

**AUTONOMIA DA VONTADE DA CRIANÇA SOB A ÓTICA
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS – O DIREITO AO LIVRE
DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE**

*AUTONOMY OF THE CHILD WILL IN THE PERSPECTIVE OF
FUNDAMENTAL RIGHTS - THE RIGHT TO FREEDOM OF
PERSONALITY DEVELOPMENT*

Bruna Souza Paula*

Bleine Queiroz Caúla**

RESUMO

O artigo cuida do estudo da manifestação da autonomia da vontade da criança e do adolescente como direito fundamental, qual seja, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Justifica-se a análise ao se que com a repersonalização das relações familiares, que avançou da visão patrimonialista anterior para a valorização da dignidade da pessoa humana, do afeto e a consequente adoção da doutrina da proteção integral, a criança e o adolescente assumiram o papel de protagonistas no núcleo familiar. Essa mudança de

* Mestre em Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Especialista em Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e em Direito Processual: Grandes Transformações pela UNISUL. Graduada Em Direito pela Universidade de Fortaleza. Professora de Direito na Universidade de Fortaleza.

** Doutoranda em Direito - Área Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2008) sob a orientação do professor catedrático Doutor Jorge Miranda; Mestre em Administração de Empresas e Especialista em Direito Processual Civil pela UNIFOR; Advogada e Pedagoga. Assessora do Projeto Cidadania Ativa (2005-2008) agraciada com o V Prêmio Inovare 2008 categoria advocacia; Presidente da Comissão de Educação da Ordem dos Advogados – Secção Ceará; Professora Assistente da Universidade de Fortaleza – Graduação (curso de Direito) e Pós-Graduação; Pesquisadora do Núcleo de Estudos Internacionais – NEI da Universidade de Fortaleza, com o tema: As questões ambientais na Economia Europeia sob a perspectiva das Agendas 21 Locais (A21L) europeias como práticas políticas de mitigação. Projeto no Núcleo de Pesquisa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade de Fortaleza – NUPESQ intitulado: Agenda 21 Como Estratégia de Solução para a Crise Ecológica. Obras publicadas: MIRANDA, Jorge (Org.), CAÚLA, Bleine Queiroz (Coord.). O direito constitucional e a independência dos tribunais brasileiros e portugueses: aspectos relevantes. Curitiba: Juruá, 2011. CAÚLA, Bleine Queiroz. A lacuna entre o direito e a gestão do ambiente: os 20 anos de melodia das agendas 21 locais. Fortaleza: Premium, 2012.

paradigma, que motivou o abandono da doutrina da situação irregular para a adoção da doutrina da proteção integral, resultou na percepção do menor de idade como sujeito de direitos e não mais como objeto do pátrio poder. Dessa forma, no presente artigo procura-se analisar de que forma o direito ao livre desenvolvimento da personalidade da criança e do adolescente se desenvolve dentro do perfil contemporâneo da família. Tratar-se-á do perfil da família contemporânea, da criança como sujeito de direitos, da autonomia da vontade desta última e do seu direito ao desenvolvimento da personalidade e da sua interação com a autonomia parental.

PALAVRAS-CHAVES: CRIANÇA E ADOLESCENTE, AUTONOMIA DA VONTADE, DIREITO AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE.

ABSTRACT

The article takes care of the study of the manifestation of freedom of choice in children and adolescents as a fundamental right, namely the right to free development of personality. Justifies the analysis with repersonalization of family relations, which advanced the view prior to the patrimonial value of human dignity, affection and the consequent adoption of the doctrine of full protection, children and adolescents took on the role of protagonists with families. The paradigm shift motivated the abandonment of the doctrine of irregular situation to the adoption of the doctrine of full protection, resulted in the perception of a minor as a subject of rights and not as an object of paternal power. Thus, in this article seeks to examine how the right to free development of personality of child and adolescent develops within the contemporary profile of the family. Treat it will profile the contemporary family, children as subjects of rights, of freedom of choice of the latter and of their right to development of personality and its interaction with parental autonomy.

KEYWORDS: CHILDREN AND ADOLESCENTS, FREEDOM OF CHOICE, RIGHT TO FREE DEVELOPMENT OF PERSONALITY.

INTRODUÇÃO

A atual proteção dos diplomas legais conferida às crianças e aos adolescentes nem sempre esteve presente na mesma dimensão. A criança e o adolescente nem sempre foram vistos como um sujeito de direitos, já que em dados momentos, tivemos a aplicação da doutrina da situação irregular, que só acolhia aqueles que se encontrava em situações irregulares, como: carência, abandono ou infração. O tratamento não era dado de forma uniforme, nem integral.

Com o passar dos anos, e já com a introdução da nossa Constituição Federal de 1988, que veio influenciada pela Declaração dos Direitos da Criança de 1959 e depois ratificada pela Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989, foi que se adotou a doutrina da proteção integral, que passou a abranger a criança e adolescente de forma indistinta,

conferindo a todas os direitos legais que lhe são inerentes.

Com a introdução desse novo paradigma, fala-se agora em direito à vida, saúde, alimentação, educação, lazer para todas as crianças e adolescentes, independente de raça, cor ou situação. E essa garantia não fica adstrita à família, essa obrigação passa a ser solidária entre família, Estado e sociedade.

Em meados de 1990, surgiu o Estatuto da Criança e Adolescentes, recheado de princípios novos e que permeou a relevância que deve ser dada às crianças e adolescentes, demonstrando que os mesmos são seres com sua personalidade em formação e por essa razão merecem atenção especial. Tal Estatuto é uma verdadeira Carta de Direitos Humanos Abrasileirada destinada, especialmente, a crianças e adolescentes.

Nos dias atuais, o direito infanto-juvenil considera a criança não mais como um ser indefeso e total dependente da proteção dos pais. Sua consideração como objeto do exercício do pátrio poder não mais procede, tanto que o termo menor não é mais utilizado nos documentos internacionais, a exemplo, tem-se a Convenção dos Direitos da Criança.

O desenvolvimento da personalidade da criança está, sim, relacionado com a autoridade parental, todavia a maturidade deve-se desenvolver em clima de liberdade e de possibilidade de se eleger valores e de opções vitais¹.

Desta forma, o presente estudo visa responder os seguintes questionamentos: De que forma a autonomia da vontade da criança e do adolescente se manifesta como parte do direito ao livre desenvolvimento da personalidade no contexto da família contemporânea?

Nessa premissa, este artigo se dividirá em cinco capítulos.

No primeiro capítulo tece-se algumas considerações acerca do perfil da família contemporânea abordando os novos conceitos e redimensionamentos dos antigos institutos, diante da constitucionalização do Direito Civil, advindos do ideário pós-positivista.

O segundo capítulo trata da criança como titular de direitos fundamentais. Criança aqui entendida como pessoa entre 0 (zero) a 18 (dezoito) anos, .

¹ HERNÁNDEZ, Francisco Rivero. **El interés del menor**. 2ª ed. Madri: Dykinson, 2007, p. 304.

O terceiro constitui a fundamentação teórica preliminar acerca do tema, ao tratar do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, sua dicotomia como direito fundamental e direito da personalidade, sua proteção legal e sua relação com a autonomia privada

O quarto apresenta a autonomia da vontade da criança e do adolescente do direito ao livre desenvolvimento da personalidade. No quinto capítulo irar-se-á tratar deste instituto e sua relação com a autoridade parental. E, por fim, são apresentadas as conclusões.

