



FACULDADE BAIANA DE DIREITO

LUDIMILA MARIANI WANDERLEY RIBEIRO

A IN(OBSERVÂNCIA) DO DIREITO AO LAZER NO PODER FAMILIAR

Salvador
2017

LUDIMILA MARIANI WANDERLEY RIBEIRO

A IN(OBSERVÂNCIA) DO DIREITO AO LAZER NO PODER FAMILIAR

Monografia apresentada ao Curso de Pós –
graduação da Faculdade Baiana de Direito.

Salvador
2017

TERMO DE APROVAÇÃO

LUDIMILA MARIANI WANDERLEY RIBEIRO

A IN(OBSERVÂNCIA) DO DIREITO AO LAZER NO PODER FAMILIAR

Monografia aprovada como requisito para obtenção do grau de pós – graduanda em
Direito pela Faculdade Baiana de Direito

Salvador, _____

AGRADECIMENTOS

À Deus, ser supremo, de infinita sabedoria e bondade, que nos proporciona todas as bênçãos, cuidado e proteção. Muita luz para que tenhamos discernimento. Assim, tudo é do Pai.

Aos meus pais, amor mais sincero, que sempre são minha fonte segura, que estão ao meu lado, caminhando junto comigo, segurando nas minhas mãos, me orientando e me apoiando em todas as situações. Obrigada, inclusive, por toda a ajuda neste trabalho de monografia, desde as fontes de pesquisa até à elaboração do texto. Sempre comigo. Sempre no meu coração.

Ao meu namorado Arlan, por me proporcionar muito amor e carinho em todas as fases da minha vida. Seu zelo e confiança em mim me ajudam a ser mais confiante e, assim, os bons resultados são apenas consequências. Juntos somos mais. Seu amor me fortalece.

Ao eterno mestre Pamplona, por toda sua ajuda e por estar disponível todas as vezes que precisamos. Gratidão!

“Cada um de nós compõe a sua história e cada ser em si carrega o dom de ser capaz e ser feliz” (Almir Sater e Renato Teixeira)

LISTA DE ABREVIATURAS

CC/2002 – Código Civil de 2002

CPC – Código de Processo Civil

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

CF – Constituição Federal de 1988

RESUMO

O direito ao lazer é indispensável. O poder familiar é um tema sempre atual. A inobservância do direito ao lazer poderá redundar na suspensão do poder familiar. Tudo previsto na legislação. Há forte amparo na doutrina. Características próprias do poder familiar. Causas da destituição do poder familiar. Prevalece certa proporcionalidade na aplicação das sanções por inobservância do dever familiar. O direito ao lazer no âmbito dos direitos humanos, sociais e dos direitos fundamentais. O poder familiar, desde o início da humanidade, passou por inúmeras fases até chegar ao estágio atual. No início vigorava o poder paterno, poder concentrado na figura do pai. Depois, a mulher passou a dividir com o homem tal poder. Antes, pátrio poder; agora, poder familiar. Atualmente, em certas situações, tanto um quanto outro genitor pode desempenhar o poder familiar. Muito já se conquistou, mas muito também ainda precisa ser avançado. Neste cenário, cada vez mais se insere o direito ao lazer. Os pais têm mais do que uma simples opção de proporcionar lazer para seus filhos; eles têm o dever de manter o lazer ativo no cotidiano dos filhos menores de idade. A Constituição Federal em vigor oferece abrigo para as demandas de lazer. A legislação que a pormenoriza amplia o campo de entendimento dos respectivos deveres e das sanções. O Código Civil cumpre seu papel de tornar mais clara e esclarecedora os mandamentos constitucionais. O Estatuto da Criança e do Adolescente fornece um arsenal de medidas protetivas para tal fim.

Palavras-chaves: Lazer. Poder. Familiar. Suspensão. Constituição. Código. ECA.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
2 DIREITO AO LAZER: NATUREZA JURÍDICA	10
2.1 CONCEITO	10
2.2 DOS DIREITOS HUMANOS, DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS SOCIAIS	17
2.3 A PERSONALIDADE E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	19
2.4 PREVISÃO LEGAL	23
3 DEVERES INERENTES AO PODER FAMILIAR	31
3.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS	31
3.2 PREVISÃO LEGAL	38
3.3 CARACTERÍSTICAS DO PODER FAMILIAR	45
3.4 SUSPENSÃO, PERDA E EXTINÇÃO DO PODER FAMILIAR	46
3.4.1 SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR	46
3.4.2 PERDA DO PODER FAMILIAR	48
3.4.3 EXTINÇÃO DO PODER FAMILIAR	51
4 CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA INOBSERVÂNCIA DO DIREITO AO LAZER NO ÂMBITO DO EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR	53
4.1 DIREITO AO LAZER COMO DEVER DECORRENTE DO PODER FAMILIAR	54
4.2 FUNDAMENTOS NORMATIVOS	55
4.3 DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA	57

4.4 DA PROPORCIONALIDADE NA APLICAÇÃO DA SANÇÃO	
POR INOBSERVÂNCIA DO DEVER FAMILIAR	60
4.5 DA SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR POR VIOLAÇÃO DO DIREITO	
AO LAZER	65
CONCLUSÃO	69
REFERÊNCIAS	71

INTRODUÇÃO

O lazer é visto na atualidade como um fator indispensável ao ser humano e à sociedade como um todo.

Consciente de sua importância, necessário ser fez conceber alguns conceitos a respeito e estabelecer uma série de normas que o regulamentaram.

O direito ao lazer passou a ser reivindicado pelas mais variadas camadas da população em todo o mundo.

Espaços específicos passaram a ser construídos, adaptados, ampliados, preservados.

As pessoas, as famílias, as comunidades, as entidades governamentais e não-governamentais, o Estado brasileiro como um todo se mobilizaram, pressionaram no sentido de um avanço passo a passo em direção a um estágio satisfatório do exercício do lazer.

Estudiosos passaram a debater o assunto (lazer), material profissional e intelectual foi produzido, conceitos foram propostos e aperfeiçoados, exemplos do que é lazer mundo afora foram incorporados aos debates. Profissionais se mobilizaram e continuam atuantes na busca de uma permanente evolução do real sentido do lazer.

O Direito não poderia ficar de fora. Cresceram as postulações, os regramentos, as normas específicas, a conscientização, a determinação de limites e de punições decorrentes de infrações.

A família esteve presente no centro das preocupações e das atenções voltadas para o lazer.

Presente a família, presente o poder familiar conseqüentemente.

Inserida a família, necessário ser fez e se faz a estruturação organizada do lazer dentro do poder familiar.

Este conjunto de fatores constitui o foco desta pesquisa.

2 DIREITO AO LAZER: NATUREZA JURÍDICA

2.1 CONCEITO

O conceito de Direito ao lazer foi alvo de importantes reflexões ao longo da história. No transcorrer de cada época, percebe-se que as necessidades foram se moldando e se tornando cada vez mais inerentes à condição de ser humano, no que tange tanto ao aspecto social, econômico, quanto ao físico e psicológico. O desenvolvimento da sociedade e suas transformações se refletiram também neste conceito de Direito ao lazer.

Diversos pensadores tentam conceituar o lazer. Cada um deles utiliza para tal, frequentemente, a sua carga valorativa, a sua visão sobre o mundo e sobre a sociedade. Há estudos mais evoluídos sobre o lazer na seara da sociologia e psicológica. Porém, lamentavelmente, os estudos sobre o lazer no campo jurídico ainda é bastante escasso, contribuindo para a falta de conscientização sobre sua importância. Ocorre que esta é uma tarefa um tanto quanto polêmica devido a sua subjetividade. Nesta monografia serão pontuados alguns destes conceitos.

Quanto à origem, conceito e etimologia da palavra “lazer”, Raquel, Alexandre, Edner e Micael (2011, p.1) expõem:

O lazer surgiu durante a segunda metade do século XX e no início do século XXI. Pode-se dizer que é um conjunto de ocupações às quais o indivíduo pode entregar-se de livre vontade, seja para repousar, divertir-se, recrear-se e entreter-se (Dumazedier). A palavra lazer deriva do latim *licere*, ou seja, “ser lícito”, “ser permitido”.

Como explicado, lazer deriva do “ser permitido”, do ter liberdade, voluntariedade, afinal, só se tem liberdade quando há escolhas, sem pressões alheias à sua vontade.

Indubitável que o lazer está diretamente relacionado com o tempo livre. Márcio Batista de Oliveira (2017, p. 1 - 2) preleciona que o tempo livre é uma das mais importantes fontes criadoras artística e filosoficamente, conforme a evolução histórica. Na Grécia, o tempo livre foi o que determinou o desenvolvimento da cultura, da ética e da moral ocidental. Já em Atenas, o tempo livre dos cidadãos era destinado para o ócio e para a criação. Este ócio da antiga Grécia fez surgir o

desenvolvimento da cultura e do pensamento. Com a revolução industrial, novo modo de organização capitalista, surgiu o lazer no modelo atual.

Assim, o tempo livre é desfrutado de acordo com o momento social, sendo responsável pelo desenvolvimento de diversos setores, como o da filosofia, arte e sociologia.

Ao observar a evolução histórica, consegue-se ainda mais notar a extrema importância do lazer em todos os setores da humanidade. Há interferência no meio social, filosófico, sociológico, econômico, dentre outros.

Nelson Carvalho Marcellino, Tânia Mara Vieira Sampaio, André Henrique Chabaribery Capi e Débora A. Machado da Silva (2007, p.11) observam que:

O lazer surge, portanto como fruto da revolução industrial, fundamentado numa idéia de homem diferente daquela existente na sociedade rural. Um homem que passa a ser movido por normas e valores veiculados pelos meios de comunicação de massa e pelos pares. Neste sentido a influência de outros países passa a ser mais uma variável a ser considerada; afinal nesses o processo urbano-industrial já se consolidava, enquanto que no Brasil ele ainda se estruturava. Alguns teóricos da sociologia do lazer, entre eles Joffre Dumazedier (grande influenciador do debate sobre o lazer no Brasil), chegaram mesmo a prever a instauração de uma “civilização do lazer”, fato que, mesmo com o desenvolvimento tecnológico, não tem se mostrado possível.

Com a revolução industrial, o lazer passou a ser influenciado pelos meios de comunicação de massa e pelo sistema capitalista. Portanto, a fundamentação do lazer acompanha o desenvolvimento social.

Marcela Andresa Semeghini Pereira (2009, p.16) assevera que:

Com o surgimento da urbanização e da industrialização, os meios de comunicação de massa se desenvolvem, surge a moderna e se fortalece o lazer de massa. Os meios de comunicação de massa, a industrialização e a urbanização padronizaram as condutas sociais no lazer como elemento cultural de uma sociedade pertencente à indústria cultural.

Cumpramos ressaltar a irracionalidade que a massificação do lazer traz. O lazer, constantemente, não se torna mais individual, livre, pois é utilizado como manobra capitalista para produzir e vender mais e mais, sem a essencial educação dos sentidos, estimulando o consumismo desenfreado, sem uma análise e discernimento para utilizar o lazer como algo realmente bom e útil.

Ana Lucia Santana (2007, p.1) ensina:

O Lazer também é comumente classificado como Passivo ou Ativo. O Passivo é aquele que aliena o ser, e o envolve na teia consumista gerada pela Indústria Cultural, na qual o consumidor não passa de mais uma peça

da engrenagem. Ele é inserido no mercado, hipnotizado pelo universo da publicidade, e neste sentido o Lazer também se transforma em um produto, acessível não mais apenas pelo tempo de que a pessoa dispõe, mas principalmente pelo capital, item fundamental.

No sentido passivo, então, o lazer está relacionado com o aspecto de alienação, de ausência de visão crítica e seletiva, como um objeto de manobra de uma cultura de massa, de uma vontade que, não necessariamente é própria do indivíduo, e sim da influência de uma sociedade moderna capitalista, guiada pela mídia e seus interesses obscuros.

Ao comungar com este mesmo pensamento, Marcela Andresa Semeghini Pereira (2009, p.8) entende que o tempo de lazer deve ser aquele privilegiado, que gere transformações sociais, morais e políticas. Assim, pode-se perceber na sociedade contemporânea o que ocorre é o antilazer, o oposto do lazer, pois o tempo de lazer é apenas utilizado para fomentar a alienação e manter as pessoas subordinadas à sociedade industrial, capitalista, instrumento de dominação.

Esta é uma triste realidade, comumente presenciada neste capitalismo selvagem, desenfreado, que visa apenas o lucro, a qualquer custo, não importando o meio e as consequências para os indivíduos que são usados como instrumentos para que o objetivo maior desta sociedade industrial continue funcionando eficazmente. A comunidade, sem perceber, constantemente se torna uma massa irracional, incapaz de escolher ou de censurar o que a ela é em demasia ofertado, sendo impotente, facilmente manipulada e principal vítima deste sistema econômico.

E complementa Ana Lucia Santana (2007, p.2):

Já o Lazer ativo possibilita uma nova enunciação das múltiplas vivências, uma conversão das atividades em conhecimento, em expressão criadora e em novos olhares e potencialidades. Neste campo é permitida uma maior convivência social e uma melhor qualidade de vida. Simultaneamente o ser encontra o desejado deleite e o imprescindível repouso.

Quanto à classificação como lazer ativo, esta já está mais direcionada ao lazer produtivo, intelectual, de aquisição de novas informações, conhecimento, juntamente com o descanso almejado.

Georgenor de Souza Franco Filho (2010, p. 8), lucidamente, aduz quanto ao conceito do Direito ao lazer que:

Devemos entender como aquele que possui a pessoa humana de usar seu tempo livre em atividades e ações que lhe sejam prazerosas, não necessariamente relacionadas com seu trabalho, porquanto deve ser aquele

disponível para a convivência familiar, prática esportiva ou alguma atividade artística, intelectual ou simplesmente ócio.

O Direito ao lazer abrange também o direito ao entretenimento, estando incluso neste item o direito de praticar esportes, proporcionando, no caso do tema desta monografia, ao menor, a noção hierárquica (obediência aos superiores), disciplina (pois deve cumprir horários, comparecer aos treinos, ter bom comportamento), superação (conhecer os seus próprios limites, e, sendo cabível, superá-los; assim como não se deixar abater mediante uma derrota), determinação (aprender a ter foco e persegui-lo), comprometimento (ter noção de sua atuação e importância num grupo, coletividade, fazendo a sua parte), dedicação (mesmo mediante a algum problema, persistir, não desistindo dos seus objetivos, ainda que o cansaço esteja quase prevalecendo), além de ser uma atividade física (o que auxilia no tratamento de saúde, melhora a condição física, desenvolve a musculatura, estimula a coordenação motora, o raciocínio lógico e ajuda alguns órgãos do corpo a exercerem melhor as suas atividades).

Observa Ana Lucia Santana (2007, p.1):

Sem falar que o Lazer também está ligado ao âmbito pedagógico. Neste sentido, se ele é exercitado corretamente, pode colocar em prática os 'Quatro Pilares da Educação' de Delors: aprender a conhecer e a pensar; a fazer; a viver juntos, ou com os outros; a ser. Portanto, o papel do Lazer não é somente divertir alguém, vai além desta vaga função.

Esses pilares representam aspectos essenciais para o homem, quando este se torna consciente da sua função social, da sua importância quanto indivíduo, assim como o viver numa comunidade. É uma reflexão profunda que toda pessoa capaz de ter discernimento e consciência dos seus atos, de suas responsabilidades, inclusive no meio social, precisa realizar para se tornar um ser melhor.

