à afetividade como elemento aglutinador fincado em interesses eminentemente pessoais.

Deve-se ter em mente que o direito civil, incluindo-se o direito das famílias, deve ser lido e interpretado sob a luz dos princípios constitucionais, em que seus tradicionais institutos passam a ter nova roupagem informada pela Constituição[2]. Assim, a ideia de despatrimonialização e repersonalização da família encontra fundamento de validade no próprio texto constitucional, o qual garantiu expressamente a igualdade entre cônjuges (art. 226, §5º), a igualdade entre filhos independente de sua origem (art. 227, §6º) e o reconhecimento de outras entidades familiares (art. 226, §§3º e 4º).

Hoje, vige um modelo igualitário de família constitucionalizada, que se contrapõe ao modelo autoritário, agora a família é protegida enquanto *lócus* indispensável de realização e desenvolvimento da pessoa humana. É, portanto, espaço de formação e concretização dos interesses de cada pessoa humana, especialmente dos mais débeis. Assim, é que a família apresenta-se mais como sujeito de deveres do que de direitos.

O texto da Constituição de 1988 representou importante marco nessa inversão axiológica da família, vez que além da dignidade da pessoa humana (art.1º, III), são consagrados outros princípios relevantes, tais como, solidariedade (art. 3º, I), paternidade responsável e planejamento familiar (art.226, §7º) e o melhor interesse da criança (art. 227).

Diante dessa nova família constitucionalizada em que sobressaem os deveres, especialmente dos pais em relação aos filhos, o poder familiar toma contornos de poder-dever a ser exercido no cumprimento de seu perfil funcional que é de promoção do desenvolvimento da autonomia e personalidade dos filhos menores.

O poder familiar: feixe de situações subjetivas e conteúdo jurídico

O poder familiar, outrora conhecido como pátrio poder, cuja razão de ser residia na autoridade do pai, em vista da estrutura hierárquica patriarcal da família, revelava-se o como instrumento de fundamentação da autoridade paterna.

Assim, tal instituto atribuía poderes quase que absolutos ao pai sobre a prole, sendo secundário qualquer tipo de aspecto funcional. Era, portanto, constituído da potestade que detinha o pai sobre o filho, em razão de sua menoridade.

Atualmente, tendo em vista o influxo dos direitos humanos e fundamentais nas relações

[2] Dentre outras transformações, a Constitucionalização do Direito Civil implica no necessário reconhecimento da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações interprivadas, de modo que tais direitos fundamentais se inserem na interpretação das relações privadas, sendo oponíveis não somente em face do Estado, mas também de terceiros. (Rodrigues, 2014, p. 547 – 574)

privadas, a organização das relações familiares assume feição diversa. Estabelecem-se a igualdade entre os seus membros, a dimensão funcional da autoridade parental, e o afeto como elemento basilar do instituto. Sob o fundamento da afetividade, os membros da família se coligam e buscam realizar o projeto de vida comum ou afim, sempre no intuito de buscar o desenvolvimento da identidade, personalidade e anseios de cada um de seus membros.

Denominado a partir do Código Civil de 2002 de poder familiar, o antigo pátrio poder ganha conotação de poder-dever ou de poder funcional, uma vez que atrelados aos poderes de ambos os pais – não mais somente do pai- estão uma série de deveres que buscam a proteção integral dos filhos e a garantia do pleno desenvolvimento de sua personalidade. Nesse contexto, Paulo Lôbo (2011, p.295) conceitua o instituto:

> O poder familiar é o exercício da autoridade dos pais sobre os filhos, no interesse destes. Configura uma autoridade temporária, exercida até a maioridade ou emancipação dos filhos. Ao longo do século XX, mudou substancialmente o instituto, acompanhando a evolução das relações familiares, distanciando-se de sua função originária – voltada ao interesse do chefe da família e ao exercício de poder dos pais sobre os filhos – para constituir um múnus, em que ressaltam os deveres.

A atribuição de poderes qualificados aos pais se evidencia no instituto do poder familiar, instrumento jurídico que confere aos pais poderes e deveres na busca do desenvolvimento pleno de seus filhos. Em razão disso, é de se ressaltar, dentre os deveres funcionais constantes do poder familiar o dever de cuidado, o dever de educação, compreendido também o dever de vigilância com vistas à salvaguarda do próprio menor.

