

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

ANA CARLA TAVARES COELHO

A INTERVENÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO NA VIDA
PRIVADA: UM ESTUDO SOBRE A LEI DA PALMADA

POUSO ALEGRE - MG
2012

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

A INTERVENÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO NA VIDA
PRIVADA: UM ESTUDO SOBRE A LEI DA PALMADA

Dissertação apresentada como exigência parcial
para a obtenção do título de Mestre em Direito
do Programa de Pós-Graduação da Faculdade
de Direito do Sul de Minas.

Orientador: Prof. Dr. José Luiz Quadros de
Magalhães.

POUSO ALEGRE - MG
2012

C672i

Coelho, Ana Carla Tavares.

A intervenção do estado brasileiro na vida privada: um estudo sobre a lei da palmada/ Ana Carla Tavares Coelho. Pouso Alegre-MG: FDSM, 2012.

121f

Orientador: Prof. Dr. José Luiz Quadros de Magalhães.
Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito do Sul de Minas, Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Constituição Federal. 2. Dignidade. 3. Estado. 4. Intimidade. 5. Lei da palmada. 6. Vida privada I. Magalhães, José Luiz Quadros de. II. Faculdade de Direito do Sul de Minas. Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU 340

ANA CARLA TAVARES COELHO

A INTERVENÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO NA VIDA PRIVADA: UM ESTUDO
SOBRE A LEI DA PALMADA

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

Data da Aprovação ____/____/____

Banca Examinadora

Prof. Dr. José Luiz Quadros de Magalhães
Orientador
FDSM

Prof^a. Dra. Liliana Lyra Jubilut
FDSM

Prof^a. Dra. Marinella Machado Araujo
PUC Minas

POUSO ALEGRE - MG
2012

À Marli, meu exemplo de mãe, amiga, mulher e profissional, cuja firmeza e retidão de caráter é minha eterna fonte de inspiração, incentivo e orgulho, e à minha filha Carolina, pelo amor incondicional, aceitando sempre, por força deste amor, as inúmeras horas de ausência, tudo com amor, amparo e incentivo. Dedico-lhes esta conquista como expressão da minha sincera gratidão, pois sei que sem vocês jamais teria tido coragem suficiente de chegar até aqui.

AGRADECIMENTOS

Ao professor Dr. José Luiz Quadros de Magalhães, orientador desta dissertação que, com natural desprendimento, maestria e sabedoria que transcende o seu inegável saber intelectual, ensinou-me que a compreensão de um povo não se dá por meios de discursos com argumentos vitoriosos repetidos pela maioria esmagadora ou pela força de um poder - isso é opressão, isso viola o ser, estanca a liberdade – mas, sim, por meio de novos argumentos que se constroem e reconstroem pelo debate, sem a necessidade de vencedor ou esmagamento da minoria. Gostaria de ratificar a sua competência, a sua grandiosidade enquanto pessoa humana e agradecer por me privilegiar a oportunidade de ter minha pesquisa sob sua orientação, cujas correções e sugestões enriqueceram a pequenez do meu saber, permitindo a conclusão deste trabalho de maneira a ultrapassar os limites da tecnicidade, ao sempre me encorajar com confiança maior que a minha própria.

Aos professores do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas pela oportunidade de crescimento, aprendizado, realização profissional e pessoal.

À Deus, pela vida e por, ainda, me dotar de sabedoria e privilégios para aqui estar.

Aos funcionários pela hospitalidade, atenção e auxílio que permitiram a realização deste estudo, com especial gratidão a Carol, sempre competente, dedicada e disposta a colaborar, mesmo nos momentos mais difíceis.

Aos colegas da Turma de Mestrado 2011/2012 pela solidariedade e companheirismo, fruto do amor fraterno instaurado pela amizade construída. Também, não poderia deixar de consignar a gratidão pelos parceiros fiéis de seminário, Ana Paula, Andreia, Maira e Luiz Henrique, pelos momentos divididos juntos.

A amiga, colega e parceira Ana Paula Barroso de Salles Paiva Prado, verdadeiro exemplo de companheirismo. Esteve comigo em todos os momentos desta jornada, me apoiando, acolhendo e ensinando que a vida, mesmo dentro da sua objetividade, só se constrói em cima de bases sólidas, ou seja, com retidão de caráter. Ana, obrigada por estar sempre presente na minha vida, em especial, pelo conforto dado nos momentos de dor, onde a sua acolhida foi essencial à concretização deste sonho, onde o seu segurar forte foi o permear desta trajetória, tudo isso por ser você uma pessoa íntegra, uma profissional exemplar e, sobretudo, uma amiga sincera.

A todos os meus amigos e amigas, que prefiro não nominá-los, por medo de incorrer na injustiça de faltar com algum, mas que sempre estiveram presentes me aconselhando e incentivando com carinho e dedicação. Saibam que estão todos guardados no meu coração.

A todos que, de algum modo, contribuíram para este resultado ser alcançado, com especial carinho e gratidão a Anelena e Neman, Mariana, Laura, Lina, Regis, Dr. Márcio e Deley, pessoas que foram cruciais a concretização deste sonho. Sem vocês não estaria aqui.

E, por último, aos meus familiares, em especial aos meus pais, que sempre me deram amor e força, valorizando meus potenciais e me fazendo crer que a providencia Divina esteve e sempre estará comigo, além da certeza de que sou eles em alma e em carne.

RESUMO

COELHO, Ana Carla Tavares. **A intervenção do Estado brasileiro na vida privada**: um estudo sobre a Lei da Palmada. 2012. 121f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Pouso Alegre, Minas Gerais, 2012.

A presente dissertação tem como objetivo discutir a relação entre os direitos fundamentais constitucionalmente instituídos da intimidade e da vida privada (inciso X, art. 5º.) e o papel do Estado Democrático de Direito brasileiro enquanto possível interventor e violador de tais direitos no contexto da família. A preocupação central volveu-se em observar se a intervenção do Estado na intimidade e na vida privada de seus cidadãos sob escusas de violação de princípios, dogmáticas e de choque entre direitos e princípios fundamentais, representa vantagem ou desvantagem, tendo como um de seus pilares de sustentação a efetividade dos direitos fundamentais expressos na Constituição Federal do atual Estado Democrático de Direito. Ademais, em sendo o ser humano o centro, objetivo e fundamento primeiro de qualquer organização política democrática, todas as estruturas devem promover a sua integridade, dignidade e liberdade, o que faz com que os direitos individuais, sociais, econômicos, políticos e culturais garantam a vida digna e livre para todas as pessoas indistintamente, sendo esta a mola propulsora do presente trabalho. Assim, com base em uma revisão bibliográfica, primeiramente tem-se a questão da formação do Estado Democrático de Direito e as bases dos direitos fundamentais e como estes se relacionam com o sujeito constitucional. A seguir, discute-se a eficácia dos direitos fundamentais na esfera jurídico-privada brasileira, a fim de fundamentar a importância destes no texto constitucional e na sociedade brasileira para, então, serem apresentados, mais especificamente, os direitos à intimidade e à vida privada e as dimensões da intervenção do Estado na vida privada e na intimidade do ambiente e poder familiar. Posteriormente, a discussão volta-se para a análise do Projeto da Lei da Palmada (Projeto de Lei nº 7.672/2010), apresentando os aspectos gerais da referida lei e apontando quais são os posicionamentos contrários e favoráveis dos estudiosos do Direito e doutrinadores no que se refere à intervenção e violação do poder familiar por parte do Estado brasileiro a partir da Lei da Palmada.

Palavras-chave: Constituição Federal. Dignidade. Estado. Intimidade. Lei da Palmada. Vida Privada.

ABSTRACT

COELHO, Ana Carla Tavares. The Brazilian State intervention in private life: a legislative study on the Law of Spanking. 2012. 121f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Pouso Alegre, Minas Gerais, 2012.

This dissertation aims to discuss the relationship between fundamental rights constitutionally established intimacy and privacy (section X, art. 5.) And the role of the democratic state of Brazil as possible intervener and violator of these rights in the context of family. The central concern turned briefly to look at whether state intervention in the intimacy and privacy of its citizens under the excuse of violation of principles and dogmatic clash between fundamental rights and principles, represents an advantage or disadvantage, having as one of its pillars support the effectiveness of fundamental rights expressed in the Constitution of the current democratic state. Moreover, the human being in the center, the first goal and foundation of any democratic political organization, all orderings should promote the integrity, dignity and freedom, which means that individual rights, social, economic, political and cultural guarantee life of dignity and freedom for all people without distinction, which is the driving force of this work. Thus, based on a literature review, first there is the question of the formation of the democratic rule of law and the basis of fundamental rights and how they relate to the constitutional subject. Next, we discuss the effectiveness of fundamental rights in the legal sphere-Brazilian private, in order to substantiate the importance of the Constitution and in Brazilian society to then be presented, more specifically, the rights to privacy and private life and the dimensions of state intervention in private life and in the intimacy of family power and environment. Subsequently, the discussion turns to the analysis of the Draft Law Spanking (Law Projctn^o7.672/2010), presenting the general aspects of the law and pointing out what are the positions of favorable and contrary law scholars and jurists with regard to intervention and violation of family power by the Brazilian State of Law from the Spanking.

Keywords: Federal Constitution. Dignity.State.Intimacy. Private Life.Law of Spanking.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

§ - parágrafo

Art. – artigo

Arts. – artigos

CC – Código Civil

CF – Constituição Federal

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

ONU – Organização das Nações Unidas

PL – Projeto de Lei

PT – Partido dos Trabalhadores

RS – Rio Grande do Sul

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. A FORMAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E AS BASES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	16
1.1. O Estado Democrático de Direito brasileiro e o sujeito constitucional	25
2. A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ESFERA JURÍDICO-PRIVADA BRASILEIRA	34
3. O DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA	46
3.1. Da intimidade	50
3.2. Da vida privada	54
4. AS DIMENSÕES DA INTERVENÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO NA VIDA PRIVADA: A FAMÍLIA	60
4.1. Família: conceito e evolução histórica, jurídica e social	61
4.2. Dimensões da intervenção e sanção estatal no poder de família	65
5. ESTUDO: A LEI DA PALMADA	75
CONSIDERAÇÕES FINAIS	96
REFERÊNCIAS	108
ANEXO A	117
ANEXO B	119

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por escopo verificar que, a vida privada, assim como a intimidade, são direitos fundamentais expressos na Constituição Federal e, como tal, invioláveis e sedimentados em princípios fundamentais, histórica e constitucionalmente conquistados enquanto pilares de um Estado Democrático de Direito, tal como o da dignidade da pessoa humana, mas que, ainda que assim o seja, se torna, em não poucas situações, objeto do controle e intervenção estatal.

A intimidade e a vida privada estão erigidas na Constituição Federal de 1988, inciso X, do art. 5º, que expressamente faz menção aos quatro direitos fundamentais e individuais do homem (intimidade, vida privada, honra e imagem) de maneira distinta, abrindo margem para se dizer que estes, enquanto direitos fundamentais, protegem o indivíduo quanto à sua identificação pessoal e à sua imagem e, ainda, quanto ao valor da honra e do direito privado, que se concentra na privacidade como uma defesa da autonomia necessária ao indivíduo.

No entanto, diante das transformações naturais pelas quais a sociedade passa, tais como as uniões homoafetivas, a correção dos filhos, o respeito às diferenças culturais, entre outros temas, entra em evidência o conflito entre o que está estabelecido na Constituição e o papel do Estado enquanto interventor em situações que envolvam a intimidade e a vida privada.

Assim, a preocupação central do presente estudo volveu-se em observar se a intervenção do Estado na intimidade e na vida privada de seus cidadãos sob escusas de violação de princípios, dogmáticas e de choque entre direitos e princípios fundamentais, representa vantagem ou desvantagem, tendo como um de seus pilares de sustentação a efetividade dos direitos fundamentais expressos na Constituição Federal do atual Estado Democrático de Direito.

Ademais, em sendo o ser humano o centro, objetivo e fundamento primeiro de qualquer organização política democrática, todas as estruturações devem promover a sua integridade, dignidade e liberdade, o que faz com que os direitos individuais, sociais, econômicos, políticos e culturais garantam a vida digna e livre

para todas as pessoas indistintamente, sendo esta a mola propulsora do presente trabalho.

Nesse sentido e levando-se em consideração que os valores modificam-se no tempo e no espaço, as abordagens de direitos como à intimidade e à vida privada também sofrem constantes oscilações, fazendo com que estes mesmos direitos previstos no inciso X, do art. 5º sejam, por vezes, tratados de maneira sinônima, implicando na ausência de sua autonomia e complementaridade e, por consequência, a violação e não a proteção de tais direitos.

Logo, as questões envolvidas na relação entre a vida privada e a intervenção do Estado são, sem dúvida alguma, precedidas de várias hipóteses que, por sua vez, geram os mais variados questionamentos acerca dos limites da atuação do Estado e todo o contexto que envolve o conceito e aplicação real do termo privacidade em âmbito social e, principalmente, jurídico.

Nesse contexto e, como acima citado, visto que o indivíduo faz parte da essência do Estado Democrático de Direito, ele encontra-se obrigatoriamente como parte da exigência do consentimento e do controle popular para o exercício do poder estatal e na exigência de submissão à lei, não só de seus habitantes em geral, mas, principalmente, daqueles que exercem o poder, com vista a garantir os direitos, a dignidade e, assim, o bem-estar de cada indivíduo.

Assim, em certa medida, é cabível dizer que a intervenção do Estado na vida privada apresenta uma intrigante filtragem nos princípios constitucionais acerca da real proteção e da suposta violação que se concretiza a partir do momento em que existe uma colisão dos direitos fundamentais, como o da autonomia da vontade privada (liberdade, intimidade e privacidade) em oposição à dignidade da pessoa humana, vez que, atingindo a intimidade do cidadão se estará, também, ferindo sua dignidade que, por sua vez, se alcança por meio do exercício daquela, influenciando, assim, toda matéria dos direitos fundamentais ao defender que as pessoas devem ser tratadas como um fim em si mesmas e não como um meio.

Nesse mesmo sentido, segundo o texto constitucional, ao mesmo tempo em que a dignidade é ressaltada como um direito inviolável do cidadão inserido no contexto pétreo de um Estado Democrático de Direito, ela passa a ser concomitantemente um objeto de controle estatal, pois, diversas questões relativas à vida privada são violadas suscitando diversas indagações e polêmicas que interferem nos direitos do indivíduo, ou seja, por um lado o Estado diz proteger e por

outro expõe o ser humano a toda sorte de violações e, aqui, talvez um dos contextos mais controversos de intervenção do Estado na intimidade e na vida privada seja a que se refere à família, ao ambiente e ao poder familiar.

Tem-se então, aqui, a importância do tema proposto para o presente estudo ao pensar na intervenção do Estado na vida privada familiar partindo-se do pressuposto de que, sendo a intimidade e a vida privada direitos fundamentais expressos na Constituição Federal, afinal, a intervenção do Estado, quando esta se dá, representa proteção ou violação destes direitos?

Mediante o exposto, a pesquisa se delimita no estudo dos posicionamentos de doutrinadores e estudiosos do Direito acerca das dimensões em que o Estado impõe sua vontade no contexto familiar e até que ponto esta intervenção garante o cumprimento dos fundamentos e garantias fundamentais estabelecidos na Constituição Federal em uma perspectiva analítica da Lei da Palmada (Projeto de Lei nº 7.672/2010), apurando o fato de que esta, ao representar a determinação, por parte do Estado, de como os pais devem criar seus filhos, coloca em evidência a questão da interferência do Estado na vida privada dos cidadãos, ao assumir, controlar e vigiar a vida dos indivíduos neste âmbito tão importante e particular que é a família. Aqui, cabe a ressalva de que a autora optou por não apresentar sua opinião técnica com relação ao assunto, deixando a discussão a cargo dos doutrinadores e estudiosos citados nas referências bibliográficas, porque abarcaria estudos de outras ciências, levando a perda da essência da presente pesquisa.

Assim, para que o presente estudo pudesse ser desenvolvido, a metodologia empregada consistiu na revisão de literatura baseada na busca sistemática de livros, revistas e publicações de artigos *online* na área do Direito tais como bibliotecas virtuais, portais jurídicos especializados, além de livros obtidos em bibliotecas físicas.

No que se refere ao recorte temporal, no caso da pesquisa realizada em literatura física não houve delimitação de ano da publicação das obras, com a intenção de valorizar os conhecimentos obtidos em obras de autores renomados e atemporais. No caso da busca *online*, o recorte temporal envolve um período decrescente de dez anos, com a intenção de valorizar as publicações e informações mais recentes de autores contemporâneos. Para isso, as seguintes palavras-chave são utilizadas: Constituição Federal; Dignidade; Estado; Intimidade; Vida Privada.

Finalmente, segundo a proposta das questões a serem analisadas e primando pela não repetição e prolixidade dos assuntos abordados, além da construção de um texto claro e objetivo, a presente revisão bibliográfica resulta do fichamento de assuntos e artigos que, por sua vez, foram selecionados segundo aspectos conceituais em comum e relevância.

Assim sendo, com o intuito de tentar compreender onde se insere a dinâmica intervencionista, em especial no que tange a questão de vantagem ou desvantagem da intervenção estatal em um Estado Democrático de Direito, o presente trabalho inicia-se, no capítulo 1, com uma abordagem sobre a formação do Estado Democrático de Direito, destacando as bases que consolidam os direitos fundamentais e o sujeito constitucional.

Para atingir esse objetivo, em sendo o Estado Democrático de Direito uma releitura dos Estados Liberal e Social, berço dos direitos individuais e sociais, apresenta-se também uma abordagem histórica destes dois modelos, respectivamente.

A importância do resgate histórico dos direitos fundamentais e, dentre eles, a vida privada repousa no fato de que tais direitos representam a essência da Constituição que rege o Estado Democrático de Direito brasileiro e, assim, são direitos não hierarquizados e necessariamente complementares e indivisíveis, logo autônomos, não sendo possível, escolher um direito por conveniência, em detrimento de outro, uma vez que a indivisibilidade dos direitos fundamentais significa que estes direitos são interdependentes, ligados a princípios sim, mas que, para que sejam eficazes, devem estar ligados a um conjunto de fundamentos constitucionais. Logo, se verá não ser possível a efetividade dos direitos de liberdade sem os direitos de dignidade, por exemplo.

Assim, a observância dos direitos fundamentais, aqui especificamente, a vida privada, previsto no inciso X do art. 5º, não pode ser relegado a segundo plano, uma vez que a ordem vigente evidencia a necessidade de respeito à alteridade, razão a pertinência da abordagem do sujeito constitucional, que pode e deve ser visto como uno, respeitado por si, dentro do todo.

Uma vez apresentada a trajetória histórica e importância dos direitos fundamentais, a seguir, no capítulo 2, tem-se como se dá a eficácia destes direitos na esfera jurídico-privada brasileira, chamando novamente a atenção para a não hierarquização, independência, indivisibilidade e aplicação imediata destes direitos

(§1º, art. 5º Constituição Federal), direitos estes que, como já dito, estão ligados a princípios e que para que sejam eficazes, devem estar baseados em um conjunto de fundamentos constitucionais, assim como, também, se apurou que a sua observação/submissão não possuem destinatários expressos, de maneira a consolidar a doutrina contemporânea a sua oponibilidade, também, aos sujeitos privados.

O capítulo 3 apresenta, de maneira mais densa, os direitos à intimidade e à vida privada, foco do presente estudo, e como estes seguem expressos na atual Constituição Federal. Neste contexto, discutiu-se o que vem a ser o direito a intimidade e a vida privada, buscando trazer suas diferenciações e implicações, posto que são comumente confundidas e até mesmo tratados como sinônimos – mas que não o são, tanto que foram tratados como direitos fundamentais autônomos expressos no inciso X, do art. 5 da Constituição Federal.

Assim, procurou-se mostrar que o direito a intimidade e a vida privada possuem natureza própria, eis que a intimidade – o modo de ser de cada pessoa, o território exclusivo de cada pessoa – é espécie da vida privada. Já a vida privada é muito mais ampla por compreender o próprio gênero, ou seja, o conjunto do modo de ser e viver de cada pessoa (não só do modo de ser) e, como tal, ambas são invioláveis, ou seja, estão asseguradas pela ordem constitucional.

Logo, no contexto familiar, conforme se apresenta no capítulo 4, que discute as dimensões da intervenção do Estado brasileiro na vida privada especificamente no que se refere à família e ao poder de família e que consiste no núcleo de investigação desta pesquisa, se demonstrou que gozam os seus membros de liberdade e, dentro deste direito de liberdade, está inserido o direito da formação dos pares com objetivo de constituir família, cujo conceito em muito se ampliou, possuindo liberdade de aplicação de valores éticos e morais e, por sua vez, gozando do direito fundamental da privacidade, de modo a não ser, a priori, sujeito de intervenções.

Na sequência, a fim de analisar a relação entre a possibilidade de intervenção estatal e vida privada e com o objetivo de solidificar a pesquisa, se fez uma análise de dois projetos de lei, o Projeto de Lei nº 2.654/2003, de autoria da Deputada Maria do Rosário e o Projeto de Lei nº 7.672/2010, apresentado pelo Poder Executivo Federal, que foram apelidados de “Lei da Palmada”, uma vez que ambos os projetos têm por finalidade impedir os pais ou responsáveis, no exercício

do poder familiar, de impor qualquer castigo físico, mesmo os moderados com finalidade educativa. Para complementar o estudo, ainda que de forma limitada, se abordou histórica e juridicamente a posição da família, com especial atenção ao *jus corrigendi* dos filhos, ou seja, com ênfase no castigo e suas implicações.

A eleição deste estudo, especificamente, se deu porque vai totalmente de encontro ao objeto da nossa pesquisa, uma vez que o Estado, em normatizando esta matéria, passa a determinar e controlar a maneira da educação dos filhos das famílias brasileiras, intervindo diretamente na vida privada de seu povo, ou seja, ele não oferece escolha a forma educacional.

Finalmente, têm-se as considerações finais e as referências utilizadas para a construção do referencial teórico a seguir apresentado.

1. A FORMAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E AS BASES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O presente capítulo trata do Estado Democrático de Direito, tal como é hoje conhecido como sendo o resultado das várias transformações sociais, econômicas e políticas pelas quais passou a sociedade através dos tempos. O Estado Democrático de Direito é regido, atualmente, pelas características, fundamentos, pontos em comum, noções e estrutura político-econômica dos Estados Liberal e Social¹, não sendo as suas cópias ou quebra, mas a releitura destes dois modelos.

A essência do Estado Democrático de Direito encontra-se na exigência do consentimento e do controle popular para o exercício do poder estatal e na exigência de submissão à lei, não só de seus habitantes em geral, mas, principalmente, daqueles que exercem o poder, com vista a garantir os direitos, a dignidade e, assim, o bem-estar de cada indivíduo².

Entretanto, é lícito lembrar que a intervenção do Estado na vida privada apresenta uma relação entre vantagens e desvantagens desta intervenção, como também uma intrigante filtragem nos princípios constitucionais quanto a real proteção e suposta violação que se concretiza a partir do momento em que existe a possibilidade da intervenção estatal, atingindo a intimidade do cidadão e, portanto, ferindo sua dignidade³.

Por isso, o entendimento dos alicerces que regem o Estado Democrático de Direito é de fundamental importância para o início de qualquer discussão acerca da relação entre Estado e sociedade.

As características e bases do atual Estado Democrático de Direito são fundamentadas pelo Estado de Direito Liberal, institucionalizado no final do século

¹ No paradigma do Estado Democrático de Direito, não mais se pode falar numa prevalência *a priori* do interesse público sobre o privado (tal qual era pressuposto no paradigma do Estado de Bem-Estar), nem do interesse privado sobre o público (como no paradigma do Estado Liberal), já que nem o público pode mais ser visto como estatal, nem o privado como sinônimo de egoísmo. (BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 263).

² KARAM, Maria Lúcia. *Expansão do poder punitivo e violação de direitos fundamentais*. Artigo publicado em 09 de novembro de 2006. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 10 abr. 2012.

³ *Ibidem*.

XVIII após a Revolução Francesa de 1789, marcada pela revolta social da burguesia e inserida no Terceiro Estado francês, que se elevou do patamar de classe dominada e discriminada para dominante e discriminadora, destruindo os alicerces que sustentavam o absolutismo (Antigo Regime), pondo fim ao Estado Monárquico autoritário, constituindo, assim, o primeiro regime jurídico-político da sociedade que materializava as novas relações econômicas e sociais, colocando de um lado os capitalistas (burgueses em ascensão) e do outro a realeza (monarcas) e a nobreza (senhores feudais em decadência)⁴.

O lema dos revolucionários, "*Liberdade, Igualdade e Fraternidade*", resumia os desejos da burguesia, ou seja, liberdade individual para a expansão dos seus empreendimentos e a obtenção do lucro; igualdade jurídica com a aristocracia visando à abolição das discriminações e fraternidade dos camponeses e da população chamada de *sans-culottes*, com o intuito de que apoiassem a revolução e lutassem por ela⁵.

Na França revolucionária de 1789 foram superadas as velhas teorias que determinavam a origem divina do poder, afirmando a partir de então que a nação, o povo (seja diretamente ou através de uma assembleia representativa), era o titular da soberania, e, por isso, titular do Poder Constituinte, entendendo-se, então, que a Constituição deveria ser a expressão da vontade do povo nacional, a expressão da soberania popular⁶.

Justamente por isso, são apontadas como características básicas do Estado Liberal a não-intervenção do Estado na economia, vigência do princípio da igualdade formal, adoção da Teoria da Tripartição dos Poderes de Montesquieu, supremacia da Constituição como norma limitadora do poder governamental e garantia de direitos individuais fundamentais⁷.

A não-intervenção do Estado permitiu à burguesia a garantia da liberdade individual para a expansão dos seus empreendimentos e a obtenção do lucro o que,

⁴ LA BRADBURY, Leonardo Cacau Santos. Estados liberal, social e democrático de direito: noções, afinidades e fundamentos. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1252, 5dez.2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9241>>. Acesso em: 09 abr. 2012.

⁵ ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o poder judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 89.

⁶ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito constitucional*. Curso de Direitos Fundamentais. 3 ed. São Paulo: Método, 2008. p. 17 - 18.

⁷ A teoria liberal de afastamento do Estado da esfera privada foi construída sob um Estado Absolutista, como forma de reação. O Estado liberal não nasceu democrático. Ao contrário disso, nasceu autoritário e se manteve, por um tempo, sob os auspícios de um Estado Autoritário, porque o que se pretendia proteger do Estado, naquele momento, era o patrimônio.

por si só, já representou um grande avanço na distinção entre o poder do Estado e o direito individual⁸.

No tocante à Teoria da Tripartição dos Poderes de Montesquieu, adotada pelo Estado Liberal, Montesquieu, ao idealizar os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, tinha como objetivo a preservação dos privilégios da sua própria classe, a nobreza, ameaçada tanto pelo rei, que almejava recuperar sua influência nacional, quanto pela burguesia, que dominando o poder econômico, intentava o poder político. Assim, ao elaborar sua teoria que repartia o poder entre a burguesia, nobreza e realeza, Montesquieu afastou a possibilidade da burguesia em crescimento ser a sua única detentora⁹.

No entanto, talvez a maior característica do Estado Liberal tenha sido a defesa do princípio da igualdade jurídica, uma das maiores aspirações da Revolução Francesa. A igualdade aplicada é tão-somente a formal, na qual se buscava a submissão de todos perante a lei, afastando-se o risco de qualquer discriminação. Logo, sob o manto de tal fundamento, todas as classes sociais seriam tratadas uniformemente, pois as leis teriam conteúdo geral e abstrato, não sendo específicas para determinado grupo social, como até então acontecia de a realeza e a nobreza serem privilegiadas pelos mais diferentes ordenamentos jurídicos vigentes¹⁰.

No Estado Liberal, em linhas gerais, o entendimento era de que o Estado deveria atuar de modo a intervir o menos possível na esfera privada do indivíduo, compreendida como o espaço do direito privado e das relações familiares, contratuais e negociais, sendo a regra básica a não intervenção no domínio econômico e nas questões sociais. Dessa forma, o espectro de liberdades do cidadão poderia ser compreendido como toda atuação que não fosse contrária ao direito; ou seja, o que não é proibido por lei é permitido¹¹.

Ao idealizar a criação de um único ordenamento jurídico, defendendo a igualdade formal, no qual todos eram iguais perante a lei, que possuía conteúdo geral e abstrato, aplicando-se indiscriminadamente a todos os grupos sociais, não permitindo o estabelecimento de prerrogativas para determinada classe em detrimento das outras, os burgueses moldaram o conceito de Estado de Direito e a

⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4 ed. 7 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 37.

⁹ ROCHA, José de Albuquerque. Op.cit., p. 93.

¹⁰ LA BRADBURY, Leonardo Cacao Santos. Op. cit.

¹¹ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito constitucional*. Curso de Direitos Fundamentais. 3 ed. São Paulo: Método, 2008. p. 38.

figura da Constituição, que passava a limitar os poderes do governante, visando conter seus arbítrios, que preponderavam no Estado Monárquico.

O Estado de Direito Liberal pode, então, ser definido:

[...] como o criado e regulado por uma Constituição (isto é, por norma jurídica superior às demais), onde o exercício do poder político seja dividido entre órgãos independentes e harmônicos, que controlem uns aos outros, de modo que a lei produzida por um deles tenha de ser necessariamente observada pelos demais e que os cidadãos, sendo titulares de direitos, possam opô-los ao próprio Estado¹².