Leda J. Dall Acqua (2011, p.1) analisa duas dimensões ligadas ao lazer:

Para identificação da figura do lazer e sua importância ao ser humano, é necessária a análise de duas dimensões, nas quais está inserido o lazer, quais sejam: Dimensão Humana e Dimensão Econômica. [...] Analisando o lazer na Dimensão Humana tem-se o mesmo como necessidade biológica do ser humano, necessidade social, psíquica e existencial. [...] Já o lazer na dimensão Econômica, é visto como a necessidade de descansar o corpo físico para iniciar outro labor no dia seguinte a fim de não se perder a produção que este oferece.

Essas dimensões reiteram tudo o que já foi explicado. A importância do lazer, seja em qualquer dessas esferas, é inquestionável, possuindo reflexos em toda a sociedade.

Porém, diante de toda esta explanação, percebe-se que rotular o lazer acaba sendo contraditório com a sua própria finalidade maior, que é ser livre. Talvez, para fins de estudos, para que se tenha uma melhor delimitação, faça sentido haver essas divisões. Porém, para fim de lazer na educação familiar, que é o assunto deste trabalho científico, o lazer não precisa ser dividido, estigmatizado, ele precisa apenas ser.

O lazer nada mais é do que a pessoa ter liberdade para escolher o que quer fazer no seu tempo livre, seja para poder espalhar, desopilar, fugir das obrigações impostas pela correria do cotidiano, ir a um cinema, parques, circos, teatros, museus, praias, confraternizações, viagens, fazenda, pescar, subir numa árvore para colher seus frutos, ficar ouvindo histórias dos mais velhos, se dedicar à religião, lanchar na rua, no restaurante, ir a um barzinho, ficar ouvindo música, visitar familiares e amigos, assistir seriados, desenhos, filmes, ler uma revistinha em quadrinho, ler um bom livro, de conteúdo complexo, desenvolvendo o intelecto, ou se permitir a apreciar um livro ou revista fútil, dar risada, escrever, sair da formalidade de vestimenta ou de comportamento, ter contato com a natureza, assistir a um pôr do sol, tomar banho de piscina, tomar banho de chuva, tomar banho numa cachoeira, poder ir para uma casa de praia, para um show, para uma atividade de recreação, navegar pela internet, relaxar num sofá, deitar numa rede, brincar, jogar vídeo game, jogar usando tabuleiros, jogar no meio da rua, praticar qualquer esporte, ir a um shopping, cozinhar para amigos ou para seu afeto, ter paz para poder se inspirar numa criação artística, estudar o assunto que quiser, cantar, dançar, sentir prazer, ter livre vontade... é reencontrar consigo próprio...trata-se de um ânimo essencial para enfrentar todos os deveres outra vez.

Imperioso se faz, todavia, que o indivíduo esteja convicto de que esta vontade é realmente sua, apenas sua, livre de coações, de manipulações midiáticas, do consumismo irracional, da sociedade industrial capitalista. Então, o ponto central é descobrir se a vontade vem do próprio homem, e não de mensagem subliminares de interesses obscuros. Seja para ter atitude ou deixar de tê-la, desenvolver sua cultura ou apostar em assuntos simples, sem maiores aprofundamentos intelectual, seja para aproveitar intensamente o dia, ou apenas ficar parado contemplando-o.

A análise deste Direito requer um grau de conscientização e de empatia fundamentais. Se colocar no lugar de outra pessoa e tentar compreender esta,

talvez diferente realidade, com a capacidade de reconhecer e sentir as emoções do outro, se faz de extrema importância para entender o que preenche a necessidade de cada um. Ou seja, se transportar para outro universo, captar outras emoções, perceber a vida de outrem e senti-la, são observações cruciais para uma equilibrada compreensão deste Direito.

O homem, então, almeja o Direito ao lazer, na atualidade, de acordo com a realidade experimentada ou ofertada pela contemporaneidade e que são adequadas a uma determinada qualidade de vida. O Direito ao lazer passou a ser, então, considerado como uma necessidade pessoal irrenunciável.

E este tema se torna ainda mais cauteloso quando as partes envolvidas referem-se ao poder familiar. Nestes casos, todo zelo, atenção e ponderação ficam ainda mais acentuados.

Quanto ao menor, sua proteção torna-se o maior foco, o principal interesse. Perquirir o bem-estar do menor (criança e adolescente), resguardando todos os seus direitos, é o que impulsiona a base do seu Direito ao lazer, sendo este menor um ser dependente, sedento de amor, carinho, atenção, saúde física e mental, moradia, alimentação, segurança, proteção, paz, disciplina, respeito, educação e lazer. Sim, de lazer, num olhar especial.

O lazer é um direito de extrema importância, que não pode ser esquecido e nem violado, numa escala de valoração. O lazer é primordial para que se tenha um bom equilíbrio psicológico, é cultura, é energia para enfrentar o dia-a-dia, é socializar, é refletir, é sonhar, enfim, é viver.

Como bem elucida Georgenor de Souza Franco Filho (2010, p. 11):

No particular, ressalte-se que, no mundo hodierno, conturbado, poluído e apressado, o stress toma conta das pessoas e atividades dessa natureza servem de paliativo para reduzir os desgastes naturais, inclusive ajudando na recuperação das pessoas para a labuta diária.

Depreende-se deste trecho uma observação alarmante, que se refere ao *stress* no mundo moderno. Para que o homem consiga permanecer no bom padrão de vida que leva, termina tendo que trabalhar demasiadamente. O mesmo ocorre com aqueles que querem mudar e melhorar o seu padrão de vida. Surgem daí as cobranças, os compromissos inadiáveis, o trabalho excessivo, as horas extras, a falta de tempo, a falta de cuidado, a falta de atenção, e todos esses comportamentos

terminam refletindo nos filhos. Esta é uma das principais causas do *stress* da criança e do adolescente.

A origem do *stress* do menor pode vir de diversos setores, sendo na sua maioria gerado pela falta de atenção e de comprometimento dos pais, ou pela falta de um dos outros deveres que lhes cabem, como a alimentação, segurança, educação e moradia. Por vezes, essas crianças e adolescentes ficam durante o dia sob o cuidado dos avós, que, com frequência, fazem suas vontades sem estabelecer certos limites necessários, ou por cuidadores, que, geralmente, não tem educação o suficiente para lidar com estes menores. Vale ressaltar que nesta monografia não serão levantados os problemas psíquicos advindos do próprio menor, o que também são fontes de *stress*.

O menor *stressado* apresenta alguns comportamentos típicos, como: impaciência, nervosismo, déficit de atenção, baixa estima, revolta pessoal e social, dificuldade de aprendizado, ansiedade, dificuldade de se relacionar socialmente e afetivamente, insônia, dentre outros sintomas.

O tema é tão complexo, que, se esses comportamentos não forem observados em tempo hábil, e, se não houver uma intervenção adequada de quem detém o poder familiar, danos maiores podem acontecer. Pode-se citar como exemplo adentrar no mundo das drogas, gerando um vício extremamente perigoso, agir com agressividade, mesmo com entes queridos, ocorrer a perda do ano letivo escolar e, até mesmo, numa situação extrema, o suicídio.

Neste diapasão, o Direito ao lazer se apresenta como uma maneira de aliviar as tensões, de evitar maiores transtornos, como, por exemplo, os já citados acima. Este direito visa dar um suporte físico e psicológico à criança e ao adolescente, assim como os proporcionar uma qualidade de vida mais digna e plena, sem traumas, preservando o que é necessário para que tenha um bom desenvolvimento como seres em estágio de formação pessoal.

Conforme esclarecem Raquel, Alexandre, Edner e Micael (2011, p.1):

Compreendendo-se lazer como necessidade cotidiana, espaço privilegiado de expressão do ser humano, ligado à existência social e histórica, compreende-se também que ele é influenciado e pode influenciar nossas relações socioculturais e possibilitar contatos sociais, convívio fraterno, criatividade, melhorando dessa forma, nossa vida.

Pode-se extrair, então, que o Direito ao lazer é fator de interferência no convívio social, fraterno, agindo diretamente no bem-estar do ser humano e, indiretamente, contribuindo para uma coletividade mais tranquila e renovada emocionalmente.

O lazer é uma necessidade de extrema importância para todo e qualquer homem, devendo-se ter uma atenção ainda mais cuidadosa com os mais vulneráveis, como os menores de idade e os idosos.

Assim, ter direito ao lazer é ter direito a uma vida com liberdade, com energia renovada, uma vida mais alegre, completa, leve e feliz.

2.2 DOS DIREITOS HUMANOS, DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS SOCIAIS

Para uma melhor compreensão sobre a importância do Direito ao Lazer, faz-se necessário conceituar e diferenciar os direitos humanos, direitos fundamentais e os direitos sociais.

Otávio Calvet (2010, p. 37) ensina que os direitos humanos são os previstos em normas internacionais, como os Tratados e Convenções Internacionais.

Assim, o alcance dos direitos humanos é muito mais amplo, mais abrangente, pois ultrapassa os limites da nacionalidade. Os direitos humanos possuem projeção internacional.

Marcela Andresa Semeghini Pereira (2009, p.10) explica que:

Os direitos fundamentais primam em garantir uma vida digna, em que os princípios da igualdade, da liberdade e da fraternidade devem ser objetivados e respeitados, sem distinções entre os homens. Constitui garantia fundamental, pois sem este direito a pessoa não sobrevive, ou não possui vida social e a todo homem cabe o reconhecimento e a consolidação destes. Os direitos fundamentais são inerentes ao homem, são inalienáveis (intransferíveis, não se pode desfazer deles), são imprescritíveis (nunca deixam de ser exigíveis) e irrenunciáveis (não se renuncia).

Como exposto, os direitos fundamentais visam assegurar condições para que o homem possa viver com dignidade, usufruindo de todo o necessário para que obtenha uma qualidade de vida respeitável.

George Marmelstein (2014, p. 17) aduz que:

[...] os direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de delimitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.

Depreende-se que os direitos fundamentais estão positivados na Constituição Federal de 1988, devido a sua importância axiológica, ou seja, devido ao conjunto de valores representados nestes conceitos. São normas jurídicas que se referem à dignidade da pessoa humana, tema abordado em breve nesta monografia, e à limitação do poder.

Os direitos fundamentais estão positivados, a princípio (pois existem outros dispositivos constitucionais que estão sendo veiculados como direitos fundamentais e que não estão dispostos neste Título próprio), no Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, da Constituição Federal de 1988.

No Capítulo I deste título II, tem-se Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, cujo caput do art. 5º da Carta Magna estabelece: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”, seguindo do inciso I até o inciso LXXVIII e seus parágrafos.

Este artigo coloca todos os brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil como iguais, assim como visa preservar e proteger os direitos tidos como fundamentais a um indivíduo para que se consiga ter uma qualidade de vida digna.

Ocorre que, costumeiramente, nota-se que diversos destes direitos citados acima são violados.

Quanto aos direitos sociais, nos dizeres de Marcela Andresa Semeghini Pereira (2009, p.10), são:

Os direitos sociais, um dos tipos de direito fundamental, são apontados como liberdade positiva que deve ser vigiada de forma obrigatória em um Estado social de Direito e tem como finalidade a melhoria nas condições de vida dos mais fracos e mais carentes devendo ampará-los evitando a distinção social. tais direitos são essenciais, sendo de obrigação do Estado à preservação destes tendo como função e objetivo preservar e resgatar a igualdade social.

Os direitos sociais são, portanto, de responsabilidade do Estado, tendo como escopo promover a igualdade social entre os indivíduos, e preservar os direitos que garantam uma boa condição de vida para os que deles necessitem.

Imperioso se faz compreender a responsabilidade do Estado para com o direito social, porém, não se ater a esta responsabilidade como sendo exclusivamente estatal, escusando as obrigações sociais de cada qual, seja como indivíduo, seja como pessoa jurídica, seja como comunidade, seja no âmbito familiar. Este aspecto será abordado mais adiante nesta monografia.

2.3 A PERSONALIDADE E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Para que se tenha um conhecimento mais aprofundado sobre a complexidade do Direito ao lazer, mister se faz tecer alguns comentários e conceitos sobre a personalidade e sobre o princípio da dignidade da pessoa humana.

Roxana Cardoso Brasileiro Borges (2010, p. 335), de maneira bastante lúcida, ensina que:

A melhor definição dos direitos de personalidade se dá pela descrição de seu objeto ou de seu conteúdo. O objeto dos direitos da personalidade são projeções físicas ou psíquicas da pessoa, ou as suas características mais importantes. As projeções da personalidade, suas expressões, qualidades ou atributos são bens jurídicos e se apóiam no direito positivo. Os direitos da personalidade são uma categoria especial de direito, diferente dos direitos obrigacionais e dos direitos reais. Por meio dos direitos de personalidade se protegem a essência da pessoa e suas principais características. Os objetos dos direitos de personalidade são os bens e valores considerados essenciais para o ser humano. São caracterizados por uma não-externalidade e constituem categorias do ser, não do ter.

Assim, como a nomenclatura já remete, os direitos de personalidade estão diretamente relacionados com a própria personalidade do ser humano. São direitos que caracterizam o ser, suas expressões, projeções físicas ou psíquicas do indivíduo, qualidades e atributos como bens jurídicos positivados. Tutelam a essência do ser, e não do ter, protegendo os bens e valores indispensáveis para o ser humano.

Roxana Cardoso Brasileiro Borges (2005, p. 8) aduz que:

No direito brasileiro a personalidade jurídica é tradicionalmente definida como um atributo jurídico. Como atributo jurídico, depende do ordenamento jurídico. O ordenamento brasileiro atribui personalidade jurídica a entidades (seres humanos ou abstrações) que passam a ser consideradas sujeitos de direito. Portanto, personalidade jurídica e sujeitos de direito são categorias interligadas e originárias do ordenamento jurídico de certo momento histórico.

Os direitos da personalidade foram inseridos no Código Civil de 2002, na Parte Geral, Livro I Das Pessoas, Título I Das Pessoas Naturais, Capítulo II, Dos Direitos da Personalidade, arts. 11 a 21.

Vale ressaltar que o rol dos direitos da personalidade é um rol meramente exemplificativo. Os mais conhecidos direitos da personalidade são: Direito ao nome, Direito ao próprio corpo, Direito à imagem, Direito à privacidade e Direito à morte digna. Porém, esta classificação dos direitos da personalidade vai variar de acordo com cada autor. Ocorre que neste trabalho científico de monografia não se entrará neste mérito.

Roxana Cardoso Brasileiro Borges (2010, p. 348) observa que:

As mais recentes decisões jurisprudenciais a respeito dos direitos da personalidade, assim como o desenvolvimento doutrinário, levam à interpretação de que, atualmente, a personalidade jurídica é um valor do nosso ordenamento, um valor jurídico que informa não apenas o direito privado, mas também o direito público. Os direitos da personalidade são os considerados essenciais à pessoa humana, visando à proteção de sua dignidade. Diante disso, em nosso direito, cada vez mais o conceito “personalidade” se aproxima do valor “dignidade”.

Como os direitos da personalidade referem-se aos valores essenciais da pessoa humana, suas características mais importantes, ligadas ao ser, então, por consequência lógica, seu conceito se relaciona, de maneira muito próxima, com o valor da dignidade.