O conteúdo do poder familiar encontra sua gênese no art. 229 da Constituição Federal, que prescreve como deveres dos pais os de assistirem, criarem e educarem os filhos menores, nisto sendo seguido pelo art. 22 do ECA, o qual estabelece deveres de sustento, guarda e educação dos filhos menores. Em caminho semelhante o art. 1634[3] do Código Civil de 2002, impõe aos pais quanto à pessoa dos filhos menores uma série de deveres.

---

[3] 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 sobrevivo 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.

Em suma, assumem os titulares do poder familiar, ambos os pais, três categorias de assistência: assistência material, moral e jurídica. A primeira liga-se ao suprimento das necessidades físicas e abrange em especial o dever de sustento, mas também os deveres de criação e guarda. A segunda liga-se aos deveres de companhia e educação do menor, exigindo-se dos pais convivência com os filhos e esforço por dar formação moral, religiosa, intelectual e profissional. A última concentra-se especialmente na representação e assistência em sentido estrito do menor, como a gestão de bens e representação em processos judiciais por exemplo.

Nesse contexto, o poder familiar mostra-se como dever funcional fundado muito mais no melhor interesse dos filhos do que na autoridade parental, que impõe uma série de poderes e deveres aos pais, sejam naturais ou adotivos, em favor de garantir o melhor desenvolvimento da criança e do adolescente. Sendo instrumento fundamental na criação, formação e desenvolvimento dos filhos menores. Importante destacar ensinamento dos autores italianos Pasquale Stanzione e Giovanni Sciancalepore (2006, p. 129), a respeito do tratamento da matéria :

> La posizione del minore nell'ordienamento è caratterizzata da uno stretto collegamento tra l'eta e la corrispondente capacita. In tal senso, incide i modo rilevante Il rapporto tra genitori e figli, nella prospettiva dell'art. 30, 1º co., cost., Il quale stabilisce Il diritto-dovere dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli.

Pois bem, o poder familiar se revela como um feixe de situações subjetivas, prevalecendo sua feição funcional, dotada de uma série de deveres impostos aos pais. Dentre os quais se inserem os deveres de cuidado, educação e convivência, a serem exercidos de acordo com o perfil funcional de promoção da autonomia e personalidade.

O exercício do poder familiar, portanto, não se sustenta a partir de uma concepção de poder-sujeição, não condizentes com os princípios da igualdade, participação e democracia na comunidade familiar. Assim, o exercício do poder familiar deve ser tal que não anule a autoridade parental, nem excluam a escolha significativa, condizente com a participação democrática do filho no seu próprio desenvolvimento e educação. (PERLINGIERI, 2007, P.258-259)

Uma vez estabelecido que o poder familiar, ou autoridade parental, é estruturado como um feixe de situações subjetivas constituído tanto de direitos, como de deveres inerentes a parentalidade, esses a serem exercidos no melhor interesse da criança, cumpre destacar o conteúdo jurídico dessa autoridade parental, a saber, os deveres de assistência, criação e educação. (FREIRE DE SÁ; TEIXEIRA, 2011, p.196-197)

O dever de assistência constitui-se no dever de sustento material do filho menor,

condizente com o amparo financeiro e material para o desenvolvimento do menor, provendo-lhe as necessidades básicas ao seu necessário desenvolvimento como alimentação, educação, lazer, vestuário, saúde e etc. O dever de criação consiste em dar suporte ao desenvolvimento psicofísico do filho menor, consistente na assistência biopsíquica da criança, sendo, pois indissociável do dever de assistência, compreendendo, entretanto não apenas critérios materiais, mas também morais.

O dever de educar consiste em dar suporte e incentivo intelectual para que o filho menor possa alcançar autonomia para realização autônoma de seus atos da vida civil, seja em questões existenciais ou questões patrimoniais. O dever de educar portanto dirige o menor à sua independência pessoal e financeira, promovendo no filho menor o desenvolvimento pleno de todos os aspectos da sua personalidade. (TEIXEIRA, 2009, p. 144-145).

