

Instrumentos para a proteção dos filhos frente aos próprios pais

Maria Celina BODIN DE MORAES*

*The history of childhood is a nightmare from which
we have only recently begun to awake.*

– L. DE MAUSE

L'enfant est une personne.

– F. DOLTO

RESUMO: Dado que o princípio do melhor interesse da criança tem significado, basicamente, a transferência do paternalismo do pai, antigo titular do pátrio-poder, para o Estado Juiz — funcionando este como o fiel da balança em decorrência da igualdade de direitos entre os pais na criação dos filhos —, cumpre refletir sobre a suficiência, ou não, dos direitos que o ordenamento jurídico brasileiro vêm pondo a disposição dos filhos menores para que exerçam autonomamente algumas escolhas, compatíveis com a sua maturidade, acerca de sua própria vida. Além disso, devido à diminuta utilidade jurídico-social das ferramentas tradicionais de perda e de suspensão do poder familiar, como remédios seja para maus tratos domésticos seja para abusos em relação à autonomia existencial infantojuvenil, busca-se examinar os outros institutos, criados posteriormente pela jurisprudência e pela legislação brasileiras, com o objetivo de proteger crianças e adolescentes no âmbito do seu núcleo familiar, mediante a garantia da titularidade bem como do exercício de direitos específicos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito de família; constitucionalização; proteção de crianças e adolescentes; autonomia existencial; família democrática; direitos das crianças.

SUMÁRIO: 1. Introdução; – 2. As relações familiares entre público e privado; – 3. A construção constitucional da família democrática; – 4. Menoridade e capacidade de exercício; 5. Direitos da personalidade; – 6. O direito de conhecer as próprias origens: exame de DNA e a proibição do anonimato do doador; – 7. O direito de conviver com ambos os pais: a síndrome da alienação parental e a guarda compartilhada; – 8. O direito de ser assistido, criado e educado pelos pais: a responsabilidade civil por abandono moral e a proibição de castigos físicos; – 9. O direito às próprias escolhas afetivas: o reconhecimento da multiparentalidade e a convivência com os avós; – 10. O direito de ir à escola: a proibição do *homeschooling*; – 11. Conclusão.

TITLE: Instruments for the Protection of Children against Their Parents

* Professora Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ (Rio de Janeiro-RJ, Brasil). Professora Associada do Departamento de Direito da PUC-Rio. Doutora em Direito Civil pela *Università degli studi di Camerino*, Itália. E-mails: mcbm@puc-rio.br; maria.moraes@uerj.br. Devo muitos agradecimentos a Renata Vilela Multedo e a Ana Paula Bodin Gonçalves Agra pelo auxílio nesta pesquisa.

ABSTRACT: Considering that the principle of the best interest of the child has frequently meant no more than the transfer of paternalism from the father to the judge, it is necessary to reflect on the sufficiency of the rights that the Brazilian legal system has made available to minors, so that they autonomously exercise certain choices about their life, in a compatible way with their maturity. Moreover, due to the small social utility of loss and suspension of family power as remedies for domestic abuse and disrespect for the existential autonomy of children, this study seeks to examine the other instruments, later created by Brazilian jurisprudence and legislation, to protecting children and adolescents within their family nucleus, guaranteeing them the ownership and the exercise of specific rights.

KEYWORDS: Family Law; Principles, Children's Protection; Human Dignity; Democratic family; Children's rights.

1. Introdução

Houve um tempo em que os filhos eram considerados propriedade do pai de família, que tinha poderes de vida, morte e liberdade sobre eles.¹ Depois, e até quase o iluminismo francês, as crianças eram seres praticamente inexistentes. Antes do *Émile* de Rousseau,² as crianças eram vistas como pequenos adultos e, embora não tivessem qualquer liberdade para se expressar, tinham a obrigação de trabalhar.³ A recepção entusiástica à obra de Rousseau decorreu da descoberta da “infância”, no séc. XVIII, como um período diferente em relação à vida adulta.⁴

Com Rousseau teve início uma espécie de movimento de libertação infantil. A ideia de que a criança tem direitos, embora lentamente, espalhou-se pela Europa e no séc. XIX surgiram os primeiros movimentos pelos direitos das crianças de serem crianças; a esses se deve, por exemplo, a criação do “jardim de infância”.⁵ Rousseau aspirava perpetuar a

¹ Lei das XII Tábuas, Tábua IV (450 a.C). Segundo Moreira Alves, a *patria potestas* (pátrio poder), isto é, o conjunto de poderes que o *pater familias* tem sobre a pessoa e os bens de seus *filis familias*, é uma instituição exclusiva do direito romano. No princípio, seus poderes são absolutos e podem ser comparados aos de um déspota. Pouco a pouco, porém, vão abrandando até que se aproximam do conceito moderno, embora o instituto tenha sempre conservado duas características: a titularidade pelo ancestral masculino mais remoto e a vitaliciedade. (José Carlos MOREIRA ALVES. *Direito Romano*. 17^a ed. rev. e atual. 2016, p. 621).