Roxana Cardoso Brasileiro Borges (2010, p. 352) ensina que:

Com a ampliação dos direitos fundamentais e sua incidência nas relações privadas, houve, paralelamente, uma hipertrofia da categoria dos direitos de personalidade. Tanto que, atualmente, vemos, de um lado, uma lista de direitos de personalidade “clássicos” e, de outro lado, listas mais extensas, que abrangem praticamente a maior parte dos direitos fundamentais, inclusive os sociais, como direitos de personalidade. [...]

Esta crítica está sendo feita por alguns juristas, uma vez que incluir a maioria dos direitos fundamentais e considerá-los como sendo direitos de personalidade somente serve para causar um aumento desnecessário nesta categoria e fazer uma confusão entre seus conceitos. Não se faz razoável simplesmente misturar tudo e fazer uma classificação abarrotada e generalizada dos direitos de personalidade. Cada classificação precisa ser considerada, analisada e respeitada de acordo com suas características.

Vale frisar, portanto, que todo direito da personalidade é direito fundamental, mas nem todo direito fundamental é direito da personalidade, como, por exemplo: a propriedade privada.

Será enfrentada agora a temática da dignidade da pessoa humana para que possa adentrar na ligação direta com o Direito ao lazer.

A dignidade da pessoa humana está tipificada na Constituição Federal de 1988, no Título I, Dos Princípios Fundamentais, *in verbis*:

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;

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

V - o pluralismo político.

Depreende-se da disposição da positivação da dignidade humana a sua indubitável essencialidade na vida do ser humano, estando elencada propositalmente logo no primeiro artigo da Carta Magna, como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Roxana Cardoso Brasileiro Borges (2010, p. 348 - 349), com sua costumaz perspicácia, explica:

Uma vez que a dignidade humana é inserida no ordenamento por meio do art. 1º, III, da Constituição, o valor da dignidade da pessoa humana torna-se, explicitamente, um princípio, uma norma de dever-ser, com caráter jurídico e vinculante, não podendo mais ser considerado apenas um valor cujo caráter seria somente axiológico. Embora os valores emanem a todo o momento do ordenamento jurídico, quando um desses valores é juridicizado e transformado em princípio, sua força vinculante é maior e sua carga axiológica passa a ter caráter obrigatório, constitui-se norma, tendo, portanto, caráter deontológico, e, por estar no ordenamento jurídico como princípio fundamental, vincula todas as esferas jurídicas.

Sendo assim, ao ser estabelecida na Constituição Federal de 1988, no art. 1º, III, a dignidade humana deixa de ser apenas um valor com caráter apenas axiológico e assume a posição explícita de um princípio, com característica jurídica e vinculante a todo o ordenamento jurídico, ou seja, com caráter obrigatório, tornando-se uma norma de dever-ser.

Faz-se necessário tecer esses comentários a respeito do princípio da dignidade da pessoa humana e da personalidade para que consiga compreender, nesta monografia, o posicionamento adotado quanto o Direito ao lazer.

Márcio Batista de Oliveira (2017, p. 8), com uma visão muito sensata e persistente, elucida:

No Estado Democrático de Direito que tem como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, a formação do homem social é necessária e o lazer é uma das condições primeira que possibilita ao homem encontrar-se como humano com um tempo para si, para ser pai, mãe, filho, amigo, jogador de futebol, artista, comediante, que assista filmes, leia livros, que possa ter tempo para sentir.

Neste cerne, considerando a dignidade humana como um princípio, como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, esta atua diretamente na formação do homem social, consciente, possuindo força normativa de dever-ser, de caráter obrigacional, na qual o Direito ao lazer está totalmente relacionado, podendo exercer seu tempo livre da maneira como bem escolher, podendo exercer seu papel social, sem coações, podendo e tendo o direito de ter uma vida com dignidade. Torna-se uma condição *sine qua non* para a eficácia do Direito ao lazer, assim como para a sua exigibilidade.

Então, o princípio da dignidade da pessoa humana serve de norte para o Direito ao lazer, pois é essencial para que o indivíduo consiga preservar suas necessidades como ser humano, para que se tenha uma vida digna, para que se reconheça como um ser social dotado de direitos e deveres, para que usufrua de seu tempo livre de acordo com a sua vontade, desde que respeitado o permitido, considerando o princípio da tipicidade, livre de influências com interesses obscuros somente capitalistas.

E é este princípio da dignidade humana que aumenta a força do Direito ao lazer, por ser norma deontológica, de caráter obrigatório, devido a sua disposição no art. 1º, III, da CF/88, quando assume a posição de princípio, como já explicado, pois é a partir deste posicionamento que cresce a importância do Direito ao lazer e seus reflexos na vida do indivíduo, ainda mais em se tratando de crianças e adolescentes que é o foco desta monografia.

Márcio Batista de Oliveira (2017, p. 9) assevera que:

O direito ao lazer ao ser estabelecido pelo constituinte representa uma necessidade para satisfação e garantida de dignidade da pessoa humana e

a sua desconsideração e ausência atentam contra os valores da vida e os fundamentos da República Federativa do Brasil. Na qualidade de direito fundamental são relevantes que seu reconhecimento não pode ser deixado ao deleite do legislador infraconstitucional, pois o homem tem o direito fundamental de ser reconhecido como sujeito de direitos.

Desta forma, a disposição do direito ao lazer na Constituição Federal de 1988 representa uma inquestionável conquista, pois considerar este direito reconhecido constitucionalmente traz consigo uma força necessária para a atuação da sua eficácia e exigibilidade, protegendo a satisfação e a tutela da dignidade da pessoa humana.

Serão exploradas mais adiante, nesta monografia, as consequências da não observância ou mitigação do Direito ao lazer no âmbito do poder familiar, num atentado contra os valores da vida e contra os fundamentos da República Federativa do Brasil.

2.4 PREVISÃO LEGAL

Mesmo o Direito ao lazer sendo tão complexo e essencial na sociedade, trata-se de um direito que não é sistematizado de forma organizada no ordenamento jurídico brasileiro.

Como já afirmado no capítulo anterior, o lazer não pertence a nenhuma área específica, sendo mais estudado na seara sociológica e psicológica. O enfrentamento deste tema no mundo jurídico é deveras escasso.

No Capítulo II deste citado Título II, tem-se Dos Direitos Sociais, seguindo do art. 6º ao art.11 da Carta Magna.

O art. 6º da CF/88 determina: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

Como se pode notar, o lazer está previsto neste art. 6º, dentre os direitos sociais, ressaltando que, devido a sua importância, está elencado, de maneira bastante lúcida, desde o começo da vigência da Constituição de 1988.

Georgenor de Souza Franco Filho (2010, p. 7) assevera que:

Os direitos humanos, quando constitucionalizados, são chamados de direitos fundamentais. Deles, um segmento importantíssimo é o que reúne os direitos sociais. São considerados direitos de segunda geração, onde se exige uma postura ativa do Estado (*facere*, como escrevem os italianos), no sentido de que cabe primordialmente a este prover a necessidade da sociedade.

Desta forma, ao Estado são atribuídas funções, como principal provedor das necessidades da sociedade. Cabe ao Estado proporcionar, estimular, manter e suprir essas necessidades.

O Direito ao lazer, como já informado, abrange diversos setores. Sendo assim, é fonte de influência para vários textos legislativos, eis que serão expostos alguns, a seguir.

Na Constituição Federal de 1988, Título VIII, Da Ordem Social, Capítulo III, Da Educação, Da Cultura e do Desporto, Seção III, Do Desporto, estabelece:

Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados:

I – a autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações, quanto a sua organização e funcionamento;

II - a destinação de recursos públicos para a promoção prioritária do desporto educacional e, em casos específicos, para a do desporto de alto rendimento;

III - o tratamento diferenciado para o desporto profissional e o não-profissional;

IV - a proteção e o incentivo às manifestações desportivas de criação nacional.

§ 1º O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei.

§ 2º A justiça desportiva terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final.

§ 3º O Poder Público incentivará o lazer, como forma de promoção social.

Cabe ao Estado, também, estimular o lazer, práticas desportivas formais e não-formais, como maneira de promoção social.

Neste quesito cabe uma reflexão profunda acerca do papel social de cada um. É imprescindível que se estabeleçam as atividades estatais, pois se trata do principal agente da sociedade, aquele que possui, ou deveria possuir, verbas e todo o suporte para tal feito. Porém, como é sabido de todos, nem sempre estas verbas, quando existem, cumprem a sua destinação devida, sendo desviadas para outros fins, costumeiramente, para interesses particulares de políticos, ao invés de serem realmente investidas no que lhe é cabido. Todavia, nesta monografia, não serão

adentrados os detalhes sobre tal feito de desvio, pois não há finalidade política neste trabalho científico. Sendo assim, quanto às entidades que recebem apoio de empresários, estas podem também assumir este fomento às práticas desportivas, proporcionando estímulos aos interessados. Contudo, vale ressaltar que esta tarefa deve ser, também, estendida para toda a sociedade, a partir de uma conscientização do papel que cada um exerce dentro desta, de uma responsabilidade social. Proporcionar o lazer é, portanto, dever de toda a sociedade, consciente, assim como é direito comum a todos. E é exatamente este, o Direito ao lazer, que cabe ao menor perante a quem exerce o poder familiar. Trata-se de uma necessidade da criança e do adolescente. E a violação a este direito deve ser fortemente combatida e criticada, gerando as punições necessárias.

A Lei 9.615/98 (Lei do Desporto) também dispõe sobre o Direito ao lazer, segue *in verbis*:

Art. 3º O desporto pode ser reconhecido em qualquer das seguintes manifestações:

I - desporto educacional, praticado nos sistemas de ensino e em formas assistemáticas de educação, evitando-se a seletividade, a hipercompetitividade de seus praticantes, com a finalidade de alcançar o desenvolvimento integral do indivíduo e a sua formação para o exercício da cidadania e a prática do lazer;

Sendo assim, o desporto, como um desmembramento do lazer, é utilizado para se estabelecer limites de comportamentos, estimular a interação social, o convívio em grupo, além de proporcionar o reequilíbrio para enfrentar os desafios e conquistas de novos dias.

Georgenor de Souza Franco Filho (2010, p. 13) observa que:

A consagração constitucional do lazer, como direito fundamental social (art.6º), aliada às previsões da própria Constituição e de inúmeros textos esparsos, especialmente aqueles dedicados aos menores e aos idosos, demonstram uma significativa preocupação com um aspecto de alta relevância: o fomento da convivência humana de modo salutar.

Tanto os menores quanto os idosos, devido às suas peculiaridades, recebem um tratamento diferenciado pela legislação. Porém, a situação dos idosos não será explorada nesta monografia, a fim de que este assunto não assuma outras vertentes, pois o objetivo deste trabalho é focar no Direito ao Lazer das crianças e dos adolescentes.

O caput do artigo 227 da Constituição Federal estabelece que:

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

Desta forma, a CF/88 reconhece o lazer como um dever de todos, não somente do Estado, mas da família e da sociedade também. Percebe-se a importância deste direito por estar elencado juntamente com os outros essenciais para que se tenha uma vida com dignidade.

E é neste estímulo da convivência humana de maneira salutar, e, em especial, quanto à preservação dos direitos dos menores, no contexto do poder familiar, que o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069, de 13.06.1990) certamente se baseou.

Ao perceber a sua essencialidade, o legislador infraconstitucional cuidou de prever o lazer em determinados artigos.

Dispõe o art. 4º do ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente):

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

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

Observa-se que, quando se trata de criança e adolescente, todo o cuidado é fundamental. Os direitos, inclusive o do lazer, como elencado neste artigo, precisam ser preservados cuidadosamente.

O lazer está estabelecido, portanto, como um dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público.

O Direito ao lazer também está previsto no art. 59 do ECA. Segue *in verbis*: “Art. 59. Os municípios, com apoio dos estados e da União, estimularão e facilitarão a destinação de recursos e espaços para programações culturais, esportivas e de

lazer voltadas para a infância e a juventude.” É fácil notar, portanto, a função do lazer no desenvolvimento do menor.

O art. 71 do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que: “A criança e o adolescente têm direito a informação, cultura, lazer, esportes, diversões, espetáculos e produtos e serviços que respeitem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.”

É exatamente por ser uma pessoa em desenvolvimento, que a criança e o adolescente merecem uma atenção especial. É neste período de vida que se forma o caráter e a personalidade do indivíduo. Então, é nesta fase que a educação, a cultura, o meio em que se vive, a arte, a música, o lazer, incluindo o esporte e demais desmembramentos, como a convivência familiar e social, irão formar uma nova pessoa, que passará a pensar e agir por si própria, carregando consigo toda a carga valorativa vivenciada ou a que se tenha conhecimento, assim como todo e qualquer trauma adquirido na infância e/ou na adolescência.

Georgenor de Souza Franco Filho (2010, p. 12) ressalta que mesmo os menores infratores têm essas garantias preservadas, de acordo com o art. 90 c/c art. 94, inciso XI, do ECA, perante entidades governamentais e não-governamentais que o Estado fiscaliza (art. 95 e seguintes do ECA). Seguem os artigos *in verbis*:

Art. 90. As entidades de atendimento são responsáveis pela manutenção das próprias unidades, assim como pelo planejamento e execução de programas de proteção e sócio-educativos destinados a crianças e adolescentes, em regime de:

- I - orientação e apoio sócio-familiar;
- II - apoio sócio-educativo em meio aberto;
- III - colocação familiar;
- IV - acolhimento institucional;
- V - prestação de serviços à comunidade;
- VI - liberdade assistida;
- VII - semiliberdade; e
- VIII - internação.

[...]

O artigo anterior c/c o art.94 do mesmo diploma:

Art. 94. As entidades que desenvolvem programas de internação têm as seguintes obrigações, entre outras:

- I - observar os direitos e garantias de que são titulares os adolescentes;

II - não restringir nenhum direito que não tenha sido objeto de restrição na decisão de internação;

III - oferecer atendimento personalizado, em pequenas unidades e grupos reduzidos;

IV - preservar a identidade e oferecer ambiente de respeito e dignidade ao adolescente;

V - diligenciar no sentido do restabelecimento e da preservação dos vínculos familiares;

VI - comunicar à autoridade judiciária, periodicamente, os casos em que se mostre inviável ou impossível o reatamento dos vínculos familiares;

VII - oferecer instalações físicas em condições adequadas de habitabilidade, higiene, salubridade e segurança e os objetos necessários à higiene pessoal;

VIII - oferecer vestuário e alimentação suficientes e adequados à faixa etária dos adolescentes atendidos;

IX - oferecer cuidados médicos, psicológicos, odontológicos e farmacêuticos;

X - propiciar escolarização e profissionalização;

XI - propiciar atividades culturais, esportivas e de lazer;

[...]

Quanto a fiscalização das Entidades, tem-se que:

Art. 95. As entidades governamentais e não-governamentais referidas no art. 90 serão fiscalizadas pelo Judiciário, pelo Ministério Público e pelos Conselhos Tutelares.

Art. 96. Os planos de aplicação e as prestações de contas serão apresentados ao estado ou ao município, conforme a origem das dotações orçamentárias.

Art. 97. São medidas aplicáveis às entidades de atendimento que descumprirem obrigação constante do art. 94, sem prejuízo da responsabilidade civil e criminal de seus dirigentes ou prepostos:

I - às entidades governamentais:

- a) advertência;
- b) afastamento provisório de seus dirigentes;
- c) afastamento definitivo de seus dirigentes;
- d) fechamento de unidade ou interdição de programa.

II - às entidades não-governamentais:

- a) advertência;
- b) suspensão total ou parcial do repasse de verbas públicas;
- c) interdição de unidades ou suspensão de programa;
- d) cassação do registro.