Esse dever é, portanto, promotor da autonomia ético-existencial e patrimonial-financeira do menor que, por ser pessoa em desenvolvimento, constrói-se com o suporte dos pais para viver em sociedade tomando decisões, fazendo escolhas, enfim realizando todos os atos da vida civil.

Nesse contexto, o poder familiar é uma autoridade parental, constituída por um feixe de situações subjetivas múltiplas, compreendendo direito, deveres, faculdades, especialmente os deveres de assistência, criação e educação, estes tanto protetivos, quanto promotores da autonomia do filho menor.

A privacidade na vida familiar e a privacidade da criança e adolescente

A Constituição Federal de 1988, no art. 5, inciso X, protege a vida privada e a intimidade, também no art.226 a Constituição Federal resguarda o espaço familiar, especialmente em oposição à esfera pública, também tendo favorecido a privacidade individual, mesmo entre os demais membros da unidade familiar.

A vida privada familiar, pois, diz respeito à vida relacional entre os membros de uma mesma unidade familiar, unidos por vínculo de solidariedade. Atualmente, a proteção dessa vida privada é expandida demandando prestações positivas e negativas do Estado e de terceiros, impedindo a intromissão injustificada em assuntos internos da família. (MENEZES, 2014, p.109-111)

No âmbito internacional a privacidade e intimidade também são reconhecidas e protegidas, especialmente através da Declaração dos Direitos Humanos da organização das Nações Unidas em seu art. 12º, no mesmo contexto o Pacto de San José da Costa Rica, nos

art. 11.

A partir da Constituição de 1988 e posteriormente com a elaboração da lei Nº 8.069 de 13 de julho de 1990, o menor alcançou reconhecimento de sua condição de sujeito e titular de direitos. Assim, nos artigos 227 e 228 da Constituição inaugura-se no direito brasileiro a doutrina da proteção integral das crianças e adolescentes em substituição ao ultrapassado binômio abandono-deliquência.

A doutrina da proteção integral, por sua vez, reconhece nas crianças e adolescentes a titularidade de direitos, sendo, pois, destinatárias de todos os direito fundamentais, reconhece ainda a absoluta prioridade dos interesses dos menores, de forma que também às crianças e adolescente são reconhecidos o direito à privacidade e intimidade.

Para se adotar uma concepção mais atual acerca da privacidade, considerando a atual sociedade informatizada, Stefano Rodotà (2008) afirma que a privacidade deixa de ser apenas o direito a estar só, passando a ser compreendida como autodeterminação informativa, através da qual a pessoa teria controle sobre seus dados e informações pessoais.

No plano da parentalidade, os filhos menores também são titulares do direito à intimidade e à vida privada, conforme constante do art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente as crianças e adolescentes são destinatários de todos os direitos reservados à pessoas humana, podendo incluir-se ai os direitos à privacidade e intimidade.

Assim, teria o filho menor proteção legal contra ingerências injustificadas em sua privacidade até mesmo quando esta for realizada por seus pais no exercício do poder familiar, porquanto a concepção atual de família democrática[4] não admite autoritarismo no seio familiar, sem contudo afastar o reconhecimento do dever de obediência aos filhos.(PERLINGIERI, 2000, p. 120)

Nesse contexto, sobrelevam-se discussões a respeito da privacidade das crianças e adolescentes, especialmente no âmbito de suas relações sociais, como na utilização da internet, por meios diversos, bem como no âmbito de questões médicas, quando a despeito de ser reconhecido o sigilo do paciente menor, questões acerca do discernimento e possibilidade de realização de escolha médicas tencionam-se com a privacidade. (LOCH; GOLDIM, 2007, p.240)

Assim, de um lado se coloca a privacidade dos menores para, dentro de seu

[4] Acerca da democratização da família, tal fenômeno compreende o respeito dentro das relações familiares da igualdade dos membros, respeito mútuo, autonomia, tomada de decisões a partir da participação dos membros e resguardo da violência.V. por todos Giddens, Anthony. **A terceira via**. Rio de janeiro: Record, 1999. e Moraes, Maria Celina Bodin de. A família democrática. *In* Moraes, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

desenvolvimento e autonomia, construírem-se em sua relações, inclusive virtuais, criando o perfil de acordo com sua personalidade, em sentido oposto colocam-se os pais detentores do poder familiar que de maneira compreensível pretendem fiscalizar e controlar o acesso de seus filhos menores à internet.