² Jean-Jacques ROUSSEAU. *Émile ou de l'Éducation. Traité d'éducation ou, aussi bien, un traité sur l'art de former les hommes*. 5 vol., 1752. Os quatro primeiros volumes, ordenados cronologicamente, descrevem a educação ideal de um menino fictício, Émile, e abordam as questões educacionais que surgem à medida que ele cresce. O último livro trata da educação de meninas, também por meio de uma personagem fictícia, Sophie, criada e educada para ser a esposa de Émile. Por ironia, os 5 filhos de Rousseau foram colocados no orfanato.

³ Ver a conclusão, *infra*.

⁴ Philippe ARIÈS. *História social da infância e da família*. Rio de Janeiro: Gen-LTC, 1981, segundo o qual a infância é, de fato, uma invenção moderna.

⁵ M. T. H MANN and E. PALMER PEABODY. *Moral Culture of Infancy and Kindergarten Guide*. New York, J. W. Schemerhorn, 1870. Disponível em <<http://www.archive.org/details/moralcultureinfopeabgoog>>, acesso em 11 dez. 2018.

infância como modelo de virtude porque acreditava na bondade e na inocência dos infantes em oposição à corrupção e à degeneração dos adultos. Seu objetivo está refletido no art. 31 da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança que declara o direito da criança ao lazer e a aprender brincando.⁶

Foi essa mesma Convenção, do final do séc. XX, a inaugurar o novo paradigma ao determinar a aplicação primordial do princípio do melhor interesse da criança. Dispõe o seu art. 3º, 1. “Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança”.

No início do séc. XXI, surgiu a primeira geração não serviçal em relação aos pais, isto é, de quem não foi exigida, como regra primordial, a obediência, o servilismo e o respeito.⁷ A chamada “geração Y” foi acusada até mesmo de certa tirania, tendo nascido quando já estava em vigor o princípio do melhor interesse da criança, tendo tido seus pais imensa dificuldade em dizer-lhes “não”;⁸ tornou-se uma geração que exerce facilmente seu poder de crítica, achando-se praticamente em igualdade de posições com seus pais, professores e chefes. A geração Y é, de fato, diferente. Todos os discursos sobre como criar os filhos, propugnados por educadores, psicólogos, médicos, pedagogos também passaram a partir do pressuposto de que a “individualidade da criança” deve ser mantida a todo custo.

Trata-se, de fato, da primeira geração criada como a “dona da casa”, protagonista das preocupações familiares e centro dos cuidados concernentes à sua educação – ao contrário das gerações anteriores, em que a criança era normalmente considerada apenas mais um membro da família, e tinha sua personalidade definida, em grande parte, como um reflexo da personalidade dos pais. O modelo anterior, a chamada geração

⁶ Art. 31,1 – Os Estados Partes reconhecem o direito da criança ao descanso e ao lazer, ao divertimento e às atividades recreativas próprias da idade, bem como à livre participação na vida cultural e artística; 2 – Os Estados Partes promoverão oportunidades adequadas para que a criança, em condições de igualdade, participe plenamente da vida cultural, artística, recreativa e de lazer.

⁷ Sobre os estudos geracionais, v., dentre outros, William STRAUSS & Neil HOWE. *Generations: The History of America's Future, 1584 to 2069*. New York: Perennial-HarperCollins, 1992.

⁸ Contardo CALLIGARIS. Tirania Infantil. *Folha de São Paulo*, 12.02.2009, o qual afirma: “(...) para ser pai e mãe é preciso ser reconhecido e amado como pai e mãe; o respeito não é nem gratuito nem “natural”: ele é ganho como se ganha o afeto do outro em qualquer relação. Os pais modernos devem, em suma, conquistar (e manter) seu lugar no coração e na cabeça dos filhos. Sem isso, eles param de ser pais. Portanto, a cada vez que eles impõem um castigo ou fincam o pé, eles são corroídos pelo medo de perder seu próprio lugar de pai e mãe, porque 1) as crianças poderiam deixar de amá-los; 2) eles mesmos estariam, naquele instante, deixando de amar suas crianças. Certo, na hora da irritação, amamos menos nossos rebentos; problema: se o amor é condição dos laços, eis que a família é ameaçada de dissolução por nossa “severidade”. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/ilustrad/fq1202200929.htm>. Acesso em 30 nov. 2018.