1 PERFIL DA FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA

Ao longo do século XX, a família sofreu profundas mudanças, do seu conceito a sua composição, com o desenvolvimento novas funções.

Apesar de no estágio atual os direitos de proteção integral da criança não integrarem o direito de família de forma exclusiva, a família ainda constitui o principal espaço de formação e realização de personalidade da criança e do adolescente.

A evolução da criança como sujeito de direitos é reflexo da moderna consideração da família, como espaço de desenvolvimento da personalidade de seus membros. Dessa forma, há necessidade de tecer algumas considerações acerca da nova visão da família, sob o ponto de vista jurídico.

O direito de família sofreu influências do movimento pós-positivismo que reconstruiu o Direito Constitucional, em especial, a expansão normativa deste para todos os ramos, que ocasionou a chamada constitucionalização do Direito Civil².

A introdução da funcionalização do contrato e da propriedade é consequência desta influência, assim como a boa-fé objetiva, ou em termos de direito de família, a personalização das relações familiares agora centradas no afeto e não mais no patrimônio são resultante da valorização da pessoa humana presente nas Constituições contemporâneas.

Assim, qualquer norma de direito das famílias exige a presença de fundamento de

² TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 21 esclarece que pelo Direito Civil estar em grande parte na Constituição, ocasionou o enlaçamento de temas sociais juridicamente relevantes para garantir a efetividade, pois diante do novo texto constitucional brasileiro, a Constituição Federal de 1988, o intérprete deve redesenhar o tecido do direito civil à luz da Constituição.

validade constitucional³.

Por muito tempo a família manteve uma estrutura patriarcal, legitimando exercício de poderes masculinos sobre a mulher e sobre os filhos. Ademais, foi perdendo aos poucos suas antigas funções, como a função econômica, que via a família como unidade produtiva ou a função procracional de influência religiosa.

Atualmente, a família é funcionalizada pela afetividade, onde houver *affectio* haverá família, unida por laços de liberdade e responsabilidade⁴. A moderna concepção de família é marcada pela introdução de um novo paradigma, a afetividade. Este elemento surge como elemento do núcleo essencial, tendo em vista que a família, como vimos a pouco, converteu-se em um “espaço de realização da afetividade humana”⁵.

Será o princípio da afetividade que dará preferência no direito de família às relações socioafetivas, em detrimento as relações de caráter patrimonial ou até mesmo biológico. Sendo ele o princípio norteador do direito das famílias.⁶

Nesse sentido, encontra-se esta moderna concepção de família, alicerçada na afetividade, na decisão⁷ em sede de recurso especial originado de pedido de adoção feito por padrasto em relação aos filhos da sua cônjuge, cumulado com pedido de destituição da autoridade parental do pai biológico, in fine:

O alicerce, portanto, do pedido de adoção reside no estabelecimento de relação afetiva mantida entre o padrasto e a criança, em decorrência de ter formado verdadeira entidade familiar com a mulher e adotanda, atualmente composta também por filha comum do casal. Desse arrajo familiar, sobressai o cuidado inerente aos cônjuges, e reciprocidade em relação aos filhos, seja a prole comum, seja ela oriunda de relacionamentos anteriores de cada consorte, considerando a família como espaço para dar e receber cuidados.

No mesmo julgamento também foi considerado os novos arranjos familiares, advindos nas famílias redimensionadas, comumente chamadas de famílias recomposta, além da consideração do princípio do melhor interesse, como exposto:

Diante dos complexos e intrincados arranjos familiares que se delineiam no

³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5ª ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 36.

⁴ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Família**, 4º ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 17.

⁵ Idem, **Direito Civil: Família**, p. 22.

⁶ Idem, **Manual de Direito de Famílias**, p.71.

⁷ STJ – Processo REsp 1106637/SP, RECURSO ESPECIAL 2008/0260892-8, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Órgão Julgador T3 – Terceira Turma, Data do Julgamento: 01/06/2010.

universo jurídico – ampliados pelo entrecruzar de interesses, direitos e deveres dos diversos componentes de famílias redimensionadas –, deve o Juiz pautar-se, em todos os casos e circunstâncias, no princípio do melhor interesse da criança, exigindo dos pais biológicos e socioafetivos coerência de atitudes, a fim de promover maior harmonia familiar e consequente segurança às crianças introduzidas nessas inusitadas tessituras.

Também encontra-se referência a nova arquitetura familiar nos tribunais estaduais, através do julgado do Tribunal de Justiça do Maranhão⁸:

1.No pedido de guarda, efetivado pela avó paterna, há de ser reconhecido o princípio do melhor interesse do menor, consubstanciado no preceito constitucional da família, previsto no art. 229, da CF e nos arts. 1.584, parágrafo único, do Código Civil, e no 28, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, máxime quando a criança está prestes à ingressar na adolescência.2. ***A nova dimensão do direito de família registra a necessidade de que as famílias se unam em torno do bem estar dos filhos, consectário legal que não pode se distanciar da segurança e do convívio gradativo entre os familiares, a fim de ser preservar a integridade psicossocial, emocional e intelectual da criança.*** 3. Apelação não provida. (grifo nosso)

Diante deste quadro, a Constituição Brasileira assegura a igualdade entre a filiação biológica e socioafetiva, a igualdade entre os irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais.

Todavia o princípio não se está explícito no texto constitucional brasileiro, encontraremos implicitamente referência a seus fundamentos, quais sejam: todos os filhos são iguais, sem importar sua origem; a escolha afetiva da adoção está no plano de igualdade de direitos; a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, inclusive os adotivos tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida; e como dito a convivência familiar como prioridade absoluta garantida às crianças⁹.

É possível ainda encontrar referência ao princípio da afetividade no ordenamento jurídico brasileiro, no artigo 1593 do Código Civil ao estabelecer que o “parentesco é natural e civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem”, pois impede que o judiciário brasileiro considere apenas a verdade real a biológica; e na Lei nº 11.698/2008, de que estabeleceu a preferência da guarda compartilhada, quando não houver acordo entre os pais separados.

⁸ TJMA - APELAÇÃO CÍVEL: AC 68582008 MA. Data do Julgamento: 23/04/2009.

⁹ Idem, **Direito Civil: Família**, p. 71. Encontramos ainda referência ao princípio da afetividade no ordenamento jurídico brasileiro, no artigo 1593 do Código Civil ao estabelecer que o “parentesco é natural e civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem”, pois impede que o judiciário brasileiro considere apenas a verdade real a biológica; e na Lei nº 11.698/2008, de que estabeleceu a preferência da guarda compartilhada, quando não houver acordo entre os pais separados.

A afetividade também pode ser compreendida como o direito de amar e ser feliz, mas não é só isso, também implica o dever de compreender e estar com o outro, pois estar em família significa, sob essa ótica, romper com a individualidade, através do diálogo entre os entes que compõe família¹⁰.

Assim, pode-se verificar que o princípio da afetividade pressupõe a funcionalização da família para o desenvolvimento da personalidade de seus membros. Desta forma, a autoridade parental deverá ser exercida em função da criança e do adolescente, buscando a formação e o desenvolvimento da personalidade destes últimos.