§ 1º Em caso de reiteradas infrações cometidas por entidades de atendimento, que coloquem em risco os direitos assegurados nesta Lei, deverá ser o fato comunicado ao Ministério Público ou representado perante autoridade judiciária competente para as providências cabíveis, inclusive suspensão das atividades ou dissolução da entidade.

§ 2º As pessoas jurídicas de direito público e as organizações não governamentais responderão pelos danos que seus agentes causarem às crianças e aos adolescentes, caracterizado o descumprimento dos princípios norteadores das atividades de proteção específica.

Desses artigos pode-se ter uma noção do Direito ao lazer e seus reflexos na vida do menor. Basta notar que este é um dos direitos expressos que o menor infrator deve ter resguardado, para que seja ao máximo preservada sua qualidade de vida, para que possa espalhar, explorar seu ócio criativo, sua cultura, esporte e o que mais o seja pertinente.

Depreende-se que, mesmo o menor sendo infrator, precisa ter suas garantias essenciais preservadas, pois se trata de um sujeito de direito que precisa ter a sua dignidade tutelada e assistida.

Neste mesmo sentido está o art. 124, XII do ECA, quando dispõe que são direitos dos adolescentes que cumprem a privação de liberdade, dentre outros direitos, o direito de realizar atividades culturais, esportivas e de lazer. Ou seja, a situação do adolescente infrator exige uma preocupação ainda maior, para que este não se torne marginalizado, depressivo, desmotivado, violento e que pretende se vingar de toda a sociedade por ali ele estar. O Direito ao lazer vai agir justamente neste ponto, propiciando para esses adolescentes momentos para relaxar, dinamizar, distrair, refletir, criar, reequilibrar, gerando um pouco o afastamento dos problemas que os cercam, se tornando, assim, um tempo muito esperado para esses adolescentes que estão cumprindo as sanções impostas pelo ECA devido às infrações por eles cometidas.

Desta forma, como já explicado acima, o Direito ao lazer atua em diversas circunstâncias, seja para garantir uma necessidade humana ao lazer, pelos motivos já citados, seja para prevenir que, focando no tema desta monografia, o menor não se sinta cessado deste direito e gere consequências desastrosas de comportamento, também já comentadas, seja, por fim, para aliviá-lo no cumprimento de sanções por ter praticado infrações tipificadas no ECA.

Neste cerne, imperioso se faz que haja uma verdadeira sistematização do Direito ao lazer, que, hodiernamente, encontra-se positivado na legislação do Brasil de maneira dispersa, e sempre em conjunto com outros direitos, ou seja, nunca isolado e organizado, como deveria ser. Então, apesar de ser um direito extremamente importante, é constantemente suprimido e desvalorizado. É inaceitável esta situação.

O Direito ao lazer necessita que seja reconhecido de forma mais ampla, e assim reconhecido e valorizado.

Desta forma, quanto mais este Direito ao lazer seja positivado de maneira adequada, sistematizado, mais força ele terá, e então, sua exigibilidade será cada vez mais natural e consciente.

Como já exposto, a ausência deste Direito ao lazer, ainda mais em se tratando de criança e de adolescente, pode trazer consequências sérias, danosas e, por vezes, irreversíveis.

Sendo assim, apesar de o Direito ao lazer ser considerado como um direito fundamental social, e de todas as conquistas históricas e, em especial, jurídicas, percebe-se que o alcance deste direito, lamentavelmente, não é para todos.

3 DEVERES INERENTES AO PODER FAMILIAR

3.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Inicialmente, como não poderia deixar de ser, sabe-se que o norte daquilo que vem merecendo a atenção de todas as camadas da população em todo o mundo é a família.

A família é a célula mater de qualquer sociedade ontem, hoje, sempre.

No início dos tempos, quando não haviam regras amplamente debatidas e escritas, parte das uniões entre as pessoas ocorriam quase que espontaneamente, movidas pela atração entre os casais.

Além disso, a própria necessidade de perpetuação da espécie conduzia as pessoas (homens e mulheres) a se procurarem e a buscarem um apoio quase que complementar.

A atração natural, motivada pela força hormonal, fazia que homens e mulheres se procurassem, se gostassem, se apaixonassem, se relacionassem e procriassem.

Nos primórdios, houve relacionamentos até mesmo entre parentes muito próximos, pois ainda não se tinha uma perfeita noção de certos limites, tanto éticos quanto biológicos.

As proles eram em boa parte bastante necessariamente numerosas.

Os homens precisavam caçar, pescar, trazer o sustento para eles próprios, como também para suas mulheres e para seus muitos filhos.

Não havia como conservar os alimentos por muito tempo, por isso as aventuras em busca de mantimentos tinha que ser permanente.

Havia muitas guerras, decorrentes da ânsia de conquistas. Famílias frequentemente ficavam desestruturadas; mulheres viúvas e filhos órfãos dos pais (homens).

A necessidade de que cada comunidade tivesse fortes e habilidosos guerreiros era vital. As guerras e aventuras em busca de riquezas e de alimentos eram uma constante.

Aliado a isso, disputas dentro das próprias famílias eram corriqueiras, visando a conquista de mulheres atraentes, bem como daquelas com grande capacidade de gerarem filhos, mulheres mais férteis.

Os rapazes eram permanentemente treinados para guerra.

Baixas (mortes e acidentes) ocorriam com frequência; irmãos se digladiavam, pais matavam filhos, filhos matavam pais, muito vezes para conquistarem ou manterem riquezas e poder.

Famílias inteiras eram dizimadas. Não raro, os ataques das feras e resultavam em pessoas devoradas. Também ocorriam as mortes provocadas por animais perigosos e peçonhentos, como as serpentes, escorpiões, aranhas etc.

As doenças e o atraso nos conhecimentos (rudimentares) no trato com a saúde, além de ineficácia dos métodos e das porções e rezas que eram feita visando as curas das pessoas.

Nos primórdios até o século imediatamente anterior, o poder familiar era tratado como Pátrio Poder, poder esse concentrado no pai.

A mãe tinha pouca ou nenhuma autoridade sobre os filhos e mesmo dentro do ambiente da família. Direitos fundamentais lhe foram negados, a exemplo do direito à educação, ao voto (impedidas de votar de serem votadas) e outros semelhantes. A mulher era tida e taxada de sexo frágil, com absurdo enquadramento como incapaz.

A evolução dos tempos, com o conseqüente aumento contínuo da demanda por mais e mais necessidades de gastos e investimentos (em educação, por exemplo), contribuíram para que o poder exclusivo no pai fosse compartilhado com a mãe.

Antes, o pátrio poder; agora, com o novo Código Civil de 2002, o poder familiar.

Objetivos e metas passaram a ser fixados com a participação da mãe, de preferência ouvindo-se os filhos. Infelizmente, esse modelo de compartilhamento ainda se verifica em um pequeno número de famílias, mas existe.

Nesse modelo desejado, os pais ficam responsáveis pelo sustento, pela segurança, pela educação, pela cultura, pelo lazer e pela condução da família rumo ao crescimento, harmonia, a manutenção de seus membros e a felicidade no lar.

Os filhos deixam de ficarem na cômoda e esvaziado papel de figurantes. Deles se espera uma aliança, colaboração e comprometimento, uma verdadeira união de forças, com o cumprimento de seus deveres no lar, na escola, na sociedade como um todo.

Aos poucos as comunidades foram aprendendo que era preciso estabelecer certas regras de conduta, regras de convívio.

Os homens eram incumbidos de promoverem o sustento e a proteção das famílias.

O poder familiar estava concentrado apenas nos homens.

Às mulheres competiam as atividades quotidianas de amparo aos filhos, ao preparo dos alimentos, aos cuidados com a saúde da prole, além das questões próprias das relações homem-mulher, da satisfação dos desejos sexuais de seus maridos.

Os cuidados com os inúmeros casos de doenças também ficavam frequentemente com as mulheres.

A mulher era considerada uma “uma pessoa menor”. A ela não era aberta a oportunidade para participação em decisões de maior relevância.

A noção de poder familiar foi sendo modificada com a evolução histórica e o desenvolvimento da sociedade. As consequências destas alterações são percebidas na legislação de todo o mundo. Nesta monografia, o interesse do estudo é a legislação brasileira.

Vale, para tal, fazer um breve apanhado histórico para que se compreenda o poder familiar nos moldes atuais.

O controle da família era determinado, durante grande parte do tempo da história da humanidade, pelo interesse apenas do homem, num costume totalmente machista. Nesta época, a mulher era desvalorizada e não tinha sua expressão e vontade reconhecidas nem socialmente, nem conjugalmente, e nem, como lógica, no ordenamento jurídico.

A mulher era considerada como “coisa”, ou seja, não era um sujeito de direitos e deveres. O poder do homem era o que predominava na família, tanto em relação a sua esposa, quanto aos seus filhos. A mulher não trabalhava, não podia votar e nem ser votada, e não possuía nenhum poder de decisão no âmbito familiar, sendo subjugada e cerceada de todos os seus direitos sociais, familiares e jurídicos.

O homem, marido, chefe de família era quem dirigia e administrava a família e a vida pessoal da mulher e de seus filhos. Ficavam todos, portanto, sob sua orientação e submissão.

Neste diapasão surge o pátrio poder ressaltado na figura paterna. As Constituições Federais do Brasil anteriores à de 1988 e o Código Civil de 1916, assim como outros textos esparsos, eram o reflexo desta dominação paterna.

Aos poucos, a mulher começa a ganhar um lugar na sociedade. Sua importância ainda era um tanto mitigada, ficava sempre como segunda opção perante o homem, marido, chefe de família.

Com o advento de algumas revoluções feministas, lutas pela igualdade de sexo, emancipação da mulher, capacidade plena da mulher casada, foi se tornando cada vez mais necessária uma adequação do papel da mulher na sociedade.

O status da mulher foi sendo transformado e as conquistas jurídicas neste aspecto tinham se tornado essenciais.

A família, então evoluiu. E o Direito de Família também.

O próprio Código Civil de 1916 foi sendo modificado como consequência destas conquistas femininas. Outras leis também tiveram sua influência para que as estruturas sociais fossem questionadas e reavaliadas.

Nota-se a colaboração do Estado na proteção do filho menor. Assim, a criança e o adolescente ganharam uma maior notoriedade e preocupação quanto a sua vida, saúde, segurança, lazer, educação, criação, enfim, no seu desenvolvimento como um todo.

A conscientização da sociedade provocou uma modificação profunda nas estruturas deste instituto do pátrio poder. Desta forma, o pátrio poder, tanto no uso desta expressão, quanto no seu significado, foi se tornando inadequado e, neste cerne, surge o poder familiar.

Desta forma, percebe-se que a história da transição do pátrio poder para o poder familiar se confunde com a própria história da luta de sexos, do empoderamento feminino e das conquistas da mulher na sociedade.

É preciso deixar claro que a mulher, ainda nos dias de hoje, é muito discriminada perante o homem, sofrendo preconceitos, inclusive em relação à sua inteligência,

como se ser mulher fosse sinônimo de falta de inteligência, de falta de capacidade, de falta de raciocínio lógico, sendo muito comum ser subestimada e ganhar menos que o homem, mesmo que exercendo o mesmo papel, no mesmo ambiente de trabalho, tendo as mesmas qualificações e mesmo tempo de serviço. Ou seja, a mulher ainda não é vista e considerada como deveria, com a sua real importância em todos os meios, seja familiar, seja social, seja no trabalho, seja em qualquer dos ramos da sua vida, mas, não se pode negar todas as conquistas já realizadas e ter a consciência de todas as outras que ainda precisam acontecer. Porém, como o tema deste trabalho científico não é a mulher no Brasil, então não serão adentrados em detalhes mais específicos do que o necessário para que o tema não se perca, até porque existem obras muito interessantes de outros autores que relatam toda esta questão de maneira mais específica e apropriada.

O poder familiar aparece trazendo o ajuste familiar tanto almejado na sociedade. Pai e mãe passam a ser considerados igualmente responsáveis pelos filhos menores, sendo compartilhados todos os deveres para com estes.

A mudança de pátrio poder para poder familiar é uma adequação da terminologia aos fatos ocorridos.

A expressão “poder” do poder familiar também é alvo de críticas, seja pelo fato de não ser exatamente poder a expressão mais adequada para significar o que os pais têm em relação aos filhos, pois é necessário que haja interesses em comum, ou seja, os interesses dos menores são respeitados, seja pelo fato de que, em determinadas situações peculiares, o poder familiar passa a pertencer a uma outra pessoa, hipóteses que serão melhores explicadas no item seguinte deste trabalho científico.

Daniel Ivo Odon (2015, p. 9-27) acrescenta:

O poder familiar compreende o conjunto de direitos e deveres dos pais no tocante à pessoa do filho. Como palestra Carlos Roberto Gonçalves, há muito não se atribui mais ao poder familiar o caráter absoluto que prevalecia no Direito romano. A partir dos longevos ensinamentos ético-sociais do Cristianismo, o poder familiar transmutou-se em instituto de caráter substancialmente protetivo que transcende a órbita privada para adentrar no espaço do direito público. Com isso, ao Estado repousa a responsabilidade de assegurar a proteção das novas gerações que representam o futuro da sociedade¹. Daí ser o poder familiar hoje encarado como *munus* público transferido do Estado para os pais, com o fito de zelar pelo futuro de seus filhos, sob a égide do mandamento constitucional do art. 226, § 7º, da CF.

Ainda dentro do mesmo contexto, Paulo Luiz Netto Lôbo (2011, p. 19-28) assevera:

O poder familiar é a denominação que adotou o novo Código para o pátrio poder, tratado no Código de 1916. ao longo do século XX, mudou substancialmente o instituto, acompanhando a evolução das relações familiares, distanciando-se de sua função originária - voltada ao exercício do poder dos pais sobre os filhos - para constituir em múnus, em que ressaltam os deveres.

A denominação ainda não é a mais adequada, porque mantém a ênfase no poder. Todavia, é melhor que a resistente expressão "pátrio poder", mantida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), somente derogada com o novo Código Civil. Com a implosão, social e jurídica, da família patriarcal, cujos últimos estertores deram-se antes do advento da Constituição de 1988, não faz sentido que seja reconstruído o instituto apenas deslocando o poder do pai (pátrio) para o poder compartilhado dos pais (familiar), pois a mudança foi muito mais intensa, na medida em que o interesse dos pais está condicionado ao interesse do filho, ou melhor, no interesse de sua realização como pessoa em formação.

Nos seus ensinamentos, Vitor Frederico Kumpel, em parceria com Ana Laura Pangeluppi (1998, p. 1-7) assim se posiciona:

Cumpra definir, preliminarmente, o conceito de pátrio poder, consoante o seu histórico no ordenamento jurídico brasileiro.

Define-se como o "conjunto de direitos e obrigações quanto à pessoa e aos bens do filho menor não emancipado, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhe impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho"².

Nosso ordenamento jurídico é baseado no direito romano. Entretanto, o instituto do pátrio poder já tinha sofrido, mesmo antes da adoção da denominação "poder familiar", profundas alterações ao longo do tempo. Não é por outro motivo que para Silvio Rodrigues, "comparando o pátrio poder na forma como se apresentava na Roma antiga, com o mesmo instituto na roupagem que hoje o reveste, nota-se uma tão profunda modificação em sua estrutura, que não se pode acreditar se trata da mesma instituição"³.