De maneira semelhante, pretendem os adolescentes sigilo e privacidade no âmbito médico, especialmente quanto à questões atinentes à sexualidade, enquanto os pais desejosos de participar dos rumos e decisões de saúde e educação sexual de seus filho pretendem tomar parte nas informações e escolhas médicas de seu filhos menores.

Ambas as situações, implicam em conflitos de posições jurídicas, pelo menos em tese contrárias, que demandam uma interpretação em que a baliza central será o absoluto interesse do menor, o que não quer dizer que sua vontade pessoal irá prevalecer, mas que no caso concreto deverá ser privilegiado a consecução do perfil funcional da família e dos institutos de proteção da criança e adolescentes, perfil este reconhecido como a promoção do desenvolvimento e autonomia do sujeito em desenvolvimento.

Intimidade x vigilância: construindo uma solução

A adoção da doutrina da proteção integral e o reconhecimento dos menores como sujeitos de direito provocou alteração da posição do menor no seio familiar, especialmente diante da aplicabilidade do princípio da igualdade e participação dos filhos menores nas decisões atinentes à sua formação. Assim, é que a afirmação dos direitos das crianças e adolescentes, especialmente daqueles que não se reconduzem exclusivamente ao reconhecimento da vulnerabilidade do menor, parece ir de encontro com os deveres inerentes à parentalidade. (MARTINS, 2009, p.89-90)

Uma vez verificado aparente conflito, o qual somente restará configurado no caso concreto, é necessário encontrar forma interpretativa alternativa que possa resolver situações conflituosas, uma vez que o esquema interpretativo da subsunção não se adéqua aos atuais parâmetros hermenêuticos propostos pela metodologia do Direito Civil Constitucional.

Para tanto, Perlingieri (2008, p.599-634) propõe que a interpretação enquanto momento dinâmico seja lógico-sistemática, isso quer dizer que sejam utilizados raciocício e argumentação lógica, preservando a unidade interior da ordem jurídica e a adequação valorativa, conforme proposta sistemática de Canaris (2012, p. 279-289); e teleológica-axiológica, isto é com fins à realização dos valores constitucionais.

Dentro desta proposta interpretativa, importante destacar que o que se coloca aqui

seria uma colisão entre o direito fundamental da criança e adolescente à privacidade e intimidade e o dever de cuidado e vigilância dos pais, que no contexto atual da família pode ser qualificado como dever fundamental, uma vez que o art. 227 da CF/1988 estabelece que é dever da família assegurar à criança e ao adolescente direitos fundamentais que forem necessários à boa formação e preservação da dignidade do menor. (LÔBO, 2012, p. 110 – 111).

Nesse contexto, tem-se que às crianças e adolescentes são conferidos os direitos à privacidade e intimidade, por serem titulares de direitos fundamentais, sendo tais direitos reconhecidos tanto na Constituição Federal, como na legislação ordinária e em documentos internacionais. Diante da eficácia dos direitos fundamentais na relações interprivadas tais direitos são oponíveis até mesmo no seio familiar.

Em contrapartida, aos pais é conferido o poder familiar, este constituído de múnus direcionado a consecução do perfil funcional da família, que é o desenvolvimento da autonomia e personalidade de seu membros, constituindo-se também de um complexo de deveres fundamentais postos aos pais dentre os quais o dever de cuidado e vigilância.

Portanto, para a solução do conflito entre o dever de educar e a privacidade/intimidade do menor há de se adotar o critério da ponderação e da proporcionalidade, conforme proposto por Paulo Lôbo (2012, p. 107-110) e Ana Carolina Brochado Teixeira (2009, p. 198-203), de modo que possa se delimitar cada direito e dever fundamental, bem como o âmbito fático que o cerca, podendo assim decidir qual deles deve ser aplicado e em que medida, de modo a preservar o interesse mais relevante no caso concreto.