A família atual, além de abrigar os mais diversos arranjos familiares entrelaçados pela afetividade¹¹, não é uma instituição decorrente somente do matrimônio e não cabe mais as antigas preocupações patrimoniais que foram matrizes da família tradicional, hoje a família “passou a significar o ambiente de desenvolvimento da personalidade e da promoção da dignidade de seus membros, sejam adultos ou infantes, o qual pode apresentar uma pluralidade de formas decorrentes das variadas origens”¹². Nesse sentido, a família passa de instituição para ser família instrumento¹³, cuja razão de ser será a dignidade de cada membro.

Dessa forma, consagra-se contemporaneamente o modelo eudemonista de família, em que seus membros buscam, na própria família ou por meio dela, a sua própria realização, seu próprio bem-estar¹⁴.

2 A CRIANÇA E O ADOLESCENTE COMO TITULAR DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Dentro do novo contexto de famílias, a criança e o adolescente passam a ser titulares de

¹⁰ WELTER, Belmiro Pedro Marx. Teoria Tridimensional do Direito de Família. In: Mariângela Guerreiro Milhoranza; Sérgio Gischkow (coord.) **Direito contemporâneo de família e das sucessões – Estudos jurídicos em homenagem aos 20 anos de docência do professor Rolf Madaleno**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009, p. 25.

¹¹ Idem, **Manual de Direito de Famílias**, p. 43 ressalta que “os negócios têm por substrato exclusivamente a vontade, enquanto o traço diferenciador do direito de família é o afeto”.

¹² MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Direito Fundamental à Convivência Familiar, in Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel (coord.), **Curso de Direito da Criança e do Adolescente – Aspectos teóricos e práticos**. 4ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p 68.

¹³ Idem, **Manual de Direito de Famílias**, p. 43 ressalta que ela passa a família instrumento por contribuir para o desenvolvimento da personalidade de seus membros e para o crescimento e formação da sociedade, o que justificaria a proteção do Estado.

¹⁴ GROENINGA, Giselle Câmara. Família: um caleidoscópio de relações. In Giselle Câmara Groeninga; Rodrigo da Cunha Pereira (coord.), **Direito de Família e Psicanálise – rumo a uma nova epistemologia**. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 138.

direitos fundamentais com a consagração da doutrina da proteção integral que superou a doutrina da situação irregular. Isso acontece por que a novo paradigma, inspirado na dignidade da pessoa humana, gera princípios, como o da prioridade absoluta e do melhor interesse, que irão alçá-los a sujeitos de direitos.

O tratamento jurídico da criança e do adolescente no Brasil passa por quatro fases: da absoluta indiferença, da mera imputação penal, tutelar e da proteção integral. Na primeira fase, não havia diplomas legislativos para as crianças e os adolescentes, já na segunda havia, todavia as leis buscavam apenas coibir a prática de ilícitos por eles, como as Ordenações Afonsinas e Filipinas ou Código Imperial de 1830. Na fase tutelar, aos adultos é conferidos poderes para promover a integração familiar da criança, com tutela reflexa de seus interesses pessoais, aqui se tem o Código de Menores de 1979, que atribuiu ao termo menor um caráter discriminatório, pois a legislação tratava apenas das crianças ou dos adolescentes em situação irregular. A última fase, da doutrina da proteção integral, é o estágio atual da criança e do adolescente, que lhes atribui direitos e garantias, considerando sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento¹⁵.

Apesar de alguns países não terem evoluído seguindo essas quatro fases, é certo que os documentos internacionais de direitos humanos, como a Declaração Universal de Direitos Humanos e a Declaração Universal dos Direitos da Criança, introduziram, sob a forma de direitos fundamentais, a doutrina da proteção integral.

A existência de direitos especiais direcionados à criança e ao adolescente é fruto da preocupação de garantir uma tutela mais eficaz e ampla da pessoa humana¹⁶. Os direitos humanos constantes nas normas internacionais ganham característica de fundamentais quando inseridos nos textos constitucionais¹⁷.

Os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes possuem a particularidade de não serem dirigidos somente ao Estado, mas também será sujeito passivo, a sociedade, em especial a família e, em segundo plano, as outras entidades, como creches, escolas, igrejas, hospitais¹⁸.

¹⁵ PAULA, Paulo Afonso Garrido de **Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 26.

¹⁶ PAULO OTERO, **Instituições Públicas e Constitucionais**, p. 488.

¹⁷ INGO WOLFGANG SARLET, **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 29.

¹⁸ J. GOMES CANOTILHO; VITAL MOREIRA, **Constituição da República...**, p.869.

Com isso, pode-se verificar claramente que será dentro das relações familiares que se irá verificar a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particularidades. Nessa dimensão subjetiva, os direitos fundamentais tutelam a liberdade, autonomia e segurança da pessoa em frente dos demais membros do corpo social¹⁹.

A proteção integral é inserida na ordem jurídica portuguesa através do texto constitucional. Está presente na noção constitucional de desenvolvimento integral²⁰, que, aproximado o desenvolvimento da personalidade, possui dois pressupostos: a garantia da dignidade da pessoa humana e a consideração da criança como pessoa em formação²¹.

A doutrina da proteção integral normatizada na forma de princípio consubstancia um status jurídico especial às crianças e aos adolescentes, pois estes poderão, apesar de serem pessoa em desenvolvimento, exercerem seus direitos em face de qualquer pessoa, inclusive de seus pais. A eles são atribuídos interesses subordinantes diante da família, à sociedade e ao Estado²².

Vale ressaltar que a proteção integral tem como fim maior a dignidade da pessoa humana, uma vez que a garantia de direitos da criança e do adolescente e a obrigação positiva do Estado no sentido de priorizar esses seres em crescimento fundam-se na aplicação do direito fundamental de ter uma vida digna. A dignidade da pessoa humana alçada a valor nuclear da ordem constitucional irá irradiar seus efeitos por todo ordenamento jurídico, inclusive sobre as relações particulares como as familiares.

O fenômeno da respersonalização das relações familiares e consequente despatriomonalização é fruto da elevação da dignidade da pessoa humana como fundamento da ordem jurídica, o que posiciona a pessoa humana no centro de proteção do direito²³. Visto como princípio, ele será o mais universal de todos, pois dele, como já foi elucidado, irradiará todos os demais princípios

3 AUTONOMIA DA VONTADE SOB A ÓTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS – O DIREITO AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA

¹⁹ ANTONIO ENRIQUE PEREZ LUÑO. **Derechos Humanos, Estado...**, p. 22.

²⁰ Ver artigo 69 da Constituição da República Portuguesa.

²¹ J. GOMES CANOTILHO; VITAL MOREIRA, **Constituição da República...**, pp.869-870.

²² ROSSATO, Luciano Alves; LEPORE, Paulo Eduardo; SANCHES, Rogério. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.45.

²³ Nesse sentido, Idem, **Manual de Direito de Famílias**, p. 62, afirma que “o princípio da dignidade humana significa, em última análise, igual dignidade para todas as entidades familiares”.

PERSONALIDADE

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade garante a cada pessoa o respeito a sua individualidade e vontade. Desde o momento da concepção até o último instante de vida²⁴, este direito permite ao ser humano decidir o futuro de seu ser.