X, não representava uma infância qualitativamente melhor ou pior, nem, muito menos, uma educação desprovida de afeto; eram simplesmente diferentes os parâmetros culturalmente compreendidos como a melhor criação possível para as crianças naquele período.⁹

No âmbito familiar, isso significou que os pais da geração Y não foram, também talvez pela primeira vez, modelos para seus filhos. Como os pais de todas as épocas e lugares, esses pais dessa geração também queriam a sobrevivência de seus filhos. A diferença é passou-se a trabalhar com ideias distintas, até mesmo opostas, sobre o significado de sobrevivência. Como salientou Allan de Botton: “Não é mais suficiente aprender a obedecer, praticando a arte da submissão e da deferência. O que conta atualmente são qualidades como confiança, criatividade e originalidade”.¹⁰ Com efeito, de acordo com Bauman, “pela primeira vez na história moderna, percebeu-se que as diferenças entre os seres humanos e a falta de um modelo universal vieram para ficar”.¹¹

Tudo isto resultou na atual mudança paradigmática da família em nosso tempo: a necessidade de maior proteção da criança e do adolescente em relação aos próprios pais, à própria família. Antes essa proteção era desnecessária? Era certamente menos imprescindível porque os princípios do respeito e da obediência impediam maiores conflitos e porque a educação estava, normalmente, diluída entre avós, primos, tios, famílias grandes e que contavam, portanto, uma rede de apoio diversificada, além de sofrer grande influência da religião católica no Brasil. A grande família praticamente desapareceu e a relação no âmbito da família nuclear de pessoas originais, criativas e completamente diferentes é muito mais intensa e, portanto, ainda mais conflituosa, quando ausentes as tradicionais instâncias de mediação.

Aqui se pretende examinar a utilidade dos instrumentos já postos à disposição para essa proteção bem como propor, ao pensamento jurídico nacional, um renovado paradigma no que tange às relações paterno-filiais, em que as crianças e os adolescentes, embora continuem a demandar assistência e proteção, passam a deter, cada vez mais, a capacidade de exercício e, assim, de realização de seus próprios direitos e interesses. Tudo isso em oposição à ideia de crianças serem absolutamente incapazes e, portanto, sempre e tão somente destinados a submeter-se ao dever de respeito contraposto ao

⁹ Essa geração sofreu no Brasil os reveses da década perdida dos anos 80 e, aprendeu, com as dificuldades enfrentadas por seus pais, a ser colaborativa em relação aos mais velhos.

¹⁰ Alain de BOTTON. A lógica de ser pai e mãe em tempos modernos. BBC Brasil, de 10.08.2011. Disponível em <https://bbc.in/2LxyzuR>. Acesso em 30 nov. 2018.

¹¹ Zymunt BAUMAN. *Sobre educação e juventude: conversas com Ricardo Mazzeo*. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

poder jurídico parental — obedientes, portanto, às escolhas de outrem, sejam os pais, seja o Estado Juiz.

2. As relações familiares entre público e privado

Na República, Platão sugere que as crianças deveriam ser removidas dos pais ao nascer para serem criadas e educadas pelo Estado. Nenhum vínculo parental deveria permanecer entre pais e filhos¹². O mesmo se diga dos modelos fascistas do séc. XX, dentre as tantas ondas cíclicas que ocorreram ao longo dos tempos nessa complexa tarefa de ajudar um filho a crescer.¹³

Na realidade, hoje a proteção do melhor interesse da criança, como cláusula geral que é, depende da interpretação do juiz (do Estado, portanto), trazendo para a esfera pública uma problemática que até há pouco era própria, e exclusiva, da opacidade da vida privada. Com efeito, entende-se que como os filhos menores não estão em condições de se protegerem por si sós, o legislador e o juiz tomam a si o encargo de tutelá-los em face de todos, inclusive de seus próprios pais. A lei cada vez mais garante aos filhos proteção e liberdades, atribuindo aos pais deveres e responsabilidade.