Contudo, não se utiliza o instituto do pátrio poder nos Tribunais. Natural, no entanto, esse desuso. Com a transformação do direito de família e da própria família, a guarda ganha total autonomia. A mudança de nomenclatura "pátrio poder" para "poder familiar" implicou, na realidade, no efetivo desuso, conforme acima mencionado.

O poder familiar constitui uma responsabilidade comum dos genitores, de prestar aos filhos, enquanto civilmente incapazes, o necessário ao seu sustento, proporcionando-lhes alimentação, vestuário, educação, moradia, lazer, assistência à saúde, em conformidade com os artigos 227 da Constituição Federal e o artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente¹¹.

Maria Helena Diniz (2007, p. 515) destaca que "o poder familiar decorre tanto da paternidade natural como da filiação legal, e é irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível. As obrigações que dele fluem são personalíssimas".

Cumpra salientar que, apesar das críticas, e considerando que dificilmente se encontrará uma nomenclatura que consiga abranger todas as possíveis hipóteses legais, a expressão poder familiar é a que é utilizada pela doutrina e pela legislação brasileira.

Sendo assim, pai e mãe, no poder familiar, passam a ser considerados na mesma ordem de condições e importância, respeitando a ordem constitucional da igualdade entre os sexos.

Assim, houve um deslocamento do centro de poder, saindo da exclusividade da figura paterna e assumindo o poder familiar para ambos os pais.

No poder familiar ambos os pais têm os deveres de criar, educar e suprir todas as necessidades fundamentais para que seus filhos menores possam ter uma vida com qualidade, baseado no princípio da dignidade da pessoa humana.

Vale frisar que não serão adentrados detalhes sobre o instituto da guarda e suas nuances polêmicas nesta monografia para que o tema real seja preservado, e não desviado muito do foco.

O Estatuto da Criança e do Adolescente é um dos textos infraconstitucionais que estabelecem preceitos referentes ao poder familiar.

E é neste modelo de poder familiar que as vidas das crianças e dos adolescentes devem ser analisadas. E é neste modelo de poder familiar que surge, por conseguinte, o Direito ao lazer.

O Direito ao lazer vem abarcar um dos direitos necessários que todo o ser humano precisa exercer, e o menor, em especial, por ser mais vulnerável, e sendo um ser em formação física e psicológica, fica numa situação ainda mais especial.

No poder familiar precisa ser considerado e oferecido à criança e ao adolescente um dever de cuidado, de proteção, de zelo, de distração, de tempo livre para brincar, jogar, estudar o que quiser, praticar esportes, encontrar com amigos e familiares, sair pra passear, enfim, ter Direito ao lazer e tudo o mais já relacionado no capítulo anterior.

Assim, o Direito ao lazer está diretamente relacionado com os deveres que ambos os pais precisam oferecer para a criança e o adolescente. E este direito não pode ser suprimido para que não acarrete em traumas psicológicos, ou mesmo físicos,

que acompanharão por toda a vida destes menores, como já explicado no capítulo anterior.

3.2 PREVISÃO LEGAL

Ao acompanhar a evolução social, o legislador foi alterando os textos do ordenamento jurídico brasileiro, assim como fazendo surgir outros tantos textos importantíssimos para o estabelecimento do poder familiar.

Percebe-se, assim, que as conquistas históricas foram fundamentais para o reconhecimento do poder familiar nos dias atuais.

Serão citados, nesta pesquisa, alguns destes textos modificadores e inovadores que serviram de base para o modelo que se considera hoje como do poder familiar.

O decreto-lei 5.213 de 21 de janeiro de 1943, no seu art. 1º, estabeleceu a redação do art. 16 do decreto-lei n. 3.200, de 19 de abril de 1941, *in verbis*:

Art. 1º O art. 16 do decreto-lei n. 3.200, de 19 de abril de 1941, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 16. O filho natural, enquanto menor, ficará sob o poder do progenitor que o reconheceu, e, se ambos o reconheceram, sob o do pai, salvo se o juiz decidir doutro modo, no interesse do menor.

Depreende-se que o legislador, mesmo sob a influência do domínio da figura do pai, começa a admitir a importância da figura materna, ao considerar a hipótese de, se for devido ao interesse do menor, o juiz poderá decidir por qualquer dos pais, se ambos tiverem reconhecido o filho natural, para ter o poder sob este, enquanto menor. Este reconhecimento é fruto de uma transformação de pensamentos e conscientização social.

O art. 380 do Código Civil de 1916 também comunga deste começo de evolução. Segue:

Art. 380. Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade.

Parágrafo único. Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz para solução da divergência.

Observa-se que, mesmo à mulher cabendo apenas o papel de colaboradora, e do privilégio do marido perante a relação conjugal, perante o seu papel como pai,

detentor do pátrio poder, já se consegue observar o início de um despertar da consideração da mulher na relação familiar, ainda esta esteja em segundo plano diante do marido. Percebe-se esta evolução pela antiga redação do art. 380 do Código Civil de 1916, que determinava: “Art. 380. Durante o casamento, exerce o pátrio poder o marido, como chefe da família (art. 233), e, na falta ou impedimento seu, a mulher.”. Ou seja, ainda que pouca, é preciso que se reconheça que houve uma evolução familiar neste sentido.

Vale salientar que o quadro de opressão da mulher perdurou, de forma mais acentuada, muitos anos, então qualquer luta e reconhecimento para a mudança de tais estigmas foram aos poucos sendo inseridas e internalizadas na sociedade. A submissão e opressão da mulher perante o homem foram construídas por diversos de anos, e, portanto, acabar com este pensamento seria algo gradativo também. Foram precisas muitas revoluções femininas, infelizmente, pois deveria ser algo natural, afinal, trata-se de um ser humano, que merece ser considerado de forma igualitária ao homem, independente de sexo, cor, raça ou etnia, para que a mulher conseguisse ser reconhecida como um sujeito de direito. A mulher é um ser humano que merece e exige respeito, com tratamento isonômico, e isto tem que ser claro e inquestionável.

Foi no ano de 1962 que a mulher conseguiu uma grande vitória no que tange ao matrimônio. Através da Lei n. 4.121 de 27 de agosto de 1962 houve o reconhecimento da emancipação da mulher no matrimônio (por isto esta lei ser conhecida como Estatuto da Mulher Casada), o que se trata de um progresso, uma vez que antes a mulher casada era tolhida de sua plena capacidade civil, tornando-se relativamente capaz. Ressalta-se que, como já dito, as conquistas foram e estão acontecendo aos poucos, e, então, esta Lei contém outras tantas disposições que subjugam o status da mulher. Todavia, não deixa de ser uma vitória àquela época.

Desta forma, a evolução histórica, com todas as suas conquistas, foi demonstrando a necessidade de não se utilizar mais a expressão pátrio poder. Contudo, somente com a introdução do Código Civil de 2002 que a nomenclatura foi modificada. Surge o poder familiar.

O Código Civil de 2002 inova ao intitular o Capítulo V como Do Poder Familiar, indo do art. 1.630 ao art. 1.638.

A Seção I, Disposições Gerais, deste citado capítulo V, do CC/02, segue do art. 1.630 a 1.633. *In verbis*:

Art. 1.630. Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores.

Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.

Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo.

Art. 1.632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.

Art. 1.633. O filho, não reconhecido pelo pai, fica sob poder familiar exclusivo da mãe; se a mãe não for conhecida ou capaz de exercê-lo, dar-se-á tutor ao menor.

Percebe-se que o Código Civil de 2002 contempla a igualdade dos sexos, a igualdade de poder dos pais perante o filho, enquanto menores. O poder familiar cabe a ambos os pais, sem distinção, podendo recorrer aos competentes nos casos de divergência quanto ao exercício do poder familiar, ou de o pai não ter reconhecido o filho, e a mãe não ser conhecida ou incapaz de exercer este poder familiar.

O art. 1.630 do CC/02 determina que os filhos menores ficam sujeitos ao poder familiar.

No seu artigo 1630, o citado código garante:

Art. 1.630. Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores.

Já o artigo 5º do mesmo Código Civil/2002 estabelece:

Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade:

I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos;

II - pelo casamento;

III - pelo exercício de emprego público efetivo;

IV - pela colação de grau em curso de ensino superior;

V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.

O art. 1.631 do Código Civil de 2002 contempla a hipótese do poder familiar no casamento ou na união estável, e na falta ou impedimento de um dos pais o outro exercerá a função com exclusividade. O poder familiar compete aos pais. Vale ressaltar, porém, que este poder familiar independe de casamento ou união estável, ou de qualquer outra entidade familiar, não precisando ter nenhuma relação conjugal, uma vez que a convivência entre os pais não é requisito para que se tenha o poder familiar. No que tange ao parágrafo único, havendo divergência entre os pais, qualquer deles tem o direito de recorrer ao juiz, para a solução do conflito.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, no art. 21, preleciona no mesmo sentido do Código Civil de 2002, ao determinar que o poder familiar será exercido pelos pais, de forma igualitária, podendo recorrer, qualquer um deles, à autoridade judiciária para a solução do problema. Segue:

Art. 21. O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência. (Expressão substituída pela Lei nº 12.010, de 2009)

Esta atividade jurisdicional é bastante adequada, pois, apesar de ser uma terceira pessoa, esta é competente para tal feito e deverá aplicar o princípio do melhor interesse para estabelecer os procedimentos que deve ser realizados.

Quanto ao art. 1.632 do CC/02, que estabelece a imutabilidade das relações entre pais e filhos devido à separação, ao divórcio ou ao término da união estável, resguardando o direito de visitas para aqueles que não possuem a guarda dos filhos.

O art.1.633 trata de situações não-matrimoniais, quando o filho foi fruto de um relacionamento passageiro, ou quando o genitor ignora ou desconhece seu papel de pai, ou seja, em situação na qual o menor não for reconhecido pelo pai, fica sob o poder familiar exclusivo da mãe. Se a mãe não for conhecida ou quando não se encontra em condições de exercer o poder familiar, nomeia-se um tutor para que possa exercer este poder.

Fabiana Marion Spengler e Nilo Marion Júnior observam quanto à adoção que (1999, p.32):

Nos casos de adoção, quando cria-se o parentesco civil, utilizam-se as regras anteriores, resguardada a situação familiar na qual a criança se encontra. No entanto, em qualquer uma das hipóteses previstas anteriormente, a criança deixa de estar sob o poder familiar dos pais biológicos, que passa a ser exercido pelos pais adotivos, independentemente se a adoção foi unilateral ou bilateral.

Necessário se faz inserir neste contexto o ensinamento do mestre Orlando Gomes, tão bem trazido à tona também por Fabiana Marion Spengler e Nilo Marion Júnior (1999, p. 37), a saber:

Não obstante a concepção moderna, que vê no pátrio poder mais um conjunto de deveres do que de prerrogativas, a relação paterno-filial conserva a natureza de uma relação de autoridade. Pai e filho não se acham em pé de igualdade, havendo entre eles um vínculo de subordinação. Tem o pai o poder de mando, que compreende o direito de o disciplinar; e o filho o dever de obediência. O poder hierárquico do pai deve ser, no entanto, exercido no interesse do filho, não sendo ilimitado na sua extensão nem no seu uso. São essas limitações que distinguem o pátrio-poder na sua conceituação moderna.

A Seção II, Do Exercício do Poder Familiar, deste capítulo V, do CC/02, estabelece o art. 1.634. *In verbis*:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

- I - dirigir-lhes a criação e a educação;
- II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;
- III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;
- V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;
- VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
- VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Este art. 1.634 do CC/02 trata do exercício do poder familiar. Estabelece a competência do poder familiar e em que este consiste. Sendo assim, ambos os pais são responsáveis pela criação e educação dos seus filhos, guarda, autorização para casamento ou viagens para o exterior, mudança de residência permanente para outro Município, nomeação de tutor quando for o caso, representá-los e assisti-los nas situações precisas, reclamá-los de quem os

detenha de forma ilegal, e exigir dos filhos comportamentos adequados de boa conduta perante seus pais.

A Seção III, Da Suspensão e Extinção do Poder Familiar, deste capítulo V, do Código Civil de 2002, que segue entre os artigos 1.635 a 1.638, dispõe sobre a suspensão e a extinção do poder familiar, como o próprio nome diz. Ocorre que este assunto será abordado mais adiante nesta monografia.

A Constituição Federal de 1988, Capítulo VII, Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso no seu artigo 226, § 5º, (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010, que adicionou o “Jovem” no título), estabelece que os direitos quanto à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher, informando que a família possui proteção especial do Estado. E segue:

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

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

O artigo 227 da Constituição Federal de 1988 estabelece, também, os deveres da família, como os de assegurar o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Observa-se que a Constituição Federal de 1988 dispõe sobre o poder familiar e, como deveria ser, coloca o Direito ao lazer como um dos deveres da família, do poder familiar. Como já comentado no capítulo anterior, o Direito ao lazer está elencado entre os direitos essenciais para que a criança e o adolescente, como seres em desenvolvimento, precisam ter para que possam gozar de uma qualidade de vida plena.

O art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente determina como sendo deveres dos pais o sustento, guarda e educação dos filhos menores, assim como, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais, ressaltando no parágrafo único que os direitos são iguais para os pais ou responsáveis, e os deveres e responsabilidades são compartilhados no que tange ao cuidado e educação da criança, devendo ser assegurado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, resguardando os direitos da criança estabelecidos pelo ECA.

O artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, como se pode depreender, reitera os estabelecimentos para o exercício do poder familiar, salientando que os direitos são iguais para os pais ou responsáveis, sendo os deveres e responsabilidade compartilhados para ambos os pais em relação a seu filho, quando menor.

Observa-se, então, que todo o ordenamento jurídico atual dispõe em conformidade com o poder familiar, estabelecendo os direitos e deveres dos pais, sem distinção de sexo, tornando o pai e mãe como partes igualitárias e compartilhadas na criação dos menores.

Neste diapasão, pode-se concluir que a mudança de pátrio poder para poder familiar aconteceu devido à transformação da posição social e conjugal da mulher, que se tornou um ser sujeito de direitos, translocando o interesse da família como de ambos os pais, sem predominância de nenhum dos sexos.

3.3 CARACTERÍSTICAS DO PODER FAMILIAR

A formatação das características do poder familiar e seu entendimento assumem importante relevo, se fazendo bastante relevante, quando se pretende adentrar no universo da convivência pais e filhos.

A abordagem das características do poder familiar foi organizada por Maria Helena Diniz (2011, p. 420), como segue: “o poder familiar decorre tanto da paternidade natural como da filiação legal, e é irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível. As obrigações que dele fluem são personalíssimas”.

Importante contribuição ao tema é apresentada por Fabiana Marion Spengler e Nilo Marion Júnior (2007, p. 27-47), a saber:

Quando se fala em características do poder familiar, a primeira da qual se pode falar é talvez a principal delas e da qual decorrem todas as outras. Assim, o poder familiar é, primeiramente, um munus público, ou seja, ao “Estado interessa o seu bom desempenho, tanto que existem normas a serem cumpridas para tal, ou sobre a atuação do poder paternal dos pais sobre a pessoa dos filhos” (Rizzardo, 1994, p. 900). Tudo isso ocorre porque ao Estado interessa sobremaneira a manutenção da ordem social e o desenvolvimento sadio de todos os cidadãos. Sabe-se que alcançar esses fatores tem como requisito primordial uma infância e adolescência sadia. Talvez por si se possa entender o interesse do Estado em proteger os direitos de crianças e adolescente, determinando e fiscalizando o cumprimento dos deveres por parte dos genitores.