O direito ao desenvolvimento da personalidade pertence ao grupo dos direitos de liberdade, muitos destes direitos são também direitos de personalidade, como a liberdade de consciência, de religião ou culto e de expressão, entretanto alguns dos direitos políticos aqui inseridos não o são, como a liberdade de propaganda eleitoral. São assim identificados por conterem um direito de agir e por não sofrerem interferência ou impedimentos, ou seja, um autogoverno e não interferência, respectivamente²⁵.

Tal direito não poderá ser encarado somente como um direito geral de liberdade, mas como um garantidor de um “direito à formação livre da personalidade ou liberdade de ação como sujeito autônomo dotado de autodeterminação decisória” e um direito de personalidade garantidor da esfera jurídico-pessoal do indivíduo²⁶.

Assim, suscita controvérsias entre os adeptos da ideia constitucional de liberdade, uma ampla, chamada de teoria da liberdade geral de ação, e outra restritiva, chamada de teoria do conteúdo nuclear. Na primeira, o conteúdo do direito ao desenvolvimento da personalidade compreende todas as formas de conduta, já na segunda, o conteúdo do direito restringe-se às formas de conduta em que o ser humano expresse a essência da sua personalidade²⁷.

É de se notar que, num contexto entre as referidas concepções, a teoria da liberdade geral da ação com um conteúdo essencial inviolável, os conceitos de conteúdo essencial e de conteúdo de dignidade humana do direito ao desenvolvimento da personalidade encontram-se sistematicamente relacionados²⁸.

3.1 Direitos fundamentais e direitos de personalidade

²⁴ Conforme CAPELO DE SOUSA, Radindranath Valentino Alexio. **Direito Geral de Personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 204, este bem jurídico pressupõe uma estrutura humana viva, não sendo por isso extensivo à personalidade humana falecida, sem prejuízo de uma pessoa viva potenciar um acervo de bens de personalidade tutelados post-mortem.

²⁵ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional - Tomo IV**. 4ª ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 91.

²⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada – Volume I**. 4ª ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 463.

²⁷ OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. **O direito geral de personalidade e a “solução do dissentimento” – ensaio sobre um caso de “constitucionalização” do direito civil**, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 79-80.

²⁸ Idem, **O direito geral de personalidade...**, p. 82.

O que é o homem? Homem é pessoa. Quem é o homem? A resposta é conceito da personalidade. Personalidade é o conjunto das qualidades e relações que determinam a pessoa em si mesma e em função da participação na ordem do ser, de forma única e singular²⁹.

Sabendo que é através da personalidade que a pessoa poderá adquirir outros bens e defendê-los, interessa a este estudo saber que a proteção que se dá aos bens primeiros da pessoa, assim chamados por serem inerentes à pessoa humana, como a liberdade, a vida e a honra, é denominada de direito de personalidade.

Os direitos de personalidade abarcam os direitos que incidem sobre a própria pessoa ou sobre alguns fundamentais modos de ser da personalidade e lhe são inerentes³⁰. São os direitos de estado (direito à cidadania); os direitos a própria pessoa (direito à vida, à integridade moral e física, direito à privacidade), os direitos distintivos da personalidade (direito à identidade pessoal, direito à informática) e muitos dos direitos de liberdade (liberdade de expressão)³¹.

Quanto a sua classificação, são essenciais, porque advêm da própria personalidade humana; são direitos gerais, pois todas as pessoas são titulares desses direitos; são absolutos, isto é, impõem uma obrigação universal e não apenas de um grupo de pessoas determinadas; são pessoais³², pois se ligam diretamente à pessoa do seu titular, não sendo transmissíveis; e são, em sua maioria, indisponíveis, por não serem alienáveis ou renunciáveis, mas seu titular poderá consentir em uma eventual limitação.

Apesar da sua essencialidade, os direitos de personalidade em regra são considerados direitos fundamentais, porém, pode-se entender que os direitos de personalidade não se confundem com os direitos fundamentais, pois estes últimos pertencem ao âmbito do Direito Constitucional, enquanto que os primeiros pertencem ao Direito Civil³³. Entretanto, tendo em vista que os direitos fundamentais cada vez mais tendem a ser direitos de personalidade e de

²⁹ GONÇALVES, Diogo Costa. **Pessoa e Direitos de Personalidade. Fundamentação Ontológica da Tutela**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 63 e ss.

³⁰ PINTO, Paulo Mota. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português. In: Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). **A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p.62.

³¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra. Almedina, 2004, p. 405.

³² Os menores e interditos gozam de direitos de personalidade, mas na defesa desses direitos serão representados. Idem, **A Constituição concretizada...**, p.83

³³ Nesse Sentido JORGE MIRANDA. **Manual de Direito Constitucional - Tomo IV**, p. 69; JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO. **Direitos Fundamentais – Introdução Geral**. Estoril: Principia, 2007, p. 32.

uma concepção de direito geral de personalidade, automatizou-se um direito ao desenvolvimento da personalidade³⁴.

O direito geral de personalidade tem como objeto a personalidade humana e exprime uma cláusula geral de tutela da pessoa humana, por permitir a tutela de novos bens, respeitando a dignidade. Assim, o objeto deste direito abrangeria a todas as manifestações atuais e futuras, previsíveis e imprevisíveis, tutelando a sua livre realização e desenvolvimento, sendo o princípio superior de constituição dos direitos que se referem a particulares modos de ser da personalidade³⁵.

A controvérsia que se existe quanto à existência ou não de um direito geral de personalidade³⁶, não interessa ao presente estudo, inclusive se entende que a tutela abrange todas as formas de lesão a bens da personalidade tipificados ou não, o reconhecimento do direito geral de personalidade é fundamento específico para concretização de uma tutela ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade, e, por fim, que muitos dos direitos fundamentais coincidem com o núcleo dos direitos de personalidade, como o direito à vida, à integridade física, à identidade pessoal, essencialmente direitos de existência, pois são direitos que tutelam bens essenciais à existência da pessoa, ou como o direito ao desenvolvimento da personalidade, liberdade de expressão, direitos de liberdade.

O estatuto jurídico da pessoa depende, essencialmente, da personalidade do ser pessoa, deste conjunto de qualidades e relações que irão determiná-la³⁷. No caso desta pesquisa, os direitos de personalidade se revestiram de forma singular, pois se tratará dos direitos inerentes às criança e aos adolescentes.

Vale destaca que o direito à personalidade é inato à pessoa humana, na sua individualidade, incomunicável com outras pessoas, já que segue a natureza e o drama particular do indivíduo até sua morte. Desta forma, dos direitos de personalidade que se tratará neste estudo, como os direitos à vida, à integridade física, inclusive ao desenvolvimento da personalidade são de exercício exclusivo da criança e do adolescente.

³⁴ Idem, J. J. GOMES CANOTILHO **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 405.

³⁵ Idem, **A Constituição concretizada...**, p.68.

³⁶ Para Idem, **A Constituição concretizada...**, p.69 – a consagração ao livre desenvolvimento da personalidade na Constituição da República Portuguesa representou a explicitação de um fundamento constitucional para o direito geral da personalidade. Ao nível infraconstitucional, o reconhecimento ao direito geral de personalidade veio através do artigo 70 do Código Civil português, em decorrência do dever de proteção do desenvolvimento da personalidade.