O termo “responsabilidade” é o que melhor define hoje a relação de parentalidade. Trata-se de uma relação assimétrica, entre pessoas que estão em posições diferenciadas, sendo uma delas dotada de efetiva vulnerabilidade. Esta relação é, ao menos tendencialmente, permanente, sendo custoso e excepcional o seu término — de fato, a perda ou a suspensão do poder familiar somente ocorre em casos de risco elevado ou de abuso.¹⁴

O exercício do poder familiar sempre foi o denominador comum das regras de direito de família e significou, relativamente ao contexto histórico, maior ou menor poder de proteção e de exploração, autoridade e autoritarismo, de exigência de respeito e de obediência. Embora o poder familiar tivesse tido sempre o mesmo significado, um poder contraposto a um dever de respeito, seu conteúdo variou ao longo da história, em

¹² W. Omar KOHAN. *Infância e educação em Platão*. Disponível em www.scielo.br/pdf/ep/v29n1/a02v29n1.pdf, acesso em 20 set. 2018.

¹³ Luiz Edson FACHIN. *Famílias: entre o Público e o Privado*. In: Rodrigo da Cunha PEREIRA (Org.). *Família: entre o Público e o Privado*. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2012.

¹⁴ Assim, por exemplo, embora a Itália tenha decidido unificar o *status* de filiação somente em 2012, pondo finalmente termo à distinção entre filhos legítimos, ilegítimos e adotivos, — mudança que ocorreu no Brasil antes dos anos 80 —, em 2013, por meio do Decreto legislativo 154/2013 o legislador italiano avançou, em relação aos demais ordenamentos, ao determinar a substituição do termo “*potestà*” pela expressão “*responsabilità genitoriale*”, em todos os artigos do *Codice civile*.

modelos diferenciados: primeiro, a notória e mais longa abordagem de índole proprietária; depois, o modelo do melhor interesse da criança. Uma terceira corrente, capitaneada por John Eekelaar e Michael Freeman,¹⁵ defende uma abordagem baseada nos direitos da criança e, correspectivamente, em deveres e responsabilidades dos pais.¹⁶

No modelo tradicional, a relação conjugal indissolúvel era o que fundava a família; portanto, era considerada o seu núcleo central, o eixo de estabilidade em relação ao qual os membros orbitavam. A liberdade estava ausente; basta lembrar que os homens casados não podiam, nem se quisessem, reconhecer a filiação fora do casamento¹⁷ – regra absoluta que foi sendo aos poucos relativizada, até sua completa eliminação pelo constituinte de 1988. A relação parental de fato, dita “ilegítima” – isto é, não legitimada pelo casamento – contrariava a moralidade jurídica da época e, conseqüentemente, devia ser repudiada a todo custo, para não prejudicar a “paz doméstica”.¹⁸

Em 1965, uma escola pública em Iowa suspendeu três adolescentes por usar braçadeiras pretas na escola para protestar contra a Guerra do Vietnã. Suas famílias entraram com uma ação e, em 1969, o caso chegou à Suprema Corte americana. A Corte determinou, então, que o estabelecimento escolar violou os direitos de liberdade de expressão dos estudantes. As braçadeiras eram uma forma de discurso simbólico, que a Primeira Emenda protege. O protesto silencioso não interferiu na capacidade da escola de operar normalmente e, portanto, a restrição da escola aos direitos de liberdade de expressão dos alunos não se justificava.¹⁹

A partir da década de 1970, nos países ocidentais, um dos princípios norteadores da família passou a ser o respeito, tanto dos maridos com relação às mulheres, quanto dos pais em relação aos filhos – com o reconhecimento destes como “pessoas em desenvolvimento” – alterando significativamente as relações de autoridade antes existentes entre os seus membros. Como já mencionado, os indivíduos das sociedades

¹⁵ Sobre a posição do autor, v. Priscilla ALDERSON. Michael Freeman’s View of Children’s Rights and Some Ideas Arising from His Views. *Law in Society: Reflections on Children, Family, Culture and Philosophy. Essays in Honour of Michael Freeman.* (2015). Disponível em https://doi.org/10.1163/9789004261495_012. Acesso em 15 nov. 2018

¹⁶ John EEKELAAR. The Emergence of Children’s Rights (1986) 6, *Oxford Journal of Legal Studies* 161; John TOBIN. Courts and the Construction of Childhood: A New Way of Thinking. *Law and Childhood Studies: Current Legal Issues.* Oxford: Oxford University Press, 2012

¹⁷ CC1916, art. 358. Os filhos incestuosos e os adúlteros não podem ser reconhecidos.