Como consequência das principais bases do Estado Liberal tem-se a criação do direito subjetivo público, que representa a possibilidade do cidadão, sendo o titular do direito, ter a faculdade de exigí-lo (*facultas agendi*) em desfavor do Estado, regulando a atividade política, situação que não era prevista no Absolutismo, no qual apenas estabelecia direito subjetivo dos indivíduos nas suas relações recíprocas, isto é, o cidadão podia exigir o cumprimento de uma obrigação pactuada com outro cidadão, mas não em face do Estado¹³.

Ao lado dos direitos subjetivos materiais, criaram-se as garantias fundamentais, também chamadas de direitos subjetivos processuais (ou adjetivos ou formais ou instrumentais), visando, efetivamente, assegurar os direitos substantivos, como por exemplo, o *habeas corpus*, que tem o escopo de assegurar o direito à liberdade¹⁴.

A partir de então, o Estado Liberal, ao passar a impedir o exercício arbitrário do poder pelo governante e garantir o direito público subjetivo dos cidadãos, reconhece, constitucionalmente e de uma forma mínima, direitos individuais fundamentais, como a liberdade (apregoadada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a qual foi mantida como preâmbulo da Constituição Francesa de 1791)¹⁵.

Bobbio ressalta que:

Na doutrina liberal, Estado de direito significa não só subordinação dos poderes públicos de qualquer grau às leis gerais do país, limite que é puramente formal, mas também subordinação das leis ao limite material do

¹² SUNDFELD, Carlos Ari. Op. cit., p. 38 - 39.

¹³ BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Tradução brasileira de Marco Aurélio Nogueira. 2 ed. São Paulo: Brasiliense, 1988. p. 16.

¹⁴ Ibidem, p. 16.

¹⁵ Ibidem, p. 17.

reconhecimento de alguns direitos fundamentais considerados constitucionalmente, e, portanto em linha de princípio invioláveis¹⁶.

No Estado Liberal foram criados os chamados "direitos de primeira dimensão", que decorrem da própria condição de indivíduo, de ser humano, situando-se, desta feita, no plano do ser, de conteúdo civil e político, que exigem do Estado a observância das liberdades clássicas, tais como, liberdade, propriedade, vida e segurança, denominados, também, de direitos subjetivos materiais ou substantivos¹⁷.

Os "direitos de primeira dimensão" prevaleceram durante o século XIX, como reflexo do liberalismo ao compor os direitos de liberdade que, por sua vez, correspondem aos direitos civis e políticos. Tais direitos são o resultado dos movimentos de liberdade civis e políticos, reflexos do liberalismo e que primam os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei, acrescidos de uma série de liberdades de expressão coletiva (tais como liberdade de imprensa, manifestação, reunião etc.) e de participação política (tais como direito de voto e capacidade eleitoral passiva)¹⁸.

Cabe aqui a ressalva de que, neste momento em particular, uma vez que os "direitos de primeira dimensão" têm como titular o indivíduo e, ao traduzir as faculdades ou atributos da pessoa humana, ressaltam a patente separação entre o Estado e a sociedade¹⁹.

O excesso formal do Estado liberal e a sua incapacidade de superar a demandas sociais são causas justificadoras da ruptura que gerou a construção do paradigma do Estado Social, pois a simples previsão legal de normas que dispunham sobre igualdade, liberdade, não foi suficiente para que tais direitos fossem estabelecidos. O capitalismo crescente criou uma distância social ainda maior entre o proletariado e a burguesia, ao passo que os ordenamentos jurídicos privilegiavam as liberdades individuais e o respeito às minorias, a democracia, o sufrágio universal etc.²⁰.

¹⁶BOBBIO, Norberto. Op. cit., p. 18.

¹⁷LA BRADBURY, Leonardo Cacau Santos. Op. cit.

¹⁸BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 473.

¹⁹Ibidem, p. 473.

²⁰A mudança tardia de comportamento do Estado não é capaz de solucionar a grave crise que resulta na Primeira Grande Guerra (1914-1918), divisor de águas entre o Estado Abstencionista e o novo Estado Social assistencialista (MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito Constitucional*. Curso de Direitos Fundamentais. 3 ed. São Paulo: Método, 2008, p. 38). As consequências políticas e econômicas da 1ª Guerra Mundial cuidam de sepultar o Estado liberal e fazer surgir uma nova fase no

Os sistemas normativos passam a conter orientações gerais conciliando direitos de liberdade e direitos socioeconômicos, sendo que as Constituições do México (1917) e de Weimar (1919) foram as primeiras a trazer os chamados direitos sociais. Surgem as políticas públicas de inclusão social com objetivo de materializar os direitos fundamentais²¹.

O *Welfare State*– O Estado de bem-estar social – foi intensificado após a Segunda Guerra Mundial e possibilitou o crescimento econômico dos Estados industrializados, o que gerou também determinadas garantias relativas à relação de trabalho, seguridade social, saúde, educação, habitação; gerando a função estatal paternalista, que tentou reduzir desigualdades sociais²².

A partir da insatisfação popular com o regime ditatorial, surgem os grandes movimentos que passaram a lutar e pressionar as autoridades em busca da chamada democratização, ou seja, a participação popular de fato, com a sociedade civil passando a discutir questões relevantes no tratamento da coisa pública e o interesse comum²³.

Quanto às características e bases do Estado Social, ainda que o Estado Liberal tenha trazido grandes avanços na relação entre Estado e sociedade, nesta instituição o capitalismo, em detrimento do social, ainda era o elemento mais importante, visto que os princípios do liberalismo estavam enraizados na burguesia²⁴.

O Estado Social significou, na prática, uma necessária mudança nos princípios do Estado Liberal, no sentido de preservar, de alguma forma, a ideia de uma economia capitalista onde, agora e graças ao intervencionismo estatal, se preservasse alguma concorrência e livre iniciativa. Ou seja, o liberalismo e o capitalismo passam a ter uma preocupação social para preservar uma importante parcela do núcleo do pensamento liberal²⁵.

constitucionalismo, a do Estado Social, que implicou uma releitura do que até então se entendia por liberdade, igualdade e propriedade (uma leitura que reclamava a materialização destes), e nascer o que tradicionalmente se denominam “direitos sociais” (BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 252).

²¹ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito constitucional*. Curso de Direitos Fundamentais. 3 ed. São Paulo: Método, 2008. p. 37.

²² *Ibidem*, p. 37 - 38.

²³ *Ibidem*, p. 37 - 38.

²⁴ MARTINEZ, Vinicius C. Estado do bem estar social ou Estado Social? *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 656, 24 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6623>>. Acesso em: 10 abr. 2012.

²⁵ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito constitucional*. Curso de Direitos Fundamentais. 3 ed. São Paulo: Método, 2008.p. 39.

Surge aqui, de maneira mais delineada, o princípio da igualdade material ou substancial que não somente considera todas as pessoas abstratamente iguais perante a lei, mas se preocupa com a realidade de fato, que reclama um tratamento desigual para as pessoas efetivamente desiguais, a fim de que possam desenvolver as oportunidades que lhes assegura, abstratamente, a igualdade formal, dando margem, então, a necessidade de tratar desigualmente as pessoas desiguais, na medida de sua desigualdade²⁶.

Conforme aponta Sundfeld,

O Estado torna-se um Estado Social, positivamente atuante para ensejar o desenvolvimento (não o mero crescimento, mas a elevação do nível cultural e a mudança social) e a realização da justiça social (é dizer, a extinção das injustiças na divisão do produto econômico)²⁷.

Ainda sobre a relação entre Estado Liberal e Social, Gordillo afirma que:

A diferença básica entre a concepção clássica do liberalismo e a do Estado de Bem-Estar é que, enquanto naquela se trata tão-somente de colocar barreiras ao Estado, esquecendo-se de fixar-lhe também obrigações positivas, aqui, sem deixar de manter as barreiras, se lhes agregam finalidades e tarefas às quais antes não sentia obrigado. A identidade básica entre o Estado de Direito e Estado de Bem-Estar, por sua vez, reside em que o segundo toma e mantém do primeiro o respeito aos direitos individuais e é sobre esta base que constrói seus próprios princípios²⁸.

Nesse momento surgem os chamados "direitos de segunda dimensão", que se situam no plano do ser, de conteúdo econômico e social e que almejam melhorar as condições de vida e trabalho da população compreendendo, dentre outros, o direito ao trabalho, à saúde, ao lazer, à educação e à moradia (conforme inserção no rol do art.6º da Constituição Federal de 1988 por meio da Emenda Constitucional nº 26/2000)²⁹.

No que se refere aos "direitos de segunda dimensão", assim como os "direitos de primeira dimensão" foram objeto e resultado da formulação especulativa em campos políticos e filosóficos que possuíam grande cunho ideológico e

²⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. Op. cit., p. 55.

²⁷ Ibidem, p. 55.

²⁸ GORDILLO, Agustín. *Princípios gerais de direito público*. Trad. Brasileira de Marco Aurélio Greco. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977. p. 63.

²⁹ LA BRADBURY, Op. cit.

dominaram o século XIX, estes surgiram das transformações, em especial, sociais, que marcaram o século XX³⁰.

Os “direitos de segunda dimensão”, portanto, surgem como reflexo da Revolução Industrial, das reflexões ideológicas e do pensamento antiliberal proclamados nas Declarações solenes das Constituições marxistas e também na Constituição de Weimar (1919), que exerceram um papel fundamental nas formulações constitucionais após a Segunda Guerra Mundial³¹.

Logo, os “direitos de segunda dimensão” representam os direitos sociais, culturais e econômicos, tendo sido inseridos nas constituições das diversas formas de Estados sociais, exigindo, do Estado, determinadas prestações impossíveis de serem concretizadas naquele dado momento e, desta forma, com a juridicidade questionada, os direitos de segunda dimensão foram lançados como diretrizes, ou programas a serem cumpridos, ou seja, estes direitos foram remetidos à esfera programática³².

O Estado Social, além disso, e diferentemente da exigência de uma postura estatal negativa do liberalismo, exige uma conduta positiva, dirigente, ativista, onde se implementassem políticas governamentais que, efetivamente, garantissem o mínimo de bem-estar à população, ampliando-se os direitos subjetivos materiais, exigindo um compromisso dos governantes em relação aos governados, com vistas a lhes proporcionar, dentre outros, direito a educação, saúde e trabalho, que se situam no plano do ter, diferentemente dos direitos assegurados pelo liberalismo, que se estabelecem no plano do ser.

E a partir das bases dos direitos subjetivos materiais ou substantivos do Estado Liberal e da preocupação com o bem estar do ser humano do Estado Social, a nova ordem constitucional erigida pela Constituição Federal de 1988 constituiu o Estado Democrático de Direito no Brasil, consagrando em seu art. 1º, princípios fundamentais como soberania, cidadania, dignidade a pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político³³.

³⁰ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 474.

³¹ Ibidem, p. 474.

³² GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 4 ed. São Paulo: RCS Editora, 2005. p. 86.

³³ MICHAELLO MARQUES, Carlos Alexandre; NUNES, Franciene Rodrigues. O estado democrático de direito e a colisão de direitos fundamentais. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 98, 01/03/2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11300>. Acesso em: 11 abr. 2012.

O Estado Democrático de Direito concilia "duas das principais máximas do Estado Contemporâneo, quais sejam a origem popular do poder e a prevalência da legalidade"³⁴.

Bobbio, ao tratar da relação entre as diretrizes liberais e sociais que fundamentam o Estado Democrático de Direito afirma que:

Estado Liberal e Estado Democrático são interdependentes em dois modos: na direção que vai do liberalismo à democracia, no sentido de que são necessárias certas liberdades para o exercício correto do poder democrático, e na direção oposta que vai da democracia ao liberalismo, no sentido de que é necessário o poder democrático para garantir a existência e a persistência das liberdades fundamentais. Em outras palavras: é pouco provável que um estado não liberal possa assegurar um correto funcionamento da democracia, e de outra parte é pouco provável que um estado não democrático seja capaz de garantir as liberdades fundamentais³⁵.

O Estado Democrático de Direito fundamenta-se, então, no essencial direito a liberdade e igualdade³⁶ no que se refere ao exercício da democracia que, por sua vez, é condição singular para a existência, manutenção e ampliação dos direitos e garantias individuais, razão pela qual surge o Estado Democrático de Direito³⁷.

A democracia e os direitos fundamentais são, sem dúvida alguma, os pilares do Estado Democrático de Direito, o que permite e requer uma efetiva participação popular nas decisões políticas e a coexistência harmônica entre o princípio da soberania popular, aplicado através do regime democrático e o da legalidade, herança do estado liberal.

Assim, para que um Estado seja considerado Democrático de Direito, é imprescindível, primeiramente, que todo poder emane do povo, bem como, a proteção e garantia dos direitos fundamentais seja uma questão primordial, como meio de proteção e respeito aos cidadãos³⁸.

³⁴ DANTAS, Ivo. *Da defesa do Estado e das instituições democráticas*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1989. p. 27.

³⁵ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia – uma defesa das regras do jogo*. Trad. Brasileira de Marco Aurélio Nogueira. 2 ed. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1986. p. 20.

³⁶ Ao longo da história, os princípios de liberdade e igualdade foram reconstruídos e, portanto, devem ser contextualizados de acordo com a época e comunidade jurídica observada.

³⁷ LA BRADBURY, Op. cit.

³⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 103.

Os princípios do Estado Democrático de Direito são: da constitucionalidade, democracia, da justiça social, da igualdade, da divisão dos poderes, da legalidade, da segurança jurídica e o sistema de direitos fundamentais³⁹.

Assim, com base nos princípios da democracia, no Estado Democrático de Direito são também consolidados os "direitos de terceira dimensão", que se situam no plano do respeito, de conteúdo fraternal, compreendendo os direitos essenciais ou naturalmente coletivos, isto é, os direitos difusos e os coletivos *strictu sensu*, passando o Estado a tutelar, além dos interesses individuais e sociais, os transindividuais (ou metaindividuais), que compreendem, dentre outros, o respeito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a paz, a autodeterminação dos povos e a moralidade administrativa⁴⁰.

Bonavides dá sua contribuição ao assunto ao apontar para a existência, ainda, dos "direitos de quarta dimensão", justificando sua postura ao afirmar que a "globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos de quarta dimensão que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social", compreendendo, dentre outros, o direito a democracia, a informação e ao pluralismo político, étnico e cultural⁴¹.

Logo, ainda que tal postura não esteja consolidada, é possível dizer que as bases do Estado Democrático de Direito são o resultado da busca pela instauração de mecanismos de controle das decisões políticas, através da fusão e transformação de princípios do Estado Liberal e Social, aplicando, sob o crivo da legalidade, os ditames democráticos e garantindo, em sua plenitude, os direitos fundamentais, conforme estabelecido na Constituição Federal de 1988.

1.1.O Estado Democrático de Direito brasileiro e o sujeito constitucional

A Constituição Federal de 1988 mantém, como pressuposto fundamental, o respeito aos direitos e garantias individuais, garantindo, em seu art. 5º, aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à

³⁹ LA BRADBURY, Op. cit.

⁴⁰ Ibidem.

⁴¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 524-526.

liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, caracterizando, assim, os direitos e garantias individuais inerentes à pessoa humana⁴².

A Constituição Brasileira, além de garantir um Estado Democrático de Direito, também garante, a dignidade humana, através de uma sociedade justa e solidária, prevalecendo os direitos humanos⁴³, dentre eles, o direito à intimidade, à vida privada, à honra, à imagem das pessoas, bem como o direito à segurança, à igualdade, à propriedade, ressaltando-se ainda, os direitos sociais à educação, trabalho, saúde, moradia, dentre outros⁴⁴.

A essência do Estado Democrático de Direito encontra-se na exigência do consentimento e do controle popular para o exercício do poder estatal e na exigência de submissão à lei, não só de seus habitantes em geral, mas, principalmente, daqueles que exercem o poder, com vista a garantir os direitos, a dignidade e, assim, o bem-estar de cada indivíduo⁴⁵. E tais direitos e suas concepções são, por sua vez, garantidos pela Constituição Federal de 1988.

A Constituição Federal de 1988 recebeu influência de textos estrangeiros, tais como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e a Declaração de Virgínia, adotadas na França e nos Estados Unidos da América, respectivamente, em 1789⁴⁶.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e a Carta da Virgínia são marcos históricos, pois tinham como objetivo implementar uma filosofia humanitária, que liberasse o homem⁴⁷ das regras ultrapassadas empregadas pelo absolutismo e pelo regime feudal.

O texto da Declaração de 1789 (...) proclama os princípios da liberdade, da igualdade, da propriedade e da legalidade e as garantias individuais liberais que ainda se encontram nas declarações contemporâneas, salvas as

⁴²MICHAELLO MARQUES. Op. cit., p. 2.

⁴³ A expressão direitos humanos é entendida como abreviação dos direitos fundamentais da pessoa humana.

⁴⁴ VIANNA, Cynthia Semíramis Machado. Da privacidade como Direito Fundamental da pessoa humana. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 17, p. 102-115, 2004. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/5441-5433-1-PB.htm>> Acesso em: 11 abr. 2012.

⁴⁵KARAM, Maria Lúcia. Op. cit., p. 2.

⁴⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 161. (Contextualizando, estas influências foram fundamentais para a inserção dos direitos fundamentais como orientação dos fundamentos e finalidade do Estado e, por consequência, para o hoje estabelecido como princípio da dignidade humana, na condição de unidade suprema a se irradiar por todo o ordenamento jurídico)

⁴⁷Aqui se utiliza a expressão homem porque naquele momento histórico a implementação do direito era dirigida somente ao gênero masculino.

liberdades de reunião e de associação que ela desconhecera, firmado que estava numa rigorosa concepção individualista⁴⁸.

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988, foi promulgada pela Assembleia Nacional Constituinte especialmente eleita para sua formulação, e que, segundo seu preâmbulo, instituíra:

Um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias⁴⁹.

Assim, pode-se dizer que a Constituição Federal de 1988 está fundamentada no paradigma do Estado Democrático de Direito ao estabelecer que um dos primeiros objetivos fundamentais da República é “[...] promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”⁵⁰.

Nesse sentido, a Constituição, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, deve ser vista diante:

[...] da perspectiva de um processo constituinte permanente de aprendizado social, de cunho hermenêutico-crítico, aberto ao longo do tempo histórico, que atualiza, de geração em geração, o sentido performativo do ato de fundação em que os membros do povo se comprometem, uns com os outros, com o projeto de construção de uma república de cidadãos livres e iguais⁵¹.

O artigo 1º da Constituição Federal caracteriza o Estado Brasileiro como Estado Democrático de Direito.

Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;

⁴⁸ SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 162.

⁴⁹ MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito processual constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 44.

⁵⁰ BRASIL. *Constituição [da] República Federativa do Brasil*. 13 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 17.

⁵¹ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Minorias e democracia no Brasil. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 4, p. 307-322, jan. dez. 2006.

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único - Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição⁵².

Embora os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana precedam à formação e organização do Estado Democrático de Direito, a atual Constituição sedimentou a concepção que o ser humano é o ponto principal de qualquer organização política democrática, sendo que todas as estruturas devem promover a sua dignidade e, para tanto, consagrou um extenso rol de garantias, individuais e coletivas, com a natureza de cláusulas pétreas que, por sua vez, são insuscetíveis de supressão⁵³.

São características de toda Constituição Democrática a tutela e a salvaguarda das liberdades individuais frente a eventuais abusos do poder estatal⁵⁴.

A denominação Estado Democrático de Direito, portanto, refere-se a um sistema de garantias da pessoa humana implementado de forma efetiva⁵⁵.

Assim, um dos pontos mais importantes da Constituição de 1988 veio com o desenvolvimento de sociedades hipercomplexas e diferenciadas, com visões plurais de mundo, bem como a revolução linguístico-pragmática surgida na Filosofia que, por sua vez, influenciaram diretamente a concepção e formação do paradigma do Estado Democrático de Direito, que o levou a adotar um caráter pluralista e aberto⁵⁶.

É importante dizer que a observância dos direitos fundamentais, como a privacidade, por exemplo, jamais pode ser relegada a segundo plano⁵⁷ e, neste contexto, o constitucionalismo⁵⁸ assume um importante papel no que se refere ao respeito e observância destes direitos e suas aplicações.

⁵² BRASIL. *Constituição [da] República Federativa do Brasil*. 13 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 13.

⁵³SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 83.

⁵⁴BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. Traduzido por Paulo José da Costa Jr. e Alberto Silva Francov. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.p. 144. (O discurso contemporâneo é de que não mais se concebe a tutela e salvaguarda dos direitos fundamentais, tão somente, em oposição ao Estado, reconhecendo-se a eficácia imediata e horizontal destes entre particulares, entendendo-se que são dirigidas, também, aos entes privados e que será assunto de discussão adiante).

⁵⁵ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Traduzido por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 97.

⁵⁶CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Op. cit.

⁵⁷CATTONI DE OLIVEIRA, Op. cit.

⁵⁸Constitucionalismo aqui colocado, sob influência do magistério de Canotilho, no sentido de limitação de poder com fins garantísticos.

O constitucionalismo significa, nas palavras de Canotilho, "a incorporação de direitos subjetivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se o seu conhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário"⁵⁹.

Tal processo tem como principal consequência a possibilidade de controle jurisdicional da constitucionalidade dos atos normativos que regulam tais direitos, tomando-se por paradigma os direitos fundamentais positivados na Constituição, que têm o caráter de normas jurídicas vinculativas⁶⁰.

A noção de personalidade jurídica do Estado também é peça-chave desse processo de constitucionalização, que culminou com a positivação da primeira dimensão de direitos fundamentais. Isto se deve ao fato de que, para que as relações entre o Estado e o indivíduo pudessem constituir relações jurídicas, cumpria que o Estado fosse considerado como sujeito de direito, capaz de titularizar direitos e também obrigações. A partir daí, o monarca perde a identificação com o Estado, do qual passa a ser órgão, com prerrogativas e faculdades previstas na Constituição⁶¹.

A ideia de que o Estado é sujeito de direitos e obrigações é essencial para que lhe possam opor justamente os direitos fundamentais.

Portanto, "a ideia, ínsita ao Estado liberal, da separação Estado-sociedade é reavaliada, dando surgimento à compreensão de que o Estado deve prover para que a sociedade logre superar as suas angústias estruturais"⁶².

Tal posicionamento representa a consagração dos direitos à prestação do Estado em favor do indivíduo, e que, mesmo com os direitos fundamentais de terceira dimensão, de titularidade difusa, tem o Estado dever de agir para viabilizar o exercício de direitos, não só sociais, mas também individuais⁶³.

Atualmente, há a percepção de que os direitos fundamentais possuem uma feição objetiva, que "não somente obriga o Estado a respeitar os direitos fundamentais, mas que também o força a fazê-los respeitados pelos próprios

⁵⁹CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5 ed. Coimbra: Editora Livraria Almedina, 2002. p. 309.

⁶⁰ MAIA NETO, Geraldo de Azevedo. O significado dos direitos fundamentais e o papel do constitucionalismo. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2508, 14maio2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14850>>. Acesso em: 26 abr. 2012.

⁶¹ MAIA NETO, Geraldo de Azevedo. Op. cit.

⁶² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 110.

⁶³O posicionamento que se sedimentou no STF é que o direito público e o direito privado passam por novas definições, de modo que os direitos fundamentais não são mais, com exclusividade, mecanismos de ação contra o Estado, podendo ser oponíveis a outros entes.

indivíduos [...] esses direitos, na verdade, consagram valores básicos da ordem jurídica e da sociedade"⁶⁴.

Os direitos fundamentais devem ser observados, assim, nas relações dos indivíduos entre si, que devem respeitar sua força vinculante e eficácia.

Seguindo esse raciocínio, a transformação do constitucionalismo evidencia a necessidade de respeito à alteridade e de reconhecimento de minorias, legitimando o caráter plural das sociedades contemporâneas. Desde o surgimento das revoluções liberais burguesas, tal transformação vem incorporando ao discurso constitucional o reconhecimento de grupos e situações socialmente vulneráveis, como o caso de mulheres, negros e questões como invasão de privacidade e intimidade⁶⁵.

Surgem no constitucionalismo, também e como apontado acima, as primeiras noções de identidade do sujeito constitucional como sendo o “povo” e que passa a ser tratado como força de legitimação do texto constitucional e, conseqüentemente, de garantia de direitos fundamentais, dentre eles, a privacidade e a intimidade, por exemplo. Aqui, vale ressaltar que, como o termo sujeito constitucional representa o povo que, por sua vez, representa o indivíduo (relação social – individual) e, sendo o indivíduo àquele a quem os direitos fundamentais, tais como a privacidade e a intimidade são garantidos, a discussão de como a identidade constitucional e, conseqüentemente, o indivíduo são vistos sob o prisma constitucional é mais do que pertinente.

Nesse sentido, afirma Rosenfeld que:

Da perspectiva do constitucionalismo moderno, a ordem política pré-moderna podia evitar, sobretudo, a obsessão com a oposição entre o ‘eu’ e o ‘outro’ à medida que ela era capaz de sustentar uma visão unificada moldada pela religião, a ética e as normas jurídicas que se apoiavam mutuamente e que eram compartilhadas por todos. O constitucionalismo moderno, por outro lado, não pode evitar o contraste entre o eu (*self*) e o outro como uma consequência do pluralismo que lhe é inerente⁶⁶.

Indo mais além, diante do atual contexto de complexidade, pluralismo e mutabilidade social, surge uma importante questão: como é possível o

⁶⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 170.

⁶⁵ ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 17.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 18.

estabelecimento da identidade do sujeito constitucional? Neste sentido, o desenvolvimento da filosofia da linguagem aponta que o “congelamento” da identidade do sujeito constitucional pelos autores constituintes é apenas aparente, uma vez que “[...] sempre haverá a possibilidade de a identidade constitucional ser reinterpretada e reconstruída”⁶⁷.

De maneira mais aprofundada, Rosenfeld afirma que:

[...] não é obvio congelar a identidade constitucional no momento de seu nascimento. Mas ainda não é obvio que esse congelamento seja desejável, pois seria autocontraditório uma vez que os próprios constituintes tinham a intenção de criar tão-somente o delineamento de uma moldura capaz de satisfazer as necessidades das gerações futuras⁶⁸.

Tanto o Direito quanto a Constituição não podem ser somente vistos a partir de um sistema fechado de regras delimitadas, mas sim, assumir uma visão principiológica e discursiva capaz de oferecer soluções mais legítimas e coerentes na reconstrução da identidade do sujeito constitucional⁶⁹.

O sujeito constitucional se encontra constantemente carente de reconstrução, mas essa reconstrução jamais pode se tornar definitiva ou completa, uma vez que a identidade do sujeito constitucional se desenvolve, segundo o autor, em um hiato ou na ausência, o que guarda analogia com a teoria psicanalítica do sujeito de Freud e Lacan⁷⁰, e com a teoria filosófica do sujeito, de Hegel⁷¹. Entretanto, a ausência do sujeito constitucional não nega o seu caráter indispensável, daí a necessidade de sua reconstrução que, por sua vez, é influenciado por sua propensão em se alterar com o tempo e pela tensão entre a assimilação e a rejeição das demais identidades relevantes. Essas identidades, que farão parte da determinação da identidade constitucional, desdobram-se, por exemplo, em identidades nacionais, regionais, linguísticas, religiosas, éticas, políticas e ideológicas⁷².

⁶⁷ Ibidem, p. 19.

⁶⁸ Ibidem, p. 27.

⁶⁹ CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, v. 3, p. 473.486, maio, 1999.

⁷⁰ JORGE, Marco Antônio Coutinho. *Fundamentos da psicanálise de Freud a Lacan*. As bases conceituais. 5 ed. v. 1. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor Ltda., 2008. p. 18.

⁷¹ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 22.

⁷² ROSENFELD, Michel. Op. cit., p. 26.

Quanto à tensão entre a assimilação e rejeição de identidades relevantes, Rosenfeld afirma que “[...] a identidade do sujeito constitucional só é suscetível de determinação parcial, mediante um processo de reconstrução orientado no sentido de alcançar um equilíbrio entre a assimilação e a rejeição das demais identidades relevantes”⁷³.

Ou seja, a identidade do sujeito constitucional é mutável e determinada apenas parcialmente, num jogo de rejeição e assimilação que o torna sempre incompleto e carente de reconstrução, que jamais pode tornar-se definitiva ou completa, razão a mais uma vez se dizer da pertinência da discussão desse assunto, posto que dentro dessa sociedade dotada de sujeitos heterogêneos, a ingerência de um Estado dito democrático, com ações normativas com pretensão de uniformização até de valores, sob o “escudo” da ordem desse direito constitucional, pode levar a um Estado controlador ou massacrante⁷⁴.

Assim, o constitucionalismo, no processo de reconstrução da identidade do sujeito constitucional, ainda que esteja sujeito à ideia de governo limitado deve, também, primar pela aceitação do Estado de Direito e pela proteção dos direitos fundamentais, sendo que estes representam como fator legitimador da proteção constitucional.

Dessa forma, no constitucionalismo, a ocupação do lugar do legítimo sujeito constitucional ocorre com a alienação de poder, submetendo-se às prescrições do Direito e em face dos direitos fundamentais.

Além disso, os órgãos estatais estão submetidos à ordem jurídica constituída, buscando sempre assegurar os direitos fundamentais e a separação dos poderes do Estado, garantindo, de tal modo, a liberdade dos indivíduos. A Constituição Federal de 1988, portanto, ao estabelecer um “sistema de freios e contrapesos”⁷⁵ entre os órgãos ou instituições do Estado, tornou este um pressuposto para a garantia dos direitos fundamentais dos indivíduos e do próprio Estado Democrático de Direito.

O princípio da separação dos poderes estatais “como forma e limite de poder (separação de poderes e balanço de poderes) assegura uma medida jurídica ao

⁷³ Ibidem, p. 27.