³⁷ CAMPOS, Diogo Leite. A capacidade sucessória do nascituro (ou crise do positivismo legalista), in: **Pessoa Humana e Direito**. Diogo Leite Campos e Silmara Juny de Abreu Chinellato (coord), Coimbra: Almedina, 2009, p.47.

3.2 Proteção legal ao direito ao desenvolvimento da personalidade

O direito ao desenvolvimento da personalidade decorre da dignidade da pessoa humana³⁸, como afirmação positiva desta. Toda constituição que invoca o postulado básico à dignidade humana garante o desenvolvimento da personalidade, este é expressão direta daquele. O seu alcance irá variar de Constituição para Constituição, mas o certo é que, em todas que invocarem este valor básico, protegerá de uma forma ou de outra o desenvolvimento da personalidade.

O artigo segundo, número dois da Constituição da República Federal da Alemanha³⁹ consagra um direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Compreende uma liberdade geral de ação e um direito geral de personalidade, tendo como limite o direito dos outros, a ordem constitucional e a lei moral.

As duas dimensões que a doutrina e jurisprudência alemãs compreendem esse direito podem ser entendidas, primeiro como liberdade geral de ação, em que se protege a livre decisão de agir e de se omitir, que podem ser objeto de liberdades específicas como a livre iniciativa econômica, liberdade de circulação, faculdade de mudar de nome, liberdade de escolha de meios de tratamento médico. E segundo como um direito à tutela das diferentes dimensões da personalidade contra agressões de terceiros (direito geral de personalidade – direito de intimidade, direito à imagem, à palavra, ao silêncio, à ressocialização)⁴⁰.

Nesse sentido, o Tribunal Constitucional Federal Alemão interpretou o direito ao livre desenvolvimento da personalidade previsto no art. 2º, §1º, da Constituição alemã, como um direito à liberdade geral de ação⁴¹. Seria liberdade de ação humana no sentido mais amplo, defendendo um direito geral de liberdade⁴².

O Tribunal alemão sustenta ainda como um direito fundamental autônomo que garante a liberdade de ação humana. Liberdade de se fazer ou deixar de se fazer o que se quer, incluindo todas as ações dos titulares de direitos fundamentais (norma permissiva) e todas as intervenções do Estado nas ações desses titulares (norma de direitos) – o direito em face do

³⁸ Nesse sentido, SARLET. Ingo Wolfgang, **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9ª ed. rev., atual e ampl.. Porto alegre: Livraria do advogado Editora, 2007, p.100 – sustenta que decorre não só do princípio da dignidade da pessoa humana, mas também de um direito geral de liberdade.

³⁹ Inspirou o artigo 26, nº1 da Constituição da República Portuguesa, apesar da Constituição Alemã ser mais ampla no alcance. Idem **Constituição Portuguesa Anotada – Tomo I**, p. 287.

⁴⁰ Idem, **Constituição Portuguesa Anotada – Tomo I**, p. 286.

⁴¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 341.

⁴² Idem, **Teoria dos Direitos Fundamentais**. p. 342-343.

Estado que não embarace a ação ou abstenção⁴³.

A Constituição Espanhola de 1978, a exemplo da Constituição Alemã, consagrou o *livre* desenvolvimento da personalidade no artigo 10º, n.1⁴⁴. O pleno desenvolvimento da personalidade supõe o reconhecimento de uma total autodisponibilidade (sem interferências ou impedimentos externos) e de uma autodeterminação que surge da livre proteção histórica da razão humana⁴⁵.

O reconhecimento constitucional do livre desenvolvimento da personalidade, contido no artigo 10º, n.1 da Constituição Espanhola, especifica-se pela consagração de uma série de liberdades tendentes a garantir: liberdade ideológica, religiosa, liberdades de expressão, de reunião e manifestação, de residência e circulação⁴⁶.

A Constituição da República Portuguesa, por sua vez, incluiu apenas o termo desenvolvimento da personalidade, retirando o *livre*. Previsto pelo artigo 26, n.1 e incluído pela revisão constitucional de 1997, o direito ao desenvolvimento à personalidade português significa um alcance mais restrito que o alemão, que compreende todos os direitos pessoais ali não especificados, ao contrário do entendimento português que não vê a previsão deste direito como um princípio de irradiação, tanto que a maioria dos direitos pessoais já está prevista na Constituição Portuguesa, uns inclusive no próprio artigo 26, n.1 desta.

Note que a Constituição alemã, além de falar em *livre* desenvolvimento da personalidade, exprimindo assim uma ideia de autonomia, livre exteriorização e realização da personalidade, estabelece limites que a lei fundamental portuguesa não o faz, por não ser este o seu objetivo, já que o direito em questão parece estar ligado à ideia de formação da personalidade⁴⁷.

O Tribunal Constitucional Português, antes mesmo da revisão constitucional de 1997, além de considerar o direito ao desenvolvimento à personalidade uma consequência do princípio da dignidade humana no Acórdão nº 6/84, de 18 de janeiro, através do Acórdão nº. 288/98, de 17 de abril, incluiu, em seu conteúdo, a autonomia individual, a autodeterminação e a liberdade de cada um de traçar o seu próprio plano de vida.

⁴³ Idem, **Teoria dos Direitos Fundamentais**, p. 343.

⁴⁴ “Art. 10º, n.1. A dignidade da pessoa, os direitos que lhe são invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e os direitos dos demais são fundamentos da ordem política e da paz social. Constituição Espanhola

⁴⁵ LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constituicon**. 8ª ed. Madrid: Tecnos, 1998, p. 318.

⁴⁶ ⁴⁶ LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Los Derechos fundamentales**. Madrid: Tecnos, 9ª ed., 2007, p.177.

⁴⁷ Idem, **Constituição Portuguesa Anotada – Tomo I**, p. 287.

Vale salientar que em virtude do princípio da dignidade da pessoa humana e do respeito à liberdade que do princípio deriva, sem falar no artigo 70 que já previa um “desenvolvimento da personalidade dos jovens”, e a exemplo da Constituição Federal brasileira, o desenvolvimento da personalidade já era protegido pelo ordenamento jurídico português.

Como já foi mencionado, na Constituição da República Federal Brasileira não se encontra formulação expressa do direito ao desenvolvimento da personalidade, como sucede com os outros ordenamentos jurídicos citados. Todavia, o reconhecimento advém do parágrafo segundo do artigo quinto da Constituição brasileira, que prevê a cláusula aberta como também, em decorrência do regime e dos princípios adotados, como o reconhecimento da dignidade da pessoa humana e conseqüentemente da liberdade.

Para Ingo Sarlet, o direito ao livre desenvolvimento da liberdade ou ao direito geral de personalidade é direito implícito na ordem jurídica brasileira e pressuposto para uma cláusula geral de tutela da personalidade⁴⁸.

3.3 Direito ao livre desenvolvimento da personalidade versus autonomia privada

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade, como se vê, respeita a vontade de cada ser, garante a individualidade, uma vez que não admite intervenções na escolha das opções de vida e determina na maneira que lhe achar melhor seu modo de vida. Entretanto, ao estudar este direito, verifica-se a sua proximidade com autonomia privada⁴⁹, princípio que permite às pessoas liberdade na hora de contratar.