¹⁸ Embora ainda se consiga encontrar resquício desse tipo de proteção no Código de 2002 – por exemplo, o art. 1.611 estabelece que “o filho havido fora do casamento, reconhecido por um dos cônjuges, não poderá residir no lar conjugal sem o consentimento do outro”.

¹⁹ *Tinker v. Des Moines Independent Community School District* de 1969 [393 US 503, 511].

contemporâneas não podem ser comparados aos das gerações precedentes, dado o imperativo atual de tornarem-se indivíduos originais e únicos.

A família, então, modificou-se para criar tais indivíduos, podendo-se identificar dois momentos distintos ao longo do séc. XX. Até o final da década de 1960, a comunidade familiar ainda agia como uma unidade totalizadora, a serviço da qual orbitavam seus membros; a partir de então, passa a caracterizar-se por uma nova concepção dos indivíduos em relação a seu grupo de pertencimento, na medida em que eles se tornam, como membros, mais importantes do que o conjunto familiar: o indivíduo único, cuja “íntima natureza” deve ser respeitada e incentivada.²⁰

À família institucionalizada, com base no casamento, do séc. XX corresponde a atual família democratizada, criada e protegida pela Constituição de 1988, cujos protagonistas são os filhos. Desse microcosmo começam a ser partes integrantes aspectos que antes ficavam da porta para fora: direito ao respeito,²¹ garantia de liberdade de crença,²² proteção em face da síndrome da alienação parental,²³ garantia do estado de filiação,²⁴ direito de conhecer as origens genéticas,²⁵ averiguação oficiosa da paternidade,²⁶ presunção legal de paternidade em caso de recusa ao exame de DNA²⁷, responsabilização civil por abandono moral²⁸ foram alguns dos instrumentos postos, nos últimos anos, a

²⁰ Considera-se como característica da pós-modernidade o individualismo social: os planos de vida e o próprio conceito de felicidade deixam de ser herdados do pertencimento a grupos (família, partido político, comunidade religiosa etc.) e passam a ser construídos pelo próprio indivíduo, a cada momento. A vida passa a ser vista de modo episódico, com a constante necessidade de redefinição da identidade pessoal, cada vez menos cogitando-se de projetos de vida a longo prazo.

²¹ Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA): “Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais”.

²² ECA, art. 16, III.

²³ Lei n. 12.318/2010, dita Lei SAP.

²⁴ Na doutrina, por todos, Paulo Luiz Neto LOBO. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética. Uma distinção necessária. *Revista CEJ*. Brasília, n. 27, out./dez. 2004, p. 47-56.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Lei n. 8560/1992, que no art. 4º já previa que “o filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento, disposição hoje constante do art. 1.614 do Código Civil, acrescido do seguinte trecho: “e o menor pode impugnar o reconhecimento, nos quatro anos que se seguirem à maioridade, ou à emancipação”.

²⁷ Lei n. 12.004/2009. Para uma solução diversa, impondo a realização do exame, v. TJRJ, 6ª C.C., Ap. Cív. 2009.001.31427. Rel. Des. Nagib Slaibi, j. 07.04.2010.

²⁸ Nesse ponto, ressalte-se a relevante inflexão no pensamento da Terceira Turma do STJ, através do voto condutor da Min. Nancy Andrighi: “(...) Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos. O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião. O cuidado, distintamente, é tísado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes”. (STJ, 3ª T., REsp 1.159.242, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 24.04.2012). No entanto, recentemente, os ventos no STJ mudaram novamente (v. item 8, *infra*). No mesmo sentido, posiciona-se ampla doutrina, remetendo-se aqui apenas a Maria Celina BODIN

serviço da proteção dos filhos em face de seus próprios genitores. Outros ainda foram a guarda compartilhada,²⁹ o direito à visita dos avós,³⁰ os alimentos gravídicos,³¹ o reconhecimento de parentesco socioafetivo,³² e a proibição de castigos físicos.³³ Veremos, em seguida, alguns desses instrumentos.