⁷⁴ Ibidem, p. 27.

⁷⁵ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 44.

poder do Estado e, conseqüentemente, serve para garantir e proteger a esfera jurídico-subjetiva dos indivíduos⁷⁶.

O princípio da separação de poderes possui duas dimensões complementares: uma sendo a anteriormente referida e a outra, “a separação como constitucionalização, ordenação e organização do poder do Estado tendente a decisões funcionalmente eficazes e materialmente justas”⁷⁷.

Portanto, segundo seus dispositivos, a Constituição Federal de 1988 positivou direitos fundamentais, limitou e dividiu os poderes e concedeu garantias aos sujeitos ao garantir os direitos da pessoa humana com a finalidade de protegê-los contra o arbítrio. A lei, neste contingente, condiciona a atuação dos poderes públicos, visando à eficácia dos direitos fundamentais dos indivíduos, minimizando as restrições às liberdades dos cidadãos e protegendo-os de qualquer abuso ou arbitrariedade que possam, porventura, ferir seus direitos e garantias delineando, assim, a esfera jurídico-privada dos direitos fundamentais.

⁷⁶CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 250.

⁷⁷Ibidem, p. 250 - 251.

2. A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ESFERA JURÍDICO-PRIVADA BRASILEIRA

Com a transformação social e suas mais variadas consequências e características, pode-se verificar que o poder não está apenas nas mãos do Estado, mas disperso na sociedade como um todo. Assim, não é somente o Estado que detém o poder, este também pode estar nas mãos de particulares que, por sua vez, também, podem atingir a intimidade do cidadão em verdadeira oposição a dignidade da pessoa humana. A relação interprivada se tornou desigual e, em razão disto, os direitos fundamentais devem regular e equilibrar também as relações privadas e tal assunto tem sido tratado sob o título de eficácia horizontal dos direitos fundamentais⁷⁸.

Assim, uma vez que a intimidade e a privacidade são direitos fundamentais garantidos constitucionalmente e sujeitos à intervenção estatal, uma abordagem mais aprofundada dos mesmos e de sua eficácia no contexto da esfera jurídico-privada torna-se pertinente.

Os direitos fundamentais dos indivíduos estão incorporados nas normas constitucionais e, uma vez vistos como vínculos funcionais, “condicionam a validade jurídica da inteira atividade do Estado”⁷⁹.

Em síntese precisa, Silva afirma que

No qualificativo "fundamentais" acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais "do homem" no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados⁸⁰.

Em conceituação sob a perspectiva material, tem-se que os direitos fundamentais variam conforme a espécie de valores e princípios que a Constituição

⁷⁸ NEVES, Gustavo Kloh Muller. *Os princípios entre a teoria geral do direito e o direito civil constitucional*. Os princípios da Constituição de 1988. Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 2006. p. 473.

⁷⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria do garantismo penal*. Traduzido por Ana Paula Zomer; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 719.

⁸⁰ SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 182.

consagra e, dessa maneira, cada Estado Constitucional possui seus direitos específicos⁸¹.

Para Sarlet, os direitos fundamentais são:

Todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal [...]⁸².

Os direitos fundamentais são direitos jurídico-positivamente vigentes em uma ordem constitucional sendo, por isso, indissociáveis da ideia de constituição, justamente por entender que "os direitos fundamentais são-no, enquanto tais, na medida em que encontram reconhecimento nas constituições e deste reconhecimento se derivem consequências jurídicas"⁸³.

A positivação de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos constitucionais "naturais" e "inalienáveis" do indivíduo. É necessário assinalar-lhes a dimensão de *fundamental rights* colocados no lugar cimeiro das fontes de direito: as normas constitucionais⁸⁴.

Portanto, os direitos fundamentais estruturam a legitimidade da ordem jurídica, constituindo sua base, de sorte que se tornaria inviável um Estado de Direito sem que estejam assegurados à sociedade direitos, liberdades e garantias oponíveis, no mínimo, contra o ente estatal.

A pessoa humana como centro de toda a atuação estatal e o respeito pelos seus direitos estabelece os "critérios de justificação externa do poder"⁸⁵.

Os direitos fundamentais possuem conteúdo de ordem, incumbindo, em especial, ao Estado a obrigação permanente de concretização e realização dos direitos fundamentais e, neste contexto, os direitos fundamentais impõem uma atuação do Estado ao mesmo tempo em que impedem a sua ingerência em bens

⁸¹ MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. *Meio ambiente: direito e dever fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 58.

⁸² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 80.

⁸³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 377.

⁸⁴ Ibidem, p. 377.

⁸⁵ CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 115.

jurídicos fundamentais, que são mais perceptíveis à sociedade na esfera jurídico-penal.

Para Carvalho,

Os direitos fundamentais constitucionalizados e transformados, segundo as definições normativas mais comuns, em direitos fundamentais, adquirem função cujo papel é estabelecer o objeto e os limites do direito penal nas sociedades democráticas⁸⁶.

Os direitos fundamentais são aqueles em que sua garantia é necessária para a satisfação do valor dos indivíduos e para efetivar a igualdade⁸⁷. Há, além disso, um contraponto entre os direitos fundamentais e os direitos patrimoniais – desde o direito de propriedade ao de crédito –, ao se levar em conta que tais direitos:

[...] não são negociáveis e dizem respeito a “todos” em igual medida, como condição de identidade de cada um como pessoa ou cidadão. É essa igualdade e, ao mesmo tempo, este seu nexos com os valores da pessoa humana que consente em identificar-lhes a soma com a esfera da tolerância e as suas violações com a esfera do intolerável⁸⁸.

Aqui, cabe lembrar que a terminologia e características dos direitos fundamentais decorrem dos direitos humanos que, ao longo de sua historicidade e diversidade de conceitos justifica-se através de três perspectivas.

A perspectiva filosófica ou jusnaturalista, que diz que os direitos humanos são direitos naturais, inerentes à pessoa humana em qualquer tempo e lugar. São absolutos e imutáveis. Aqui, cabe lembrar que a naturalização dos direitos humanos é algo arriscado, uma vez que dá ao grupo que detém o poder a legitimidade de dizer o que é natural. Sendo os direitos humanos históricos e não naturais, o ser humano é o autor da história responsável pela construção do conteúdo desses direitos de acordo com suas lutas sociais⁸⁹.

Na perspectiva universalista, os direitos humanos são direitos de todas as pessoas em qualquer lugar, presentes em tratados, pactos ou convenções, para

⁸⁶Ibidem, p. 99.

⁸⁷FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 727.

⁸⁸Ibidem, p. 727.

⁸⁹ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de; LAMOUNIER, Gabriela Maciel. A internacionalização dos direitos humanos. *Revista Jus Vigilantibus*, Quarta-feira, 5 de março de 2008. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/32009>>. Acesso em: 26 abr. 2012.

legitimar sua proteção e na perspectiva constitucionalista, os direitos humanos são direitos reconhecidos em um determinado território estatal. São direitos positivados nas Constituições com *status* de direitos fundamentais⁹⁰.

Diante de tais colocações tem-se que, no Brasil, conforme visto, a evolução dos direitos fundamentais da pessoa humana passou pelos direitos individuais, políticos, sociais e econômicos, direitos estes consagrados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

O Brasil é uma república constitucional, federativa e democrática, baseada em princípios que são estruturantes e fundamentam toda a ordem constitucional e infraconstitucional brasileira. Isto significa que todas as leis, todos os atos administrativos, todas as autoridades públicas e todas as pessoas que se encontram em território nacional devem obediência a estes princípios⁹¹.

Um Estado e uma sociedade regidos por uma Constituição, tida como lei maior e que condiciona toda a ação estatal e particular, ao respeito de direitos fundamentais é uma das maiores conquistas de uma nação, visto que não há ordem constitucional ou Estado Democrático de Direito sem a declaração e proteção de direitos fundamentais⁹².

Com relação à evolução dos direitos fundamentais e a Carta Magna do ordenamento jurídico brasileiro, a primeira constituição, no mundo, a positivar os direitos do homem, dando-lhes juridicidade efetiva, foi a do Império do Brasil, de 1824⁹³.

A Constituição de 1891 trazia em seu corpo normativo os direitos e garantias individuais, e, como a Constituição Imperial, somente trouxe a positivação dos direitos do indivíduo em particular, sem preocupar-se com os direitos sociais⁹⁴.

Foi com o advento da Constituição de 1934 que os direitos econômicos e sociais foram efetivamente incorporados à Lei Maior, como os direitos trabalhistas. Esses direitos foram mantidos na constituição de 1937, 1946, 1967 e 1969. No entanto, somente com a Constituição de 1988 é que os direitos fundamentais foram

⁹⁰Ibidem, p. 1.

⁹¹ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direitos humanos (sua história, sua garantia e a questão da indivisibilidade)*. São Paulo: Editora Juarez, 2000. p. 23 - 24.

⁹²Ibidem, p. 24.

⁹³ Usa-se a expressão homem porque neste momento histórico a tutela foi conferida somente ao gênero masculino, posto que a mulher não possuía direitos – era tida como mero objeto.

⁹⁴ SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 560.

plenamente positivados, tantos os individuais, como os difusos e coletivos, trazendo, também, diversos remédios constitucionais para garantir a eficácia desses direitos⁹⁵.

A Constituição Federal prevê que os direitos fundamentais individuais reconhecem autonomia aos particulares, garantindo a independência dos indivíduos diante do Estado. Prevê, também, os Direitos Sociais, que reconhecem o direito dos cidadãos de terem uma atividade positiva do Estado, que deixou de ser mero garantidor da segurança. Há, também, a positivação de uma categoria de direitos que pertencem a toda a coletividade, sem ser de ninguém particularmente, que são os direitos difusos, como o direito a um meio ambiente saudável⁹⁶.

Tais direitos são, na atual Constituição e conforme compreensão hermenêutica pacificada no Brasil, direitos não hierarquizados e necessariamente complementares, logo indivisíveis⁹⁷. Isto significa que não é possível escolher um direito por conveniência, em detrimento de outro. Tal escolha não existe, uma vez que a indivisibilidade dos direitos fundamentais significa que estes direitos são interdependentes. Logo, não será possível a efetividade dos direitos de liberdade sem os direitos de dignidade, por exemplo⁹⁸.

Isso porque a centralidade de toda a discussão constitucional é o ser humano e este é o objetivo e fundamento primeiro da ordem constitucional democrática. O ser humano em toda a sua integridade: digno e livre. Desta forma, os direitos individuais, sociais, econômicos, políticos e culturais são inseparáveis, pois asseguram a vida digna e livre para todas as pessoas indistintamente⁹⁹.

Assim sendo, todo o ordenamento legal ordinário na federação brasileira deve obediência aos princípios constitucionais e, dessa maneira, nada na república pode contrariar estes princípios.

A república, por sua vez, representa outro fundamento de ordem constitucional, ao ser levado em consideração que o princípio que sustenta que todos são iguais perante a lei é nuclear na ordem constitucional. Este princípio

⁹⁵Ibidem, p. 561.

⁹⁶Ibidem, p. 562.

⁹⁷ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direitos humanos (sua história, sua garantia e a questão da indivisibilidade)*. São Paulo: Editora Juarez, 2000. p. 24.

⁹⁸Ibidem, p. 24.

⁹⁹Ibidem, p. 25 - 26.

sustenta que não serão tolerados privilégios e logo todos deverão ter liberdade e dignidade, materializados em direitos fundamentais¹⁰⁰.

Conclui, então, Alexy, que os direitos fundamentais figuram no atual ordenamento jurídico brasileiro através de normas com estrutura de princípio que, por sua vez, são reconhecidos por possuir eficácia jurídica¹⁰¹.

Um princípio comanda a realização de um fim, constituído por um valor que deverá ser buscado por meio de condutas, ou seja, ações e omissões. Assim, uma norma-princípio implica um conjunto de normas-regra que regerão as condutas capazes de realizar o fim prescrito naquele mesmo princípio¹⁰².

A partir de então, através da diferenciação entre princípios e regras e da própria definição dos princípios como normas jusfundamentais, é possível estabelecer a vinculação dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares. Aqui, é importante apresentar os principais fundamentos constitucionais construídos tanto pela jurisprudência quanto pela dogmática jurídica a respeito da eficácia dos direitos fundamentais. Seriam eles: 1) o princípio da supremacia da Constituição, 2) o postulado da unidade material do ordenamento jurídico, 3) os direitos fundamentais como princípios objetivos, 4) o princípio da dignidade da pessoa, 5) o princípio constitucional da solidariedade e, por fim, 6) o princípio da aplicação imediata dos direitos fundamentais¹⁰³.

Importante também ressaltar que não há como se eleger apenas um fundamento constitucional, pois é necessário que a eficácia dos direitos fundamentais esteja baseada em um conjunto de fundamentos constitucionais¹⁰⁴.

Surge aqui a noção de dimensão dos direitos fundamentais.

A dupla dimensão dos direitos fundamentais sustenta que, em sentido subjetivo, os direitos fundamentais conferem ao titular de um direito fundamental a possibilidade de impor judicialmente os seus interesses juridicamente tutelados perante o destinatário¹⁰⁵.

¹⁰⁰ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direitos humanos (sua história, sua garantia e a questão da indivisibilidade)*. São Paulo: Editora Juarez, 2000. p. 26.

¹⁰¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 5 ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 198.

¹⁰² *Ibidem*, p. 199.

¹⁰³ ROTHEMBURG, Walter Claudius. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo: *Revista dos Tribunais*. Ano 7, nº. 29, 1999. p. 63.

¹⁰⁴ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 100.

¹⁰⁵ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direitos humanos (sua história, sua garantia e a questão da indivisibilidade)*. São Paulo: Editora Juarez, 2000. p. 24.

Já sob a ótica objetiva, os direitos fundamentais não são apenas os direitos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas, além disso, são decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico, fornecendo diretrizes para os poderes executivo, legislativo e judiciário¹⁰⁶.

O reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais trouxe várias inovações constitucionais de grande relevância, como, por exemplo, a eficácia irradiante dos direitos fundamentais para toda a esfera do direito e a aplicabilidade direta e a eficácia imediata dos direitos fundamentais¹⁰⁷.

Isso significa o reforço da aplicação direta e imediata dos valores que estão na Constituição Federal:

Assim, é que qualquer norma ou cláusula negocial, por mais insignificante que pareça, deve se coadunar e exprimir a normativa constitucional. Sob essa ótica, as normas do direito civil necessitam ser interpretadas como reflexo das normas constitucionais. A regulamentação da atividade privada (porque regulamentação da vida cotidiana) deve ser, em todos os seus momentos, expressão da indubitável opção constitucional de privilegiar a dignidade da pessoa humana¹⁰⁸.

A Constituição Federal, ao estabelecer princípios fundamentais, como os da dignidade da pessoa humana, da inviolabilidade dos direitos à liberdade, à igualdade e à vida, condiciona a interpretação das normas jurídicas à necessidade de se sacrificar ou restringir o menos possível os direitos fundamentais. Neste caso, tendo em vista o que reza o princípio da igualdade, não há a possibilidade de se aniquilar direitos e garantias fundamentais sob a justificativa de se preservar o “bem comum ou público”¹⁰⁹.

Sob outra orientação/discurso, Bahia leciona no seguinte sentido:

Paulo R. Schier complementa afirmando que os direitos fundamentais não podem ser vistos como concessões do Estado que, como um resto de direitos, podem ser deixados de lado diante de interesses mais nobres, isto

¹⁰⁶SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.p. 167.

¹⁰⁷BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.p.541.

¹⁰⁸MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista do Estado*. Direito e Sociedade. Vol. I. 1991, p. 11.

¹⁰⁹FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.*, p. 194.

é, estatais. “Ao contrário, os direitos fundamentais ‘privados’ somente se legitima na medida em que nele estejam presentes aqueles.”¹¹⁰.

Desta forma, percebe-se que a dignidade da pessoa humana é um princípio que, quando posto em contraposição com os demais, geralmente, se sobreporá a estes e, como consequência disto, nada justifica o desrespeito aos valores fundamentais da pessoa humana, o que demonstra, mais uma vez, que os direitos fundamentais, portanto, são universais, “são direitos que cabem a todos os homens”¹¹¹, além de serem “invioláveis, inalienáveis, indisponíveis e ‘personalíssimos’”¹¹².

Mas, em uma concepção originária, os direitos fundamentais são compreendidos como limitações ao exercício do poder estatal¹¹³, restringindo-se ao âmbito das relações entre o particular e o Estado. Por esta relação ser hierarquizada, de subordinação, utiliza-se a expressão eficácia vertical dos direitos fundamentais¹¹⁴.

Os direitos fundamentais foram arquitetados para impor limites ao lastro autoritário do Estado, já que, por ser soberano em poder e força pode aniquilar a qualquer instante seu súdito, o povo. Os direitos e as garantias fundamentais são direcionados ao homem em detrimento do Estado. Nesse plano, reside a teoria vertical dos direitos fundamentais, que consiste num mandamento para o Estado. Em razão disso, ele deverá observar a lei devendo a ela cingir-se em respeito ao direito do homem¹¹⁵.

A teoria vertical dos direitos fundamentais consiste, pois, em ordenar ao Estado que, na sua busca pelo fim social, cumpra a lei, respeite os estatutos, observe os direitos da pessoa humana.

Mas,

O mandamento de observância dos direitos fundamentais não ficou imposto apenas ao Estado, tal padrão deve se estender às relações privadas. Nesse caso, os particulares ao realizarem seus negócios devem submeter-se, bem

¹¹⁰ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 267.

¹¹¹ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Trad. Luís Afonso Heck. *Revista de Direito Administrativo*, n. 217, Rio de Janeiro: Renovar, jul./set. 1999. p. 59.

¹¹² CARVALHO, Salo de. *Op. cit.*, p. 798.

¹¹³ Este não constitui o posicionamento contemporâneo, mormente os clássicos ainda insistam em sustentar esta teoria vertical.

¹¹⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais e relações entre particulares. *Revista Direito GV*.v.1. n. 1. Maio de 2005. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2005. p. 91.

¹¹⁵ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Op. cit.*, p. 1240.

assim, às exigências das garantias dos direitos fundamentais. A esse fato dá-se o nome de teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. É horizontal porque os particulares estão *pari passu* um do outro, e em tese, com poderes idênticos¹¹⁶.

Nesse sentido:

O Estado e o Direito assumem novas funções promocionais e se consolida o entendimento de que os direitos fundamentais não devem limitar o seu raio de ação às relações políticas, entre governantes e governados, incidindo também em outros campos, como o mercado, as relações de trabalho e a família¹¹⁷.

Nesse contexto e diante da possibilidade de os direitos fundamentais produzirem efeitos também nas relações particulares, a maioria dos doutrinadores brasileiros admitem a aplicação destes direitos de forma horizontal, ou seja, indivíduo-indivíduo¹¹⁸. Daí, se denominar essa aplicabilidade de eficácia horizontal¹¹⁹ ou privada dos direitos fundamentais¹²⁰.

De acordo com o grau de influência dos direitos fundamentais, podem ser destacados três modelos: o primeiro, chamado de teoria da ineficácia horizontal, que nega quaisquer efeitos sobre as relações privadas e tem com finalidade tentar afastar a impossibilidade de aplicação dos direitos fundamentais aos particulares e definir, ainda que de forma casuística e assistemática, em que situações uma conduta privada está vinculada a esses direitos, tratando-se da equiparação dos atos privados aos atos estatais¹²¹.

O segundo modelo, chamado de teoria da eficácia horizontal direta traz que a incidência dos direitos fundamentais deve ser estendida às relações entre particulares, independentemente de qualquer intermediação legislativa, ainda que

¹¹⁶ Ibidem, p. 1241.

¹¹⁷ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 323.

¹¹⁸ Ibidem, p. 323.

¹¹⁹ Cabe expor que o caso que deu origem a teoria da eficácia horizontal foi o "Caso Lüth", julgado pelo tribunal Constitucional Alemão, em 15 de janeiro de 1958. Crítico de cinema, Erich Lüth, concitava os alemães a boicotarem o filme, de nome "JudSuss", cujo teor era contra os judeus, o qual era dirigido por Veit Harlam (diretor da época dos nazistas). Dessa forma, Harlam juntamente com a distribuidora do filme ingressaram ação contra Lüth, alegando que tal boicote ia contra os preceitos do CPC Alemão o qual acampava a proteção da ordem pública. No transcorrer Lüth foi condenado nas instâncias ordinárias, sendo que recorreu a Corte Constitucional, onde seu recurso foi julgado procedente. O Tribunal Alemão entendeu que a liberdade de expressão de Lüth deveria prevalecer sobre as regras do CPC Alemão (DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 264).

¹²⁰ SILVA, Vírgilio Afonso da. Op. cit., p. 91-92.

¹²¹ SILVA, Vírgilio Afonso da. Op. cit., p. 99.

não se negue a existência de certas especificidades nesta aplicação, bem como a necessidade de ponderação dos direitos fundamentais com a autonomia da vontade. Os efeitos inerentes aos direitos fundamentais dispensam recursos interpretativos para sua aplicação nas relações privadas, apesar de esta não ocorrer da mesma forma e com a mesma intensidade que se dá em relação aos poderes públicos, pois enquanto estes são responsáveis por gerir o bem da coletividade, aqueles desfrutam de proteção constitucional à autonomia da vontade, fundamento da dignidade da pessoa humana¹²².

Finalmente, o terceiro modelo, chamado de teoria da eficácia horizontal indireta aponta que os valores constitucionais, incorporados nas normas consagradoras de direitos fundamentais, aplicam-se ao direito privado por meio das cláusulas gerais oferecidas pela legislação civil que devem ser interpretadas conforme seus ditames. Esta concepção tem como ponto de partida o reconhecimento de um direito geral de liberdade, que incluiria a possibilidade de os participantes de uma relação privada afastarem as disposições de direitos fundamentais, sem a qual a liberdade contratual restaria comprometida. Assim, os direitos fundamentais poderiam ser relativizados nas relações contratuais a favor da autonomia privada e da responsabilidade individual. Para este modelo, os direitos fundamentais não podem ser invocados a partir da Constituição por não ingressarem no cenário privado como direitos subjetivos. A incidência direta dos direitos fundamentais aniquilaria a autonomia da vontade, causando uma desfiguração do direito privado¹²³.

Na atual Constituição Federal, ao ser atribuída aos direitos fundamentais a condição de cláusula pétrea (art. 60, §4º), pretendeu-se explicitar o especial significado objetivo dos direitos fundamentais, como elementos da ordem jurídica objetiva. Assim, os direitos fundamentais são essenciais não só ao Estado Democrático – liberdade de opinião, de reunião, etc. – como também para o Estado de Direito – vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais¹²⁴.

Nesse sentido, ao estabelecer que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (art. 5º, § 1º), a Constituição Federal

¹²²NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 2ed. rev. atual. eampl. São Paulo: Método, 2008. p. 234-235.

¹²³Ibidem, p. 233.

¹²⁴SAVAZZONI, Simone de Alcântara. *Eficácia dos direitos fundamentais*. 08 de abril de 2009, p. 03. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso: em 18 de outubro de 2012.

de 1988 consagrou o princípio da máxima efetividade impondo que, na interpretação dos direitos fundamentais se atribua o sentido capaz de conferir a maior efetividade possível para que tais direitos realmente cumpram sua função social. Em outras palavras, este princípio impõe a preferência por opções que favoreçam a efetiva atuação dos direitos fundamentais, corroborando a adoção do modelo que sustenta a aplicabilidade direta às relações particulares não havendo, portanto, necessidade de utilização de artifícios jurídicos para lhes garantir efetividade¹²⁵.

Logo, ao prever que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, evita-se um esvaziamento dos direitos fundamentais, impedindo que permaneçam inertes no texto da Constituição. No entanto, cabe esclarecer que alguns direitos fundamentais são oponíveis exclusivamente ao Estado e que a produção direta de efeitos nem sempre ocorrerá¹²⁶.

Aqui, vale ressaltar que são verdadeiros direitos fundamentais, constitucionalmente garantidos a todo e qualquer cidadão, concernentes à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (artigo 5º), oponíveis a qualquer pessoa, inclusive ao Estado¹²⁷.

Convém recordar que o Estado de Direito é a consagração jurídica de um projeto político. Nele se estratifica o objetivo de garantir o cidadão contra intemperanças do Poder Público, mediante prévia subordinação do poder e de seus exercentes a um quadro normativo geral e abstrato cuja função precípua é conformar efetivamente a conduta estatal a certos parâmetros antecipadamente estabelecidos como forma de defesa dos indivíduos¹²⁸.

A atividade estatal, portanto, deve se desenvolver em atenção aos parâmetros delineados pelo ordenamento jurídico e, desta forma, deve respeitar os direitos fundamentais das pessoas assegurados no texto constitucional¹²⁹.

A Constituição Federal de 1988 prevê que o Estado, por qualquer de seus Poderes, deve reconhecer e garantir os direitos fundamentais, considerando-os invioláveis, fazendo com que sejam por todos respeitados, incluindo as pessoas jurídicas (de direito público e privado) e os particulares. Assegura ainda, em caso de

¹²⁵NOVELINO, Marcelo.Op. cit., p. 235.

¹²⁶MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Controle judicial dos atos administrativos. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 65, p. 27 (s. d.).

¹²⁷Ibidem, p. 27.

¹²⁸Ibidem, p. 27.

¹²⁹Ibidem, p. 27.

violação ou ameaça de direito, medidas jurídicas a fim de restabelecer o ato infrator, como a ação direta de inconstitucionalidade e o mandado de injunção¹³⁰.

A aplicação de medidas jurídicas será direta apenas se do enunciado sua natureza o permitirem e quando o direito fundamental for aplicável a esta espécie de relação.

No direito pátrio não há qualquer justificativa plausível para se negar a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Este modelo não é coadunável com a triste realidade brasileira na qual as desigualdades sociais estão entre as piores do mundo, impondo a necessidade de uma preocupação ainda maior com a proteção dos direitos fundamentais, sobretudo em relação aos hipossuficientes. As doutrinas jurídicas não podem ser simplesmente reproduzidas ou elaboradas isoladamente da realidade social, política, econômica e cultural na qual se inserem¹³¹.

Diante disso, os direitos fundamentais não possuem a finalidade de solucionar diretamente conflitos de direito privado, mas devem ser aplicados através de meios colocados à disposição pelo próprio ordenamento jurídico e isto se dá porque, na qualidade de princípios constitucionais, e por força do princípio da unidade do ordenamento jurídico, ou ainda, pelo princípio da máxima efetividade, eles devem ser aplicados relativamente a toda a ordem jurídica, inclusive privada¹³².

Logo, na esfera jurídico-privada brasileira, os direitos fundamentais possuem uma eficácia irradiante (termo já citado anteriormente), o que quer dizer que promovem a humanização da ordem jurídica exigindo que todas as normas sejam, no momento da aplicação, reexaminadas pelo operador de direito com novas lentes, priorizando a dignidade humana, a igualdade substantiva e a justiça social, presentes no texto constitucional e condizentes com a evolução da sociedade¹³³.

Assim sendo, tem lugar a discussão mais aprofundada a respeito dos direitos fundamentais da pessoa contidos na Constituição e relevantes aos presentes estudo, tais como a privacidade e a intimidade, além dos tipos de sanções penais enquanto raízes de onde brotam a intervenção do Estado na vida privada, com foco na família.

¹³⁰ Ibidem, p. 27.

¹³¹ NOVELINO, Marcelo. Op. cit., p. 234.

¹³² SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 278-279.

¹³³ Ibidem, p. 279.

3. O DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA

Os direitos à intimidade e à vida privada, foco do presente estudo diante da possibilidade da intervenção estatal nos mesmos no contexto familiar, estão expressos no art. 5º, X da Constituição Federal de 1988, ao lado dos demais direitos constantes do mesmo inciso.

O conceito de intimidade e de privacidade que é utilizado hoje é recente. De início, as duas noções se confundiam, o que se pode dizer é que existia a diferenciação entre a esfera pública e a privada¹³⁴.

Assim, ainda que pareçam ter o mesmo significado, a intimidade e a vida privada não são direitos e/ou conceitos sinônimos, mas sim autônomos, conforme se pode constatar quando da leitura do inciso X, do art. 5º, que expressamente faz menção aos quatro institutos (intimidade, vida privada, honra e imagem) distintamente¹³⁵.

Nesse sentido, é perceptível a dificuldade em se definir precisamente tais institutos, uma vez que a sociedade apresenta-se em constante transformação e, por conseguinte, os valores modificam-se no tempo e no espaço. Desse modo o conteúdo de tais direitos sofrem oscilações constantemente, sendo que foi somente com o advento da Constituição Federal de 1988 que, conforme já mencionado, passou a existir expressa referência à intimidade e à vida privada e esta proteção constitucional deve ser observada face ao Estado e igualmente aos demais particulares, o que significa que tanto o Estado como os particulares devem observância ao mencionado dispositivo¹³⁶.

No entanto, antes de adentrar especificamente no conceito e aplicação dos direitos à intimidade e à privacidade, vale primeiramente ressaltar o aspecto da dignidade humana como princípio fundamental do direito constitucional brasileiro, inserido no art. 1º, III da Constituição Federal de 1988, que traz que a dignidade da pessoa humana é uma qualidade essencial a cada ser humano e que, na qualidade

¹³⁴FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1996. p. 68.

¹³⁵ Ibidem, p. 68.

¹³⁶ Ibidem, p. 68.

de princípio fundamental, possui como principal característica o fato de ser elemento e medida dos direitos fundamentais.