O princípio da autonomia privada ou da autonomia da vontade decorre do Código Civil, mas considera-se garantia institucional do direito ao desenvolvimento da personalidade e outros direitos fundamentais presentes na Constituição, como o direito à capacidade civil, à liberdade de trabalho e profissão⁵⁰. Com efeito, a autonomia privada não designa toda a liberdade, nem toda a liberdade privada, apenas a liberdade negocial (negociável ou comercial?).

Como um depende do outro, cumpre esclarecer que as liberdades constituem bem jurídico, protegido pelos direitos fundamentais⁵¹. Daí a liberdade individual ser protegida contra ingerências do Estado e dos particulares por direitos fundamentais, como o direito ao desenvolvimento da personalidade, que, por sua vez, é garantido pelo instituto da autonomia

⁴⁸ Idem, **A eficácia dos direitos fundamentais**, p.100-101.

⁴⁹ A autonomia privada é o princípio do respeito à autonomia vista sob a ótica civilista.

⁵⁰ Idem, **Manual de Direito Constitucional- IV**, p. 304.

⁵¹ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais – trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 79-83.

da vontade previsto na lei civil

Contudo, se o direito ao livre desenvolvimento da personalidade é tão intimamente ligado à autonomia da vontade, princípio que permite às pessoas liberdade na hora de contratar, por exemplo, quando se fala em um respeito à liberdade de autodeterminação da criança e do adolescente na escolha de tratamento médico decorrente do direito ao desenvolvimento da personalidade, não se estaria falando em uma autonomia da vontade? Ou seja, a liberdade de escolha não seria a liberdade contratar serviços médicos?

Com efeito, ampla liberdade contratual alicerça o princípio da autonomia da vontade, sendo o negócio jurídico a forma de manifestação deste princípio. Entretanto a liberdade de escolha de tratamento médico demanda um gama de direitos de personalidade que se alicerçam da dignidade da pessoa humana, indo além da dimensão privada de contratar serviços médicos.

É fundamental destacar que o desenvolvimento da personalidade, além de significar uma liberdade de autodeterminação, significa também uma liberdade de determinação do “modo de ser de sua personalidade”⁵². O direito geral de personalidade que tutela o pleno desenvolvimento da personalidade pressupõe prestações positivas em contraponto dos direitos de personalidade e da autonomia privada que implica apenas um respeito, um dever de abstenção.

A autonomia significa pura e simplesmente a capacidade de reger-se. Assim, falar em autonomia privada configura a capacidade de contratar, de autorregular seus interesses.

O negócio jurídico e a manifestação do princípio da autonomia privada ou da vontade são atos jurídicos que demandam agente capaz, objeto lícito e forma, conforme a doutrina civil. São elementos essenciais ao negócio jurídico, sendo a manifestação de vontade seu pressuposto⁵³.

Quando essa manifestação de vontade encontra acordo com outra, a teoria geral dos contratos chama de consentimento ou mútuo consenso, que implica manifestação de vontade livre e de boa-fé.

4 AUTONOMIA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E O DIREITO AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE

⁵² Idem, *A Constituição concretizada...*, p.65.

⁵³ SILVIO DE SALVO VENOSA. *Direito Civil – Parte Geral*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 396-397.

A criança, sujeito de direitos, é titular de todos os direitos humanos e fundamentais presentes na Constituição a que pertença, além de direitos específicos referentes à sua condição de pessoa em desenvolvimento e adquire sua autonomia progressivamente à medida que cresce física e psiquicamente.

De certo que o processo de desenvolvimento ocorre à proporção que há o aperfeiçoamento das habilidades e competências, através da obtenção de novas capacidades adquiridas no tempo e no ritmo de cada criança, dependendo de influências internas e externas. Dessa forma, exige-se, em respeito a sua personalidade e decorrente a sua autonomia, a obrigação dos pais de ouvir seus filhos, ainda na fase criança ou adolescente, antes de tomar uma decisão que lhe afete e outras manifestações de respeito à personalidade como o livre desenvolvimento da personalidade da criança e do adolescente, o âmbito da melhor educação.

Vale frisar que o grau de autonomia de cada criança varia conforme cada etapa da sua vida e depende do adulto que está ao seu lado criar e proporcionar condições adequadas para o seu desenvolvimento harmonioso e integral⁵⁴. A criança e o adolescente deverão participar da concretização do seu próprio interesse, ou seja, deverá possuir um papel ativo, sendo ouvido para quem detém a autoridade parental, ou pela substituição desta, a autoridade estatal.

Verifica-se que à medida que com a idade se desenvolve suas capacidades intelectivas e volitivas e, com isso, sua personalidade, deve-se fazer reconhecer paralelamente um crescente respeito de uma margem de liberdade de opção e decisão em múltiplas manifestações vitais⁵⁵.

Assim, conforme seu grau de desenvolvimento, deverá ser respeitada a opinião da criança e do adolescente, seja integralmente ou apenas a ouvindo. Destarte que, sendo possível, eles serão necessariamente ouvidos. Não de forma indistinta, ou seja, apenas poderá os pais ou o tribunal desconsiderar sua opinião, apresentando uma razão fundamentada.

Ademais, como vimos, respeitar o livre desenvolvimento da personalidade da criança significa não rejeitar a participação dela não só no processo de decisão, mas também na observância de sua personalidade por quem lhe dirija sua educação, na medida em que não

⁵⁴ RIBEIRO, Alcina Costa. **Autonomia da criança em tempos de criança**, in Estudos em Homenagem a Rui Epifânio, Armando Leandro; Álvaro Laborinho Lúcio; Paulo Guerra (coords.), Coimbra, Almedina, 2010, p.14.

⁵⁵ Nesse sentido, determina o artigo 2º, item 4 da Lei 13, de 27 de dezembro de 2006, advinda do ordenamento espanhol.

tem o direito de formar sua personalidade e identidade daquele a sua imagem e semelhança, segundo sua concepção de mundo e de vida⁵⁶.

Ao contrário a direção e formação da vida da criança deverão seguir estritamente o respeito da sua personalidade específica, sua sensibilidade, afeições, inclinações intelectuais e estéticas, entre outras⁵⁷. Relacionado a esse ponto, está o âmbito de educação aos filhos que ainda não atingiram a maioridade. Difícil definir o âmbito de aplicação, o que dizer da educação religiosa, tendo em vista que educar é influir na formação da personalidade deles. Todavia deve-se ter em mente os valores morais presentes na sociedade em geral para facilitar a sua inserção nela. Ao mesmo tempo em que se preza para o pluralismo ideológico, intelectual, ideológico, axiológico e vital.

Dessa forma, tomando como exemplo a orientação religiosa da criança e do adolescente deve ser observada a liberdade de crença deles, inclusive o direito de não compartilhar a mesma crença de seus pais, cabendo a eles decidir da forma que lhes aprouver. Esse mesmo raciocínio é aplicado na educação ambiental vivenciada no ensino fundamental e médio a partir da transversalidade. Crianças e adolescentes aprendem a preservar e respeitar o meio ambiente e são os protagonistas na disseminação da cultural ambiental no seio familiar. Nesse pilar da educação, são os pais que aprendem com os filhos.