3. A construção constitucional da família democrática

A Constituição Federal de 1988, refletindo a nova realidade, dedica seus artigos 227 a 230 à tutela das pessoas portadoras de vulnerabilidade, consignando-lhes proteção especial em razão de déficit psicofísico causado por algum tipo de fragilidade. Por isso, a criança, o adolescente, o jovem, o deficiente físico e o idoso recebem tutela diferenciada, com referências específicas à sua dignidade, reforçando, ainda mais, o valor dos direitos fundamentais previstos para a pessoa humana de maneira geral. Além dessa tutela especial, as pessoas em desenvolvimento (crianças e adolescentes) recebem proteção prioritária, conferindo-se-lhes, por esta razão, enfoque diferenciado, mesmo dentre os portadores de vulnerabilidade.

O art. 227 da Constituição é resultado dessa inflexão hermenêutica sobre a relevância dos direitos da criança e do adolescente. Tamanha é a inovação quanto ao tratamento da população infanto-juvenil por uma Constituição, que dedica à criança e ao adolescente um dos mais expressivos textos consagradores de direitos fundamentais da pessoa humana, cujo conteúdo foi, posteriormente, explicitado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. A família democrática nada mais é do que a família em que a dignidade de

DE MORAES. Deveres parentais e responsabilidade civil. *Revista brasileira de direito de família*, n. 31, 2005, p. 39-66 e Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil, *Revista Forense*, v. 102, n. 386, jul./ago. 2006, p. 183-201.

²⁹ Lei n. 11.698/2008, modificada pela Lei n. 13.058/2014.

³⁰ Lei n. 12.398/2011, que acrescenta parágrafo único ao art. 1.589 do Código Civil.

³¹ Lei n. 11.804/2008, cujo art. 6º dispõe: “Convencido da existência de indícios da paternidade, o juiz fixará alimentos gravídicos que perdurarão até o nascimento da criança, sopesando as necessidades da parte autora e as possibilidades da parte ré”.

³² Na doutrina, dentre outros, Silmara CHINELATO. *Comentários ao Código Civil*. v. 18. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 63 e ss. e Paulo Luiz Neto LOBO. Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula n. 301 do STJ. In R. da Cunha PEREIRA (Coord.) *Família e dignidade humana*. IBDfam, 2006, p. 795-810. Na jurisprudência, STJ, 29.02.2012: “Exame de DNA negativo não basta para anular registro de nascimento. Para obter êxito em ação negatória de paternidade é necessário comprovar a inexistência de vínculo genético e, além disso, de vínculo social e afetivo”. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2012-fev-29/exame-dna-negativo-nao-basta-anular-registro-nascimento>, acesso em 30 nov. 2018.

³³ Lei n. 13.010/2014. No Canadá, surpreendentemente, mantém-se em vigor a seção 43 do Código Penal, que estabelece que um professor ou um pai pode fazer uso da força para corrigir um aluno ou um filho. V. *The “Spanking” Law: Section 43 of the Criminal Code: Correction of child by force*. “43. Every schoolteacher, parent or person standing in the place of a parent is justified in using force by way of correction toward a pupil or child, as the case may be, who is under his care, if the force does not exceed what is reasonable under the circumstances”. [Todo o professor, pai ou pessoa que esteja no lugar de um dos pais justifica-se em usar a força por meio de correção para com um aluno ou criança, conforme o caso, que esteja sob seu cuidado, se a força não exceder o que é razoável para as circunstâncias]. Disponível em <<https://www.lawnw.org/the-law-of-spanking/>>. Acesso em 20 dez. 2018.

cada membro é respeitada e tutelada. Do mesmo modo, a família “dignificada”, isto é, conformada pelo conceito de dignidade humana, é, necessariamente, uma família democratizada. Embora em vias de tornar-se democrática, o que mais cumpre ressaltar é a aplicação do paradigma da diferença. A propósito da diversidade familiar, cabe sublinhar que o fenômeno familiar deixou de ser unitário, tendo deixado o casamento de ser a única referência constitutiva do grupo familiar. Juridicamente, depois de 1988, foram admitidas entidades diversas. A Constituição reconhece, em rol exemplificativo, estruturas distintas de relacionamento familiar. De modo que outras configurações são possíveis e até desejáveis. Além das uniões estáveis, das famílias recompostas, das famílias monoparentais, usufruem de proteção hoje também famílias homoafetivas e até mesmo, eventualmente, as famílias simultâneas.