Dentro da proposta interpretativa apresentada, necessário se aproximar de casos fáticos para melhor aproximação da proposta de solução do conflito, a iniciar pelo caso constantes da introdução deste trabalho em que mãe acessou rede social de filho menor, à revelia deste, e promoveu alterações em seu conteúdo.

Em tais situações, o fiel da balança deve ser o melhor interesse do menor, o que não se confunde com os desejos pessoais da criança e do adolescente, mas efetivamente na postura que melhor garantirá o desenvolvimento de sua autonomia e personalidade.

Pietro Perlingieri(2007, p. 183) aponta que a intimidade da vida familiar é condição para o livre desenvolvimento da pessoa, de modo que não se admite a ingerência injustificada sob aspectos da vida privada do filho menor.

Por outro lado, a justificativa do dever de vigilância inerente ao poder familiar poderia justificar a conduta da mãe mencionada, que amparada pela autoridade parental poderia interferir na esfera jurídica de seu filho menor. Entretanto, a autoridade parental configura-se

por ser situação jurídica subjetiva existencial caracterizada pela interferência na esfera jurídica dos filhos menores no interesse destes, não no interesse dos pais, titulares desse poder jurídico. (TEPEDINO, 2004)

O processo educativo dos filhos menores deve ser tal que mortifique o poder familiar dos pais e não anule a escolha significativa e de cultura consistentes da participação do menor no processo educativo(PERLINGIERI, 2007, p. 258).

Importante a lição de Rosa Martins (2009, p.92-93), para quem as responsabilidades parentais não apresentam apenas uma finalidade de proteção, mas também um objetivo de promoção da autonomia dos filhos, não podendo os pais, no processo de determinação do interesse dos filhos menores, fazer apenas funcionar a sua própria avaliação desse interesse, devendo, pois, estimular a participação do filho, a depender de sua maturidade e discernimento, na avaliação de seu próprio interesses.

Portanto, no exercício do poder familiar somente poderão os pais frustrar o direito de privacidade e intimidade de seus filhos menores, no melhor interesse desses, devendo haver motivação condizente com o perfil funcional do poder familiar.

Assim, por exemplo admitir-se-ia a intromissão dos pais nos e-mails e redes sociais de filho menor, ou a leitura de um diário, caso houvessem fundadas suspeitas do envolvimento do menor com prática de ato ilícitos, com exposição a risco de sua integridade psicofísica, como por exemplo na suspeita de uso de drogas ou de violência praticada ou sofrida pelo menor, não podendo assim ser considerada abusiva a conduta do pai. No mesmo sentido, ainda acerca da intrusão na intimidade de filho menor, aponta Teixeira (2009, p.209-210):

> Tal comportamento justifica-se somente em prol do interesse do filho,mesmo que seja contra sua vontade, de forma a preservar sua instrução e educação, além de proteger sua dignidade. Por exemplo, se existe a suspeita do filho andar na companhia de um colega drogadito , que vem exercendo grande influência sobre o menor, os pais têm o direito/dever de impedir que o filho conviva com este colega? Teriam os genitores o direito de vasculhar os objetos pessoais do filho? É claro que sim, pois agem exclusivamente para tentar preservar o menor de experiências com drogadição que podem gerar consequências para toda sua vida.

A configuração atual do direito de família e do poder familiar não vai admitir a intromissão desmotivada, ou caracterizada pela mera curiosidade ou arbítrio do titular do poder familiar, porquanto não condizente com a funcionalização da família, tratando-se na verdade de um abuso pelo pai no exercício de seu poder familiar, podendo inclusive ensejar reparação extrapatrimonial de eventual dano causado. Logo no caso retratado, o que se verifica é arbítrio e intromissão injustificados pela mãe do menor, configurando-se pois excesso no exercício do poder familiar.