Outra forma de manifestação do respeito à personalidade a esses sujeitos aqui referida, trata-se na possibilidade de deixar a criança equivocarse sozinho, para que seu erro possa ajudar na sua formação⁵⁸.

A determinação de cada fase da vida da criança e do adolescente e em que medida a sua autonomia é delimitada, confrontada com a autoridade parental, será vista no próximo capítulo. Contudo far-se-á considerações acerca dos graus de consideração da autonomia da.

É de se observar que a fixação de idades em que concederá autonomia ao menor de idade é uma questão bastante delicada, tendo em vista que o desenvolvimento da personalidade nem sempre coincide com a idade da criança.

⁵⁶ Idem, **El interes del menor**, p. 306.

⁵⁷ Idem, **El interes del menor**, p. 306.

⁵⁸ Hipótese trazida por Idem, **El interes del menor**, p. 308. Considera-se relevante, desde que o equívoco não trate de decisões que possam causar graves prejuízos, na medida em que os pais devem propiciar condições para a formação livre de sua personalidade, e nada mais adequado do que apreender com seus próprios erros para dimensionar suas escolhas.

De certo que a criança possui uma capacidade de agir limitada, todavia é possível reconhecer a capacidade para certos atos, como os relacionados aos cuidados de saúde e inclusive fixar idades, desde que se tenha em vista o desenvolvimento psíquico.

A autonomia da criança somente poderá ser considerada razoável, se vinculado a sua concessão a maturidade e juízo, ao seu discernimento, salvo nos casos em que não oferecem dúvidas, como uma criança de três anos de idade. Este é determinado pela sua atitude psíquica, intelectual e volitiva, para compreender o alcance e a consequência de seus atos, com o autocontrole de sua vontade suficiente para assumir o julgamento ou desistir da decisão correspondente em cada caso concreto, segundo sua apreciação das consequências⁵⁹.

No entanto, verifica-se que o discernimento da criança e do adolescente será melhor avaliado no caso concreto, de maneira a determinar se estes possuem condições de compreender as consequências e o alcance de suas decisão ou de controlar sua vontade.

Assim, considera-se essencial a participação do menor na determinação de qual seja seu próprio interesse⁶⁰, levando em conta seu discernimento. Como verificado, deve-se inferir a idade mental ou o desenvolvimento psíquico, mais que a idade cronológica, todavia a constatação do discernimento envolve valorações⁶¹ que deixa “tudo muito relativo”⁶².

De certo que não é objetivo do presente artigo em fixar idades ou critérios para determinar a medida da autonomia de crianças e adolescentes, pois apesar de não se estar falando em restrição da sua vontade e do direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade, a criança como pessoa em um condição peculiar de desenvolvimento irá exercer sua autodeterminação, no mínimo, tendo como base seu grau de discernimento e sua idade.

5 AUTONOMIA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E A AUTORIDADE PARENTAL

Apesar de não ser objeto do estudo analisar as colisões entre os direitos fundamentais entre o confronto da autoridade parental e a autonomia do menor de idade, não podemos

⁵⁹ Idem, **El interes del menor**, p. 181 chama essa capacidade de discernimento de capacidade natural.

⁶⁰ Lembrando que seu interesse não corresponde necessariamente com seus desejos, conforme decisão A. P. de Sevilla (Sección 6ª) de 3 de febrero 2000.

⁶¹ Nesse sentido, Idem, **El interes del menor**, p. 297 expõe que serão valorados o normal desenvolvimento físico, psíquico e moral da pessoa e sua própria maturidade de julgamento, que envolvem variados componentes psíquicos.

⁶² Idem, **El interes del menor**, p. 297.

deixar de considerar que como sujeitos de direito, a criança e o adolescente exercitam sua autonomia *prima face* no seio familiar teriam como primeiro e grande limitador a autoridade parental.

Todavia, não é esse o entendimento seguido. Na concepção tradicional da família, o antigo pátrio poder assumia este papel de restringir a autonomia daqueles sujeitos, porém com o advento da doutrina da proteção integral, que provou mudança de paradigma no direito infanto-juvenil, relevou-se a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento que caracteriza toda criança e todo adolescente.

Contudo considera-se que essa condição peculiar demanda da família ser meio para o desenvolvimento progressivo da personalidade da criança e do adolescente. Entende-se que o cuidado parental é progressivo, ou seja, ele inicia incidindo de forma integral na criança, à medida que esta irá se desenvolvendo e alcançando maturidade, ele irá progressivamente diminuindo. De forma que será caso a caso que se deverá medir a autonomia da criança e do adolescente, bem como a atuação parental.

E o critério orientador para decidir em que medida cada conjunto de direitos e deveres que formam cada instituto será o segundo parâmetro hermenêutico, qual seja – o princípio do melhor interesse da criança.

Vale ressaltar que esse instrumento hermenêutico não é utilizado genericamente, ou seja, para todos os casos. Ao contrário, dentro das complexas relações familiares, este critério adquire eficácia apenas quando referido ao interesse de cada criança, e não da classe das crianças como crianças⁶³.

E dentro da consideração do princípio do melhor interesse que se verá como é necessária que seja considerada a opinião da pessoa menor de idade, em maior ou menor grau de acordo com seu discernimento e idade⁶⁴. Ou seja, de acordo com sua maturidade, a escolha da criança e do menor deverá ser levada em conta, sendo-lhes reconhecida a autonomia na realização de sua própria vida. No entanto, aliada à maturidade da criança e do adolescente, deverá ser levada em conta a sua idade.

⁶³ SOTTOMAYOR, Maria Clara. **Regulação do exercício do poder paternal nos casos de divórcio**, 4.ed., Coimbra: Almedina, 2005, p. 38.

⁶⁴ Nesse sentido, STF, HC 69303/MG, 2ª Turma. Rel. Min. Marco Aurélio. J. 30706/1992. DJU 20/11/1992, ponderou que: “em idade viabilizadora de razoável compreensão dos conturbados caminhos da vida, assiste-lhes o direito de serem ouvidos e de terem as opiniões consideradas”.

Será através da consideração desses dois critérios que se avaliará a vinculação da expressão da vontade da criança e do adolescente, inclusive na consideração do consentimento dado por essas pessoas.

Para que seja a análise desse interesse que serve aos aplicadores do direito infanto-juvenil é necessário fazer o estudo do caso concreto, pois como conceito jurídico indeterminado⁶⁵, sua definição será preenchida caso a caso. Como carece de “preenchimento valorativo”⁶⁶, precisa ser transportado a situações específicas, a pressupostos determinados e conduzir a uma solução ou outra, assim poderá se saber se a decisão tomada por um pai é conveniente ao filho ou não, por exemplo. Dessa forma, o conceito por meio da valoração determina o que mais convém à criança e ao jovem em concreto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na era pós-moderna, a criança e o adolescente foram elevados a sujeitos de direitos ao tempo em que a dignidade da pessoa humana consagra-se em todas as Constituições em que pretende vigorar um Estado Democrático de Direito, não integralizar à criança e ao adolescente direitos fundamentais e não dar-lhes o papel principal norteador de suas próprias vidas contraria frontalmente a própria ordem constitucional alicerçada na dignidade da pessoa humana, em que se originou a doutrina da proteção integral e do melhor interesse, devendo este ser sopesado em detrimento da comodidade dos pais.