Na realidade, o modelo adotado pelo constituinte pressupõe justamente a existência de uma pluralidade de estruturas familiares (redes ou enxames), nenhuma delas podendo apresentar legitimidade superior, pois que todas manifestam igual potencial de desenvolver as funções intrínsecas à família, tais como o cuidado, o respeito e a educação das crianças, a solidariedade e a mútua assistência entre seus membros. Portanto, uma das mais importantes consequências da mudança paradigmática ocorrida no direito de família foi a criação de diversos instrumentos para a proteção da criança em relação aos próprios pais, em relação à sua própria família. Passou-se, assim, do modelo tradicional, dito proprietário ou não intervencionista, segundo o qual as crianças só têm os direitos que os pais permitem – não sendo admissível qualquer oposição entre pais e filhos menores –,³⁴ à conscientização de que a liberdade individual, se pode pôr em risco a vida de outro, não pode ser exercida sem restrições e controle.

A “defesa da ordem social a partir da criança” diz respeito a uma ideia de parentalidade completamente diversa da anterior, emoldurada pelo Código Civil de 1916, quando a autoridade parental tinha apenas duas funções fixadas em lei: a de limitar a capacidade comercial do menor no mercado e a de educá-lo para a convivência em sociedade. Tais funções, como é fácil perceber, eram exercidas tendo em vista a lógica patrimonialista então em vigor, restringindo-se os cuidados parentais, segundo a previsão legal, à atenção para com os bens dos próprios filhos e à vigilância com relação aos bens de terceiros.

³⁴ Assim, dentre outros, Alfredo C. MORO. I diritti del minore e la nozione di interesse. In *Scritti sul minore in memoria di Francesca Laura Morvillo*, a cura di Ambrosini et al. Milano: Giuffrè, 2001, p. 302, segundo o qual não é possível haver um conflito intrafamiliar porque o direito do genitor e o direito do filho menor configuram, ambos, situações jurídicas subjetivas ativas.

Tem início assim um processo lento e gradual de “democratização da família”, a indicar que a vida familiar passa a ter que combinar escolhas individuais e solidariedade social.

A democracia, neste contexto familiar, implica igualdade, respeito mútuo, autonomia, proteção da violência e integração social. Quanto aos filhos, os relacionamentos familiares democráticos ensejam responsabilidade compartilhada pelo cuidado da criança, especialmente com maior partilha de direitos e deveres entre mulheres e homens. Mais importante, os pais não mais têm a missão de transformá-los em função de princípios exteriores; a autoridade parental dilui-se na noção de respeito à originalidade da pessoa do filho, valorizando-se outras qualidades que não a obediência e a tradição. Os pais colocam-se na posição de ajudar os filhos a tornarem-se si mesmos, sendo este considerado atualmente o melhor interesse da criança e do adolescente.

Se o exercício do poder na família não pôde mais ser visto em função de uma hierarquia entre pais e filhos,³⁵ nem, muito menos, do ponto de vista das relações de gênero,³⁶ tampouco se pode ver seu exercício como contrapondo o Estado e a família. Se, porém, se entende que o princípio do melhor interesse da criança a nada cede, por via oblíqua, está-se sustentando que é o Estado Juiz aquele que detém o seu conteúdo.³⁷ Este parece ser um dos grandes problemas do modelo atual.

A discussão ampliou-se a ponto de antagonizarem-se as posições: de um lado, a dos intervencionistas, representantes do princípio do melhor interesse da criança a ser decidido em última *ratio* pelo Estado juiz, e, de outro, os não-intervencionistas, representantes da defesa do modelo proprietário, o qual considera que as crianças só terão direitos se os pais o permitirem por não poder existir uma oposição entre pais e filhos menores. Cumpre reconhecer que o modelo de bem-estar ou do melhor interesse tem realizado benefícios muito significativos para as crianças, principalmente quando comparado com o modelo anterior, baseado nos interesses dos pais. No entanto, como bem se observou, a doutrina do melhor interesse tem seu lado negro: o dever de defender os interesses dos mais vulneráveis acarretou o poder de decidir quais eram esses interesses.³⁸

³⁵ Este é o foco primário dos defensores dos direitos da criança. V. Michael FREEMAN, ‘What’s Right with Rights for Children’ (2006) *International Journal of Law in Context* 2(1), 89–98.

³⁶ Este é o foco da teoria feminista: v. por todos, Katherine O’DONOVAN. *Sexual Divisions in Law*. London: Weidenfeld & Nicholson, 1985.

³⁷ V. Michael FREEMAN. The Best Interests of the Child? Is the Best Interests of the Child in the Best Interests of Children? *International Journal of Law, Policy and the Family* 11, (1997), 360-388.