Tais colocações permitem a observação de que a violação a um dos direitos fundamentais, como por exemplo, à privacidade estará sempre vinculada a uma ofensa à dignidade da pessoa humana. O princípio da dignidade da pessoa, portanto, impõe limites ao poder estatal, visando impedir que o poder público venha a violar a dignidade pessoal, ao mesmo tempo em que igualmente implica em que este mesmo Estado venha a promover a proteção e promoção de uma vida com dignidade para todos.

Nesse contexto e conforme já apontado, a atual Constituição Federal foi a primeira na história do constitucionalismo brasileiro a prever um título próprio destinado aos princípios fundamentais, o que deixa bem clara e inequívoca a sua intenção de outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas embasadoras e informativas de toda ordem constitucional, inclusive das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais que, por sua vez, igualmente integram, juntamente com os princípios fundamentais, o que se denomina de núcleo essencial da Constituição¹³⁷.

Aqui, cabe lembrar que, ao longo do séc. XX, ressalvada uma ou outra exceção, foi somente a partir da Segunda Guerra Mundial que a dignidade da pessoa humana passou a ser reconhecida expressamente nas Constituições, após ter sido consagrada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948¹³⁸.

No Brasil, a dignidade da pessoa humana, como mencionado anteriormente, encontra-se no rol dos princípios fundamentais, mais especificamente no art. 1º, III da Constituição Federal de 1988, figurando como um dos fundamentos da república e, como tal, constitui norma jurídica positiva dotada, de *status* constitucional formal e material e, também como tal, inequivocamente carregado de eficácia, alcançando a condição de valor jurídico fundamental da sociedade.

Os direitos fundamentais são uma primeira e importante concretização do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, quer se trate dos direitos e

¹³⁷SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 71.

¹³⁸MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito constitucional*. Curso de direitos fundamentais. 3 ed. São Paulo: Método, 2008. p. 42-43.

deveres individuais e coletivos (art. 5º), dos direitos sociais (arts. 6º a 11), ou dos direitos políticos (arts. 14 a 17)¹³⁹.

O princípio fundamental da dignidade, ainda, pode ser entendido como cláusula “aberta”, no sentido de respaldar direitos não expressos na Constituição Federal, mas que estejam nela implícitos, de acordo com o disposto no art. 5º, § 2º da Constituição Federal que estabelece:

Art. 5:

[...]

§2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou de tratados internacionais em que a República Federal do Brasil seja parte¹⁴⁰.

Assim, na qualidade de princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana constitui valor-guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda ordem jurídica (constitucional e infraconstitucional), razão pela qual, para muitos, se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa¹⁴¹.

A colocação acima permite afirmar que, considerando a sua importância e relevância, o princípio da dignidade da pessoa humana pode ser entendido como o pilar ou o ponto de inspiração para o surgimento de novos princípios fundamentais.

Especificamente, pode-se definir a dignidade da pessoa humana como a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano, que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da sociedade como um todo, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos¹⁴².

Isso significa que, onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência

¹³⁹FARIAS, Edilson Pereira de. Op. cit., p. 79.

¹⁴⁰ BRASIL. *Constituição [da] República Federativa do Brasil*. 13 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 20.

¹⁴¹SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p.72.

¹⁴² Ibidem, p. 72-73.

digna não forem asseguradas, onde não se respeita a intimidade e a vida privada, onde não houver limitação do poder e, indo mais além, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta, por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças. Assim, tem-se que os princípios fundamentais devem ser reconhecidos e obedecidos, para ser possível garantir a dignidade humana.

A dignidade da pessoa humana poderia ser considerada atingida sempre que a pessoa concreta fosse rebaixada a objeto, a mero instrumento, tratada como uma coisa, em outras palavras, sempre que a pessoa venha a ser descaracterizada e desconsiderada como sujeito de direito¹⁴³.

Logo, “a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”¹⁴⁴.

Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativoconstitucional e não uma qualquer ideia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-as nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir ‘teoria do núcleo da personalidade’ individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana¹⁴⁵.

Daí decorre que o Estado Democrático de Direito brasileiro há de ter por fim assegurar a todos a existência digna (art. 170), a ordem social visará a realização da justiça social (art. 193), a educação, o desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania (art.205) etc., não como meros enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana¹⁴⁶.

Ademais, a dignidade da pessoa humana, em sua condição de valor e princípio fundamental atrai todos os direitos fundamentais, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões.

¹⁴³KANT, 1998 apudSARLET, Ingo Wolfgang.*Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*.3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p.73.

¹⁴⁴SILVA, José Afonso da.Op. cit.,p. 49.

¹⁴⁵CANOTILHO, 1999 apud SARLET, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*.3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p.74.

¹⁴⁶SILVA, José Afonso da.Op. cit., p. 51.

Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são essenciais, em verdade estar-se-á lhe negando a própria dignidade.

Por fim, é imprescindível a menção de que o princípio da dignidade da pessoa humana impõe limites à atuação estatal, objetivando impedir que o poder público venha a violar a dignidade pessoal, mas também implica que o Estado deverá ter como meta permanente, proteção, promoção e realização concreta de uma vida com dignidade para todos, podendo sustentar a necessidade de uma política da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais. Logo, os órgãos, funções e atividades estatais encontram-se vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana, impondo-lhes um dever de respeito e proteção, que se exprime tanto na obrigação por parte do Estado de abster-se de ingerências na esfera individual que sejam contrárias à dignidade pessoal, quanto no dever de protegê-la contra agressões oriundas de terceiros, seja qual for a procedência¹⁴⁷.

Nesse contexto, o princípio da dignidade da pessoa humana impõe ao Estado e à coletividade o dever de respeito e a não violação da esfera individual, como a intimidade e a privacidade, posto que aquela não se efetiva sem esse, e que são focos do presente estudo diante da possibilidade da intervenção estatal nos mesmos no contexto familiar, conforme anteriormente apontado. Assim, segue-se uma abordagem mais detalhada e em separado de cada direito (leia-se intimidade e vida privada).

3.1. Da intimidade

Historicamente, o direito à intimidade, assim como à vida privada não despertava, antes dos anos de 1950, o interesse e a simpatia de um número considerável de juristas, a ponto de se firmar como um direito autônomo.

Justamente por isso, o estágio de sua elaboração é bastante diverso quando se trata de um país para outro, mesmo nos Estados Unidos, país que primeiramente voltou sua atenção para os excessos da imprensa norte-americana, acostumada a constantemente romper a tranquilidade do universo familiar e privado dos

¹⁴⁷SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p.97.

cidadãos¹⁴⁸. Assim sendo, “a partir do ensaio de Warren-Brandeis¹⁴⁹, a matéria passou a ser tratada com o *status* de teoria, propiciando as bases técnico-jurídicas da noção de *privacy* e configurando-a como um *real right to be let alone*”¹⁵⁰.

Foram delimitados, assim, através de critérios científicos os contornos da chamada privacidade (*privacy*), configurando-se na relação entre o particular e sua vida privada e, em consequência, com a faculdade de tornar públicas ou não certas manifestações de sua esfera íntima de vida¹⁵¹.

A partir do amadurecimento e posteriores trabalhos dos estudiosos norte-americanos realizados sobre a matéria, tem-se que:

A violação a intimidade se constrói através de quatro situações básicas: a) intromissão na solidão de vida de uma pessoa ou nos seus assuntos privados; b) divulgação de fatos embaraçosos que afetam o cidadão; c) publicidade que poderia prestigiar o indivíduo ante a opinião pública; d) apropriação (com vantagens para a outra parte) do nome ou do aspecto físico do cidadão¹⁵².

Ainda, assim, o reconhecimento da intimidade e da privacidade se deu pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada em 10 de dezembro de 1948, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, que serviu de combustível necessário para que as preocupações de estudiosos do Direito se voltassem mais detidamente para a elaboração de uma doutrina da intimidade e da vida privada que, expressa em um direito autônomo, fornecesse a tutela necessária ao homem, presentes os riscos do acelerado avanço técnico¹⁵³.

É importante se colocar que a consolidação da tutela à intimidade não veio a macular o exercício do direito à informação e ou outros direitos, na verdade, no caso paradigma, aquela garantia deve ser relativizada quando se manifesta o interesse público acerca do fato a ser divulgado. Não se evoca a censura, ao contrário, o que a doutrina quis assentar foi uma defesa contra a irresponsabilidade do exercício ao

¹⁴⁸ AIETA, Vânia Siciliano. *A garantia da intimidade como direito fundamental*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999. p. 83.

¹⁴⁹ O famoso ensaio Warren-Brandeis é o trabalho do senador Samuel Warren e do jurista Brandeis acerca da invasão da imprensa norte-americana na privacidade dos cidadãos.

¹⁵⁰ AIETA, Vânia Siciliano. Op. cit., p. 83.

¹⁵¹ Ibidem, p. 83.

¹⁵² LIMBERGER, Têmis. *O direito à intimidade na era da informática: a necessidade de proteção dos dados pessoais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 57.

¹⁵³ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 57.

direito de informação, quando era flagrante o seu abuso, adentrando na seara de fatos que envolvem aspectos comezinhos da vida de um indivíduo¹⁵⁴.

No Brasil, nada foi tratado especificamente sobre a intimidade quando da Constituição Política do Império do Brasil, em 1824 e nas Constituições de 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967, o mesmo se deu. Foi exatamente na Constituição de 1988 que surgiu, expressamente, a proteção ao direito à intimidade, mais precisamente no art. 5º, X da Constituição Federal:

Art. 5º:

[...]

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação¹⁵⁵.

Conforme rapidamente mencionado anteriormente, o direito à intimidade é quase sempre considerado como sinônimo do direito à privacidade, terminologia esta derivada do direito anglo-americano. A atual Constituição Federal distinguiu a mesma situação com dois nomes distintos, quando se sabe que a intimidade do cidadão é sua vida privada, no recesso do lar. A tutela constitucional, assim, visa proteger as pessoas de dois atentados particulares, ou seja, ao segredo da vida privada (direito à intimidade) e à liberdade da vida privada (direito à vida privada)¹⁵⁶.

Nesses termos, o direito à intimidade oferece uma maior proteção aos cidadãos comuns do que aos homens públicos ou pessoas célebres, porquanto estes voluntariamente se expõem ao público, tendo que abdicar em parte de sua intimidade como preço da fama ou prestígio almejados e/ou alcançados. Todavia, as pessoas públicas sofrem uma limitação e não uma supressão de sua intimidade. Esta subsiste naquelas hipóteses em que sua divulgação adentra na esfera íntima da intimidade¹⁵⁷.

A intimidade é o âmbito do exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo ao alcance da sua vida privada que, por mais isolada que seja, é sempre um viver entre os outros (na família, no trabalho, no lazer comum). Não há um conceito absoluto de intimidade, embora se possa dizer que o seu atributo básico é o estar só,

¹⁵⁴LIMBERGER, Têmis. Op. cit., p. 58.

¹⁵⁵BRASIL. *Constituição [da] República Federativa do Brasil*. 13 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p.15.

¹⁵⁶FARIAS, Edilson Pereira de. Op. cit., p. 93.

¹⁵⁷FERRAZ, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, vol. 88, 1993. p. 449.

não exclui o segredo e a autonomia. Nestes termos, é possível identificá-la: o diário íntimo, o segredo sob juramento, as próprias convicções, as situações indevassáveis de pudor pessoal, o segredo íntimo cuja mínima publicidade constrange¹⁵⁸.

A intimidade é o *status* ou situação daquilo que é íntimo, isolado, só havendo, portanto, o direito ou liberdade pública de estar só, de não ser importunado, devassado, visto por olhos de estranhos¹⁵⁹.

Assim, pode-se entender o direito à intimidade como a esfera de proteção ao que há de mais íntimo na pessoa, ou seja, os desejos, pensamentos, ideias e emoções. Aquilo que pertence a um “território” exclusivo, em que a não publicidade é essencial para o desenvolvimento pleno de tais faculdades.

Além da tutela constitucional, a intimidade pode ser resguardada no âmbito do Direito Penal e do Direito Civil pátrio.

No que se refere ao âmbito do Direito Penal, embora não haja uma proteção expressa da intimidade, há a possibilidade de se vislumbrar no código penal, mesmo que de forma indireta, o amparo da intimidade em alguns delitos: 1) violação de domicílio; 2) violação de correspondência; 3) sonegação ou destruição de correspondência; 4) violação de comunicação telegráfica, radioelétrica ou telefônica e 5) violação de correspondência comercial. Acrescentem-se ainda os crimes de violação dos segredos¹⁶⁰.

No âmbito do Direito Civil, a garantia da intimidade encontra resguardo no novo Código Civil de 2002, em seu Capítulo II, que trata dos Direitos da Personalidade, art. 11 ao 21, que estabelece algumas regras garantidoras do direito à personalidade. Somente o art. 21 faz expressa menção à inviolabilidade do direito à vida privada remetendo, por sua vez, ao artigo 5º, X da Constituição Federal. Assim, constata-se que o direito à privacidade (vida privada), faz parte da categoria dos direitos da personalidade. Com a proteção da intimidade, pretende-se assegurar uma parcela da personalidade que se reserva da indiscrição alheia para satisfazer exigências de isolamento moral do sujeito¹⁶¹.

Quanto aos direitos da personalidade mencionados acima, estes tomam a feição de serem direitos ligados diretamente à projeção da pessoa ante a sociedade

¹⁵⁸ Ibidem, p. 449.

¹⁵⁹ CRETELLAJUNIOR, José. Comentários à Constituição Brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989. p. 185.

¹⁶⁰ PEREIRA, Marcelo Cardoso. *Direito à intimidade na internet*. Curitiba: Juruá Editora, 2003. p. 83.

¹⁶¹ Ibidem, p. 83-84.

a qual está ligada. Estes direitos, na verdade são inatos, porque nascem com o próprio indivíduo. Daí a noção de que os direitos da personalidade possuem atributos inerentes à condição da pessoa humana, como por exemplo: a vida, a intimidade, a honra, a intelectualidade, a liberdade e, claro, a vida privada¹⁶².

3.2. Da vida privada

Assim como a intimidade, o direito à vida privada consagra-se entre os direitos e liberdades fundamentais a serem assegurados ao indivíduo pelo sistema jurídico.

Nesse mesmo sentido, historicamente, o direito à privacidade surgiu como resultado das revoluções liberais, em especial a americana e a francesa. Já em 1948, tal direito foi finalmente reconhecido através, em primeiro lugar, da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada pela XI Conferência Internacional em Bogotá, que mencionava em seu art.5º que “toda pessoa tem direito à proteção da lei contra os ataques abusivos a sua honra, a sua reputação e a sua vida privada e familiar”¹⁶³.

Logo em seguida, ainda no mesmo ano, foi aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro, a Declaração Universal de Direitos Humanos, que enunciava em seu art. 12 que:

Ninguém será objeto de ingerências arbitrárias em sua vida privada, sua família, seu domicílio ou sua correspondência, nem de ataques a sua honra ou a sua reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou ataques¹⁶⁴.

Percebe-se aqui que o ano de 1948 tornou-se o marco inicial da proteção internacional do direito à privacidade, marcando ainda uma série de grandes acontecimentos que se seguiram, tais como a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 1950, que declarava:

¹⁶²GUERRA, Sidney César Silva. *A liberdade de imprensa e o direito à imagem*. Biblioteca das teses. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 11.

¹⁶³SAMPAIO, José Adércio Leite. Op. cit., p. 78.

¹⁶⁴GUERRA, Sidney César Silva. *Hermenêutica, ponderação e colisão de direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. p. 96.

Art. 8º: Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. Não pode haver ingerência de autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e construir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros¹⁶⁵.

No artigo citado acima já é possível perceber uma limitação ao poder do Estado, que não poderá interferir na vida privada das pessoas, a menos que esta ingerência seja autorizada por lei e que esteja pautada em casos de extrema necessidade, como nos casos de segurança pública, nacional, defesa da ordem etc.

Mais tarde, em 1966, em 16 de dezembro, surge o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, com destaque para os artigos 14 e 17. Quanto ao art. 14:

Art. 14 - Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. A imprensa e o público poderão ser excluídos de parte ou de totalidade de um julgamento, quer por motivo de moral pública, de ordem pública ou de segurança nacional em uma sociedade democrática, quer quando o interesse da vida privada das Partes o exigir, em circunstâncias específicas, nas quais a publicidade venha a prejudicar os interesses da justiça; entretanto, qualquer sentença proferida em matéria penal ou civil deverá tornar-se pública, a menos que o interesse de menores exija o procedimento oposto ou o processo diga respeito a controvérsias matrimoniais ou à tutela de menores¹⁶⁶.

O presente artigo estabelece que, quando for necessário para se garantir a privacidade das partes, não se permitirá a participação da imprensa e do público em julgamentos que demonstrarem haver uma invasão da vida das pessoas. Demonstra-se com isso, que o fato de a sentença vir a tornar-se pública posteriormente, protege-se de início o direito das partes em resguardarem suas particularidades, sem a exposição de suas vidas particulares.

Ainda no que diz respeito à proteção da vida privada estabelece o artigo 17 que:

Art. 17 – Ninguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou legais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua

¹⁶⁵ GUERRA, Sidney César Silva. *Hermenêutica, ponderação e colisão de direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. p. 97-98.

¹⁶⁶ Ibidem, p. 99.

correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra e reputação. Toda pessoa terá direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ofensas¹⁶⁷.

Posteriormente, em 31 de janeiro de 1968, surge a Recomendação nº 509 da 19ª Sessão Ordinária da Assembleia Consultiva do Conselho da Europa que igualmente a Conferência Internacional de Direitos Humanos, celebrada no mesmo ano, em Teerã, tiveram como preocupação assegurar a vida privada das pessoas em relação ao emprego de dispositivos eletrônicos modernos e aos perigos da interceptação e captação de escuta telefônica clandestina¹⁶⁸.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinada em São José da Costa Rica, em 1969, traz, em seu artigo 11, a proteção à vida privada:

Art. 11 – Proteção da honra e da dignidade.

§1º - Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.

§2º - Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação¹⁶⁹.

Diante de todos os dispositivos mencionados acima e de tantos outros percebe-se que o direito à privacidade foi ganhando maior amplitude com o passar dos anos e com as mudanças sofridas e impostas pela sociedade.

No Brasil, como não poderia deixar de ser, embora houvesse previsões sobre a proteção aos direitos fundamentais em Constituições anteriores, que incidiam indiretamente na privacidade, tais como a inviolabilidade de domicílio, sigilo das correspondências e das comunicações, foi somente a partir da Constituição Federal de 1988 que passou a existir expressa referência à vida privada e à intimidade. A proteção constitucional é deferida não apenas em face do Estado, mas igualmente dos demais particulares, segundo aponta o artigo 5º, inciso X da Constituição Federal de 1988: “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”¹⁷⁰.

Aqui, vale ressaltar que tal previsão é importante no que se refere às constantes exposições da vida alheia, em especial, por parte da imprensa que,

¹⁶⁷ Ibidem, p. 101.

¹⁶⁸ Ibidem, p. 101.

¹⁶⁹ Ibidem, p. 102.

¹⁷⁰ BRASIL. *Constituição [da] República Federativa do Brasil*. 13 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p.15.

deixando de observar preceitos éticos e/ou legais, expõe de forma indiscriminada e até mesmo cruel a vida das pessoas provocando danos irreparáveis às próprias ou até mesmo às respectivas famílias¹⁷¹.

Diante do que foi visto até agora, o direito à privacidade tem consistido em objeto de estudo de inúmeros juristas ao longo dos anos. Privacidade, então, significa algo “fora do Estado, pertencente à pessoa ou ao indivíduo mesmo”. Além de ser uma faculdade inerente a todo e qualquer indivíduo de manter fora do alcance de terceiros o conhecimento sobre fatos inerentes a sua própria pessoa ou atividades particulares¹⁷².

A privacidade, concebida em seu sentido *lato*, ainda pode ser entendida como:

O conjunto de informação acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito. Embarca todas as manifestações das esferas íntimas, privadas e da personalidade, que o texto constitucional consagrou. A esfera de inviolabilidade, assim, é ampla, abrange o modo de vida doméstico, nas relações familiares e afetivas em geral, fatos, hábitos, local, nome, imagem, pensamentos, segredos, e, bem assim, as origens e planos futuros do indivíduo¹⁷³.

Diante de tais considerações, verifica-se que a privacidade, segundo a Constituição Federal de 1988, representa o conjunto de modo de ser e viver, como direito de o indivíduo viver sua própria vida. Além disso, a privacidade consiste na faculdade que cada indivíduo tem de obstar à intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade de cada um, e também que sejam divulgadas informações sobre esta área de manifestação existencial do ser humano¹⁷⁴.

Atualmente, o direito à privacidade e à vida privada ganha ainda mais destaque diante das novas tecnologias e possibilidades de interação social.

A evolução tecnológica torna possível uma devassa na vida íntima das pessoas. [...] Nada obstante, na época atual, as teleobjetivas, assim como os aparelhos eletrônicos de ausculta, tornam muito facilmente devassável a vida íntima das pessoas. [...] Sem embargo, disso, sentiu-se a necessidade

¹⁷¹GUERRA, Sidney César Silva. *A liberdade de imprensa e o direito à imagem*. Biblioteca das teses. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.p.67.

¹⁷²RODRIGUES, Alexandre. *A privacidade na “ICP-Brasil”*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=8233>. Acesso em: 22out. 2012.

¹⁷³SILVA, José Afonso da.Op. cit., p. 63.

¹⁷⁴ Ibidem, p. 64.

de proteger especificamente a imagem das pessoas, a sua vida privada, a sua intimidade¹⁷⁵.

Nesse mesmo contexto do direito à intimidade e à vida privada nos dias de hoje:

A importância de tais direitos vai crescendo na medida em que a autonomia da vida privada é ameaçada pelas novas modalidades de invasão científica e tecnológica. A intimidade e a privacidade ganham *status* de grande importância em razão da valorização e comercialização de dados pessoais, ação implacável da cultura de massas, algumas ações de cunho totalitário por parte dos Estados, uso nocivo dos meios tecnológicos entre outros¹⁷⁶.

Observa-se, assim, haver evidente colisão de direitos fundamentais, gerando em diversas situações, por exemplo, o conflito entre a vida privada e o direito de expressão e informação¹⁷⁷.

Acerca da colisão de direitos tem-se que:

Considera-se existir uma colisão autêntica de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular [...] A colisão de direitos em sentido impróprio tem lugar quando o exercício de um direito fundamental colide com outros bens constitucionalmente protegidos¹⁷⁸.

No contexto familiar, foco do presente estudo, uma vez que será apresentado, mais adiante, um estudo sobre a Lei da Palmada, tem-se que a liberdade da vida familiar ou das relações familiares, segundo a Convenção Europeia, significa:

A autonomia dos membros de uma comunidade familiar de viver uma vida normal sobre o mesmo teto, impondo uma obrigação positiva ao Estado de respeitar e promover essa autonomia, englobando aí os dos direitos às relações entre seus membros. A comunidade familiar engloba um núcleo

¹⁷⁵GUERRA, Sidney César Silva. *A liberdade de imprensa e o direito à imagem*. Biblioteca das teses. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.p. 48.

¹⁷⁶AZUMA, Eduardo Akira. *A intimidade e a vida privada frente às novas tecnologias da informação*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6168>>. Acesso em: 22 out. 2012.

¹⁷⁷“Nos discursos jurídicos de aplicação há de tomar-se uma decisão acerca de qual das normas pressupostas como válidas é a que se ajusta a uma situação descrita da forma mais completa possível em todos seus traços relevantes (tradução livre).” (HABERMAS, Jürgen. *Facticidade y validez*. In: BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 282).

¹⁷⁸CANOTILHO. José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 440.

formado pelos cônjuges, pelos pais casados ou não, assim como avós, filhos e netos¹⁷⁹.

No dispositivo constitucional brasileiro tem-se também que a família representa a sociedade conjugal formada pelo homem e pela mulher¹⁸⁰, enlaçados matrimonialmente ou não, desde que estável o relacionamento; bem como a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (arts. 226, § 1º ao § 6º da Constituição Federal de 1988).

Diante disso:

A liberdade da vida familiar envolve uma série de faculdades e situações de diversos atores, às vezes conflitantes, porém assentadas numa autonomia de sua constituição ou formação, através, em geral, mas não sempre, do estabelecimento de um vínculo conjugal, a partir do qual se edifica o lar, ensejando relações as mais complexas entre os cônjuges; a seguir ampliada com o nascimento da prole¹⁸¹.

A liberdade da vida familiar, então, pode ser considerada como o poder de organizar e desenvolver a vida em uma comunidade formada por seus pares, assim como por estes e por seus descendentes e, neste contexto, o direito à intimidade e à vida privada apresentam-se como os direitos de que gozam as pessoas de defender e preservar um âmbito íntimo de suas vidas, tanto no que se refere à esfera mais exclusiva (intimidade), como no que se refere ao âmbito de fatos e acontecimentos compartilhados com pessoas íntimas (vida privada), dando possibilidade ao indivíduo para que desenvolva, com liberdade e plenitude, sua personalidade livre da invasão ou ingerência de terceiros como, por exemplo, o próprio Estado.

¹⁷⁹GUERRA, Sidney César Silva. *Hermenêutica, ponderação e colisão de direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. p. 103.

¹⁸⁰Hoje o conceito de família sofreu ampliações, não sendo somente a união de homem e mulher, a constituição desse instituto. Embora não esteja inscrito no texto constitucional é também reconhecido como família a união de pessoas do mesmo sexo, quando ligadas por laços afetivos com intuito duradouro.

¹⁸¹SAMPAIO, José Adércio Leite. Op. cit., p. 283.

4. AS DIMENSÕES DA INTERVENÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO NA VIDA PRIVADA: A FAMÍLIA

Conforme vem sendo mencionado, desde os princípios mais remotos que fundamentam o Estado Democrático de Direito brasileiro, passando pelo texto da atual Constituição Federal e chegando aos dias de hoje, toda e qualquer transformação ou adaptação da relação entre Estado e sociedade está fundamentado nas mudanças inevitáveis pelas quais passa a sociedade. E no contexto familiar, isto não é diferente.

Nesse sentido, é fato que a família vem passando por várias transformações ao longo dos séculos, tanto em sua constituição quanto em suas funções e finalidades sem nunca deixar de perder sua importância enquanto instituição de grande relevância para o desenvolvimento de qualquer Estado Democrático de Direito¹⁸².

Assim, atualmente, ressalta-se que a sociedade brasileira passa por imensas mudanças, principalmente no que diz respeito aos valores familiares. Neste contexto, no exato instante em que a família, por qual motivo seja, começa a perder sua finalidade e função há a intervenção do Estado, chamando para si a responsabilidade sobre o poder familiar, não só com o objetivo de preservar este ente, mas, acima de tudo, proteger o menor e incapaz presente naquele núcleo, de quaisquer formas de negligência e ou abandono¹⁸³.

Decorre daí, então, a noção da família como um bem de patrimônio público e ao mesmo tempo privado, levantando a questão sobre de que maneira pode o Estado passar a intervir nesta relação, no núcleo familiar, uma vez que a família representa o cerne de toda a vida em sociedade, pois é nela que o indivíduo desenvolve-se, aprende e tem seus primeiros contatos interpessoais, o que faz com que a família seja, sem dúvida alguma, um bem de interesse comum¹⁸⁴.

¹⁸² CHINELATTO, Silmara Juny de Abreu et al. *Direito de família no novo milênio*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 43.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 43.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 43.

Diante disso, faz-se necessário conceituar e apontar o papel e o poder da família na sociedade para, então, trazer a discussão acerca da intervenção estatal no poder familiar, uma vez que a Lei da Palmada será o tema do estudo a seguir.

4.1. Família: conceito e evolução histórica, jurídica e social

O termo família tem sua origem no latim "*famulus*" que, por sua vez, significa o "conjunto de servos e dependentes de um chefe ou senhor". Entre estes dependentes encontram-se a esposa e os filhos, fazendo com que o conceito de família seja composto pelo patriarca e seus fâmulos, ou seja, esposa, filhos, servos livres e escravos¹⁸⁵.

Na Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, se concluiu ser a família núcleo natural e fundamental da sociedade e, portanto, alvo de proteção¹⁸⁶. E, na posição de primeira e mais importante instituição organizada do mundo, uma vez que é base de todas as outras, a família deve ser considerada como principal unidade básica de desenvolvimento do ser humano.

Indo mais além, a família representa o ideal de unidade social composta de pessoas que permanecem unidas por laços de afinidade e de sangue. Podendo-se nesta, discernir várias instituições familiares, tais como namoro, noivado, o casamento, ou seja, a vida conjugal com todos os seus papéis¹⁸⁷.

Diante de tais colocações iniciais, já é possível perceber que o termo família permanece um tanto instável e até mesmo vago, visto que as instituições familiares, ainda que sejam universalmente reconhecidas, assumem formas diferentes em cada sociedade e época em que estão inseridas.

Dessa maneira, a família, enquanto fruto de uma realidade sociológica, vem apresentando na sua evolução histórica, seja no concernente à família patriarcal romana ou mesmo na família nuclear da sociedade industrial contemporânea, uma

¹⁸⁵ Ibidem, p. 43.

¹⁸⁶ Pacto de San José da Costa Rica:

Art. 17 - Proteção da família

I - A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado.

II - É reconhecido o direito do homem e da mulher de contraírem casamento e de constituírem uma família, se tiverem a idade e as condições para isso exigidas pelas leis internas, na medida em que não afetem estas o princípio da não discriminação estabelecido nesta Convenção.

¹⁸⁷ CHINELATTO, Silmara Juny de Abreu et al. Op. cit., p. 43-44.

ligação íntima com as transformações verificadas nos estudos dos fenômenos sociais¹⁸⁸.