Ademais, é fundamental destacar que o desenvolvimento da personalidade, além de significar uma liberdade de autodeterminação, alicerça também uma liberdade de se determinar o modo de sua personalidade. O direito geral de personalidade que tutela o pleno desenvolvimento da personalidade pressupõe prestações positivas em contraponto dos direitos de personalidade e da autonomia privada que implica apenas um respeito, um dever de abstenção.

Desta forma que a moderna concepção da autoridade parental deverá estar adequada a consideração da criança e do adolescente como sujeito de direitos e titular de direitos e

⁶⁵ Nesse sentido, Idem, **El interés del menor**, p. 70, explica que o interesse do menor é um conceito jurídico indeterminado, tendo em vista que a lei se refere a uma realidade cujos limites não se precisa com exatidão, é um termo aberto, de vago enunciado e conteúdo normativo, como, por exemplo, a boa-fé, a negligência.

⁶⁶ Idem, **Regulación do exercício do poder paternal nos casos de divórcio**, p. 182, completa ao afirmar que o termo precisa de valoração e assim é suscetível de “abarcар diferentes conteúdos conforme a época, a sociedade, a família em causa e cada criança concreta.”

liberdades fundamentais, pessoas em fase de desenvolvimento, dotadas de progressiva autonomia, que demanda um papel ativo na construção de sua personalidade. Veja que a criança e o adolescente deverão participar da concretização do seu próprio interesse como forma inclusive de preparação de adquirir independência, segurança e autoconfiança.

Configura-se como progressiva por que o grau de autonomia varia conforme cada etapa de sua vida, que está em constante desenvolvimento, adionado ao fato de que depende também daqueles que detêm a autoridade parental, ou constituem o seio familiar proporcionarem condições para que este desenvolvimento seja harmonioso e completo.

Isto ocorre por que de acordo com as novas exigências do direito de família, dada pela ótica constitucional ao direito civil, em que resulta na consideração da dignidade da pessoa humana, da doutrina da proteção integral e do protagonismo da criança e do adolescente na família, a relação pai-filhos sofreu profundas modificações internas, estruturais e funcionais.

Desta forma, busca-se um equilíbrio entre os deveres inerentes a autoridade dos pais funcionalizada com as peculiaridades e interesses inerentes à personalidade dos filhos. Uma concepção que busque uma relação de complementaridade entre a finalidade de proteção e a de promoção da autonomia e independência dos filhos.

Assim, o cuidado parental estará vinculado ao interesse do filho e ao respeito pelo desenvolvimento da sua personalidade, com o fim de ser um “instrumento facilitador da construção da autonomia responsável dos filhos”⁶⁷. Na medida em que deve-se considerar as especificidades da criança e do adolescente e a sua participação no protagonismo de definição do seu próprio interesse, decorrente do direito aos livre desenvolvimento da personalidade.

No entanto, o tema é emblemático mormente a necessidade de um comportamento social equilibrado e harmonioso e os desafios que as mutações sociais demandam para o mundo jurídico, cujas soluções são metajurídicas. Não obstante, a nova lei de internação compulsória ratifica o desafio a ser enfrentado pela sociedade pós-moderna e o quão complexa é a discussão do direito de personalidade das gerações presentes e futuras.

⁶⁷ BROCHADO, Ana Carolina. **Família, guarda e autoridade parental**. 2ª ed., rev e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 138.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, José de Melo. **Direitos fundamentais: Introdução Geral**. Estoril: Principia, 2007.

_____. **Os direitos das crianças – linhas para uma construção unitária**, Separata da Revista da ordem dos advogados, ano 68, I – Lisboa, Janeiro, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos fundamentais**, São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

AMIM, Andréa Rodrigues. Doutrina da Proteção Integral. Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel (coord.), **Curso de Direito da Criança e do Adolescente – Aspectos teóricos e práticos**. 4ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

AYAGO, Antonia Durán. El interés del menor en el conflicto de civilizaciones: elementos para su concreción en un contexto intercultural, in Afonso-Luis Calvo Caravaca; Esperanza Castellanos Ruiz (org.), **El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales**, Madrid, colex, 2004, p.306.

BARCELOS, Ana Paula. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: Luís Roberto Barroso (Org). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 55.

BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: Luis Roberto Barroso (org). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Novos paradigmas e categorias da interpretação constitucional. In: Marcelo Novelino (org). **Leituras Complementares de Direito Constitucional – Teoria da Constitucional**. Recife: Editora Jus Podivum, 2009

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BROCHADO, Ana Carolina. **Família, guarda e autoridade parental**. 2ª ed., rev e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada – Volume I**. 4ª ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CAPELO DE SOUSA, Radindranath Valentino Alexio. **Direito Geral de Personalidade**. Coimbra, Coimbra Editora, 1995.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5ª ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**, Cambridge: Harvard University Press, 1977.

HERNÁNDEZ, Francisco Rivero. **El interés del menor**. 2ª ed. Madrid: Dykinson, 2007.

GONÇALVES, Diogo Costa. **Pessoa e Direitos de Personalidade. Fundamentação Ontológica da Tutela**. Coimbra: Almedina, 2005.

GROENINGA, Giselle Câmara. Família: um caleidoscópio de relações. In Giselle Câmara Groeninga; Rodrigo da Cunha Pereira (coord.), **Direito de Família e Psicanálise – rumo a uma nova epistemologia**. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Família**, 4º ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Direito da Criança e do Adolescente**, 4ª ed. São Paulo: Ridel, 2010.

LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constituicon**. 8ª ed. Madrid: Tecnos, 1998

_____. **Los Derechos fundamentales**. Madrid: Tecnos, 9ª ed., 2007.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Direito Fundamental à Convivência Familiar, in Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel (coord.), **Curso de Direito da Criança e do Adolescente – Aspectos teóricos e práticos**. 4ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

MARTINS, Rosa. **Menoridade, (IN) Capacidade e Cuidado Parental**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional - Tomo IV**. 4ª ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada – Tomo I**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. **O direito geral de personalidade e a “solução do dissentimento” – ensaio sobre um caso de “constitucionalização” do direito civil**, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.

OTERO, Paulo. **Direito Constitucional Português I –Identidade Constitucional**. Coimbra: Almedina, 2010.

_____. **Instituições Políticas e Constitucionais I**. Coimbra: Almedina, 2007.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. Tese inédita apresentada na Universidade do Paraná. Curitiba, 2004.

PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do melhor interesse da criança: da teoria a prática. **Revista Brasileira de Direito de família**, Porto Alegre, n.6, p.31-49, jul/set. 2000.

PINTO, Paulo Mota. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português. In: Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). **A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang, **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9ª ed. rev., atual e ampl.. Porto Alegre. Livraria do advogado Editora, 2007.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. **Regulação do exercício do poder paternal nos casos de divórcio**, 4.ed., Coimbra: Almedina, 2005.

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

WELTER, Belmiro Pedro Marx. Teoria Tridimensional do Direito de Família. In: Mariângela Guerreiro Milhóranza; Sérgio Gischkow (coord.) **Direito contemporâneo de família e das sucessões – Estudos jurídicos em homenagem aos 20 anos de docência do professor Rolf Madaleno**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009.