Pelos significados das próprias palavras utilizadas na doutrina em relação aos menores não emancipados, podem-se destacar as suas características, como seguem:

- a) a falta de seu exercício não determina sua prescrição;
- b) os pais não impedidos terão que exercê-lo diretamente, não podendo dele abdicarem nem serem os menores tutelados;
- c) é um múnus público (com normas fixadas pelo Estado), não podendo ser vendido, doado, transmitido ou transferido;
- d) da mesma forma, não poderão dele renunciar, delegá-lo, substabelecê-lo.

Estes posicionamentos se firmam especialmente na sujeição dos filhos ao poder familiar e no estabelecimento das condições para que cesse a incapacidade dos menores. Pode ser visto e entendido como uma espécie de esforço intelectual de

extrair dos ensinamentos uma organizada penetração naquilo que dá vida ao poder familiar.

Ainda que não se possa impor uma unanimidade na aceitação de um rol itemizado ou não das características do poder familiar, tal abordagem contribui para uma melhor percepção do tema.

3.4 SUSPENSÃO, PERDA E EXTINÇÃO DO PODER FAMILIAR

Os filhos menores, quando crianças, desejam ter em suas companhias o calor humano dos seus entes mais próximos.

As crianças querem compartilhar a morada, os momentos de reunião para as refeições, as parcerias nas brincadeiras próprias da idade. A interação entre os irmãos é uma necessidade que se faz presente ainda que inconscientemente.

Os adolescentes precisam da companhia dos pais, dos irmãos, dos parentes queridos. As dúvidas e os desafios clamam por conselhos, orientações, acompanhamentos, ajustes, estabelecimento de uma noção de limites e atribuições, bem como da manutenção de uma sistemática de aperfeiçoamento em cada fase do crescimento.

A manutenção do convívio entre pai-mãe-filhos é uma tarefa ou missão extremamente difícil e complicada.

Inúmeros fatores podem por um fim ao citado convívio. Desde as dificuldades de relacionamento, incompatibilidade de gênios, falta de maturidade dos pais, precariedade no relacionamento, falta de uma exata noção de responsabilidade, falta de planejamento adequado, falta de condições financeiras, dentre outros, têm levado à desagregação familiar cada vez com maior frequência.

Não é demais mostrar que este relevantíssimo tema já frequentava o ordenamento legal brasileiro, conforme pode ser visto nos artigos 38 a 40 e 162 do Decreto nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927, ainda no governo do Presidente Washington Luiz P. de Souza:

Art. 38. A suspensão ou a perda do patrio poder abrange o pae e a me, si os dous vivem juntos, ainda no caso de um só delles ter sido julgado indigno do exercicio do patrio poder. O conjuge innocente, porém, deixando de viver em companhia do conjuge indigno por desquite, ou por morte deste, póde reclamar a restituição do patrio poder, de que foi destituido sem culpa,

desde que prove achar-se em condições moraes e economicas de prover á manutenção e educação dos filhos.

Art. 39. Si os conjuges não viverem juntos, os poderes do pae poderão passar a ser exercidos pela mãe, quando estiver em condições economicas e moraes de prover á manutenção e educação do filho.

Art. 40. Tratando-se de pessoa que não seja o pae, a mãe ou o tutor, e provado que os menores sob sua guarda estão em algum dos casos previstos no art. 26, ser-lhe-hão retirados por simples despacho da autoridade competente sob as comminações legaes.

Art. 162. O processo de suspenso ou perda do pátrio poder ou de destituição da tutela é o summario. Entretanto, si no processo por abandono ficar provado que o pae, a mãe ou o tutor está incurso em algum dos casos de suspensão, perda ou destituição do seu poder, o juiz o decretará na mesma sentença em que declarar o menor abandonado.

O atual ordenamento legal no Brasil disciplina as situações nas quais a destituição do poder dos pais poderá ocorrer.

A suspensão, perda, extinção do poder familiar podem ocorrer desde que sejam satisfeitas certas condições ou exigências.

O Código Civil de 2002, Capítulo V, Do Poder Familiar, na Seção III, Da Suspensão e Extinção do Poder Familiar, como já introduzido no item anterior, dispõe sobre a suspensão, extinção e perda do poder familiar.

Esta Seção III segue do artigo 1.635 a 1.638.

3.4.1 SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR

A suspensão é a forma menos agressiva de destituição do poder familiar.

Ainda que possa ser uma medida possível de ser superada, a separação resultante pode provocar feridas perenes e desvirtuamento de um ideal possível de família.

O tempo em que os entes da família poderão passar separados poderá abrir brechas e ensejar oportunidades para que ações oportunistas apareçam, se estabeleçam e se tornem de difícil conciliação.

As condições para que a suspensão ocorra estão estabelecidas no ordenamento jurídico brasileiro.

No artigo 1.637 do Código Civil brasileiro de 2002, a saber:

Art. 1.637. 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.

Nos seus artigos 23 e 24, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) normatiza a matéria, como segue:

Art. 23. A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do pátrio poder familiar. (Expressão substituída pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

Art. 24. A perda e a suspensão do pátrio poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22. (Expressão substituída pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência Seção II Da Família Natural

Os deveres e obrigações por parte dos pais para com os filhos são condições *sine qua non* para que a união e o convívio familiar se mantenham.

A ausência de justificativa para o descumprimento dos deveres e das obrigações, abre a brecha indesejável para a separação entre os pais e os filhos.

Nesse caso, a separação de gravidade mais severa.

A união familiar já é sabidamente difícil, cada vez mais difícil. Quanto mais difícil é a situação diante do descumprimento dos indispensáveis deveres e das obrigações voltadas para a disponibilização de moradia, de alimentação, de saúde, de educação, de proteção, de cultura, de lazer, dentro outras.

Por isso que a legislação vem apertando o cerco visando evitar que pai e mãe fujam de suas responsabilidades para com os menores carentes muitas vezes indefesos que eles próprios fizeram vir ao mundo.

3.4.2 PERDA DO PODER FAMILIAR

A perda do poder familiar é uma medida mais severa do que a suspensão.

De superação mais complicada do que a suspensão, a perda do poder familiar costuma esvaziar a possibilidade com natural convívio entre pais e filhos.

A falta de noção de limites e a falta de habilidades no trato com os filhos menores, associados aos resquícios de autoritarismo paterno podem motivar o aparecimento das condições para a perda do poder familiar.

Para que possa ocorrer a perda do poder familiar terão que serem satisfeitas as exigências previstas no Código Civil de 2002 e no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

De acordo com o Código Civil de 2002 no seu artigo 1.638:

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I - castigar imoderadamente o filho;

II - deixar o filho em abandono;

III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

Os pais necessitam ter a exata noção do seu poder para disciplinar o dia a dia dos filhos menores.

Precisam igualmente saberem transmitir aos filhos seus exatos limites e liberdade e de responsabilidade.

De início, aparecem os castigos imoderados a prejudicar o convívio pais-filhos.

Diante de uma falta própria da idade, da imaturidade, cabe uma tomada de atitude orientadora, sem necessidade da adoção de qualquer espécie de castigo, ainda que possivelmente moderado.

Se não cabe castigo moderado, muito menos cabe castigo imoderado. Tal destempero de praxe tem levado às revoltas dos filhos, às fugas para as práticas danosas e para as saídas ilusoriamente fáceis.

Nos momentos de sofrimento gerado pelos castigos imoderados, aparecem, como contrapartida, toda espécie de vícios. Jogos ilegais, farras, abandono dos estudos, orgias sexuais, brigas, violência.

Outra forma de desagregação da família é o abandono dos filhos. Especialmente nos dias de hoje, para um filho seguir em frente com dignidade, crescer e progredir pessoal e profissionalmente é um desafio ainda mais difícil do que para os menores que se encontram ao amparo de um lar saudável, onde o amor impere e possa como que ditar o elo de sangue e de aconchego.

Igualmente, inaceitável, é a prática de atos contrários à moral e aos bons costumes é o desprezo pela ética e uma modalidade cruel de prejudicar os filhos menores.

As formas das práticas em foco tem variado e se expandido e se tornando cada vez mais de difícil aceitação tanto pelos filhos quanto pela sociedade como um todo, como também pelo Estado.

Permanecer ou a manutenção dessas práticas só agravam o problema.

Já o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) faz, além das exigências dos artigos 23 e 24 expostas no item anterior, aquelas do artigo 22:

Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)

Posicionando-se de forma contundente contra o castigo, Paulo Luiz Netto Lôbo (2011, p. 19-28), assim se escreve:

Deixando de lado as discussões havidas em outros campos, 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 colocar o filho (criança ou adolescente) a salvo de toda violência. Todo castigo físico configura violência. Note-se que a Constituição (art. 5º, XLIX) assegura a integridade física do preso. Se assume com o adulto, com maior razão não se pode admitir violação da integridade física da criança ou adolescente, sob pretexto de castigá-lo. Portanto, na dimensão do tradicional pátrio poder, era concebível o poder de castigar fisicamente o filho; na dimensão do poder familiar fundado nos princípios constitucionais, maxime 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 filho.

Sobre a titularidade no poder familiar, Fabiana Marion Spender e Nilo Marion Júnior apresentam importante contribuição ao tema (2007, p. 27-47), como segue:

A titularidade do poder familiar deve ser exercida por pai e mãe independente de casamento ou união estável, e na falta ou impedimento de um dos pais o outro exercerá a função com exclusividade, tudo conforme art. 1.631 do CC. Dessa maneira, desde a Constituição Federal de 1988, o pai deixou de ter autoridade única sobre os filhos, sendo que o conjunto de direitos e deveres exercidos quanto à prole agora deve ser dividido em porções igualitárias com a mãe.

Nesse sentido, Diniz (2002, p. 441-442), ao examinar também a titularidade do poder familiar, trabalha as situações corriqueiras, tradições, como hipótese padrão, separando-a das situações patológicas.

A hipótese padrão é a família na qual o pai e a mãe estão vivos e unidos pelo enlace matrimonial ou pela união estável, sendo ambos plenamente capazes. Nesta circunstância, o poder familiar é simultâneo, o exercício é de ambos os cônjuges ou conviventes; havendo divergência entre eles, qualquer deles tem o direito de recorrer ao juiz, para a solução do problema, evitando-se que a decisão seja inexorável.

3.4.3 EXTINÇÃO DO PODER FAMILIAR

A extinção do poder familiar é disciplinada nos seguintes diplomas legais.

No Código Civil de 2002, no seu artigo 1.635, a saber:

Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar:
I – pela morte dos pais ou do filho;
II – pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único;
III – pela maioridade;
IV – pela adoção;
V – por decisão judicial, na forma do artigo 1.638.

Necessário se faz esclarecer que as regras ligadas à adoção (inciso IV) não determinam a destituição do poder familiar, mas apenas a passagem desse poder para os pais adotivos.

O estágio mais grave da separação dos entes familiares é a extinção do poder familiar.

No caso de morte tanto dos pais quanto dos filhos, se concretiza a situação absolutamente e obviamente irreversível do fim do poder na família.

Nas situações de mortes provocadas por práticas irresponsáveis, como a condução de veículos em alta velocidade, de prática de manobras inapropriadas, de abuso do consumo de álcool e de bebidas alcoólicas, de cigarros, de drogas deteriorantes, de orgias sexuais e outras semelhantes, a marca de dolo mancha a funesta separação.

Nas situações previstas em lei, provocadas pela emancipação dos filhos menores, apesar de seu contorno do abrigo legal, requer a manutenção das atenções dos pais, especialmente em função da pouca idade e da consequente falta de experiência dos filhos.

Já a efetivação da maioridade é amenizada pela melhor maturidade dos filhos para a prática da vida diária, especialmente quando eles já tenham atingido um nível de educação, cultura, profissionalização e condições econômico-financeiras satisfatórias.

Ocorrendo a adoção, com seus contornos de legalidade e de proteção ao menor, há a extinção do poder familiar dos pais, daquelas pessoas que geraram esses filhos, mas isso não deve ser fator inabalável na decretação do desamor e do desapego definitivo entre pais e filhos, especialmente quando a adoção não culmine com o desconhecimento de quem são os pais dos filhos adotados.

No aspecto legal, tem-se ainda outras normas.

As regras já expostas podem ser combinadas com o Código Penal (Decreto Lei nº 2.848 de 07 de Dezembro de 1940), como segue:

Art. 92 - São também efeitos da condenação: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

...

II - a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Parágrafo único - Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Novamente, o Código Civil de 2002, agora no seu artigo 1.635 garante:

Art. 1.633. O filho, não reconhecido pelo pai, fica sob poder familiar exclusivo da mãe; se a mãe não for conhecida ou capaz de exercê-lo, dar-se-á tutor ao menor.

Como não poderia deixar de ser, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) fortalece o leque de proteção aos menores vulneráveis, através dos artigos 22 a 24 apresentados nos itens anteriores.

4 CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA INOBSERVÂNCIA DO DIREITO AO LAZER NO ÂMBITO DO EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR

O direito ao lazer já foi amplamente tratado no capítulo ou no tópico 2 desta monografia.

O lazer em si é sabidamente condição absolutamente indispensável para uma vida saudável.

Está cada vez mais distante o tempo no qual se pensava que o lazer era algo supérfluo. Ao contrário, sem o lazer o que se pode esperar da pessoa vítima de tal supressão é uma debilidade física e emocional, até mesmo de queda na autoestima, podendo até mesmo resultar na queda das atividades profissionais.

A conscientização do que é de fato o lazer tem levado um contingente cada vez maior de pessoas à sua indicação e de sua prática.

O leque de atividades que compõem o lazer e que foram trazidas na seção própria desta pesquisa, encampam uma parcela significativa de muita gente.

Quando o universo é o poder familiar, então as atenções se multiplicam, se o foco é o filho menor de idade.

A criança e mesmo o adolescente pode até não se encontrar suficientemente madura para perceber que parte do que ele faz durante o dia é, na verdade, lazer.

Da mesma forma, o menor pode não saber avaliar os benefícios que o lazer traz no presente e no seu futuro. Mensurar os prejuízos à sua saúde e condição de vida fica ainda mais difícil. Entretanto dos pais não se deve admitir um comportamento displicente de negligenciar o oferecimento do lazer aos seus filhos.

Ensinar às crianças e aos adolescentes que o lazer faz bem, que ele deve ser uma escolha e não uma imposição induzida pela propaganda e por interesses empresariais á revelia daquilo que realmente interessa aos menores.

O lazer ativo é um aliado do seu praticante rumo a qualidade de vida desejada, enquanto o antilazer é uma espécie de tratamento que poderá deixar os filhos na situação de massa de manobra de interesses escusos.

O direito ao lazer é uma contrapartida do dever de proporcionar a sua prática pelo poder familiar, pelos pais responsáveis.

Deixar de obedecer aos ditames do direito ao lazer poderá levar a punições de diversas ordens, conforme poderá ser demonstrado mais adiante.

O poder familiar se reveste de importância cada vez maior e de soluções cada vez mais difíceis. Diante das dificuldades, não se deve desistir de tentar adaptar as saídas para as diversas situações.

Os diversos posicionamentos chegam a ser conflitantes, às vezes até, polêmicos. Assim, abordar tão importante temática no mundo de hoje, se reveste de especial relevância.

4.1 DIREITO AO LAZER COMO DEVER DECORRENTE DO PODER FAMILIAR

O lazer é também uma espécie de refúgio do corpo e da mente no seu preparo para o enfrentamento das labutas quotidianas.

O direito ao lazer e poder familiar precisam andar de-mãos-dadas ao longo de menoridade dos filhos.