O conceito de família ampliou, deixando de estar atrelado aos efeitos do casamento, considerado então a fonte geradora de suas normas básicas. O Estado, por sua vez, deixa de se interessar apenas pelo ato formal do casamento, preocupando-se, sobretudo, em resguardar o grupo familiar. A família não mais se baseia na concepção canônica de procriação e educação da prole, nem tampouco na concepção meramente legalista, mas na mútua assistência e satisfação sexual, o que permitiu fossem vislumbradas e aceitas novas possibilidades de entidade familiar, uma vez que o afeto passa a ser pressuposto de constituição dessas relações¹⁸⁹.

Assim, no sentido de união e preservação da espécie, "não importa a posição que o indivíduo ocupa na família ou qual a espécie de grupamento familiar a que ele pertence, o que importa é pertencer ao seu âmago"¹⁹⁰. Desta maneira, é o indivíduo estar inserido em um grupo, capaz de integrar sentimentos, esperanças, valores que o faz sentir-se a caminho da concretização do seu ideal de felicidade.

No Brasil, a Revolução Francesa influenciou o Código Civil Brasileiro de 1916, que tinha um modelo patriarcal, hierarquizado, e transpessoal no que tange à família, constituída de forma matrimonializada. Ademais, esta possuía uma visão patrimonialista, pois tal ente era compreendido como unidade de produção, onde as famílias se constituíam com vistas à formação e geração de patrimônios. É neste ponto que se verifica o motivo pelo qual o vínculo matrimonial era indissolúvel, visto que ocasionaria uma desagregação da família e, conseqüentemente, da própria sociedade. Todavia, por meio da evolução e dos avanços técnico-científicos, e do desenvolvimento da sociedade, onde novos valores passaram a vigorar¹⁹¹.

O Código Civil de 1916 regulava essa família patriarcal sustentada pela suposta hegemonia de poder do pai, na hierarquização das funções, na desigualdade de direitos entre marido e mulher, na discriminação dos filhos, na desconsideração das entidades familiares e no predomínio dos interesses patrimoniais em detrimento do aspecto afetivo e dentre todos os organismos sociais

¹⁸⁸ Ibidem, p. 43.

¹⁸⁹ Ibidem, p. 43.

¹⁹⁰ MELO, Luis Gonzaga de. *Antropologia cultural: iniciação, teoria e temas*. Petrópolis: Vozes, 1987. p. 71.

¹⁹¹ PEREIRA, Sérgio Gischkow. *Estudos de direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 82.

e jurídicos, é no que se refere à família que se encontram as maiores alterações ao longo dos tempos, seja no concernente ao seu conceito, compreensão, ou mesmo sua extensão¹⁹², como há pouco já se viu explanado.

As primeiras civilizações, tais como a assíria, hindu, egípcia, grega e romana, conceituaram a família como uma entidade ampla e hierarquizada, sendo esta, atualmente, considerada fundamentalmente como somente a relação exclusiva de pais e filhos menores, onde estes possuem uma convivência no mesmo lar. Com as mudanças da vida em sociedade, os vínculos afetivos, para merecerem uma aceitação social e reconhecimento jurídico, passaram a ser amparados pelo chamado matrimônio, gerando um princípio de intervenção do Estado, instituindo-se com isto, uma série de direitos e deveres entre os componentes desta relação que passou a ser jurídica¹⁹³.

Assim, de um núcleo familiar que dispunha de perfil hierarquizado e patriarcal, a família moderna mudou. Hoje, a mulher permanece inserida no mercado de trabalho, deixando de ser exclusividade do homem a fonte de subsistência familiar, que passou a ser nuclear, ou seja, exclusiva do casal e de sua prole, que desfrutam de uma convivência em espaços cada vez menores, ocasionando a aproximação destes entes, prestigiando com isto o vínculo afetivo. Além disso, na concepção atual, existe uma nova família, detentora de laços afetivos de carinho e de amor, fazendo com que a valorização do afeto passe a não restringir-se tão somente no ato de celebração do matrimônio, mas sim, que esta perdure por toda a relação. Do contrário, a base deste ente social cairá em ruína¹⁹⁴.

Tais mudanças resultaram em um rompimento com a concepção tradicional da família. Atualmente no Brasil, tem-se, no campo legal, um modelo familiar descentralizado, democrático, igualitário no exercício do poder familiar e desmatrimonializado. Ademais, o atual modelo familiar conta com o afeto como mola propulsora da relação familiar e constituinte deste núcleo e, ainda, embasado na ética, na solidariedade recíproca entre seus membros e fundamentado na dignidade de seus integrantes¹⁹⁵.

¹⁹²GOMES, Orlando. *Direito de família*. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 49.

¹⁹³VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2009.p. 98.

¹⁹⁴GOMES, Orlando. Op. cit.,p. 53.

¹⁹⁵DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 61.

Tem lugar aqui a noção de poder familiar que consta, no ordenamento jurídico, como direitos e responsabilidades envolvidas na relação entre pais e filhos, resultado de uma necessidade natural. No entanto, esta concepção sofreu, e permanece sofrendo modificações¹⁹⁶.

Como mencionado acima, fatores como a industrialização, o avanço das telecomunicações e a globalização foram fundamentais para realçar no pátrio poder os deveres dos pais para com a sua prole e, da mesma forma, fortalecer a situação da mulher na sociedade e no núcleo familiar.

Uma das modificações mais importantes diz respeito à igualdade entre pai e mãe no exercício do poder familiar, conforme princípio constitucional previsto no artigo 5º da Constituição Federal de 1988 e, posteriormente, adotado no Código Civil elaborado em 2002. Diante desta mudança surge novo conceito de pátrio poder, adquirindo nova nomenclatura, passando a ser conhecido como poder familiar, com novo conceito e características¹⁹⁷.

O poder familiar, na atualidade, é então definido como “o conjunto de obrigações, a cargo dos pais, o tocante à pessoa e bens dos filhos menores. Por natureza, é indelegável.”¹⁹⁸.

Em suma, o poder familiar é o poder que os pais têm perante seus filhos, devendo zelar e proteger estes até que alcancem a maioridade e adquiram a devida responsabilidade civil. Com isto, nota-se que a família e seu poder sofreram uma mudança significativa no transcorrer dos anos e ainda está em fase de transição.

Diante disso e principalmente referente à preocupação de buscar-se a proteção da pessoa humana e, com isto, a elevação do ser humano ao centro do enredo jurídico, verifica-se a necessidade de não mais pensar na família sem antes analisar questões relativas à dignidade, à inclusão e à cidadania.

Logo, uma vez que o direito é a forma mais eficaz de organização da sociedade, cabe ao Estado atentar para as questões concernentes à organização da vida em sociedade com o intuito de proteger os indivíduos onde, para isso, deve intervir para coibir excessos e impedir que haja conflito de interesses, a interferência

¹⁹⁶GOMES, Orlando. Op. cit.,p. 389.

¹⁹⁷CHINELATTO, Silmara Juny de Abreu et al.Op. cit., p. 43.

¹⁹⁸MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*.v. 2. 37 ed. Atualizado por Regina Beatriz Tavares da Silva. Rio de Janeiro: Saraiva, 2004. p. 348.

estatal nos elos da afetividade, uma vez que, a família, conforme já mencionado, é o primeiro agente de socialização do ser humano¹⁹⁹.

Nesse sentido, a família, por abranger a todos os cidadãos, mostra-se como um recorte da própria vida privada, colocando-se à mercê de grandes expectativas e sujeita a inúmeras críticas e intervenções. Justamente por isso, deve-se buscar constantemente a atualização normativa, com observância de que a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado²⁰⁰.

Indo mais além, uma vez que a família possui uma estrutura de caráter público como relação privada, pois entende o indivíduo tanto como integrante do vínculo familiar, como também partícipe de um contexto social, a autoridade exercida pelos pais possui caráter impositivo por meio legal, devendo esta ser exercida com interesse ao menor. Aqui, o Estado fixa limites aos titulares do poder familiar para o exercício desta autoridade, passando este a ser um interesse jurídico dos filhos²⁰¹.

Assim, diante desta nova visão, pode-se observar que tal autoridade ou poder não são absolutos, passando o Estado a intervir de maneira subsidiária nesta relação familiar. Tal intervenção, como não poderia deixar de ser, torna-se de difícil análise, tendo em vista a dificuldade em encontrar-se um ponto de equilíbrio no que diz respeito à supremacia do Estado nos domínios da família e à onipotência daqueles que são detentores do poder de direção da família.

4.2. Dimensões da intervenção e sanção estatal no poder de família

O Estado brasileiro possui legitimidade para adentrar no interior da família desde que seja com a perspectiva de defender, sumariamente, as crianças e adolescentes que ali habitam, ocorrendo, nesta oportunidade, fiscalização quanto ao

¹⁹⁹DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 66.

²⁰⁰CHINELATTO, Silmara Juny de Abreu et al. Op. cit., p. 43.

²⁰¹VENOSA, Silvio de Salvo. Op. cit., p. 318.

adimplemento do encargo que a filiação estabelece e que, de acordo com o apurado no devido processo legal, poderá suspender ou até excluir o poder familiar²⁰².

Inicialmente a intervenção estatal nas relações paterno-filiais é mais perceptível e gera, até mesmo, maior clamor, porque a conceituação de família sofreu alteração e alargamento. A família deixou a função de ser unidade de direção, passando a tornar-se pluralidade de existências e, assim, abriu precedente à ingerência na intimidade doméstica, necessária ao processo de politização da família, especialmente em relação ao governo da mesma²⁰³.

Aqui é importante ressaltar que não deve haver confusão entre o dever da família para com os seus filhos menores e o dever do Estado no controle dessa relação. O Código Civil, em seu artigo 1.513, retrata que é proibido a qualquer pessoa de direito público ou privado interferir na comunhão da vida instituída pela família, cabendo aos pais o controle sobre a família e os filhos devendo agir de forma digna e moral, ao Estado incumbe-se formular e executar a política de atendimento aos direitos da criança e do adolescente, em parceria com a sociedade, controlando a esfera negativa da atuação dos pais, tendo responsabilidade para agir quando os genitores não cumprem o disposto em lei²⁰⁴.

Na atual Constituição Federal, as questões relacionadas à organização familiar e a total atenção a este ente estão dispostas no capítulo sobre a família (arts. 226 a 230), onde vale ressaltar os arts. 226 e 227, que tratam de forma específica do princípio da proteção integral a família e ao menor.

Art. 226: A família, base da sociedade, tem total proteção do Estado.

Art. 227: É dever da família, da sociedade e do estado, assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão²⁰⁵.

Desse modo, é de suma importância que as normas e regras do direito das famílias estejam dispostas constitucionalmente e, aqui, é importantíssimo destacar

²⁰²DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 392.

²⁰³COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.p. 90.

²⁰⁴Ibidem, p. 92.

²⁰⁵BRASIL. *Constituição [da] República Federativa do Brasil*.13 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.p. 144.

que sem os princípios vitais e fundamentais do direito das famílias não seria possível a manutenção do núcleo natural e fundamental da sociedade.

Assim, o dever dos pais em prestar suas obrigações e os direitos dos filhos em receber assistência de seus genitores é respaldado pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e de Adolescente (ECA), pois ambos dispõem, em seu texto normativo, os deveres dos pais e os direitos dos filhos. Em consequência desse poder jurídico, as normas protetivas das crianças e dos adolescentes são mais respeitadas pelos pais, uma vez que violadas, o Estado tem autorização para intervir nas relações familiares em prol da criança e do adolescente²⁰⁶.

Além da atividade reparativa do Estado em resolver situações irregulares já formadas, a nova doutrina da proteção integral enseja atuação estatal mais preventiva, ou seja, garantir à criança e ao adolescente sua integridade física, mental, social e moral, para que assim possam usufruir dos seus direitos fundamentais²⁰⁷.

No contexto atual, de objeto de direito, o filho tornou-se sujeito de direito. Não se trata do exercício de uma autoridade, mas de encargo imposto por lei aos pais e ao Estado. O poder familiar que é exercido pelos genitores serve ao interesse dos filhos. Este encargo ou *munus*, diz respeito à intervenção na vida e nos bens dos filhos, consistindo no dever dos pais para com sua prole, até que estes alcancem a maioridade civil, ou sejam emancipados²⁰⁸.

Nesse sentido, tem-se como modalidades de intervenção do Estado no poder de família:

1) Alimentos: referente ao dever dos pais na prestação de alimentos de forma isonômica, conforme disposto no artigo 5º, inciso I da Constituição Federal de 1988, que estabelece a igualdade tanto do pai, como da mãe em prestar os devidos alimentos para a subsistência de seus filhos, observado o binômio necessidade do alimentando e capacidade dos alimentantes, com respaldo no artigo 1.694, § 1º do Código Civil²⁰⁹.

²⁰⁶LEAL, Luciana de Oliveira. *Liberdade da criança e do adolescente (art. 16, I, da Lei n. 8.069, de 13 de junho de 1990): aspectos constitucionais*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 71.

²⁰⁷Ibidem, p. 72.

²⁰⁸RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 609.

²⁰⁹OLIVEIRA, Denise Veloso. *Alimentos para os filhos*. Disponível em: <<http://www.silviamota.com.br/alunos/alunosgraddir-trabalhos/art-denisevelosotdeoliveira.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2012.

Quanto aos alimentos, não é possível deixar de mencionar que, em função dos diversos problemas familiares, bem como de crises econômicas, os pais acabam desconsiderando seus deveres perante a sua prole. Porém, apesar de todos esses empecilhos sofridos pela instituição familiar, é imperativo que os detentores do poder familiar conheçam plenamente seus direitos e obrigações em relação aos seus filhos e cumpram devidamente com o escopo de preservar o salutar desenvolvimento desses indivíduos. Assim, mesmo com a dificuldade econômica dos alimentantes, a obrigação alimentar é incondicional e indiscutível²¹⁰.

A precariedade da condição econômica do genitor não tem o condão de exonerá-lo dessa obrigação, que subsiste sempre enquanto perdurar o pátrio poder, mesmo que já estando o filho, pela sua idade, apto para o trabalho em face de legislação específica²¹¹.

Nesse contexto, os dispositivos normativos como os artigos 1.630 do Código Civil, que traz que os filhos, enquanto menores de idade, estão sujeitos ao poder familiar dos pais; os artigos 1.566, inciso IV e 1.724 do Código Civil e os artigos 226, § 7 e § 8 e 227, da Constituição Federal, que impõem a obrigação do pai e da mãe em cumprir com os seus deveres, dentre eles o de sustento, orientam e fundamentam os direitos dos filhos e a obrigações dos pais, a fim de que não surja dúvida para o devido cumprimento dos mesmos²¹².

Além do dever dos pais em prestar alimentos, segue previsto nos artigos 1.695 e 1.696 do Código Civil a possibilidade dos ascendentes em prestar alimentos àqueles que não podem provê-los sozinhos²¹³.

Vale ressaltar também que essa obrigação de sustento cessa, em regra, com a maioridade do filho²¹⁴. Todavia, alcançar a maioridade não basta em alguns casos, pois comprovado que o filho maior não tem trabalho e cursa ensino superior,

²¹⁰SANTOS NETO, José Antônio de Paula. *Do pátrio poder*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 109.

²¹¹Ibidem, p. 110.

²¹²OLIVEIRA, Denise Veloso. Op. cit.

²¹³Art. 1.695. São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento.

Art. 1.696. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.

²¹⁴Atualmente as transformações sociais e culturais, somada a maior facilidade de acesso aos bancos universitários, tornaram a cessação da obrigação alimentar quando da aquisição da maioridade civil uma raridade, sendo a desvinculação material dos filhos cada dia mais tardia.

também tem o direito de pleitear alimentos a título de pensão alimentícia por parentesco e não mais por força do poder familiar²¹⁵.

Quanto às sanções impostas quando o dever dos pais em alimentar os filhos não for cumprido de forma correta, ou seja, se os genitores não fornecerem para a sua prole o básico e necessário para a subsistência, o Estado impõe esse dever como forma obrigatória, a de prestação de alimentos²¹⁶.

Nesse mesmo sentido,

A prestação de alimentos aos filhos tem a função de garantir aos alimentados os direitos fundamentais assegurados legalmente, tanto no artigo 1º, III, da CF/88, quanto na Lei no 10.406/02 – Código Civil, e Lei no 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Uma vez que a prestação de alimentos é direito dos filhos e obrigação dos pais, fica claro que ambos os cônjuges são litisconsortes nessa responsabilidade. Nos artigos 5º, I e 226, 5º, além do artigo 22, da Lei no 8.069/90 – ECA encontramos essa igualdade²¹⁷.

Ainda quanto ao descumprimento dos pais no que tange à devida prestação de alimentos a seus filhos, poderá nos casos em que menores tenham seus representantes ou assistidos legais, ingressar com a ação de alimento. Todavia, caso esses não o façam, o ECA prevê em seu artigo 201, inciso III, que o Ministério Público poderá propor a referida ação com o objetivo de garantir e assegurar esses direitos fundamentais pertencentes ao menor²¹⁸. Perceba-se que todas estas regras de proteção têm por finalidade fazer cumprir o princípio da dignidade humana, eis que por si o menor ou hipossuficiente não possui meios de auto subsistir.

Além disso, pode-se dizer que além da legitimidade ativa própria da criança ou do adolescente, é possível a intervenção do Ministério Público em prol dos direitos individuais, indisponíveis e irrenunciáveis dos menores, pois é função deste órgão proteger os interesses sociais e individuais indisponíveis²¹⁹.

²¹⁵DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. Volume V. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 460.

²¹⁶ Ibidem, p. 460-461.

²¹⁷ OLIVEIRA, Denise Veloso. Op. cit.

²¹⁸ MACIEL, Kátia Regina. *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009. p. 100.

²¹⁹ Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados: I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável; III - em razão de sua conduta.

Cabe ressaltar que a legitimidade acima citada refere-se aos menores de 18 anos que não disponham de responsável, ou seja, aqueles que estão em abrigos e cujos pais não exerçam o poder familiar de forma adequada²²⁰.

2) Assistência material e imaterial: o papel dos pais não se limita ao aspecto material da relação paterno-filial. A assistência emocional também é considerada uma obrigação legal dos pais em relação a sua prole. Já os atributos imateriais que os genitores precisam prestar para seus filhos abrangem carinho, apoio, amor, atenção, cuidado, participação em todos os momentos da vida do menor²²¹.

Nesse sentido, o artigo 229 do texto da Constituição Federal de 1988 traz expostos alguns deveres materiais e imateriais dos pais em relação a seus filhos. Contudo, ao interpretar a palavra “assistir”, vista de maneira extensiva, deve-se considerar também o sentido afetivo, ou seja, a participação dos pais na vida dos filhos, bem como estar presente, perto, comparecer, acompanhar²²².

Diante disso, no que se refere à distinção entre a assistência material e imaterial, tem-se que:

O dever de assistência ampla e geral previsto na Carta Magna abrange a assistência material, que pode ser caracterizada como o auxílio econômico imprescindível para a subsistência integral do filho menor, abarcando todas as suas necessidades básicas, como alimentação, vestuário, educação, assistência médico-odontológica, remédio, lazer e outras; e a assistência imaterial traduzida no apoio, carinho, aconchego, atenção, cuidado, participação em todos os momentos da vida, proteção e respeito pelos pais aos direitos da personalidade do filho, como à honra, imagem, liberdade, dignidade, patronímico de família, segredo, intimidade, integridade física psíquica e moral, convivência familiar e direito aos pais, entre outros²²³.

Assim, os pais que descumprirem o dever de prestar alimentos ou assistência material e imaterial poderão sofrer algumas sanções do Estado, pois nesses casos mencionados é possível o pedido de indenização civil por danos morais, cumulada ou não com a suspensão ou destituição do poder familiar dos genitores, uma vez que cabe ao Poder Público garantir os direitos fundamentais de crianças e adolescentes, possibilitando-lhes uma vida digna²²⁴.

²²⁰MACIEL, Kátia Regina. Op. cit., p. 102-103.

²²¹Ibidem, p. 103.

²²²Ibidem, p. 103-104.

²²³BOSCHI, Fábio Bauab. *Direito de visita*. São Paulo: Saraiva, 2005.p. 61-62.

²²⁴CHINELATTO, Silmara Juny de Abreu et al.Op. cit.,p. 43.

No entanto, cabe a ressalva de que o objetivo da sanção aplicada não é apenas castigar os genitores pela conduta indevida e negligente, mas também tem o escopo de conscientizá-los dessa conduta errônea e faltosa em relação à assistência básica a sua prole²²⁵.

Nesse sentido, o papel do Ministério Público é primordial, uma vez que sempre tem de estar atento para os casos de desassistência material ou imaterial, observando a verdadeira intenção dos genitores e o melhor interesse dos filhos. Ainda nessa mesma linha, o Poder Público ainda deve poder distinguir a real intenção dos pais entre aqueles que “podem, mas não exercem o pátrio poder” e os que “querem, mas não podem exercer o pátrio poder”²²⁶.

Por isso, o artigo 129 do ECA²²⁷ que relaciona as medidas pertinentes aos pais ou responsáveis, dentre elas o inciso I, prevê: “encaminhamento a programa oficial ou comunitário de proteção à família” para aqueles pais que não têm condições de proporcionar ao filho uma criação digna por carência material²²⁸.

Além das sanções apontadas acima, há também sanções como a suspensão e a modificação do poder familiar dizem respeito a restrições no exercício da função paterna que podem referir-se à sua totalidade, esvaziando, relativamente, qualquer dos pais, ou a ambos, todo o conteúdo de poderes e deveres que tenham com relação ao filho, como também parte dele, atingindo certas e determinadas faculdades, sempre em consideração às circunstâncias particulares da relação com o filho e aos motivos que levaram a assim proceder.

A concepção de suspensão, portanto:

²²⁵MACIEL, Kátia Regina. Op. cit., p. 104-105.

²²⁶SÊDA, Edson. *Construir o passado*. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 34-35.

²²⁷Art. 129. São medidas aplicáveis aos pais ou responsável:

I - encaminhamento a programa oficial ou comunitário de proteção à família;

II - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;

III - encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico;

IV - encaminhamento a cursos ou programas de orientação;

V - obrigação de matricular o filho ou pupilo e acompanhar sua frequência e aproveitamento escolar;

VI - obrigação de encaminhar a criança ou adolescente a tratamento especializado;

VII - advertência;

VIII - perda da guarda;

IX - destituição da tutela;

X - suspensão ou destituição do poder familiar.

Parágrafo único. Na aplicação das medidas previstas nos incisos IX e X deste artigo, observar-se-á o disposto nos arts. 23 e 24.

²²⁸As políticas públicas e o Ministério Público como agentes garantidores do direito à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 28, n. 101, p. 65, dez de 2008.

Consiste numa restrição imposta judicialmente àquele que exerce o poder familiar e que vier ou abusar de sua função e prejuízo do filho, ou a estar impedido temporariamente de exercê-la, pela qual se retira parcela de sua autoridade²²⁹.

A suspensão é decretada sempre que os pais descumprem injustificadamente, os deveres e obrigações, que a lei os incumbe. Das formas de perda do poder familiar é considerada menos grave, sendo a única que admite o fenômeno da reversão, sendo cancelada sempre que a convivência familiar atender ao interesse dos filhos²³⁰.

A suspensão ocorrerá, também, em casos de interdição ou ausência de um dos genitores. O Código Civil, em seu artigo 1.637²³¹ expõe os casos de suspensão que, por sua vez, deverá ser considerada no interesse da convivência familiar, devendo ser adotada pelo juiz somente quando outra medida não possa produzir o efeito desejado, no interesse da segurança do menor e de seus haveres, persistindo, porém, o interesse da sociedade em tentar reconduzir o pai faltoso ao cumprimento dos deveres.

Assim, na suspensão do poder familiar estão agregadas quatro hipóteses cabíveis: o descumprimento do dever inerentes aos pais, a ruína dos bens dos filhos, o risco à segurança do filho e a condenação cujo crime a pena exceda 2 anos. Nestes casos há notório abuso do poder familiar, enquanto no último, em que a pessoa que exercita o poder familiar é detida não há possibilidade do genitor cuidar e zelar pelo filho²³².

O artigo 24 do ECA prevê que a suspensão pode ocorrer de forma total (quando há apenas um dos genitores) ou parcial (quando há a presença de pai ou mãe na administração do poder familiar), sendo decretada mediante decisão judicial, em procedimento contraditório, assegurando às partes a ampla defesa. A autoridade judiciária competente será o juiz da Vara da Infância e da Juventude, ou o Juiz de Família, analisando a situação de risco. Os legítimos para ingressar com o

²²⁹COMEL, Denise Damo. Op. cit., p. 262.

²³⁰DIAS, Maria Berenice. Op. cit.,p. 393.

²³¹Art. 1637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha. Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

²³²DIAS, Maria Berenice. Op. cit.,p. 393-394.

procedimento são o Ministério Público, ajuizar de ofício ou provocado por algum interessado ou pelo Conselho Tutelar e qualquer parente ou quem tenha legítimo interesse. A medida será decretada mediante sentença judicial, com as devidas formalidades a ela inerentes²³³.

No que se refere ao conteúdo da norma, a mesma não se refere a qualquer abuso, mas ao abuso qualificado, que enseja a intervenção judicial. O abuso qualificado é o que implica a falta destes deveres inerentes às funções paternas ou em ruína aos bens dos filhos o que não deixa de ser também falta aos deveres paternos, à medida que é função dos pais administrar o bem dos filhos²³⁴.

No caso de haver interdição ou ausência de um, ou de ambos os pais, haverá a suspensão do poder familiar. Aqui, vale ressaltar que esta hipótese não está prevista de forma expressa no ordenamento jurídico, mas são citadas com frequência pela doutrina considerada especializada²³⁵.

Já na interdição, a suspensão ocorre quando o interditado não tem capacidade para reger sua pessoa e seus bens, conseqüentemente não poderá controlar a prole. A ausência, parte do pressuposto da impossibilidade de um pai ter o pleno exercício do poder familiar quando não estiver fisicamente disponível para a realização das obrigações que lhe são impostas mediante legislação vigente²³⁶.

Ademais, a ausência ocorre devido ao fato de que o desaparecimento do genitor impede o absoluto exercício do poder familiar, na medida em que para exercê-lo imprescindível é a presença física de um adulto. Em se tratado de doença mórbida, com perda da consciência, ainda que não judicialmente interditado, ocorre a suspensão do poder familiar, que é, por sua vez, interposta em virtude do caráter indefinido²³⁷.

Em suma, quaisquer tipos de sanção do poder familiar devem ser consideradas no interesse da convivência familiar, adotada pelo juiz apenas quando outra medida não produza efeito desejado, no interesse da segurança do menor e de seus haveres, mas persistindo, de qualquer forma, o interesse da segurança do menor e o interesse da sociedade em tentar reconduzir o ente faltoso ao cumprimento dos deveres.

²³³ DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 395.

²³⁴ COMEL, Denise Damo. Op. cit., p. 264.

²³⁵ DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 396.

²³⁶ Ibidem, p. 396-397.

²³⁷ COMEL, Denise Damo. Op. cit., p. 265.

Logo, a atuação do Poder Público tem que ser incisiva, uma vez que o artigo 227 da Constituição Federal preconiza a concorrência da responsabilidade entre os pais, a sociedade e o Estado²³⁸.

[...] a responsabilidade do Poder Público envolve a garantia dos direitos fundamentais desde o nascimento com vida, a saber: saúde, alimentação, moradia, educação, o que inclui investimentos em ações de proteção a crianças e adolescentes em situação de risco e que necessitem de atendimento especializado – [...]. Todos eles merecem o nosso olhar, a nossa proteção e uma atitude positiva das autoridades, quer federais, estaduais ou municipais²³⁹.

Diante de tais considerações acerca da família em seu contexto social e jurídico, bem como das dimensões da intervenção e sanção estatal no poder de família segue-se agora um estudo acerca da Lei da Palmada e de como esta retrata a intervenção do Estado na vida privada familiar.

²³⁸ O papel da família, da sociedade e do estado na proteção de crianças e adolescentes. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, v. 12, n. 286, p. 35-36, 15 dez. 2008.

²³⁹ *Ibidem*, p. 36.

5. ESTUDO: A LEI DA PALMADA

Na intimidade e privacidade da família e do ambiente familiar, as crianças e adolescentes, por diversas vezes, são tratados como objeto de poder ou como resultados do poder familiar, o que faz com que os pais e ou responsáveis julguem ter o direito de castigar seus filhos fisicamente.

Nesse cenário, tem-se que a violência física ainda é uma realidade dentro do seio familiar, mesmo diante das várias transformações que o poder familiar tem sofrido, principalmente no que se refere ao estabelecimento de direitos e deveres que venham assegurar a harmonia do meio familiar e tal relação entre direitos e deveres dos pais ou responsáveis refere-se ao conflito de educar e limitar atitudes dos filhos sem que para isso seja necessária a utilização do castigo físico.

Assim, diante da discussão acerca da possibilidade de os pais terem o direito de castigar os filhos menores com intuito de educá-los cabe, inicialmente, a colocação do termo castigo.

O castigo é uma punição, uma sanção a algo considerado como errado e que pode ser uma punição corporal, também chamado de castigo físico, ou de outras formas, como privação de algo, com o objetivo de auxiliar na educação²⁴⁰.

O castigo é uma prática coercitiva tão utilizada e enraizada na sociedade que suas origens remontam a própria Bíblia Sagrada, que dispõe de versículos que tratam do castigo como uma punição a ser aplicada como forma de disciplinar. “Não poupes ao menino a correção: se tu o castigares com a vara, ele não morrerá; castigando-o com a vara salvarás sua vida da morada dos mortos”²⁴¹.