De maneira semelhante, no qual se consideram o melhor interesse da criança e adolescentes alguns estudos apontam pela preservação da intimidade e privacidade de filhos menores, especialmente na adolescência avançada, quanto as questões atinentes ao sigilo médico, mormente às informações relativas a sexualidade, tratamentos contraceptivos, desde que tal sigilo sirva como instrumento de garantia de direitos à saúde e integridade do menor. (Ringheim, 2007, p.245)

Em tais casos, o sigilo se mostra necessário para o acesso aos adolescentes aos meios contraceptivos, informações acerca de prevenção e tratamento de doenças sexualmente transmissíveis, controle de natalidade e aborto, especialmente nos casos em que por questões culturais ou religiosa a sexualidade é tratada como tabu que inviabiliza a discussão social e na família de tais temas.

De maneira diversa seria, caso o sigilo fosse utilizado para acobertar o ilícito ou em casos em que o menor fosse exposto a risco em sua integridade ou vida, como seria o caso de manter-se em sigilo procedimentos para realização de aborto, em que se acentuam riscos de vida.

Considerações finais

As transformações experimentadas pelo direito das famílias apontam para uma repersonalização do direito civil em que a pessoa humana passa a ser foco central da discussão, prevalecendo situações subjetivas existenciais à situações subjetiva patrimoniais.

A nova conceituação da família democrática e eudemonista, pautada no diálogo e participação, inclusive dos filhos, impõe aos pais um leque de situações jurídicas que correspondem muito mais a deveres do que direitos. Nesse contexto, tem-se uma concepção mais funcionalista da família como espaço de realização pessoal de seus indivíduos e desenvolvimento da personalidade dos menores.

A paternidade responsável passa e ser contemplada pela Constituição, em que o Estado não pode intervir no planejamento familiar, mas este deve ter como fundamento a paternidade responsável e a dignidade da pessoa humana. Também os princípios do melhor interesse da criança e adolescente e a absoluta prioridade de sua tutela impõem uma série de deveres aos pais. Nesse caso, a família deve cumprir seu papel e garantir à criança além de sustento, também o apoio moral, afetivo e psicológico, calcados no dever de cuidado e de educação. Quando isso não ocorre, coloca-se em risco o desenvolvimento pleno da criança.

A atribuição de poderes qualificados aos pais se evidencia no instituto do poder familiar,

instrumento jurídico que confere aos pais poderes e deveres na busca do desenvolvimento pleno de seus filhos. Em razão disso, é de se ressaltar, dentre os deveres funcionais constantes do poder familiar o dever de cuidado, o dever de educação, compreendido também o dever de vigilância com vistas à salvaguarda do próprio menor.

O conteúdo do poder familiar encontra sua gênese no art. 229 da Constituição Federal, que prescreve como deveres dos pais os de assistirem, criarem e educarem os filhos menores, nisto sendo seguido pelo art. 22 do ECA, o qual estabelece deveres de sustento, guarda e educação dos filhos menores. Em caminho semelhante o art. 1634 do Código Civil de 2002, impõe aos pais quanto à pessoa dos filhos menores uma série de deveres.

A partir da Constituição de 1988 e posteriormente com a elaboração da lei Nº 8.069 de 13 de julho de 1990, o menor alcançou reconhecimento de sua condição de sujeito e titular de direitos. Assim, nos artigos 227 e 228 da Constituição inaugura-se no direito brasileiro a doutrina da proteção integral das crianças e adolescentes em substituição ao ultrapassado binômio abandono-deliquência, através da qual reconhece-se a titularidade de direitos fundamentais pelos menores, entre os quais os direitos a privacidade e intimidade.

A Constituição Federal de 1988, no art. 5, inciso X, protege a vida privada e a intimidade, também no art.226 a Constituição Federal resguarda o espaço familiar, especialmente em oposição à esfera pública, também tendo favorecido a privacidade individual, mesmo entre os demais membros da unidade familiar.

No âmbito internacional a privacidade e intimidade também são reconhecidas e protegidas, especialmente através da Declaração dos Direitos Humanos da organização das Nações Unidas em seu art. 12º, no mesmo contexto o Pacto de San José da Costa Rica, nos art. 11.

Diante de tal contexto, sobrelevam-se discussões a respeito da privacidade das crianças e adolescentes, especialmente em sua relações sociais, incluindo-se ai e-mails, correspondências, utilização da internet e redes sociais, bem como no que se refere ao sigilo de informações médicas, especialmente atinentes à sexualidade e reprodução.