O direito ao lazer se faz cada vez mais importante no estabelecimento e manutenção de uma vida familiar saudável e duradoura.

A conscientização crescente a esse respeito tem feito que novos debates sejam realizados, sugestões tenham sido apresentadas, propostas formalizadas e medidas adotadas. Apesar disso, ainda estamos longe de se atingido um nível desejado, porém é sabido que esta é uma luta que precisa ser continuada e permanentemente atualizada.

O poder familiar embutido na vivência aprendida ao longo das gerações, disciplinado por uma gama de leis e seus complementos legais, assume papel de destaque para que os filhos possam usufruir de seus benefícios.

Dito isto, mister se faz ampliar a abordagem lazer-poder familiar, nela inserindo a sua normatização.

Nas etapas seguintes pode-se perceber o quão é imprescindível aprofundar neste tema.

4.2 FUNDAMENTOS NORMATIVOS

O esforço para que fosse e continue sendo disseminados os ensinamentos do que de fato é o lazer, de sua importância e do dever de que o lazer seja proporcionado pelos pais aos seus filhos menores.

Nesse momento, aflora o pensamento e a indagação de como tudo vem sendo enfrentado e estruturado, bem como do respaldo legal para a sua exigência.

No começo, surgiu em 1989, a Declaração Universal dos Direitos das Crianças da ONU (Organização das Nações Unidas), introduzindo uma mensagem que revela uma maior preocupação com a problemática situação das crianças e dos adolescentes, direcionando o foco para proteção dessa parcela carente da população.

A legislação brasileira converge no sentido de unir esforços, visando colocar o lazer em posição de destaque no universo do poder familiar.

a) âmbito da família:

A Constituição Federal de 1988, dentre seus dispositivos, traz os artigos 6º e 227, tratando dos direitos do lazer e dos deveres a eles relativos, a saber:

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

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

Já o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), mais uma vez, em posicionamento marcante, também se faz presente, através de seus artigos 4º, 71, 94 e 124:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

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

Art. 71. A criança e o adolescente têm direito a informação, cultura, lazer, esportes, diversões, espetáculos e produtos e serviços que respeitem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Art. 94. As entidades que desenvolvem programas de internação têm as seguintes obrigações, entre outras:

XI - propiciar atividades culturais, esportivas e de lazer;

Art. 124. São direitos do adolescente privado de liberdade, entre outros, os seguintes:

b) âmbito das estruturas do Estado brasileiro, a legislação se faz presente.

Através dos artigos 1º, 6º e 217 da Constituição Federal de 1988, da maneira seguinte:

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:

...

III - a dignidade da pessoa humana;

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma

Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados:

§ 3º O Poder Público incentivará o lazer, como forma de promoção social.

Através do artigo 94 do Código Civil de 2002, com o seguinte teor:

Art. 94. As entidades que desenvolvem programas de internação têm as seguintes obrigações, entre outras:

...

XI - propiciar atividades culturais, esportivas e de lazer

Através da Lei do Desporto (Lei 9.615/98), artigo 3º, como pode ser visto a seguir:

Art. 3º O desporto pode ser reconhecido em qualquer das seguintes manifestações:

I - desporto educacional, praticado nos sistemas de ensino e em formas assistemáticas de educação, evitando-se a seletividade, a hipercompetitividade de seus praticantes, com a finalidade de alcançar o desenvolvimento integral do indivíduo e a sua formação para o exercício da cidadania e a prática do lazer;

Através do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), no artigo 59, inciso XII:

Art. 59. Os municípios, com apoio dos estados e da União, estimularão e facilitarão a destinação de recursos e espaços para programações culturais, esportivas e de lazer voltadas para a infância e a juventude.

XII - realizar atividades culturais, esportivas e de lazer:

4.3 DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

O Princípio do Melhor Interesse da Criança traz no seu próprio nome a motivação e o foco que serviram de diretriz para a sua concepção.

De início, a Declaração dos Direitos da Criança, de 1959. No seu artigo 2º, tem-se:

Art. 2º A criança gozará de proteção social e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidades e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na instituição das leis visando este objetivo levar-e-ão em conta sobretudo, os melhores interesses da criança. (Organização das Nações Unidas, 1959)

Em 1989, a Organização das Nações Unidas, publicou a Convenção Internacional dos Direitos da Criança.

A Constituição Federal de 1988 dá respaldo às iniciativas no Brasil voltadas para o princípio, em especial, priorizando e destacando a importância de fazer valer a necessária dignidade da criança e do adolescente, conforme pode ser visto no multicitado artigo 227, a saber:

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

As orientações da Convenção também foram ratificadas internamente, através do Decreto nº 99.710/1990.

Como não poderia ser diferente, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), aprovado pela Lei nº 8.069/1990, visando proteger notadamente os menores que se encontrem em situação desfavorável, no contexto da proteção familiar ou fora dele, principalmente, diante da dissolução do união dos pais.

Precedendo o Código Civil de 2002 (lei nº 10.406/2002), o ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) respalda o princípio nos artigos 4º ao 6º, a saber:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

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

Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

Art. 6º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

Novamente, a doutrina marca presença nas preocupações voltadas para o melhor interesse dos menores de idade.

Zamira de Assis e Weslly Carlos Ribeiro (2012, p. 74-95), realçam que:

O princípio do melhor interesse da significa que a criança - incluindo o adolescente, segundo a Convenção Internacional dos Direitos da Criança - deve ter seus interesses tratados com prioridade, pelo Estado, pela sociedade e pela família, tanto na elaboração quanto na aplicação dos direitos que lhe digam respeito, notadamente nas relações familiares, como pessoa em desenvolvimento e dotada de dignidade.

No plano infraconstitucional, especificamente no âmbito do Direito da Família, procurou-se adotar normas que trouxessem efetividade ao princípio do melhor interesse da criança, seja quando esta se encontre inserida no contexto familiar, seja quando se encontre fora dele. Assim, de um lado temos o Código Civil de 2002 (lei nº 10.406/2002) regando a conduta dos genitores para com os filhos, quer na constância do casamento ou da união estável, quer na dissolução desses vínculos, e, de outro lado, o Estatuto da

Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990) prevendo medidas de proteção especial à criança e ao adolescente que se encontre em situação diversa, quer dizer, fora do contexto de proteção familiar.

Agora, mantendo a preocupação com o melhor interesse da criança (e do adolescente) e focando na guarda dos menores, Zamira de Assis e Wesllay Carlos Ribeiro (2012, p. 74-95), esclarecem:

São vários os dispositivos legais do vigente Código Civil Brasileiro a tratar da "guarda" de pessoas menores, apontando-se, entre outros, os seguintes: i) ao apontar os deveres dos cônjuges na constância do casamento o art. 1566 elenca, no inciso IV, o dever de sustento, guarda e educação dos filhos; ii) ao regulamentar a guarda unilateral e a guarda compartilhada como forma de proteção à pessoa dos filhos nos arts. 1.583 e 15.584 com a redação dada pela Lei nº 11.698/2008; iii) ao disciplinar os casos de guarda a serem decididos em sede de medida cautelar de separação de corpos no art. 1.585; iv) ao disciplinar o direito de visita daquele a quem não for atribuída a guarda no art. 1.589; v) ao estender aos filhos maiores incapazes as disposições relativas à guarda dos menores no art. 1.590; vi) ao regulamentar a guarda dos filhos havidos fora do casamento no art. 1.612; vii) ao regulamentar o exercício do poder familiar, dispõe que aos pais compete ter em sua companhia e guarda os filhos menores no inciso II do art. 1.634; viii) ao caracterizar as relações pessoais entre companheiros em regime de união estável impõe obediência ao dever de guarda dos filhos; e, também, ix) ao tratar do instituto da adoção, permite-a aos divorciados e aos judicialmente separados, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas do adotando, previsão constante do revogado art. 1.622, atualmente presente no § 4º do art. 42 da Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

A guarda, ainda segundo dispõe o art. 33 e seus parágrafos, destina-se a regularizar a posse de fato, conferindo à criança ou adolescente, para todos os fins e efeitos de direito.

..., o equívoco e a imprecisão legislativa, notadamente no emprego do vocábulo "guarda", podem ser apontados como uma das causas da desagregação completa havida entre pai, mãe e filhos quando do fim da conjugalidade, já que a linguagem defeituosa utilizada na construção da norma leva à interpretação também defeituosa de que um dos genitores ficará, necessariamente, afastado da convivência com os filhos, limitado a alguns dias e às vezes até a algumas horas por semana ou mês.

Dentro do mesmo tema, no Decreto nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927:

Art. 40. Tratando-se de pessoa que não seja o pae, a mãe ou o tutor, e provado que os menores sob sua guarda estão em algum dos casos previstos no art. 26, ser-lhe-hão retirados por simples despacho da autoridade competente sob as cominações legais.

Todo esse conjunto de esforços e de regramento deságua no lar, na casa de cada família.

Independente da impropriedade ou não do termo guarda, não se deve desviar do foco do que é o melhor para as crianças (e adolescentes).

A saúde, a segurança, a assistência, as orientações, a fixação de limites, a educação, a cultura sé têm a ganhar com a guarda acessível tanto ao pai quanto à mãe separados conjugalmente.

Nos casos em que os pais mantêm o vínculo conjugal, a guarda terá muito mais possibilidades de surtir seus efeitos benéficos em toda a família.

Os filhos necessitam que sua guarda seja garantida pelos pais. Os detentores do poder familiar precisam estar integrados no ambiente da família. Ainda que os pais estejam separados, a guarda deve ser respeitada satisfatoriamente.

Nenhum dos pais, pai ou mãe deve ser afastado ou impedido de manter o vínculo afetivo com seus filhos, sob pena de, no presente e principalmente no futuro, causarem sérios traumas e carências na sua prole.

4.4 DA PROPORCIONALIDADE NA APLICAÇÃO DA SANÇÃO POR INOBSERVÂNCIA DO DEVER FAMILIAR

Inicialmente, vale ressaltar que a suspensão, a perda e a extinção já se constituem em uma espécie de proporcionalidade na destituição do poder familiar.

Ainda no início desta abordagem, lá em 1940 com o Código Penal (Decreto Lei nº 2.848, de 07 de Dezembro de 1940), foram estabelecidas regras visando a garantida punições tanto pelo abandono material quanto intelectual, conforme artigos 244 e 246, a saber:

Art. 244. Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo: (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003)

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País. (Redação dada pela Lei nº 5.478, de 1968)

Parágrafo único - Nas mesmas penas incide quem, sendo solvente, frustra ou ilide, de qualquer modo, inclusive por abandono injustificado de emprego ou função, o pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada. (Incluído pela Lei nº 5.478, de 1968)

Art. 246 - Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar:

Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa.

Em outro momento, através da ONU, e mais especificamente da Declaração Universal dos Direitos das Crianças, em 1989, vem a orientação de que seja estabelecido um tratamento diferenciado às crianças e aos adolescentes.

Depois, trazendo os respaldos da nossa lei maior, a Constituição de Federal de 1988, vem à tona novamente o artigo 227:

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

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Adicionando o Código Civil de 2002, nos seus artigos 1.596 e 1.633. buscou-se proteger os filhos que ficariam ao sabor do desamparo, motivado pela desagregação familiar e pela falta de condições de ambos os pais.

Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Art. 1.633. O filho, não reconhecido pelo pai, fica sob poder familiar exclusivo da mãe; se a mãe não for conhecida ou capaz de exercê-lo, dar-se-á tutor ao menor.

Na mesma linha da legislação agora citada, o ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) enfatiza a interpretação direcionada para o melhor interesse da criança, conforme artigo 6º:

Art. 6º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

Ainda o ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente), em seus artigos 3º, 7º, 20 e 28, vai adiante:

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-se-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 dignidade.

Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

Art. 20. Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

O ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) prossegue, visando robustecer as proteções aos menores não emancipados e em situações ainda mais vulneráveis, estabelece mais regulações, agora voltados para os casos de adoção, conforme artigo 41:

Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.

§ 1º Se um dos cônjuges ou concubinos adota o filho do outro, mantêm-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou concubino do adotante e os respectivos parentes.

§ 2º É recíproco o direito sucessório entre o adotado, seus descendentes, o adotante, seus ascendentes, descendentes e colaterais até o 4º grau, observada a ordem de vocação hereditária.

Evidentemente, as questões ligadas ao poder ainda estão longe de estarem pacificadas. Vozes podem ser levantadas no sentido de que se avance em questões muito sensíveis. Um bom exemplo de posicionamento diverso pode ser observado nas lições de Giuliano D' Andrea (2014, p. 894):

DA IMPOSSIBILIDADE DA SUSPENSÃO OU DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR DE PAIS ADOLESCENTES ABSOLUTAMENTE INCAPAZES

Questão a ser enfrentada é se adolescente absolutamente incapaz que é pai ou mãe pode exercer o poder familiar sobre seu filho.

Consideramos que o exercício do poder familiar se inclui nos atos da vida civil, razão pela qual o absolutamente incapaz não pode exercê-lo, mas o relativamente sim, desde que assistido por seu responsável.

Ainda de acordo com Giuliano D'Andrea (2014, p. 894-896):

Não se pode justificar a suspensão ou destituição do poder familiar de adolescente absolutamente incapaz sob o pretexto de propiciar melhores chances à criança que não teve seus interesses atendidos pelo pai ou mãe que, em tese, descumpriu os deveres imanentes à autoridade parental, haja vista que esse pai ou mãe, na situação sob análise, também carece de atenção especial, inclusive no que tange à necessidade de assistência.

Veja-se que a suspensão ou destituição do poder familiar funda-se na falha dos deveres ou abuso do poder familiar, motivos que **não podem ser invocados em detrimento de quem não o exerce.**

Constituição e do Estatuto da

Assim, na hipótese colocado sob discussão, a suspensão do poder familiar teria o efeito de simplesmente privar a companhia entre pai ou mãe e filho, opção ilógica e contrária aos comandos da Constituição e do Estatuto da Criança e do Adolescente e só admissível, tal qual se faz em relação aos irmãos, em situações em que reste comprovada a existência de risco de abuso outra situação que justifique plenamente a excepcionalidade de solução diversa (art. 28, §4º, do Estatuto da Criança e do Adolescente). Já a destituição do poder familiar, se admissível, teria a só função de autorizar a adoção da criança.

Com efeito, quem está em tese sujeito ao poder familiar e for absolutamente incapaz, não pode exercê-lo, ainda que o adolescente pai ou mãe, como **sujeito de direitos**, possua, potencialmente, direitos afetos ao poder familiar por sua saúde, respeito e dignidade. Trata-se, aqui, da capacidade de direito, "como inerência própria da qualidade de sujeito de direitos, ou seja, da qualidade de quem tem potencialidade". Não tem, por outro lado, a capacidade de plenamente de formalmente **exercê-lo**, já que o exercício do poder familiar está adstrito aos pais aptos a praticar os atos da vida civil. Falta-lhe, assim, a **capacidade de fato** (ou de exercício), que se resume na inaptidão para praticar **pessoalmente** os atos da vida civil.

Em suma, a suspensão ou destituição do poder familiar não pode ser sustentada na omissão ou abuso de quem não tem aptidão para seu exercício.

A solução nesse caso é colocar pais e filhos no mesmo patamar de igualdade, aplicando-se, por extensão, o que se dispõe acerca da igualdade entre filhos (art. 227, §6º, da Constituição Federal; art. 20, do Estatuto da Criança e do Adolescente; art. 1.596, do Código Civil) e fornecendo a ambos todo o suporte assistencial e protetivo necessários, fazendo preponderar os direitos e dignidade de ambos, tudo em prol da manutenção da convivência familiar.