Ainda nesse contexto, diversos ditados populares apontam o castigo como um método eficiente para educar uma criança tanto segundo o provérbio russo: “ama as crianças com o coração, mas educa-as com a tua mão” quanto segundo o provérbio grego: “quem não foi bem castigado com a vara, não foi bem educado”²⁴².

Conforme se pode notar, o castigo corporal como forma de educar vem sendo transmitido ao longo de muitas gerações, como modelos a serem seguidos

²⁴⁰ WEBER, L.N.D. et al. O uso de palmadas e surras como prática educativa. *Paraná*, p. 1- 11, 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/epsic/v9n2/a04v9n2.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2012.

²⁴¹ BÍBLIA SAGRADA. *Provérbios*, 23:13-14.

²⁴² WEBER, L.N.D. et al. Op. cit.

pelos pais na educação de seus filhos sendo, então, primordial estabelecer e esclarecer juridicamente as formas de aplicação deste castigo.

Diante disso, tem-se que os pais, com o intuito de educar os filhos menores, utilizam da sua função correcional, ou seja, o direito de castigar seus filhos, o chamado *jus corrigendi*.

O dever de educar os filhos gera, por consequência, um poder sobre eles, integrando, também, “a função educativa, pela própria natureza, o ofício de correção, ainda que não haja previsão legal expressa, pois é correlato ao dever de educar”²⁴³.

Aos pais se reconhece, pois, o arbítrio no que tange ao exercício do poder familiar, no plano da licitude e da responsabilidade, por óbvio, que alcança, inclusive, o de exigir respeito, obediência e colaboração, e o poder – dever de educar, inclusive utilizando das medidas corretivas necessárias²⁴⁴.

A partir do pressuposto de que os pais são os melhores contribuintes para o crescimento dos filhos, o dever de corrigir, por conseguinte, é necessário para a formação do caráter deste filho. Assim, o direito-dever de educar os filhos se relaciona com o direito-dever de castigar o filho menor, o que demonstra que a educação gera uma constante necessidade de limitar os filhos, impor limites é uma tarefa de difícil realização se os pais não possuem direitos sobre eles²⁴⁵.

Além disso, é extremamente difícil aos pais desempenharem uma função paterna sem utilizar de meios que impõem obediência e respeito às obrigações impostas. Desta forma, a responsabilidade do pai de educar e criar seu filho depende do direito de fazer exigências ao filho²⁴⁶.

O lado negativo dessa responsabilidade e até mesmo competência em fazer exigências aos filhos é que muitos pais utilizam do castigo físico, moral e psicológico para restringir as vontades dos filhos ou para puni-los quando descumprem alguma ordem, respondem, agridem seus irmãos e diante de tantas outras situações que são utilizadas para castigar o filho.

²⁴³ COMEL, Denise Damo. Op. cit., p. 105.

²⁴⁴ Ibidem, p. 93.

²⁴⁵ Ibidem, p. 93-94.

²⁴⁶ Ibidem, p. 126.

Sendo uma constante a necessidade de corrigir o filho, impondo-lhes os limites necessários à adequação do comportamento, ora censurando, ora repreendendo e, também, quando necessário, aplicando-lhe castigos²⁴⁷.

Dentro do contexto de função correcional, o castigo adquire maior destaque entre as formas de correção, sendo tido como a melhor forma do pai se impor diante do filho, assumindo um destaque na função correcional. No entanto, o castigo não pode ser exercido com intuito de castigar, somente pode ser aplicado como forma de educar o filho, dentro do âmbito da função de correção está sendo utilizado como função educativa²⁴⁸.

Ainda nesse mesmo contexto acerca da perda do *jus corrigendi*: “Se o jus corrigendi cair por terra, os pais estarão engessados para corrigir seus filhos”²⁴⁹.

A afirmativa acima mostra que o dever de educar os filhos resta prejudicado, uma vez que o dever de educar gera o direito de corrigir e, neste contexto, há várias formas de castigo utilizadas na garantia do direito de correção, tais como o chamado castigo moderado e castigo imoderado.

No que se refere ao castigo moderado, tem-se que este é conceituado como o castigo controlado, utilizado de forma restrita, prudente, comedido.

O castigo moderado implica a reprimenda comedida, prudente, razoável, sem exageros ou excessos, e sempre com caráter educativo. É o castigo que não põe perigo a saúde física ou mental do filho e que não o priva do necessário à subsistência, podendo consistir em advertências, privações de regalias e, até, de correção física, conforme alguns, embora ela seja bastante questionável, tanto no aspecto de violação da integridade física e psíquica do filho (porque o castigo físico também pode consistir em violação psíquica), assim também quanto à sua eficiência pedagógica²⁵⁰.

Evidente que, nesse sentido, há uma grande discussão na doutrina para estabelecer se o castigo moderado seria aceito como forma dos pais disciplinarem seus filhos menores, uma vez que não é expresso na lei, embora assuma uma importante função correcional,

A lei proíbe somente o castigo imoderado com a perda do poder familiar, dessa forma, autoriza, ainda que implicitamente, o castigo de forma

²⁴⁷ Ibidem, p. 106.

²⁴⁸ Ibidem, p. 108.

²⁴⁹ RODRIGUES, Fernando S. Promotor diz que lei da palmada poderá ser inconstitucional. p. 1-4. Disponível em: <<http://www.portalf2.com.br/index.php/sociedade/423-promotor-diz-que-lei-da-palmadapodera-ser-inconstitucional>>. Acesso em: 29. out. de 2012.

²⁵⁰ COMEL, Denise Damo. Op. cit., p. 107.

moderada, desde que seja praticado dentro dos limites permitidos para o exercício do poder dever²⁵¹.

Ademais, o *jus corrigendi* é consentido, uma vez que o castigo imoderado é vedado expressamente no Código Civil. Dessa forma o castigo físico moderado fica implicitamente autorizado²⁵².

Por outro lado, contrário ao entendimento apontado acima, tem-se que o castigo surge como um resquício do pátrio poder, não sendo possível aceitar o castigo mesmo que moderado.

O Código Civil, quando inclui a vedação do castigo imoderado, admite implicitamente o castigo moderado. (...). Sob o ponto de vista estritamente constitucional não há fundamento jurídico para o castigo físico ou psíquico, ainda que “moderado”, pois não deixa de consistir violência à integridade física do filho, que é direito fundamental inviolável da pessoa humana, também oponível aos pais. O art. 227 da Constituição determina que é dever da família colocar o filho (criança e adolescente) a salvo de toda violência. Todo castigo físico configura violência. (...). Na dimensão do tradicional pátrio poder era concebível o poder de castigar fisicamente o filho; na dimensão do poder familiar fundado nos princípios constitucionais, máxime o da dignidade da pessoa humana, não há como admiti-lo. O poder disciplinar, contido na autoridade parental, não inclui, portanto, a aplicação de castigos que violem a integridade do filho²⁵³.

Ainda na opinião de quem se opõe veementemente ao castigo, seja ele de que tipo for, há uma tolerância ao castigo moderado uma vez que só castigo imoderado é vedado. Entretanto, a tolerância gera violação de diversas normas que visam à proteção da criança e do adolescente, como por exemplo, o princípio da integridade física. A violência gerada pelo castigo entra em conflito com o dever dos pais de colocar as crianças e adolescente a salvo de todo e qualquer tipo de violência²⁵⁴.

O castigo, segundo os posicionamentos acima, viola a integridade física do filho, uma vez que todo tipo de castigo é considerado como forma de violência. Nesse sentido, o artigo 1.638, inciso I, do Código Civil é contrário ao que estabelece a Constituição Federal, uma vez que permite implicitamente o castigo moderado²⁵⁵.

²⁵¹ Ibidem, p. 106-107.

²⁵² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. v. 6. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 386.

²⁵³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*. De acordo com a Lei n.11.698/2008. Direito Civil. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 285.

²⁵⁴ DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.*, p. 388.

²⁵⁵ Ibidem, p. 388.

Já segundo os posicionamentos que admitem o castigo moderado, tem-se que:

A crítica do autor (Paulo Luiz Netto Lôbo) é fundada quando se refere ao castigo que viola a integridade física do filho. Com efeito, nesse caso, não há mesmo que permitir qualquer ação por parte dos pais, ainda que com a intenção manifestamente pedagógica do castigo físico. No entanto, defende-se aqui, antes, a função de correção, e não a ação de castigar, medidas que não se confundem. Assim, pois, não parece admitir uma função corretiva como inerente à função educativa seja incompatível com as normas constitucionais de proteção à infância e a juventude²⁵⁶.

Ainda nesse sentido, o direito de corrigir, o *jus corrigendi*, integra os direitos dos pais de corrigirem seus filhos menores com castigo. Dessa forma, os tapinhas não seriam uma violação contra a dignidade ou a integridade física das crianças e dos adolescentes²⁵⁷.

Como é possível observar, tanto para quem defende quanto para quem se opõe, a dificuldade está em se estabelecer se seria possível aos pais exercerem essa função de correção sem que para isso utilizassem do castigo. Não há ainda critérios configurados para o exercício da função de correção. Assim, o castigo moderado é aceito implicitamente no atual ordenamento jurídico, como forma de aplicação do *jus corrigendi*, direito dos pais de castigar seus filhos, com intuito de propiciar a eles uma sólida educação²⁵⁸.

Já no que se refere ao castigo imoderado tem-se que, ao contrário dos dias de hoje, nos quais as crianças gozam de direitos e proteção, que visam, sobretudo, o seu melhor interesse, antigamente e principalmente no direito romano, o filho sempre era subordinado ao pai, era tido como objeto e não como sujeito de direitos. Logo, cabia ao pai o poder de decidir sobre a vida dos filhos, que detinham um poder de propriedade sobre eles. “O pátria potestas dos romanos antigos era muito extenso, ao início, pois abrangia o poder de vida ou morte”²⁵⁹.

²⁵⁶ COMEL, Denise Damo. Op. cit., p. 106.

²⁵⁷ RODRIGUES, Fernando S. Op. cit., p. 1-4.

²⁵⁸ Ibidem, p. 1-4.

²⁵⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Op. cit., p. 273.

Nos séculos XII e XIII, o pátrio poder era imposto sem limitação e o pai detinha todo o poder sobre a vida dos filhos, sendo autoritário e possuindo o domínio sobre os filhos menores²⁶⁰.

Assim, o castigo imoderado era exercido sem restrição. O pai estabelecia a forma de castigar seu filho, que poderia ser de forma moderada ou imoderada.

O castigo imoderado é, portanto, “incontido, tomando, assim, não o caráter de um corretivo, que é da índole da punição, mas, de uma tortura [...] do excesso ou do desmedido da ação punitiva”²⁶¹.

Ao contrário do castigo moderado, o castigo imoderado dos pais em relação aos seus filhos não é mais permitido no atual ordenamento jurídico, conforme estabelece o artigo 1.638, I, do Código Civil: “Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I - castigar imoderadamente o filho.”

Assim, a proibição acerca do emprego do castigo imoderado é expressa no Código Civil que aponta, ainda, a punição que os pais sofrerão, no caso de castigarem imoderadamente seus filhos.

O castigo imoderado não é incluído no *jus corrigendi*, não podendo ser empregado como decorrência da função corretiva para auxílio da função educativa. Deste modo, para que seja considerado como castigo imoderado deve haver o *animus* de maltratar, sendo que a simples correção não o configura e este contexto é o que prevalece nas jurisprudências dos tribunais brasileiros.

À clareza, inexistente o *animus* de maltratar fisicamente o ofendido, mas tão-só a intenção de corrigi-lo. É evidente, castigos corporais episódicos dominados pelo *jus corrigendi*, exercidos com moderação e de forma adequada, conquanto causadores de parcas escoriações e hematoma, não ingressam na órbita de ingerência da atividade comportamental penalmente censurável gizada no art. 136 do Diploma Repressivo (TJRS. Câmara Especial Criminal. Apelação crime no. 70002813897. Relator Desembargador Marco Antônio Barbosa Leal, julgado em 28/08/2001).

O *animus* de maltratar, portanto, deve estar presente para configurar o castigo imoderado que, por sua vez, pode ser praticado por várias pessoas, como o pai, a mãe, a madrasta, o padrasto e outros responsáveis e, como já mencionado, o poder familiar somente pode ser destituído em último caso, se ocorrer abuso do

²⁶⁰ PEREIRA, Tânia da Silva. Famílias possíveis: novos paradigmas na convivência familiar. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Afeto, ética, família e o novo Código Civil. *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 39.

²⁶¹ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 20 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002. p. 160.

meio de coerção e disciplina, com utilização de excessivos meios de coerção, o poder familiar deverá ser destituído, para preservar os direitos da criança de ser tratada com zelo e dedicação²⁶².

Para que se configure o castigo imoderado é necessária a demonstração do elemento subjetivo, no caso a vontade de castigar, mesmo que com o intuito de educar²⁶³.

Desse modo, não são permitidos castigos que extrapolam os limites da função educacional e, aqui, cabe lembrar que ainda que o castigo corporal seja utilizado como forma de correção, pode haver um abuso no emprego de violência e castigo, o que gera, por conseguinte, a extrapolação do *jus corrigendi*, levando ao crime de maus-tratos²⁶⁴.

Nesse sentido, ainda que os sentimentos de irritação, impaciência, depressão e tantos outros males da sociedade moderna possam levar os pais à prática de agredir fisicamente seus filhos com palmadas, o castigo imoderado, diferentemente do castigo moderado, não é justificado como um auxílio no dever do pai de educar seus filhos. O castigo imoderado, então, surge como um excesso dos pais em relação aos filhos menores²⁶⁵.

Diante de tais colocações, tem-se que o excesso de poder do pai no exercício do direito de disciplinar seu filho não é autorizado pelo atual ordenamento jurídico, o que significa que o castigo imoderado não é admitido como um integrante do *jus corrigendi*. Deste modo, o castigo imoderado não é aceito ainda que ocorra com a finalidade de educar o filho menor.

E, essa imoderação, como já falado acima, pode ser causa de suspensão ou destituição do poder familiar, conforme a gravidade e enquadramento do caso à legislação específica.

E, atualmente, vários são os casos de incidência da situação mais gravosa que é a destituição do poder familiar por abuso do poder coercitivo, principalmente no que se refere aos casos de violência física contra crianças e adolescentes que, infelizmente, ocorrem em todas as classes sociais²⁶⁶, como a exemplo o aliciamento

²⁶²TJRS. Turma Recursal Criminal. *Recurso crime no. 71002982171*. Relatora Desembargadora Cristina Pereira Gonzales, julgado em 18/04/2001.

²⁶³TJRS. Turma Recursal Criminal. *Recurso crime no. 71002054161*. Relatora Desembargadora Cristina Pereira Gonzales, julgado em 11/05/2009.

²⁶⁴ *Ibidem*.

²⁶⁵LÓBO, Paulo Luiz Netto. *Op. cit.*, p. 277.

²⁶⁶PEREIRA, Tânia da Silva. *Op. cit.*, p. 39.

dos menores para prostituição infantil pelos próprios pais e/ou familiares, que se enquadraria em violência física, sexual e psicológica ²⁶⁷.

Assim, a criança e o adolescente, enquanto sujeitos de direitos através do Estatuto da Criança e Adolescente, implantando pela Lei Federal nº 8.069 de 1990 em consonância com a convenção dos Direitos da Criança e com o art. 227 e parágrafo 4º da Constituição Federal de 1988 merecem proteção total e seus direitos devem ser respeitados pela família e assegurados pela sociedade e pelo Estado.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e aos adolescentes, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão²⁶⁸.

Além do dever familiar, o Estado também deve a sua parcela de contribuição. No artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estado lhes confere todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-lhes por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade²⁶⁹.

Mas, o cerne da questão do castigo imoderado é que este implica em maus tratos, de maneira que a relação entre família e Estado repousa no fato de que a dignidade humana, para os pais que praticam este tipo de violência, nada mais é do que uma utopia e, para o Estado, que se diz protetor, esta é uma questão social.

De um lado temos o Código Penal, datado de 1940; de outro temos a Lei nº 8.069 de 1990, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), porém, nenhum deles é capaz de suprir com absoluta eficácia as complexidades inerentes a esta modalidade criminosa²⁷⁰.

²⁶⁷ Ibidem, p. 39.

²⁶⁸ BRASIL. *Constituição [da] República Federativa do Brasil*. 13 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 144.

²⁶⁹ BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Lei nº 8.069/199, disciplina sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Câmara dos Deputados. Centro de Documentação e Informação. Coordenação Edições Câmara. Brasília, 2011.p. 12.

²⁷⁰TOMÉ, Semiramys Fernandes. *Exploração sexual infantil*. São Paulo, Ano V, nº 61, p.84, mai.2011.

E, em sendo a posição do Estado para com a criança e o adolescente a de proteger é, por esta razão, que são criados projetos que se transformam em leis deixando a sociedade dividida diante de condições que parece ser exclusividade dos pais²⁷¹.

Logo, na relação entre família e Estado, no caso do exemplo do ato atentatório da exploração infantil, enquanto os pais devem se preocupar o máximo com os filhos não os deixando vulneráveis e, com isto, cumprir com o seu papel de família, o Estado, antes de tratar da questão enquanto problema social deve contribuir com a prevenção e combate (aqui no caso exemplificado a prostituição infantil) cumprindo, assim, seu papel. Um bom exemplo desta combinação de papéis é: 1) a promoção de ações de sensibilização e mobilização da defesa de tão importante causa; 2) conversar com crianças e adolescentes orientando-os sobre os riscos de violência no cotidiano e suas formas de prevenção; 3) adotar posturas proativas frente a qualquer situação de violência e 5) debater o assunto nas escolas, comunidades, família, serviços de saúde, entre outros setores da sociedade²⁷².

Assim, a criança e o adolescente, enquanto sujeitos de direitos através do ECA, implantado pela Lei Federal nº 8.069 de 1990 em consonância com a Convenção dos Direitos da Criança e com o artigo 227 da Constituição Federal de 1988 (mencionado mais acima) merecem proteção total e seus direitos devem ser respeitados pela família e assegurados pela sociedade e pelo Estado²⁷³.

O Estado brasileiro é responsável por assegurar os direitos das crianças e adolescentes ao garantir a preservação da sua integridade física, com autonomia para adentrar, nesse caso, no poder familiar para estabelecer limites ao direito de poder que os pais detêm sobre os filhos menores e, aqui, tem lugar a discussão acerca dos Projetos de Lei da Palmada, o PL nº2.654/2003 e nº7.672/2010.

O primeiro dos referidos projetos tem suas origens no ano de 2003, quando a deputada federal Maria do Rosário (PT/RS) apresentou o Projeto de Lei nº2.654 que dispõe sobre a alteração da Lei nº 8.069/90 (ECA) e da Lei nº10.406/02 (Código Civil), com o principal fundamento de estabelecer que a criança e o adolescente não sejam submetidos a qualquer forma de punição corporal, mediante a adoção de

²⁷¹ Ibidem, p. 15.

²⁷² Ibidem, p. 15 - 16.

²⁷³ BARBOSA, Águida Arruda et al. *Direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 29-30.

castigos moderados ou imoderados, sob a alegação de quaisquer propósitos, mesmo que sejam com o objetivo pedagógico²⁷⁴.

Já em julho de 2010, o presidente Luís Inácio Lula da Silva encaminhou ao Congresso Nacional um projeto de lei semelhante ao projeto da deputada acima citada também com o maior objetivo de proibir qualquer tipo de castigo físico ou tratamento cruel ou degradante contra crianças e adolescentes²⁷⁵.

O Projeto de Lei nº 7.672/2010 visa estabelecer o direito da criança e do adolescente de serem educados e cuidados sem a utilização de castigos corporais ou de tratamento cruel degradante.

Assim, quanto aos castigos corporais, tem-se que no ECA há somente o artigo 17, que dispõe:

Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais²⁷⁶.

Todavia, o Projeto de Lei nº 7.672/2010 propõe a alteração no ECA e, com a alteração proposta foram acrescentados mais três artigos ao Estatuto. O artigo 17, então, passou a ser dividido em 17-A, acrescido de um parágrafo único e dois incisos, 17-B e 70-A, que, por sua vez, foi acrescido de cinco incisos e, ainda, o acréscimo de um parágrafo único ao art. 130.

Dessa forma, assim ficará o artigo 17-A:

Art. 17-A. A criança e o adolescente têm o direito de serem educados e cuidados pelos pais, pelos integrantes da família ampliada, pelos responsáveis ou por qualquer pessoa encarregada de cuidar, tratar, educar ou vigiar, sem o uso de castigo corporal ou de tratamento cruel ou degradante, como formas de correção, disciplina, educação, ou qualquer outro pretexto.

Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, considera-se:

I - castigo corporal: ação de natureza disciplinar ou punitiva com o uso da força física que resulte em dor ou lesão à criança ou adolescente.

²⁷⁴ DIÁRIO DO VALE. *“Lei da palmada” preocupa sociedade*. Disponível em: <<http://www.diariodovale.com.br/noticias/2,24841.html>>. Acesso em: 29 out. 2012.

²⁷⁵ VEJA. Educação: *Lula envia ao Congresso projeto que proíbe palmada em criança*. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/educacao/lula-envia-ao-congresso-projeto-que-proibe-palmada-em-crianca>>. Acesso em: 29 out. 2012.

²⁷⁶ BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Lei nº 8.069/199. Disciplina sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Câmara dos Deputados. Centro de Documentação e Informação. Coordenação Edições Câmara. Brasília, 2011. p. 5-6.

II - tratamento cruel ou degradante: conduta que humilhe, ameace gravemente ou ridicularize a criança ou o adolescente²⁷⁷.

O artigo 17-A, por sua vez, determina a proibição de qualquer tipo de punição corporal e de qualquer tipo de tratamento cruel degradante, mesmo que sejam aplicados com o intuito de educar.

Ademais, define em seus incisos o conceito de castigo corporal e de tratamento cruel degradante, que foram incluídos no artigo de forma a evitar interpretações subjetivas acerca dos conceitos do que seria considerado como castigo moderado e imoderado²⁷⁸.

Já o artigo 17-B prevê sanção aos que praticarem qualquer tipo de punição corporal as crianças e adolescentes, ainda que seja com fins pedagógicos, educativos.

Art. 17-B. Os pais, integrantes da família ampliada, responsáveis ou qualquer outra pessoa encarregada de cuidar, tratar, educar ou vigiar crianças e adolescentes que utilizarem castigo corporal ou tratamento cruel ou degradante como formas de correção, disciplina, educação, ou a qualquer outro pretexto estarão sujeitos às medidas previstas no art. 129, incisos I, III, IV, VI e VII, desta Lei, sem prejuízo de outras sanções cabíveis²⁷⁹.

As medidas aplicadas são as previstas no art. 129, incisos I, III, IV e VI do ECA. Que assim dispõe:

Art. 129. São medidas aplicáveis aos pais ou responsável:
I - encaminhamento a programa oficial ou comunitário de proteção à família;
[...]
III - encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico;
IV - encaminhamento a cursos ou programas de orientação;
[...]

²⁷⁷ BRASIL. *Projeto de Lei n° 7672, 2010*. Dispõe sobre alteração da Lei n° 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, para estabelecer o direito da criança e do adolescente de serem educados e cuidados sem o uso de castigos corporais ou de tratamento cruel ou degradante. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=483933>> Acesso em: 29 out. 2012.

²⁷⁸ *Não Bata. Eduque*. Uma campanha a favor dos direitos das crianças e contra os castigos físicos e humilhantes. Brasil, 2008. Disponível em: <<http://www.naobataeduque.org.br/site/home/index.php>>. Acesso em: 30 out. 2012.

²⁷⁹ BRASIL. *Projeto de Lei n° 7672, 2010*. Dispõe sobre alteração da Lei n° 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, para estabelecer o direito da criança e do adolescente de serem educados e cuidados sem o uso de castigos corporais ou de tratamento cruel ou degradante. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=483933>> Acesso em: 29 out. 2012.

VI - obrigação de encaminhar a criança ou adolescente a tratamento especializado;
 VII – advertência;
 [...] ²⁸⁰.

Essas medidas de proteção estabelecem aos pais obrigações de prestarem assistência às crianças e aos adolescentes que tenham sofrido algum tipo de castigo corporal, de tratamento cruel ou degradante.

Já o referido Projeto de Lei nº 2.654/2003, inclui no artigo 18 do ECA a definição de castigos corporais, deixando clara a proibição sob qualquer forma e/ou justificativa. Aqui, cabe ressaltar que a justificativa utilizada para implementação do referido projeto em âmbito nacional foi a necessidade de adequar o direito da criança e do adolescente ao novo contexto da doutrina da proteção integral, como sujeitos de direito, em condição peculiar de desenvolvimento ²⁸¹.

Ainda nesse contexto de justificção do projeto de lei acima tratado, a autora enfatiza a necessidade da aprovaço da “Lei da Palmada”, porque as mudanças decorrentes da atual Constituio Federal e do ECA de garantir o direito ao respeito, à dignidade, à integridade física, psíquica e moral, bem como não permitir qualquer tratamento violento ou desumano, não foram iniciativas suficientes para romper com a cultura que admite o uso de violêcia como forma de educaço ou represso ²⁸².

Nesse sentido:

Sob o prisma jurídico, a remanescência desta cultura, por vezes, ainda é admitida e tolerada sob o argumento de que se trata do uso da violêcia “moderada”. Vale dizer, a ordem jurídica tece, de forma implícita, a tênue distinção entre a violêcia “moderada” e “imoderada”, dispondo censura explícita tão somente quando da ocorrência dessa última modalidade de violêcia. Destaca-se, neste sentido, o Código Civil de 1916 que, em seu artigo 395, determina que “perderá por ato judicial o pátrio poder o pai, ou a mãe que castigar imoderadamente o filho (...)”. Observe-se, como consequência, que o castigo “moderado” é, deste modo, aceitável, tolerável e admissível, não implicando qualquer sanção. No Código Penal de 1940, o crime de maus tratos, tipificado no artigo 136, na mesma direção, vem a punir o ato de expor a perigo à vida ou à saúde de pessoa sob autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educaço, ensino, tratamento ou custódia, quando do abuso dos meios de correção ou disciplina. Uma vez mais, há que se diferenciar a prática abusiva e não abusiva dos meios de correção ou disciplina, posto que apenas a primeira é punível. Estes dispositivos

²⁸⁰ BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Lei nº 8.069/199. Disciplina sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Câmara dos Deputados. Centro de Documentação e Informação. Coordenação Edições Câmara. Brasília, 2011, p. 117-118.

²⁸¹ BRASIL. *Projeto de lei nº 2654/2003*: da Deputada Maria do Rosário. Disponível em: <<http://www.fia.rj.gov.br/legislacao/leidapalmada.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2012.

²⁸² BRASIL. *Projeto de lei nº 2654/2003*: da Deputada Maria do Rosário. Disponível em: <<http://www.fia.rj.gov.br/legislacao/leidapalmada.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2012.

legais, na prática, têm sido utilizados para o fim de contribuir para a cultura que ainda aceita e tolera o uso da violência "moderada" contra criança e adolescente, sob a alegação de propósitos pedagógicos, na medida em que se pune apenas o uso imoderado da força física. Além disso, há dificuldade em se traçar limites entre um castigo moderado e um castigo imoderado, o que tem propiciado abusos²⁸³.

A justificação para aprovação ainda defende que a Constituição Federal e o ECA fazem apenas remissões genéricas referentes à vedação ao uso da violência, uma vez que ainda existe margem para a punição corporal às crianças e aos adolescentes, não sendo aceitável nem mesmo quando feita de forma moderada e realizada pelos pais com o objetivo de educar²⁸⁴.

Além disso, defende que a inclusão desses direitos específicos, ao serem inseridos no artigo 18 do ECA, alcançarão duas metas. A primeira, de assegurar nexos ao sistema de proteção integral da criança e do adolescente; a segunda, de ressaltar a relevância desses direitos específicos ao esclarecer a definição e proibição²⁸⁵.

Tem-se então que o principal objetivo de ambos os projetos de lei mencionados é o de cessar com o uso de violência contra crianças e adolescentes ao seguir previsto que, ainda que sob alegação de intuito educativo, deverá haver sanção aos responsáveis pela agressão, sejam eles pais, professores, curadores ou tutores, tudo sem o prejuízo de, no caso do uso da violência física, qualquer que seja seu objetivo, ficar sujeitos os agressores às medidas previstas no artigo 129, incisos I, III, IV e VI do ECA, conforme citado acima²⁸⁶.

Na sequência, agora no do Projeto de Lei nº 7.672/2010, a União, os Estados, o Distrito Federal e os municípios adquirem com o artigo 70-A, a função de proteção, impondo aos entes o dever de promover políticas de conscientização para toda a população acerca dos direitos fundamentais das crianças, com o intuito de evitar a utilização de castigo corporal e de tratamento cruel degradante. Para isso, elenca ações de como deve acontecer essas políticas públicas.

²⁸³BRASIL. *Projeto de lei nº 2654/2003*: da Deputada Maria do Rosário. Disponível em: <<http://www.fia.rj.gov.br/legislacao/leidapalmada.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2012.

²⁸⁴DIÁRIO DO VALE. "Lei da palmada" preocupa sociedade. Disponível em: <<http://www.diariodovale.com.br/noticias/2,24841.html>>. Acesso em: 29 out. 2012.

²⁸⁵BRASIL. *Projeto de lei nº 2654/2003*: da Deputada Maria do Rosário. Disponível em: <<http://www.fia.rj.gov.br/legislacao/leidapalmada.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2012.

²⁸⁶JORNAL OPÇÃO. Disponível em: <<http://www.jornalopcao.com.br/index.asp?secao=Reportagens&idjornal=168&idrep=1661>>. Acesso em: 29 out. 2012.