Assim, em situação de aparente conflito, que se concretiza nos fatos sociais se posicionam em polos diversos o menor pretendente de sua privacidade e sigilo que requer proteção de sua esfera de privacidade na rede mundial de computadores, bem como nas correspondências e o pais, titular do poder familiar, pretendendo vigiar o comportamento de seu filho menor. Da mesma forma, colocam-se os filhos adolescentes na proteção de seu sigilo médico atinentes a questões sexuais e reprodutivas, pretendendo os pais tomar parte em tais escolhas dos filho.

Ambas as situações, implicam em conflitos de posições jurídicas, pelo menos em tese contrárias, que demandam uma interpretação em que a baliza central será o absoluto interesse do menor, o que não quer dizer que sua vontade pessoal irá prevalecer, mas que no caso concreto deverá ser privilegiado a consecução do perfil funcional da família e dos institutos de proteção da criança e adolescentes, perfil este reconhecido como a promoção do desenvolvimento e autonomia do sujeito em desenvolvimento.

Portanto, no exercício do poder familiar somente poderão os pais frustrar o direito de privacidade e intimidade de seus filhos menores, no melhor interesse desses, devendo haver motivação condizente com o perfil funcional do poder familiar. Reconhece-se assim o perfil ao mesmo tempo emancipador da autoridade parental, com vistas a garantir a aquisição gradual de autonomia pelo menor e o perfil protetivo, com viso a resguardar a integridade da criança e adolescente.

4. **Referências**

BRASIL. Constituição (1988). Vade Mecum. Organização de Darlan Barroso e Marco Antônio Araujo Junior. 6.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

BRASIL. Código civil. Vade Mecum. Organização de Darlan Barroso e Marco Antônio Araujo Junior. 6.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

Filho processa mãe depois dela hackear Facebook. Tecnoblog R7.. Notícia disponível em: < https://tecnoblog.net/20004/filho-processa-mae-depois-dela-hackear-facebook/ > Acesso em 09 de junho de 2015

CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento **sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

GIDDENS, Anthony. **A terceira via**. Rio de janeiro: Record, 1999.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: famílias**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Direito de família e colisão de direitos fundamentais**. Revista dos Tribunais, n.920. São Paulo, jun. 2012, p. 107.

LOCH, Jussara de Azambuja; CLOTET, Joaquim; GOLDIM, José Roberto. Privacidade e confidencialidade na assistência à saúde do adolescente. **Revista da associação médica brasileira**, Vol 53, P.240-246, 2007.

MARTINS, Rosa.Responsabilidades parentais no século XXI: a tensão entre o direito de participação da criança e a função educativa dos pais *in* PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.). **Cuidado e vulnerabilidade**. São Paulo: Atlas, 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. A família e o direito de personalidade: a cláusula geral de tutela na promoção da autonomia e da vida privada *in* MENEZES, Joyceane Bezerra de; MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Org.). **Direito das famílias por juristas brasileiras**. São Paulo: Saraiva, 2013. p.91-130

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007)

_____. **Soggetti e situazioni soggettive**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000.

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

RINGHEIM, Karin. Ethical and human rights perspectives on providers' obligation to ensure adolescents' rights to privacy. **Studies In Family Planning**, 2007, vol. 38, issue 4, p 245.

RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. O fenômeno da constitucionalização do direito: seus efeitos sobre o direito civil *in* RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski;SOUZA, Eduardo Nunes de; MENEZES, Joyceane Bezerra de; EHRHARDT JÚNIOR, MARCOS . **Direito civil contitucional: a ressignificação da função dos institutos fundamentias do direito civil contemporâneo e suas consequências**. Florianópolis: Conceito editorial, 2014. P. 547-561.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**: **a privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Cuidado, autoridade parental e obesidade infantojuvenil *in* PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.). **Cuidado e Responsabilidade**. São Paulo: Editora Atlas, 2011. p.195-201.

STANZIONE, Pasquale, SCIANCALEPORE, Giovanni. **Minori e diritti fondamentali**. Milano: Giuffrè Editore, 2006.

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

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional. **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC**, vol. 17, ano 5, jan./mar. 2004, Ed. Padma, pp. 33-49