Sabe-se que filhos de pais incapazes sempre existiram.

Só que, hoje em dia, o nascimento de filhos de pais adolescentes absolutamente ou relativamente incapazes é cada vez mais comum.

Se não se pode mudar a realidade do nascimento desses filhos, pode-se mudar a maneira como encarar tais situações.

Como é sobejamente sabido, filhos criados sem a presença dos pais, ainda que apenas um deles, têm grandes chances de desenvolverem uma série de problemas decorrentes de tal afastamento, bem mais frequente do que de quando os pais mantêm a morada comum com seus filhos.

Em suma, simplesmente suspender o poder familiar pode não ser a medida mais acertada.

O mesmo autor (D'ANDREA, 2014, p. 897) coloca outra questão relevante:

Sobre a restituição do poder familiar, lembra Katia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel que no ordenamento pátrio o código Mello Matos (Dec.

17.943-A, de 1927) previa a reintegração do "pátrio poder", assunto que não foi mantido nas legislações relativas à criança e ao adolescente que seguiram.

A restituição terá vez sempre que restar comprovado que cessaram as causas que motivaram a destituição do poder familiar, bem como a capacidade e aptidão do pai ou mãe em exercer a autoridade parental. Entendemos, ainda, que o vínculo afetivo entre pais e filhos deve estar preservado.

Indo além de defender a não suspensão do poder familiar de adolescentes incapazes (absoluta ou relativamente), o autor citado nos parágrafos imediatamente anteriores (D'ANDREA, 2014, 894; 897) traz à cena os ensinamentos de Katia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel, no qual ela sustenta a possibilidade de restituição do poder familiar.

Assevera a autora que o Decreto nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927, já caminhava explicitamente nesse sentido.

Para que possa ser vislumbrada a preocupação e o cuidado de então, o artido 38 do citado decreto ficará a seguir apresentado:

Art. 38. A suspensão ou a perda do patrio poder abrange o pae e a me, si os dous vivem juntos, ainda no caso de um só delles ter sido julgado indigno do exercicio do patrio poder. O conjuge innocente, porém, deixando de viver em companhia do conjuge indigno por desquite, ou por morte deste, póde reclamar a restituição do patrio poder, de que foi destituído sem culpa, desde que prove achar-se em condições moraes e economicas de prover á manutenção e educação dos filhos.

Art. 39. Si os conjuges não viverem juntos, os poderes do pae poderão passar a ser exercidos pela mãe, quando estiver em condições economicas e moraes de prover á manutenção e educação do filho.

Art. 40. Tratando-se de pessoa que não seja o pae, a mãe ou o tutor, e provado que os menores sob sua guarda estão em algum dos casos previstos no art. 26, ser-lhe-hão retirados por simples despacho da autoridade competente sob as comminações legaes.

Art. 162. O processo de suspenso ou perda do pátrio poder ou de destituição da tutela é o summario. Entretanto, si no processo por abandono ficar provado que o pae, a mãe ou o tutor está incurso em algum dos casos de suspensão, perda ou destituição do seu poder, o juiz o decretará na mesma sentença em que declarar o menor abandonado.

Obviamente, é um posicionamento total coerente que seu pensamento, pensamento esse bastante lúcido.

4.5 DA SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR POR VIOLAÇÃO DO DIREITO AO LAZER

Apesar de ser uma modalidade menos severa de destituir o poder familiar, a suspensão produz efeitos também nocivos que vão de encontro ao sonho de um convívio perene entre pais, mães e filhos.

Privar ou mesmo violar o direito ao lazer em qualquer etapa da vida de um ser humano, especialmente dos filhos no âmbito do poder familiar é uma atitude inaceitável, como também o é a omissão que leve a sua prática.

Dentro do aspecto legal, tem-se uma série de dispositivos que visam fixar as condições para que a quebra do convívio das pessoas da família se efetive.

Iniciando com as condições legais para que a suspensão possa ocorrer, encontra-se o artigo 1.637 do Código Civil de 2002, como segue:

Art. 1.637. 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.

Em seguida, aparece um forte elenco normativo voltado para a garantia do direito ao lazer.

Na Constituição Federal de 1988 (arts. 6º e 227):

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

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

No ECA de 1990 (arts. 4º, 71 e 124):

Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;

- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Art. 71. A criança e o adolescente têm direito a informação, cultura, lazer, esportes, diversões, espetáculos e produtos e serviços que respeitem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Art. 124. São direitos do adolescente privado de liberdade, entre outros, os seguintes:

XII - realizar atividades culturais, esportivas e de lazer:

A Constituição Federal de 1988 (CF/88), o Código Civil de 2002 (CC/02) e o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA (ECA/90) todos afinados, aparecendo a legislação infraconstitucional como de reforço e esclarecimento das regras fundamentais estabelecidas na Carta Magna, abrigo de todas as leis.

A normatização e o disciplinamento das situações, responsabilidades e das punições decorrentes de seu descumprimento por parte dos pais são vitais para que o que foi idealizado possa ser exigido e cumprido.

De importância nada menor, estão o fortalecimento real da família e a felicidades entre pai, mãe e filhos.

Não dá para imaginar uma comemoração verdadeira, caso todo o esforço para se construir um manancial de normas reguladoras, se, na prática do dia a dia, nada ou quase nada for respeitado.

As funções dos pais devem ser divididas adequadamente.

Mesmo em caso de separação, o compartilhamento das obrigações se impõe.

A guarda e o convívio planejado dos pais com os filhos deve ser uma rotina, fundada na visão de que o fortalecimento do vínculo entre as partes e do comprometimento mútuo para que a família possa viver num ambiente seguro e de feliz.

Diante desse quadro, não cabe qualquer tipo de destituição ou de separação entre pais e filhos.

Não se deve “passar a mão pela cabeça” dos pais que deixem de cumprir com suas obrigações e deveres humanos e fundamentais, por negligência, desinformação ou desconhecimento.

A qualidade de vida dos filhos num ambiente de pais ausentes não é a desejada por ninguém.

Se as dificuldades enfrentadas pelas famílias unidas e motivadas para um futuro feliz já são muito grandes, maiores ainda são tais dificuldades num quadro de pais ausentes, em clima de desarmonia, de competição inapropriada, de lides judiciais, de rumo ao desastre.

O que se pode esperar de um filho criado com pais “sem noção”, com pais perversos, com pais irresponsáveis, com pais destituídos do seu poder natural?

Como os filhos desamparados e despreparados poderão enfrentar a dura competição do chamado mundo moderno?

Sem dúvida, o que vislumbra é um futuro diminuído, uma competição desproporcional e fadada ao insucesso.

Fazer vista grossa ou fingir que o lazer é algo supérfluo é inaceitável. Na verdade, nunca deveria ter sido aceitável.

Não basta apenas saber que o lazer é indispensável e que ele não está presente na vida quotidiana da família e não adotar atitudes firmes que mudem o quadro, fazendo que as atividades de lazer façam parte inegociável da rotina da família.

Costumes antigos que sucumbiram aos tempos precisam ser substituídos por outros atuais.

Novas atitudes e atividades de lazer deverão ser incorporados e mantidos.

O planejamento de ações do lazer deve prever um modelo personalizado, adaptado às mais variadas situações e condições físicas, intelectuais, econômico-financeiras, geográficas, culturais, tecnológicas, climáticas etc. Tudo isso ainda respeitando as preferências e condições gerais de cada pessoa da família, especialmente das crianças e dos adolescentes.

Evidentemente, os pais não devem se excluir das atividades e atitudes de lazer.

Pai e mãe são o suporte da família. Também por isso eles não devem abdicar de reservarem para si tudo aquilo que for possível e desejável para a sua boa qualidade de vida, nela inserido permanentemente o lazer ativo.

Assim, não se deseja que a suspensão do poder familiar venha ocorrer, frustrando os sonhos iniciais, além de jogarem num vazio as condições para que os filhos cresçam e se desenvolvam.

CONCLUSÃO

O mundo sempre necessitou e continua necessitando cada vez mais da prática ou exercício do lazer.

Distinguir o lazer ativo, o lazer passivo e o antilazer é importante no estudo do tema, entretanto o próprio lazer não requer rótulos. Por isso foi reservado um espaço necessário para que tal esclarecimento fosse feito.

Mostrar como o lazer foi e é visto ao longo do tempo e do espaço também foi motivo de atenção nesta pesquisa.

Organizar aqui matérias que tratam da disciplina normativa no mundo do Direito ocupou parte do centro das atenções.

Vincular o lazer às pessoas, às famílias, às sociedades, às entidades governamentais e não-governamentais mereceu realce.

Colocar as famílias, em especial os pais e filhos, a condução dos destinos da família no centro das atenções e dos debates foi um norte importante.

Inserir a Estado no disciplinamento das diferentes interesses e nas mais diversificadas demandas também foi um elo indispensável à segurança dos entes envolvidos.

Fazer uma espécie de viagem no tempo enfatizando como o poder familiar foi evoluindo e em que estágio se encontra.

Elencar, de forma sistemática e atualizada, a farta legislação à respeito do lazer, do poder familiar foi um abrigo, uma acolhida para a pesquisa.

Deixar claro o manancial jurídico, as normas que regem o direito ao lazer, e o poder familiar foi peça fundamental para a consolidação da matéria.

Embasar as punições decorrentes da não observância do direito ao lazer foi uma espécie de desfecho de todo o esforço acadêmico desta monografia.

Em suma, ficou evidente que o lazer longe de poder ser desprezado ou relegado a um segundo plano, deve ser exigido e respeitado por todas as pessoas físicas e jurídicas incumbidas de fazer valer o seu exercício. O lazer é um direito de todas as pessoas, especialmente das crianças e dos adolescentes, bem como dos idosos.

Finalmente, ficou também embasado e fundamentado um vasto manancial na legislação brasileira, bem como universal, valioso na condução à exigência e às punições decorrentes da fuga ou inobservância do multicitado direito ao lazer dentro do poder familiar, cabendo a suspensão do poder familiar, caso seja inobservado o direito ao lazer das crianças e adolescentes amparadas na forma da lei.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Zamira de; RIBEIRO, Weslley Carlos. **A base principiológica do melhor interesse da criança: apontamentos para análise da (im)propriedade da expressão “guarda de filhos” quando do rompimento da conjugalidade dos genitores.** In: Revista SÍNTESE Direito de Família. 71 Abr-Mai/2012. p. 74-95. São Paulo: IOB Informações. 2012.

ACQUA, Leda J. Dall. **Direito ao lazer.** Disponível em: <http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=4232&idAreaSel=2&seeArt=y> es. Acesso em: 19.01.2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Decreto-lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal brasileiro.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 18.01.2017.

_____. **Decreto-lei n. 3.200, de 19 de abril de 1941. Lei sobre a organização e proteção da família.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del5213.htm. Acesso em: 18.01.2017.

_____. **Decreto-lei n. 5.213, de 21 de janeiro de 1943. Altera a lei sobre a organização e proteção da família.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del5213.htm. Acesso em: 18.01.2017.

_____. **Emenda Constitucional nº 65, de 13 de julho de 2010.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc65.htm#art1. Acesso em: 24.02.2017.

_____. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.** Código Civil brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em: 18.01.2017.

_____. **Lei nº 4.121 de 27 de agosto de 1962.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm. Acesso em: 19.02.2017.

_____. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990.** Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 18.02.2017.

_____. **Lei n. 9.615, de 24 de março de 1998.** Lei do Desporto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9615consol.htm. Acesso em: 18.02.2017.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Código Civil brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406. Acesso em: 18.01.2017.

_____. **Lei n. 12.010, de 3 de agosto de 2009.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm. Acesso em: 20.02.2017.

_____. **Vade Mecum Jurídico.** São Paulo: Saraiva, 2016.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direito da Dignidade, Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais nas Relações Jurídicas Privadas. **Direitos Fundamentais e Reflexos nas Relações Sociais.** – Salvador. Página, 2010.413 p.:il, p. 335 - 352.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos Direitos de Personalidade e Autonomia Privada.** São Paulo: Saraiva, 2005.

CALVET, Otávio. **Direito ao Lazer.** Rio de Janeiro: Labor, 2010.

D'ANDREA, Giuliano. **Temas controvertidos sobre o poder familiar: da impossibilidade de suspensão e destituição do poder familiar de pais adolescentes absolutamente incapazes e da restituição do poder familiar.** In: temas aprofundados DEFENSORIA PÚBLICA. v. 2. p. 887-901. São Paulo: JusPODIVM. 2014.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família. 22ª ed. rev. Atual. São Paulo: Saraiva. 2007. v.5. M. H. Diniz. Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família. V. 5. 22ª ed. rev. Atual. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 515.

14 Acesso em 22/04/2017.

FILHO, Georgenor de Souza Franco. Direito Social ao Lazer: Entretenimento e Desportos. **Decisório trabalhista: repositório de jurisprudência, STF, STJ, TST, TRTs** - V. n ° 1 (1976) – v. Mensal Descrição baseada em: V. 15, nº 10 (Out. 1996), p. 7 – 13.

GOMES, Orlando. **Direito de família.** ed. 14. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

KUMPEL, Vitor Frederico; PANGELUPPI, Ana Laura. **Do pátrio poder ao poder familiar: o fim do instituto?** p. 1-7. São Paulo: Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Registralhas/98>. Acesso em: 23.04.2017

LÕBO, Paulo Luiz Netto. **Poder familiar ou autoridade parental?** In: Revista SÍNTESE Direito de Família. 67 Ago-Set/2011. p. 19-28. São Paulo: IOB Informações. 2011.

MARCELINO, Nelson Carvalho; SAMPAIO, Tânia Mara Vieira; CAPI, André Henrique Chabaribery; SILVA, Débora A. Machado da. **Políticas Públicas de Lazer – Formação e Desenvolvimento de Pessoal: Os Casos de Campinas e Piracicaba-SP** / Curitiba, PR: OPUS, 2007.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ODON, Daniel Ivo. **Eugenia parental: uma abordagem dos limites do poder familiar pelo valor da dignidade humana**. In: Revista SÍNTESE Direito de Família. 90 Jun-Jul/2015. p. 9-27. São Paulo: IOB Informações. 2015.

OLIVEIRA, Márcio Batista de. **O Direito ao Lazer na Formação do Homem Social**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7406. Acesso em: 22.01.2017

ONU. **Declaração Universal dos Direitos das Crianças**. Do pátrio poder ao poder familiar: o fim do instituto? p. 1-7. São Paulo: Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Registralhas/98>. Acesso em: 23.04.2017

PEREIRA, Marcela Andresa Semeghini: **Direito ao Lazer e Legislação Vigente no Brasil**. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/viewFile/7030/4248>. Acesso em: 21.01.2017

RAQUEL at al. **Breve Histórico do Lazer – Origem**. Disponível em: <http://edfisicanoturno.blogspot.com.br/2011/03/breve-historico-do-lazer-origem.html>. Acesso em 21.01.2017.

SANTANA, Ana Lucia. **Lazer**. Disponível em: <http://www.infoescola.com/sociologia/lazer/>. Acesso em 21.01.2017.

SPENGLER, Fabiana Marion; JÚNIOR, Nilo Marion. **O Poder Familiar e o seu Conteúdo: da Pessoa ao Patrimônio**. In: Revista Brasileira de Direito de Família. Nº 40 Fev-Mar/2007. p. 27-47. Porto Alegre: IOB Thomson. 2007.