Art. 70-A. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios atuarão de forma articulada na elaboração de políticas públicas e execução de ações destinadas a coibir o uso de castigo corporal ou de tratamento cruel ou degradante, tendo como principais ações:

I - a promoção e a realização de campanhas educativas e a divulgação desta

Lei e dos instrumentos de proteção aos direitos humanos;

II - a inclusão nos currículos escolares, em todos os níveis de ensino, de conteúdos relativos aos direitos humanos e prevenção de todas as formas de violência contra a criança e o adolescente;

III - a integração com os órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Defensoria Pública, do Conselho Tutelar da Criança e do Adolescente nos Estados, Distrito Federal e nos Municípios, Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente, e entidades não governamentais;

IV - a formação continuada dos profissionais que atuem na promoção dos direitos de crianças e adolescentes; e

V - o apoio e incentivo às práticas de resolução pacífica de conflitos que envolvam violência contra criança e adolescente²⁸⁷.

Ainda, no projeto de lei acima citado, para o art. 130 do ECA, propõe-se a inclusão de um parágrafo. Logo, se antes o presente artigo dispunha sobre medidas cautelares a serem impostas a situações específicas de agressão a crianças e adolescentes, aqui o que se pretende é ampliar o rol. Diz a atual redação:

Art. 130. Verificada a hipótese de maus-tratos, opressão ou abuso sexual impostos pelos pais ou responsável, a autoridade judiciária poderá determinar, como medida cautelar, o afastamento do agressor da moradia comum.

Parágrafo único. Da medida cautelar constará, ainda, a fixação provisória dos alimentos de que necessitem a criança ou o adolescente dependente do agressor²⁸⁸.

Diz a redação do parágrafo único que se pretende acrescentar ao artigo 130 do ECA:

Parágrafo único. A medida cautelar prevista no caput poderá ser aplicada ainda no caso de descumprimento reiterado das medidas impostas nos termos do art. 17-B²⁸⁹.

²⁸⁷ BRASIL. *Projeto de Lei n° 7672, 2010*. Dispõe sobre alteração da Lei n° 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, para estabelecer o direito da criança e do adolescente de serem educados e cuidados sem o uso de castigos corporais ou de tratamento cruel ou degradante. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=483933>> Acesso em: 29 out. 2012.

²⁸⁸ BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Lei n° 8.069/199. Disciplina sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Câmara dos Deputados. Centro de Documentação e Informação. Coordenação Edições Câmara. Brasília, 2011, p. 54-55.

²⁸⁹ BRASIL. *Projeto de lei n° 2654/2003*: da Deputada Maria do Rosário. Disponível em: <<http://www.fia.rj.gov.br/legislacao/leidapalmada.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2012.

Pretende com a normatização da Lei da Palmada, impor ao Estado não só a função de fiscalizar o cumprimento da lei em questão, mas, também, propiciar o desenvolvimento de campanhas educativas com o objetivo de conscientizar sobre a ilicitude do uso da violência contra esses indivíduos em condições peculiares de desenvolvimento. Portanto, pela proposta do artigo 18-D²⁹⁰, do Projeto de Lei n° 2.654/2003 atribui-se ao Poder Público o dever de estimular ações educativas continuadas, divulgar os instrumentos nacionais e internacionais de proteção dos direitos das crianças e dos adolescentes, bem como promover reformas curriculares, com o objetivo de introduzir disciplinas voltadas à proteção desses indivíduos²⁹¹.

No que se refere à proteção da dignidade da criança e do adolescente, tem-se que:

Há de se assegurar, por conseguinte, o direito da criança e do adolescente a uma educação não violenta, por meio do reconhecimento explícito do direito específico da criança e do adolescente a não serem submetidos a qualquer violência, seja ela moderada ou imoderada, ainda que cometida por pais ou responsáveis, com finalidades pretensamente pedagógicas²⁹².

Dessa maneira, como até já falado anteriormente, restou claro que o objetivo primordial de ambos os projetos de lei, é tornar indiscutível a proibição do uso da punição física, seja ela moderada ou imoderada, com o escopo educativo ou não. Além disso, o objetivo é vedar o uso dessas agressões físicas sob quaisquer alegações, ainda que feitas pelos pais sob o argumento de exigência de obediência e respeito dos seus filhos.

Não obstante, o projeto de lei causa polêmica, pois existem posicionamentos divergentes quanto à constitucionalidade de sua aplicação, uma vez que a Lei da Palmada refere-se diretamente à intervenção do Estado na privacidade e intimidade da vida e poder familiar.

Nesse sentido, há os que são favoráveis à aprovação do projeto da proibição das palmadas e defendem que o castigo físico deve ser extinto de vez, pois não tem

²⁹⁰ BRASIL. *Projeto de Lei n° 7672, 2010*. Dispõe sobre alteração da Lei n° 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, para estabelecer o direito da criança e do adolescente de serem educados e cuidados sem o uso de castigos corporais ou de tratamento cruel ou degradante. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=483933>> Acesso em: 29 out. 2012.

²⁹¹ BRASIL. *Projeto de lei n° 2654/2003*: da Deputada Maria do Rosário. Disponível em: <<http://www.fia.rj.gov.br/legislacao/leidapalmada.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2012.

²⁹² BRASIL. *Projeto de lei n° 2654/2003*: da Deputada Maria do Rosário. Disponível em: <<http://www.fia.rj.gov.br/legislacao/leidapalmada.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2012.

nenhum objetivo educativo, assim como o uso da violência não é o melhor método para ser usado na conquista do respeito e obediência das crianças e dos adolescentes. Além de desaprovarem o uso da violência, defendem o diálogo entre pais e filhos, pois acreditam ser a melhor maneira de educar e impor limites²⁹³.

Dentre esses argumentos, vê-se que o principal se refere à punição corporal como uma ofensa direta à integridade física e dignidade da criança e do adolescente, que goza de proteção especial.

A ex-deputada Maria do Rosário, que foi autora e relatora, respectivamente, dos projetos mencionados, justifica a necessidade de alteração do Estatuto da Criança e do Adolescente com a afirmação que as crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, em condição especial de desenvolvimento. Assim, as crianças possuem direito assegurado pelo princípio da proteção integral²⁹⁴.

Além disso, uma vez que o ECA consagra o princípio da proteção integral, resguardando as crianças e adolescentes de qualquer tipo de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, não seria permitido aos pais e responsáveis o uso de castigo físico e tratamento cruel ou degradante²⁹⁵.

Contudo, apesar de todos os direitos relacionados à proteção das crianças e adolescentes, a cultura de bater para educar não foi rompida, sendo ainda permitida a violência física sob alegação de propósitos pedagógicos. Assim, a aprovação do referido projeto de lei é uma forma de enfrentar essa cultura.

[...] prevalece no Brasil o costume de se recorrer a alternativas violentas para solução de conflitos, inclusive no que toca a conflitos domésticos. Essa cultura, contudo, pode e deve ser enfrentada por diversas vias, dentre elas a valorização da infância e da adolescência, a percepção da criança como um ser político, sujeito de direitos e deveres, e, ainda, o conhecimento e disseminação de métodos pacíficos de resolução de conflitos, incluindo a vedação do castigo infantil, ainda que moderado e para fins pretensamente pedagógicos²⁹⁶.

²⁹³ DIÁRIO DO VALE. "Lei da palmada" preocupa sociedade. Disponível em: <<http://www.diariodovale.com.br/noticias/2,24841.html>>. Acesso em: 29 out. 2012.

²⁹⁴ ROSÁRIO, Maria do. *Parecer da Comissão de Educação e Cultura, análise do projeto de lei n° 7672/2010*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=483933>>. Acesso em: 30 out. 2012.

²⁹⁵ ROSÁRIO, Maria do. *Parecer da Comissão de Educação e Cultura, análise do projeto de lei n° 7672/2010*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=483933>>. Acesso em: 30 out. 2012.

²⁹⁶ ROSÁRIO, Maria do. *Parecer da Comissão de Educação e Cultura, análise do projeto de lei n° 7672/2010*. Disponível em:

No atual ordenamento jurídico, conforme já mencionado acima, é permitido o uso de castigo moderado, sendo que somente a violência física imoderada é proibida de forma explícita. A autora e relatora dos projetos e aqueles que são favoráveis a este, sustentam que a permissão do castigo moderado gera dificuldade de limitar o uso desse castigo, de forma a propiciar abusos.

Diante de tais posicionamentos, o principal objetivo do projeto de lei é:

Aprofundar o direito que todas as crianças e adolescentes possuem de ser educados e cuidados sem o uso dos castigos físicos e do tratamento cruel e degradante como formas de correção, disciplina e educação ou sob qualquer outro pretexto²⁹⁷.

Assim, ao propor que qualquer tipo de punição corporal e de tratamento cruel ou degradante seja vedado, o texto reforça o intuito de consolidar os direitos fundamentais das crianças e adolescentes, que são assegurados pela Constituição Federal, pelo ECA e pela Convenção de Direitos das Crianças.

Em concordância com o referido projeto, tem-se também o argumento de que a aceitação do castigo moderado é um resquício do pátrio poder, o que faz com que não haja fundamento jurídico para que o castigo físico ou psicológico seja aceito ainda que de forma moderada. Tal afirmativa tem como base no artigo 227 da Constituição Federal, que traz que a família tem o dever de colocar a criança e o adolescente a salvo de toda violência²⁹⁸.

Nesse mesmo contexto, tem-se que o uso de castigo moderado ou imoderado significa a incapacidade dos pais de educar por meio da palavra. Aqui, a forma de educar com a utilização do castigo pode ser um reflexo de frustrações e impaciências geradas pelo dia a dia, que são diretamente descontados nas crianças. Além disso, cabe lembrar que mesmo com todos os anos de vigência do ECA, os

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=483933>>. Acesso em: 30 out. 2012.

²⁹⁷ BRASIL. *Projeto de Lei n° 7672, 2010*. Dispõe sobre alteração da Lei n° 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, para estabelecer o direito da criança e do adolescente de serem educados e cuidados sem o uso de castigos corporais ou de tratamento cruel ou degradante. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=483933>> Acesso em: 29 out. 2012.

²⁹⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Op. cit., p. 273.

pais e educadores não foram conscientizados quanto à forma de educar seus filhos menores²⁹⁹.

Ainda no intuito de erradicar todas as formas de castigo corporal, foi criada uma campanha a favor dos direitos das crianças e contra os castigos físicos humilhantes, denominada como “Não Bata, Eduque” que é formada por instituições e pessoas físicas. Esta rede contribuiu com o poder executivo para a elaboração do referido Projeto de Lei. Define os castigos físicos e humilhantes como:

É uma forma de violência aplicada por uma pessoa adulta com a intenção de disciplinar para corrigir ou modificar uma conduta indesejável. É o uso da força causando dor física ou emocional à criança ou adolescente agredido. É uma forma de violência contra a criança e uma violação de seu direito à dignidade e integridade física³⁰⁰.

Dessa forma, para aqueles que defendem a proibição das formas de castigo, o castigo físico é uma forma degradante e humilhante de punição que, por sua vez, fere diretamente os princípios da integridade e da dignidade das crianças e adolescentes. Além disso, os pais são responsáveis por proteger seus filhos e não por violarem seus direitos fundamentais, uma vez que são sujeitos de direitos.

Em contrapartida, há aqueles que, entre especialistas do direito e pais, desaprovam o projeto de lei, respaldados pelo argumento de que uma simples “palmadinha” não faz mal a nenhuma criança ou adolescente e que os castigos físicos moderados são indispensáveis na imposição de limites aos filhos. Estes alegam, ainda, que a palmada moderada faz parte da educação familiar e que o uso do diálogo, por muitas vezes, não é o meio mais eficaz para fixar tais limites de respeito e educação, o que torna necessária, nesses casos, a temida “palmadinha”³⁰¹.

²⁹⁹ SANTOS, Maria Ignez Franco et al. *Proibição das palmadas pedagógicas*. São Paulo, 2010, p. 1-6. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/Edicao.aspx?id=56&utm_source=ALLINMAIL&utm_medium=emailutm_term=http%3A%2F%2Fwww.cartaforense.com.br%2FEdicao.aspx%3Fid%3D56&utm_content=charblei@gmail.com&utm_campaign=Email%20Marketing%20Carta%20Forense%20%20Setembro%202010>. Acesso em: 30 out. 2012.

³⁰⁰ *Não Bata. Eduque*. Uma campanha a favor dos direitos das crianças e contra os castigos físicos e humilhantes. Brasil, 2008. Disponível em: <<http://www.naobataeduque.org.br/site/home/index.php>>. Acesso em: 30 out. 2012.

³⁰¹ UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. *A lei das palmadas*. Disponível em: <http://www.ip.usp.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=1821:aleidaspalmadas&catid=46:na-midia&Itemid=97>. Acesso em: 29 out. 2012.

Indo mais além, os opositores do referido projeto afirmam que este prejudica a autoridade dos pais sobre seus filhos menores e, com isso as crianças são educadas sem limites, o que os tornaria em adultos sem limites, mal educados.

Um dos principais opositores à proposta, o deputado Jair Bolsonaro, afirma que o projeto desautoriza os pais e cria uma cultura de filhos que podem denunciar suas famílias, bem como prejudica a educação e favorece a delinquência e o crime³⁰².

Em concordância com o deputado Jair Bolsonaro, encontra-se a maioria da população brasileira. Em pesquisa realizada pelo instituto de pesquisa, Data Folha, publicada em 27 de julho do ano de 2010, sobre a utilização do castigo físico como forma de educar os filhos, 54% dos brasileiros foram contra a aprovação da lei que proíbe os referidos castigos e somente 36% foram favoráveis a aprovação do projeto³⁰³.

Seguindo essa mesma linha, os opositores à Lei da Palmada afirmam que a referida lei afronta diretamente o direito dos pais de educarem seus filhos e que, por isso, pode ser considerada inconstitucional se for interpretada de forma rigorosa. Nesse contexto, a alteração do artigo do ECA é desnecessária, uma vez que os abusos em relação aos meios de correção e de disciplina já são proibidos³⁰⁴.

Tais opositores afirmam ainda que *ojus corrigendi*, direito do pai de corrigir seu filho, fica prejudicado com a aprovação da lei, uma vez que o não poderá mais dar uma palmada no seu filho menor com o intuito de educá-lo e o Estado terá como função fiscalizar se os pais não estão batendo em seus filhos. Assim, o poder familiar seria controlado pelo Estado.

Nesse sentido, o Estado assume o dever de fiscalizar e punir palmadas que os pais praticarem contra seus filhos. Ademais, as crianças e adolescentes não poderão mais sofrer qualquer tipo de violência física o que seria, no ponto de vista dos opositores, uma ofensa ao poder familiar³⁰⁵.

O desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Tarcísio Martins Costa, dispõe que a nova lei não gera mudanças na relação dos pais com seus

³⁰² BRASIL.Câmara dos Deputados.*Folha do Plenarinho*.Brasília, 2011. Disponível em: <www.plenarinho.gov.br>. Acesso em: 30 out. 2012.

³⁰³ DATA FOLHA. Disponível em: <http://datafolha.folha.uol.com.br/po/ver_po.php?session=1003>.Acesso em: 30 out. 2012.

³⁰⁴ RODRIGUES, Fernando S. Op. cit., p. 1-4.

³⁰⁵ BRAGA, Luiz Felipe Nobre. Direito, Educação, Política e Estado: palmada na razão, regozijo na intenção. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2647, 30 set. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17521>>. Acesso em: 14 mar. 2013.p. 01

filhos. Para ele, mesmo com a aprovação da lei, os pais continuarão dando palmadas nas crianças e nos adolescentes, acrescentando ainda que a lei busca suprir necessidades sociais de forma ineficaz:

O que se observa hoje é uma crença numa pretensa capacidade mágica da lei. A cada dia, surgem textos legais, buscando absorver todas as necessidades sociais e, ingenuamente, entendê-las por satisfeitas através da simples edição da norma. Basta ver alguns dispositivos legais que garantem o paraíso na terra (...)³⁰⁶.

Assim, para aqueles que acreditam que, com a Lei da Palmada, o Estado brasileiro intervém diretamente na intimidade e na privacidade da vida familiar, bem como no poder familiar, a lei não seria a solução para acabar com as palmadas que os pais praticam contra seus filhos, isto porque a fiscalização seria muito difícil, contando o Estado para agir somente com as denúncias³⁰⁷ e para punir com métodos não totalmente seguros, o que é temerário tanto para a criança e o adolescente, quanto para aqueles que exercem o dever de cuidado, que, por sua vez, poderão se tornar reféns daqueles.

Também, se poderá impor um temor social, já que muitos deixariam de assim agir não porque acreditam que devem em razão de ser esta a melhor maneira de educar, mas por temerem a punição estatal. Assim, para que não se conflite garantias e deveres, o Estado deverá, dentre a execução do direito criminal já normatizado, promover campanhas educativas na sociedade, conscientizando-os e, assim, desconstruindo valores ainda muito enraizados, de maneira que os pais/educadores possam, de forma consciente e não imposta, encontrar outra forma de educar crianças e adolescentes³⁰⁸.

Logo, é inegável que a Lei da Palmada pode ser considerada o novo exemplo trazido pelo Estado de que o cidadão não é suficientemente livre para fazer uso racional de suas liberdades, especialmente, a liberdade dos pais de educar seus filhos segundo suas próprias crenças, costumes e convicções. Neste caso, a intervenção do Estado na família e no poder familiar é nítida.

No entanto, ainda que diante da nitidez de tal intervenção, é imperativo lembrar que, quando se fala em educação pelo uso da força física e do castigo, seja ele moderado ou imoderado e, portanto, como parâmetro de disciplina, é preciso que

³⁰⁶ SANTOS, Maria Ignez Franco et al. Op. cit., p. 1-6.

³⁰⁷ Aqui, o termo denúncia refere-se não ao aspecto jurídico do termo, mas no sentido de delação.

³⁰⁸ BRAGA, Luiz Felipe Nobre. Op. cit., p. 01.

se atente para o fato de que não se admite, segundo uma moralidade objetiva, que tal tipo de disciplina ultrapasse os limites da dignidade da pessoa humana, pois, caso contrário, a ocorrência se adequaria materialmente nos ditames do crime de maus tratos. Ou seja, embora haja intervenção, esta ocorre “em nome de um bem maior”, que é a dignidade da criança e do adolescente que sofre o castigo.

O problema aqui, é que tal intervenção demonstra uma grande preocupação em modificar os ideais de bom e mau, enquanto pilares da noção moral e esta tentativa de transformar tais padrões, socialmente aceitos, como a palmada, acaba por invadir, no usufruto das liberdades individuais, na privacidade da família enquanto primeiro norteador da moral e do poder familiar, impondo um ideal de controle e determinação de bem-comum.

Assim, tanto é incorreto o Estado invadir a privacidade familiar quanto é incorreto a agressão física para educar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente dissertação teve como objetivo a discussão acerca da possibilidade de intervenção do Estado brasileiro na intimidade e na vida privada familiar através de um estudo sobre a Lei da Palmada.

Nesse sentido, o texto mostrou que a Constituição Federal de 1988 traz expresso, no inciso X, do art. 5º, os quatro direitos fundamentais e individuais da pessoa humana: intimidade, vida privada, honra e imagem e que tais direitos, embora já tenham sido tratados de maneira única, assumem um significado distinto quando da proteção do indivíduo, quanto à sua identificação pessoal e à sua imagem e, ainda, quanto ao valor da honra e do direito privado tendo, aqui, a privacidade como uma modalidade de defesa da autonomia necessária ao indivíduo.

Indo mais além, viu-se ser fato que a sociedade passa por transformações naturais dentre estas a questão da correção dos filhos no contexto familiar, o que pode vir a gerar um conflito entre o que está estabelecido na Constituição e o papel do Estado enquanto possível interventor em situações que envolvam a intimidade e a vida privada o que, por sua vez, pode vir a ferir a dignidade do indivíduo, sendo este direito fundamental e marco constitucionalmente garantido no atual Estado Democrático de Direito brasileiro.

Assim, ao mesmo tempo em que a dignidade, da qual fazem parte a intimidade e a vida privada é expressa enquanto direito inviolável no texto constitucional, ela se torna objeto do controle estatal estabelecendo uma relação no mínimo interessante entre Estado e direitos fundamentais dos seus cidadãos, ou seja, ao mesmo tempo em que o Estado protege a dignidade pode estar violando ao violar a intimidade e a vida privada, principalmente no que se refere ao ambiente familiar.

A relação acima estabelecida é, portanto, o cerne do tema proposto para o presente estudo e, ao investigar as dimensões em que o Estado impõe ou pretende impor sua vontade no contexto familiar e até que ponto esta imposição garante o cumprimento da ordem Constitucional numa perspectiva analítica da Lei da Palmada, apurou-se que esta, ao representar a determinação, por parte do Estado, de como os pais devem criar e educar seus filhos, coloca em evidência a questão da

interferência do Estado na vida privada dos cidadãos, ao assumir, controlar e vigiar a vida dos indivíduos neste âmbito tão importante e particular que é a família.

Primeiramente fez-se necessário remontar as bases do atual Estado Democrático de Direito brasileiro, a fim de destacar a importância dos direitos fundamentais frente às várias transformações sociais, econômicas e políticas pelas quais passou a sociedade através dos tempos.

Diante disso, viu-se que as características e bases do atual Estado Democrático de Direito são fundamentadas, primeiramente, pelo Estado de Direito Liberal e os lemas de igualdade, liberdade e fraternidade decorrentes da Revolução Francesa de 1789, deu início à valorização da expressão da vontade do povo nacional e da expressão da soberania popular, mormente o Estado Liberal não tenha nascido democrático.

Nesse processo de valorização do povo, viu-se que as características básicas do Estado Liberal, naquele momento histórico, foi a não-intervenção do Estado na economia, a vigência do princípio da igualdade formal, a adoção da Teoria da Tripartição dos Poderes de Montesquieu, que idealizou a separação entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e a supremacia da Constituição como norma limitante do poder governamental e garante dos direitos individuais fundamentais.

Tais características somente foram superadas pela noção de igualdade perante a lei, o que permitiu que todas as classes sociais fossem tratadas uniformemente, uma vez que as leis, a partir de então, teriam conteúdo geral e abstrato, não sendo específicas para determinado grupo social, fazendo com que o Estado atuasse de modo a intervir o menos possível na esfera privada do indivíduo respeitando, por conseguinte, o espaço do direito privado e das relações familiares, contratuais e negociais, sendo a regra básica a não intervenção no domínio econômico e nas questões sociais.

Conforme se pode constatar, cria-se neste momento histórico o direito subjetivo público, que representa a possibilidade do cidadão, enquanto o titular do direito, ter a faculdade de exigí-lo em desfavor do Estado, regulando a atividade política, além dos direitos subjetivos materiais e processuais, que visam à garantia de direitos fundamentais como a liberdade, por exemplo.

No entanto, diante de tantas mudanças viu-se que o novo Estado Liberal mostrou-se incapaz de, ao primar o indivíduo, superar as demandas sociais, tais

como o trabalho, a seguridade social, a saúde, a educação e a habitação, forçando este mesmo Estado a assumir sua responsabilidade social gerando a função estatal que buscava reduzir desigualdades sociais surgindo, aqui, de maneira mais delineada, o princípio da igualdade material ou substancial, eis que, até então, somente considera todas as pessoas iguais perante a lei.

Assim, enquanto no Estado Liberal surgiram os chamados direitos de primeira dimensão, como a igualdade, a dignidade, a liberdade e a vida, no Estado Social têm-se os direitos de segunda dimensão, que se preocupam com o plano do ser social, inserido no contexto de sociedade, primando pelos direitos ao trabalho, à saúde, ao lazer, à educação e à moradia.

A partir daí, segundo o exposto e em verdadeira releitura dos modelos acima citados, surge o Estado Democrático de Direito no Brasil que, conforme a Constituição Federal de 1988 traz expresso, em seu art. 1º, princípios fundamentais como soberania, cidadania, dignidade a pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político conciliando, assim, aspectos individuais e sociais dos direitos fundamentais, além de regulamentar a atuação do Estado frente tais direitos.

Tal cenário permitiu a entrada da chamada terceira dimensão dos direitos fundamentais, ou seja, com base nos princípios da democracia, o Estado Democrático de Direito consolida também os direitos que se situam no plano do respeito, do conteúdo fraternal, unindo os direitos essenciais ou naturalmente coletivos, passando o Estado a tutelar, além dos interesses individuais e sociais, os transindividuais (ou metaindividuais), que compreendem, dentre outros, o respeito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a paz, a autodeterminação dos povos e a moralidade administrativa.

Logo, diante de tais considerações, viu-se que o Estado Democrático de Direito brasileiro é o resultado da busca pela instauração de mecanismos de controle das decisões políticas, ao unir e transformar os princípios do Estado Liberal e Social sob o crivo da legalidade e da democracia garantindo, assim, os direitos fundamentais, conforme estabelecido na Constituição Federal de 1988 que, em seu art.5º., mantém como pressuposto fundamental o respeito aos direitos e garantias individuais dos brasileiros e dos estrangeiros residentes no país, ou seja, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Ademais, a Constituição Brasileira de 1988 também garante a dignidade humana através de uma sociedade justa e solidária, ao primar pelos direitos à intimidade, à vida privada, à honra, à imagem das pessoas, bem como o direito à segurança, à igualdade, à propriedade, ressaltando-se, ainda, os direitos sociais à educação, trabalho, saúde, moradia, dentre outros.

A observância de tais garantias levou à conclusão de que a essência do Estado Democrático de Direito baseia-se tanto na exigência do consentimento e do controle popular para o exercício do poder estatal quanto na exigência de submissão à lei, não só de seus habitantes em geral, mas também daqueles que exercem o poder, a fim de garantir os direitos e o bem-estar de cada indivíduo.

Viu-se, que o indivíduo ou sujeito constitucional é, então, o cerne de toda e qualquer organização política pautada na democracia e, assim sendo, todas as estruturas constitucionais devem promover suas garantias, individuais e coletivas, bem como a tutela e a salvaguarda das liberdades individuais frente a eventuais abusos e arbítrios do poder estatal ao condicionar a atuação dos poderes públicos à eficácia e garantia dos direitos fundamentais dos indivíduos configurando, assim, a esfera jurídico-privada dos direitos fundamentais.

Nesse contexto, viu-se, também, que, uma vez que o poder não se concentra somente nas mãos do Estado cabendo à sociedade como um todo, os direitos fundamentais são considerados direitos jurídico-positivamente vigentes, conforme a atual Constituição brasileira, sendo, por isso, indissociáveis da própria ideia de constituição e indivisíveis entre si mesmos, o que significa que não há dignidade se o indivíduo tiver sua intimidade ou privacidade violadas, por exemplo.

Logo, na esfera jurídico-privada brasileira, os direitos fundamentais devem promover a humanização da ordem jurídica ao exigir que todas as normas sejam aplicadas e reexaminadas tendo como prioridade a dignidade humana, a igualdade substantiva e a justiça social.

Nesse caso, uma vez que a privacidade e a intimidade, além de focos da presente dissertação, são direitos fundamentais garantidos constitucionalmente e sujeitos à intervenção estatal, uma abordagem mais aprofundada dos mesmos e de sua eficácia no contexto da esfera jurídico-privada fez-se pertinente.

A abordagem proposta mostrou que a intimidade e a vida privada estão expressas no art. 5º, X da Constituição Federal de 1988, ao lado de direitos como a honra e a imagem e que representam conceitos autônomos recentes, visto que

anteriormente as duas noções se confundiam no que se referia à esfera pública e a privada.

Diante disso, viu-se que, a dignidade da pessoa humana, enquanto princípio fundamental que atrai todos os demais direitos fundamentais, como a intimidade e a privacidade, exige e pressupõe que o Estado tenha como meta permanente, a proteção, a promoção e a realização concreta de uma vida com dignidade para todos, além de impedir que o poder público venha a violar tal princípio, principalmente no que se refere à esfera individual.

Por isso, primeiramente, quanto à intimidade – espécie da vida privada -, constatou-se ser este um conceito recente, mais precisamente estabelecido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, pela Assembleia Geral das Nações Unidas e, no Brasil, pela Constituição Federal de 1988 que, conforme já visto, estabelece, em seu art. 5, inciso X, ser inviolável, assegurando, inclusive, o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

A violação do direito à intimidade, por conseguinte, acontece quando da intromissão na solidão de vida de uma pessoa ou nos seus assuntos privados; quando da divulgação de fatos embaraçosos que afetam o cidadão; quando da publicidade que poderia desprestigiar o indivíduo ante a opinião pública e quando da apropriação (com vantagens para a outra parte) do nome ou do aspecto físico do cidadão.

Nesses termos, tem-se que a tutela constitucional, quanto a intimidade, visa proteger o indivíduo em seu aspecto mais íntimo de pessoa humana, ou seja, os desejos, pensamentos, idéias e emoções tanto no âmbito penal (violação de domicílio; violação de correspondência; sonegação ou destruição de correspondência; violação de comunicação telegráfica, radioelétrica ou telefônica e violação de correspondência comercial; crimes de violação dos segredos) quanto no âmbito civil (Capítulo II, dos Direitos da Personalidade, art. 11 ao 21, que estabelece algumas regras garantidoras do direito à personalidade). Assim, constata-se que a proteção da intimidade assegura uma parcela da personalidade que se reserva da indiscrição alheia para satisfazer exigências de isolamento moral do indivíduo.

Já quanto à vida privada, viu-se que, assim como a intimidade, o direito à vida privada se consagra entre os direitos e liberdades fundamentais assegurados ao indivíduo pela atual Constituição e, conseqüentemente, pelo sistema jurídico que, por sua vez, deve garantir que ninguém seja objeto de ingerências arbitrárias em

sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ataques a sua honra ou a sua reputação, sendo respaldada a proteção da lei quando da ocorrência de tais ingerências ou ataques.

Assim, a privacidade representa o direito que o indivíduo tem quanto ao modo de ser e viver sua própria vida, o que lhe permite, por conseguinte, obstar à intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso à informações e que estas sejam divulgadas.

A exposição de tais conceitos levou à observação de que a importância da intimidade e da vida privada cresce na medida em que a sua autonomia é ameaçada, principalmente diante da hipervalorização e comercialização da vida das pessoas e das ações de cunho autoritário por parte do Estado, como, a exemplo, ocorre com a Lei da Palmada que pretende a intervenção estatal na autonomia e liberdade dos membros de uma comunidade familiar, com especial imposição na forma da educação dos filhos, ao proibir as palmadas ainda que com caráter pedagógico.

Ao passar a discutir mais aprofundadamente as relações familiares, os direitos à intimidade e à vida privada, os princípios que envolvem o contexto e sua relação com o Estado, viu-se que, estando a família inserida no contexto da sociedade e que esta, embora tenha sofrido várias e naturais transformações ao longo do tempo, ela não perdeu sua importância enquanto instituição de grande relevância para o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito brasileiro, sendo a intervenção no núcleo íntimo/privado da família, além de desnecessária, perigosa, pois reforça uma tendência autoritária do Estado.

A família, segundo pode-se ver, assim como os direitos fundamentais, são bases do Estado Democrático de Direito Brasileiro e os direitos à intimidade e à vida privada, é o resultado de convenções e evolução de conceitos, tanto que, hoje, a instituição familiar assumiu as mais diferentes formas - nas mais diferentes épocas e sociedades -, não estando mais atrelada, unicamente, aos efeitos do casamento (estrutura patriarcal). E, dentro das novas configurações (todas foram objeto de abordagem no presente trabalho e são regidas pelos mesmos fundamentos ditos acima), cabe ao Estado se preocupar, sobretudo, em resguardar o grupo familiar baseando-se, em especial, na dignidade de todos os seus membros, porque, enquanto princípio, atrai os demais direitos fundamentais de proteção.

E é aqui que se viu delineado o possível conflito entre a intimidade e a vida privada familiar e a atuação do Estado, visto que, enquanto cabe ao Estado atentar para as questões concernentes à organização da vida em sociedade, com o intuito de proteger os indivíduos intervindo para coibir excessos e impedindo que haja conflito de interesses, esta sua função afeta diretamente a família que, por si só, mostra-se como um recorte da própria vida privada inserida em seu próprio ambiente de intimidade.

Ainda assim, uma vez que a família possui uma estrutura tanto de caráter público como privado, eis que o indivíduo tanto é integrante do vínculo familiar, como, também, partícipe de um contexto social, a autoridade exercida pelos pais possui caráter imposto por meio legal, devendo esta ser exercida com frente ao melhor interesse do menor, e ao Estado o poder-dever de fixar limites aos titulares do poder familiar para o exercício desta autoridade em nome do interesse jurídico dos filhos.

Logo, tanto o poder familiar quanto o poder estatal não são considerados absolutos e talvez esteja aqui configurado o aspecto conflitante no que diz respeito à supremacia do Estado nos domínios da família e à onipotência daqueles que são detentores do poder de direção da família, uma vez que não deve haver confusão entre o dever da família para com seu filho e o dever do Estado no controle dessa relação. Aqui, o art. 1.513 do Código Civil traz ser defeso de qualquer pessoa de direito público ou privado interferir na comunhão da vida instituída pela família, cabendo aos pais o controle sobre a família e aos filhos o dever de agir de forma digna e moral.

Assim, quanto ao poder do Estado Democrático de Direito brasileiro, viu-se que este possui legitimidade para adentrar o ambiente familiar diante da perspectiva de defender, sumariamente, as crianças e adolescentes que o habitam podendo, nestes casos, por meio do devido processo legal, suspender ou até excluir o poder familiar. Ademais, também, se viu que a política de atendimento aos direitos da criança e do adolescente possui competência para controlar a atuação negativa dos pais, cabendo-lhe a responsabilidade de agir, quando estes não cumprem o disposto em lei.

E, de acordo com o já normatizado no Estado brasileiro, no caso do poder de familiar, a atual Constituição Federal traz, em seus arts. 226 a 230 as questões relacionadas à organização familiar, cabendo a ressalva de que os arts. 226 e 227

tratam, de forma específica, do princípio da proteção integral a família e ao menor. Além disso, as crianças e adolescentes ainda têm seus direitos respaldados pelo ECA e isto permite que as normas protetivas das crianças e dos adolescentes, uma vez violadas, concedam ao Estado a autorização para intervir nas relações familiares em prol dos mesmos.

E, dentre todas as normas previstas tanto pela Constituição Federal quanto pelas normas infraconstitucionais, tais como, por exemplo, a prestação de alimentos e a assistência material (auxílio econômico imprescindível para a subsistência integral do filho menor que abrange todas as suas necessidades básicas, como alimentação, vestuário, educação, assistência médico-odontológica, remédio, lazer e outras) e assistência imaterial (apoio, carinho, aconchego, atenção, cuidado, participação em todos os momentos da vida, proteção e respeito aos direitos da personalidade do filho, como à honra, imagem, liberdade, dignidade, patronímico de família, segredo, intimidade, integridade física psíquica e moral, convivência familiar, entre outros), sem dúvida alguma a imposição de castigo físico é, segundo foco da presente dissertação e conforme mencionado, um dos pontos mais conflitantes da relação entre a intervenção e sanção estatal no poder de família o que, por sua vez, motivou o estudo sobre a Lei da Palmada e de como esta retrata a intervenção do Estado na vida privada familiar.

Isso porque, conforme apontado, é fato que na intimidade e privacidade da família e do ambiente familiar, as crianças e adolescentes estão sujeitas a sofrer castigos físicos por parte dos seus pais ou responsáveis, detentores do poder familiar, o que permitiu a constatação de que a violência física, infelizmente, ainda é uma realidade familiar, mesmo diante dos já mencionados direitos e deveres que asseguram e regulam a relação entre pais ou responsáveis na tarefa de educar e limitar atitudes dos filhos sem o emprego do castigo físico.

Nesse sentido, o texto mostrou que a noção de castigo físico remonta os tempos bíblicos, em que era prática comum e até mesmo incentivada a punição física dos filhos por parte dos pais e tal noção foi transmitida ao longo de muitas gerações, como modelos a serem seguidos pelos pais na educação de seus filhos resultando, inclusive, em um termo jurídico para tal prática: o *jus corrigendi*.

Ainda, pode-se observar que o castigo físico representa um dos poucos aspectos que não sofreu a mesma transformação que os demais conceitos apresentados no decorrer da presente dissertação e talvez esteja aqui a dificuldade

em se compreender a complexidade que reside neste direito-dever que os pais têm de educar os filhos através do direito-dever de castigá-los.

Aqui, viu-se que a doutrina se divide entre aqueles que se opõem ao castigo, seja ele moderado ou imoderado, ao afirmarem que este viola a integridade física do filho, visto que todo tipo de castigo é considerado como forma de violência e, assim, atingem a sua dignidade, e aqueles que defendem o castigo, ainda que moderado, afirmando que a extinção deste leva por terra o *jus corrigendi* e, por conseguinte, o poder que os pais têm sobre seus filhos, ou seja, aqui vale a aplicação dos tapinhas por parte dos pais na correção do comportamento dos filhos, destacando que o art. 1.638, inciso I, do Código Civil permite, ainda que implicitamente, tal prática.

Mais uma vez se traz que a criança e o adolescente têm seus direitos assegurados, não só no ECA, implementado pela Lei Federal nº 8.069 de 1990, e em normas infraconstitucionais citadas no presente trabalho, como, também, na Constituição Federal, mais especificamente no art. 227.

Todavia, para alguns, os direitos já assegurados não foram ou não são suficientes ao resguardo da criança e do adolescente, tanto que, no ano de 2003, a deputada federal Maria do Rosário foi autora do Projeto de Lei nº 2.654, que acabou sendo chamado de “Lei da Palmada”, porque tinha referido projeto o objetivo de impor o fim de qualquer forma de punição corporal, ainda que fossem os famosos “tapinhas” com fins pedagógicos. Indo além, o executivo federal, em julho de 2010, na mesma esteira, mas com maior espectro, apresenta o Projeto de Lei nº 7.672/2010, que acabou por aderir ao primeiro, recebendo, assim, mesma designação do projeto anterior, qual seja, a de ser tratado como “Lei da Palmada”.

Os referidos projetos, conforme se pode perceber, tem por objetivo estabelecer o direito da criança e do adolescente de serem educados e cuidados sem a utilização de castigos corporais ou de tratamento cruel degradante e violento em favor do direito ao respeito, à dignidade, à integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente.

Contudo, conforme se observou, ainda que odioso e talvez até medieval a imposição de castigo físico ou psicológico, em especial, para com aquele que se encontra em situação de desigualdade, não é razão suficiente a admitir a normatização de matéria dessa estirpe, notadamente no que se refere aos dispositivos de conteúdo proibitivo e sancionatório, sendo por demais temerário, seja porque a imposição sem o diálogo tendente a desconstrução anula, já que a

obediência a regra se dará pelo temor e não pela construção de um novo saber; seja porque, somado a isso, existe forte possibilidade de, em um futuro não muito distante, termos um Estado formado por pessoas sem limites sociais, sem respeito ao direito do outro, dada a incompreensão de muitas famílias quanto a forma de exercer o dever de educar. Logo, mudanças de paradigmas devem ser obtidas por meio de desconstrução dialógica e não por meio de imposição estatal, eis que isso leva, ainda que de forma gradual, a um Estado controlador.

Aqui vale lembrar que um dado curioso que se apurou foi que 54% dos brasileiros não aprovam a Lei da Palmada, ao entender que esta questão deve cingir-se à esfera de valores éticos e morais.

Também se observou que a Lei da Palmada é considerada desnecessária por parte da doutrina, seja porque as disposições legais já em vigor no país proíbem e punem qualquer tipo de violência contra qualquer pessoa, inclusive a criança e o adolescente; seja porque a intromissão desenfreada, tanto do Estado como do particular, na vida privada familiar atenta a dignidade e não há essa sem autonomia privada, conforme já discutido; seja porque a intervenção estatal pode causar desequilíbrios nas relações familiares e, assim, subverter os direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos.

No entanto, mesmo que a discussão acerca da possibilidade da intervenção estatal na intimidade e privacidade da família gere inúmeros argumentos contrários e favoráveis, conforme apresentado, um ponto pacífico mostrou unir as duas vertentes: o artigo 18-D do Projeto de Lei nº 2.454/2002 que atribui ao Poder Público o dever de estimular ações educativas continuadas, além de divulgar os instrumentos nacionais e internacionais de proteção dos direitos das crianças e dos adolescentes, bem como promover reformas curriculares, tudo isto com o objetivo de introduzir disciplinas voltadas à proteção das crianças e adolescentes. Aqui, sim, se é possível reconhecer a aplicabilidade do princípio da proteção do Estado, sem qualquer choque e/ou tensão entre direitos fundamentais.

E, através do estudo desenvolvido na presente dissertação, pode-se entender que os aspectos que envolvem o poder familiar, tais como os direitos à intimidade e à vida privada se encontram fragilizados diante das constantes e naturais transformações pelas quais a sociedade passa, em especial quanto a oposição à cultura enraizada de que um tapinha ou uma palmadinha não representa caso de violência e, ao contrário, contribui para a educação dos filhos. Esta situação

entra, efetivamente, em conflito quando se vê a possibilidade da intervenção estatal diretamente nos lares brasileiros, uma vez que a família está inserida em uma sociedade tutelada por um Estado Democrático de Direito que, por sua vez, detém instrumentos e recursos que lhe dão a permissão para essa intervenção, caso os projetos de Lei aqui tratados venham a ser aprovados por meio da democracia representativa que se opera no nosso país, acabando, assim, por impor limites em uma área e retirar de outra.

O estudo mostrou, portanto, que a família é o primeiro agente de socialização do ser humano e, sendo assim, de fundamental importância para a sociedade, onde cada indivíduo é integrante do vínculo familiar (privado), mas o é também partícipe do contexto social (público).

Assim, no instante em que a família começa a perder a sua finalidade e função, deve haver a intervenção do Estado com o objetivo de preservá-la, ressaltando que esta intervenção deve ocorrer só nas excepcionalidades e nunca na regra, para que não haja choque de direitos, e isto se diz porque nem uma nem outra situação é absoluta.

Diante disso, com relação às excepcionais intervenções do Estado no interior dos lares, pode-se observar que estas só podem ocorrer nas situações de socorro a crianças e adolescentes em situação de risco – e isto acontece como obrigação do Estado por meio do comando constitucional (art. 226), que regra a concorrência de responsabilidade, bem como a da concretização dos direitos fundamentais.

A possibilidade para a discussão do tema é infundável, em especial, em outras áreas do saber. Mas, de tudo que se observou – e aqui não se trata de advogar em favor do castigo físico ou psicológico, até porque a autora optou em não apresentar opinião pessoal –, a normatização de matérias desta espécie, notadamente no que se refere às normas de conteúdo proibitivo e sancionatório adquire, sem dúvida alguma, um aspecto temerário, porque a imposição sem o diálogo anula – se obedece por medo e não pela construção de um novo saber, reforçando uma tendência autoritária do Estado. Isso é homogeneizador e certamente viola as bases do Estado Democrático de Direito.

Por fim, também se pode observar que direitos fundamentais, como a exemplo, o objeto do estudo, que é o direito à vida privada, em especial nos aspectos que envolvem a família, se encontram fragilizados diante das constantes e

naturais transformações pelas quais passa a sociedade, mas certo é que os direitos fundamentais não podem ser relegados a segundo plano, por justificativas principiológicas, sob pena de se incorrer no esvaziamento de seus sentidos, de se perder a própria essência da Constituição Federal. A satisfação de um interesse deve sempre corresponder a igual satisfação do outro e não a sua negação.

Por isso, assim como a palmada deve ser reprimida como método educativo, também o Estado deve ser reprimido por invadir a privacidade da família.

Logo, não há uma resposta imediata para a indagação de se a intervenção do Estado na vida privada é vantajosa ou não, eis que entre a resposta afirmativa ou negativa existe uma linha muito tênue, onde a resposta só será possível de ser alcançada se perseguida por meio da construção ou desconstrução estabelecida dentro de um diálogo consensual e não hierarquizado.

REFERÊNCIAS

AIETA, Vânia Siciliano. *A garantia da intimidade como direito fundamental*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.

ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Trad. Luís Afonso Heck. *Revista de Direito Administrativo*, n. 217, Rio de Janeiro: Renovar, jul./set. 1999.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. 5 ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMPARO, Caridade. Ministério da Saúde. Secretaria de políticas de saúde. Área de saúde do adolescente e do jovem. *Cadernos. Juventude, saúde, desenvolvimento*. v. I. Brasília, 1999.

AZUMA, Eduardo Akira. *A intimidade e a vida privada frente às novas tecnologias da informação*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6168>>. Acesso em: 22 out. 2012.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado*. Curitiba: Juruá, 2009.

BARBOSA, Águida Arruda et al. *Direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. Traduzido por Paulo José da Costa Jr. e Alberto Silva Francov. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

BÍBLIA SAGRADA. *Provérbios*, 23:13-14.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Traduzido por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *Liberalismo e democracia*. Trad. brasileira de Marco Aurélio Nogueira. 2 ed. São Paulo: Brasiliense, 1988.

_____. *O futuro da democracia – uma defesa das regras do jogo*. Tradução Brasileira de Marco Aurélio Nogueira. 2 ed. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1986.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BOSCHI, Fábio Bauab. *Direito de visita*. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRAGA, Luiz Felipe Nobre. Direito, Educação, Política e Estado: palmada na razão, regozijo na intenção. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2647, 30 set. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17521>>. Acesso em: 14 mar. 2013.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Folha do Plenarinho*. Brasília, 2011. Disponível em: <www.plenarinho.gov.br>. Acesso em: 30 out. 2012.

_____. *Constituição [da] República Federativa do Brasil*. 13 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Lei n° 8.069/1990, disciplina sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Câmara dos Deputados. Centro de Documentação e Informação. Coordenação Edições Câmara. Brasília, 2011.

_____. *Projeto de lei n° 2.654/2003*: da Deputada Maria do Rosário. Disponível em: <<http://www.fia.rj.gov.br/legislacao/leidapalmada.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2012.

_____. *Projeto de Lei n° 7672, 2010*. Dispõe sobre alteração da Lei n° 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, para estabelecer o direito da criança e do adolescente de serem educados e cuidados sem o uso de castigos corporais ou de tratamento cruel ou degradante. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=483933>> Acesso em: 29 out. 2012.

BULOS, UadiLammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5 ed. Coimbra: Editora Livraria Almedina, 2002.

CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, v. 3, p. 473-486, maio, 1999.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Minorias e democracia no Brasil. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 4, p. 307-322, jan. dez. 2006.

CHINELATTO, Silmara Juny de Abreu et al. *Direito de família no novo milênio*. São Paulo: Atlas, 2010.

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

CRETELLAJUNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

DANTAS, Ivo. *Da defesa do Estado e das instituições democráticas*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1989.

DATA FOLHA. Disponível em:
<http://datafolha.folha.uol.com.br/po/ver_po.php?session=1003>. Acesso em: 30 out. 2012.

DIÁRIO DO VALE. *“Lei da palmada” preocupa sociedade*. Disponível em:
<<http://www.diariodovale.com.br/noticias/2,24841.html>>. Acesso em: 29 out. 2012.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. Volume V. São Paulo: Saraiva, 2002.

FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1996.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria do garantismo penal*. Traduzido por Ana Paula Zomer; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAZ, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, vol. 88, 1993.

FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de Magalhães. (coord). *Constitucionalismo e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

GOMES, Orlando. *Direito de família*. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. v. 6. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GORDILLO, Agustín. *Princípios gerais de direito público*. Trad. Brasileira de Marco Aurélio Greco. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977.

GUERRA, Sidney César Silva. *A liberdade de imprensa e o direito à imagem*. Biblioteca das teses. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. *Hermenêutica, ponderação e colisão de direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 4 ed. São Paulo: RCS Editora, 2005.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

JORGE, Marco Antônio Coutinho. *Fundamentos da psicanálise de Freud a Lacan*. As bases conceituais. 5 ed. v. 1. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor Ltda., 2008.

JORNAL OPÇÃO. Disponível em: <<http://www.jornalopcao.com.br/index.asp?secao=Reportagens&idjornal=168&idrep=1661>>. Acesso em: 29 out. 2012.

KARAM, Maria Lúcia. *Expansão do poder punitivo e violação de direitos fundamentais*. Artigo publicado em 09 de novembro de 2006. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 10 abr. 2012.

LA BRADBURY, Leonardo Cacau Santos. Estados liberal, social e democrático de direito: noções, afinidades e fundamentos. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1252, 5dez.2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9241>>. Acesso em: 09 abr. 2012.

LEAL, Luciana de Oliveira. *Liberdade da criança e do adolescente (art. 16, I, da Lei nº 8.069, de 13 de junho de 1990): aspectos constitucionais*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

LIMBERGER, Têmis. *O direito à intimidade na era da informática: a necessidade de proteção dos dados pessoais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*. De acordo com a Lei nº 11.698/2008. Direito Civil. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MACIEL, Kátia Regina. *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito constitucional*. Curso de Direitos Fundamentais. 3 ed. São Paulo: Método, 2008.

_____. *Direitos humanos (sua história, sua garantia e a questão da indivisibilidade)*. São Paulo: Editora Juarez, 2000.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de; LAMOUNIER, Gabriela Maciel. A internacionalização dos direitos humanos. *Revista Jus Vigilantibus*, Quarta-feira, 5 de março de 2008. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/32009>>. Acesso em: 26 abr. 2012.

MAIA NETO, Geraldo de Azevedo. O significado dos direitos fundamentais e o papel do constitucionalismo. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2508, 14maio2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14850>>. Acesso em: 26 abr. 2012.

MARTINEZ, Vinicius C. Estado do bem estar social ou Estado Social? *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 656, 24 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6623>>. Acesso em: 10 abr. 2012.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. *Meio ambiente: direito e dever fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito processual constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Controle judicial dos atos administrativos. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 65, p. 27 (s. d.).

MELO, Luis Gonzaga de. *Antropologia cultural: iniciação, teoria e temas*. Petrópolis: Vozes, 1987.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MICHAELLO MARQUES, Carlos Alexandre; NUNES, Franciene Rodrigues. O Estado Democrático de Direito e a colisão de direitos fundamentais. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 98, 01/03/2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11300>. Acesso em: 11 abr. 2012.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. v. 2. 37 ed. Atualizado por Regina Beatriz Tavares da Silva. Rio de Janeiro: Saraiva, 2004.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista do Estado*. Direito e Sociedade. Vol. I. p. 11, 1991.

NÃO BATA. EDUQUE. *Uma campanha a favor dos direitos das crianças e contra os castigos físicos e humilhantes*. Brasil, 2008. Disponível em: <<http://www.naobataeduque.org.br/site/home/index.php>>. Acesso em: 30 out. 2012.

NEVES, Gustavo Kloh Muller. *Os princípios entre a teoria geral do direito e o direito civil constitucional*. Os princípios da Constituição de 1988. Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 2006.

NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2008.

OLIVEIRA, Denise Veloso. *Alimentos para os filhos*. Disponível em: <<http://www.silviamota.com.br/alunos/alunosgraddir-trabalhos/art-denisevelosotdeoliveira.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2012.

PEREIRA, Marcelo Cardoso. *Direito à intimidade na internet*. Curitiba: Juruá Editora, 2003.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. *Estudos de direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

PEREIRA, Tânia da Silva. Famílias possíveis: novos paradigmas na convivência familiar. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Afeto, ética, família e o novo Código Civil. *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o poder judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995.

RODRIGUES, Alexandre. *A privacidade na "ICP-Brasil"*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=8233>. Acesso em: 22 out. 2012.

RODRIGUES, Fernando S. *Promotor diz que lei da palmada poderá ser inconstitucional*. p. 1-4. Disponível em: <<http://www.portalf2.com.br/index.php/sociedade/423-promotor-diz-que-lei-da-palmadapodera-ser-inconstitucional>>. Acesso em: 29. out. de 2012.

ROSÁRIO, Maria do. *Parecer da Comissão de Educação e Cultura, análise do projeto de lei nº 7672/2010*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=483933>>. Acesso em: 30 out. 2012.

ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

ROTHEMBURG, Walter Claudius. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, Ano 7, nº. 29, 1999.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SANTOS, Maria Ignez Franco et al. *Proibição das palmadas pedagógicas*. São Paulo, 2010, p. 1-6. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/Edicao.aspx?id=56&utm_source=ALLINMAIL&utm_medium=emailutm_term=http%3A%2F%2Fwww.cartaforense.com.br%2FEdicao.aspx%3Fid%3D56&utm_content=charblei@gmail.com&utm_campaign=Email%20Marketing%20Carta%20Forense%20-%20Setembro%202010>. Acesso em: 30 out. 2012.

SANTOS NETO, José Antônio de Paula. *Do pátrio poder*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1994.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

SAVAZZONI, Simone de Alcântara. *Eficácia dos direitos fundamentais*. 08 de abril de 2009, p. 03. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso: em 18 de outubro de 2012.

SÊDA, Edson. *Construir o passado*. São Paulo: Malheiros, 1993.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 20 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Vírgilio Afonso da. Direitos fundamentais e relações entre particulares. *Revista Direito GV*. v.1. n. 1. Maio de 2005. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2005.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4 ed. 7 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006.

TOMÉ, Semiramys Fernandes. *Exploração sexual infantil*. São Paulo, Ano V, nº 61, p. 84, mai. 2011.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. *A lei das palmadas*. Disponível em: <http://www.ip.usp.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=1821:al-eidaspalmadas&catid=46:na-midia&Itemid=97>. Acesso em: 29 out. 2012.

VIANNA, Cynthia Semíramis Machado. Da privacidade como Direito Fundamental da pessoa humana. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 17, p. 102-115, 2004. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/5441-5433-1-PB.htm>> Acesso em: 11 abr. 2012.

VEJA. Educação: *Lula envia ao Congresso projeto que proíbe palmada em criança*. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/educacao/lula-envia-ao-congresso-projeto-que-proibe-palmada-em-crianca>>. Acesso em: 29 out. 2012.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

WEBER, L.N.D. et al. O uso de palmadas e surras como prática educativa. *Paraná*, p. 1- 11, 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/epsic/v9n2/a04v9n2.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2012.

ANEXO A

PROJETO DE LEI – Nº 2654/2003

Dispõe sobre a alteração da Lei 8069, de 13/07/1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente, e da Lei 10406, de 10/01/2002, o Novo Código Civil, estabelecendo o direito da criança e do adolescente a não serem submetidos a qualquer forma de punição corporal, mediante a adoção de castigos moderados ou imoderados, sob a alegação de quaisquer propósitos, ainda que pedagógicos, e dá outras providências.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1o – São acrescentados à Lei 8069, de 13/07/1990, os seguintes artigos:

Art. 18 A – A criança e o adolescente têm direito a não serem submetidos a qualquer forma de punição corporal, mediante a adoção de castigos moderados ou imoderados, sob a alegação de quaisquer propósitos, no lar, na escola, em instituição de atendimento público ou privado ou em locais públicos.

Parágrafo único – Para efeito deste artigo será conferida especial proteção à situação de vulnerabilidade à violência que a criança e o adolescente possam sofrer em consequência, entre outras, de sua raça, etnia, gênero ou situação sócio-econômica.

Art. 18B – Verificada a hipótese de punição corporal em face de criança ou adolescente, sob a alegação de quaisquer propósitos, ainda que pedagógicos, os pais, professores ou responsáveis ficarão sujeitos às medidas previstas no artigo 129, incisos I, III, IV e VI desta lei, *sem prejuízo de outras sanções cabíveis*.

Art. 18 D – Cabe ao Estado, com a participação da sociedade:

I. Estimular ações educativas continuadas destinadas a conscientizar o público sobre a ilicitude do uso da violência contra criança e adolescente, ainda que sob a alegação de propósitos pedagógicos;

II. Divulgar instrumentos nacionais e internacionais de proteção dos direitos da criança e do adolescente;

III. Promover reformas curriculares, com vistas a introduzir disciplinas voltadas à proteção dos direitos da criança e do adolescente, nos termos dos artigos 27 e 35, da Lei 9394, de 20/12/1996 e do artigo 1º da Lei 5692, de 11/08/1971, ou a introduzir

no currículo do ensino básico e médio um tema transversal referente aos direitos da criança, nos moldes dos Parâmetros Curriculares Nacionais.

Art. 2o – O artigo 1634 da Lei 10.406, de 10/01/2002 (novo Código Civil), passa a ter seguinte redação:

“Art. 1634 – Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

VII. Exigir, sem o uso de força física, moderada ou imoderada, que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição”.

Art. 3o – Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação.

Brasília,

ANEXO B

PROJETO DE LEI – Nº 7672/2010

Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, para estabelecer o direito da criança e do adolescente de serem educados e cuidados sem o uso de castigos corporais ou de tratamento cruel ou degradante.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º. A Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990, passa a vigorar acrescida dos seguintes artigos:

“Art. 17-A. A criança e o adolescente têm o direito de serem educados e cuidados pelos pais, pelos integrantes da família ampliada, pelos responsáveis ou por qualquer pessoa encarregada de cuidar, tratar, educar ou vigiar, sem o uso de castigo corporal ou de tratamento cruel ou degradante, como formas de correção, disciplina, educação, ou qualquer outro pretexto.

Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, considera-se:

I - castigo corporal: ação de natureza disciplinar ou punitiva com o uso da força física que resulte em dor ou lesão à criança ou adolescente.

II - tratamento cruel ou degradante: conduta que humilhe, ameace gravemente ou ridicularize a criança ou o adolescente.

Art. 17-B. Os pais, integrantes da família ampliada, responsáveis ou qualquer outra pessoa encarregada de cuidar, tratar, educar ou vigiar crianças e adolescentes que utilizarem castigo corporal ou tratamento cruel ou degradante como formas de correção, disciplina, educação, ou a qualquer outro pretexto estarão sujeitos às medidas previstas no art. 129, incisos I, III, IV, VI e VII, desta Lei, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.” (NR)

“Art. 70-A. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios atuarão de forma articulada na elaboração de políticas públicas e execução de ações destinadas a coibir o uso de castigos corporais e de tratamento cruel, tendo como principais ações:

I - a promoção e a realização de campanhas educativas e a divulgação desta Lei e dos instrumentos de proteção aos direitos humanos;

II - a inclusão nos currículos escolares, em todos os níveis de ensino, de conteúdos relativos aos direitos humanos e prevenção de todas as formas de violência contra a criança e o adolescente;

III - a integração com os órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Defensoria Pública, do Conselho Tutelar da Criança e do Adolescente nos Estados, Distrito Federal e nos Municípios, Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente, e entidades não governamentais;

IV - a formação continuada dos profissionais que atuem na promoção dos direitos de crianças e adolescentes; e

V - o apoio e incentivo às práticas de resolução pacífica de conflitos que envolvam violência contra criança e adolescente.” (NR)

Art. 2º. O art. 130 da Lei nº 8.069, de 1990, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo:

“Parágrafo único. A medida cautelar prevista no caput poderá ser aplicada ainda no caso de descumprimento reiterado das medidas impostas nos termos do art. 17-B.” (NR)

Art. 3º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília,

PL-ALTL-8.069 ESTATUTO CRIANÇA ADOLESCENTE(L4)