³⁸ John EEKELAAR. The Emergence of Children’s Rights (1986) *Oxford Journal of Legal Studies*, 6, 161.

Começam a ser abandonados os modelos ‘proprietário’ e ‘do melhor interesse’, considerado este seja pelos pais, seja pelo Estado. Hoje vem crescendo uma terceira posição, sustentando a efetividade dos direitos dos próprios menores, tal como previsto na Convenção dos Direitos da Criança (art. 12).³⁹ Esta posição pode ser definida como a da extensão da capacidade de fato aos menores, no que toca a seus direitos e prerrogativas não patrimoniais.⁴⁰

4. Menoridade e capacidade de exercício⁴¹

A Assembleia Geral das Nações Unidas adotou, em 1989, a Convenção sobre os Direitos da Criança,⁴² anunciando um conjunto de direitos voltados especificamente para a população infantojuvenil e considerando seu estágio de desenvolvimento e sua condição de vulnerabilidade, consolidou a chamada “doutrina da proteção integral”.⁴³ A Convenção foi assinada pelos 197 países que compõem a ONU e ratificada por 196 nações: configura-se, portanto, como o instrumento jurídico mais amplamente aceito na história da humanidade.⁴⁴ No Brasil, sua ratificação se fez pelo Decreto nº 9.710/1990, mas o país já incorporara a doutrina da proteção integral do menor na Constituição de 1988 e reafirmou-a no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990).

Embora a Convenção reconheça expressamente que a função primária na educação das crianças cabe aos pais, seus quatro princípios fundamentais são o direito à vida, sobrevivência e desenvolvimento; a dedicação ao melhor interesse da criança; a não discriminação; e o respeito pelas opiniões da criança. Sob a fundamentação de tais

³⁹ CDC, art. 12, 1. Os Estados Partes garantem à criança com capacidade de discernimento o direito de exprimir livremente a sua opinião sobre as questões que lhe respeitem, sendo devidamente tomadas em consideração as opiniões da criança, de acordo com a sua idade e maturidade; 2. Para este fim, é assegurada à criança a oportunidade de ser ouvida nos processos judiciais e administrativos que lhe respeitem, seja diretamente, seja através de representante ou de organismo adequado, segundo as modalidades previstas pelas regras de processo da legislação nacional.

⁴⁰ V. Pasquale STANZIONE. *Famiglia, autonomia e controlli*. Disponível em http://www.comparazionedirittocivile.it/prova/files/stanzione_famiglia.pdf, acesso em 12 out. 2018.

⁴¹ Este e o próximo item devem muito a Joyceane BEZERRA DE MENEZES e Maria Celina BODIN DE MORAES. Autoridade parental e o desafio de cuidar para emancipar. *Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica*, Vol. 20, n. 2, mai/ago 2015, p. 501-532. Doi:10.14210/nej.v20n2.p501-532 www.univali.br/periodicos. Disponível tb. em *Research Gate*, acesso em 10 dez. 2018.

⁴² O art. 1º da Convenção estipula o significado do termo “criança”: “Para efeitos da presente convenção considera-se como criança todo ser humano com menos de 18 anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes”.

⁴³ Opõe-se, como se sabe, à “doutrina da proteção irregular”, que era dirigida tão somente aos menores em situação considerada ‘irregular’, como definida em lei. A doutrina da “proteção integral” volta-se para todas as crianças e os adolescentes, tidos como sujeitos de direito e titulares de direitos, em relação a quem o ordenamento deve considerar a vulnerabilidade e, por isso, dar-lhes prioridade absoluta.

⁴⁴ Em 2015, o Sudão do Sul e a Somália tornaram-se o 195º e 196º países a ratificar o Tratado. Os Estados Unidos da América permanecem o único país a não ratificar a Convenção, que obriga os Estados a respeitar numerosos direitos da criança em seu território mesmo não sendo cidadãos. Para os EUA, o instrumento interfere no papel dos pais na criação de seus filhos e, além disso, a ratificação de tratados internacionais de direitos humanos debilitaria a soberania norte-americana.

normas, crianças e adolescentes passaram a ser considerados como sujeitos de direitos humanos e fundamentais, destinatários de especial proteção, inclusive na esfera intrafamiliar. Poderia parecer estranho que a criança e o adolescente gozem de respeito, privacidade e liberdade, dentre outros direitos, diante daqueles a quem cabe criá-los, assisti-los e educá-los, garantindo-lhes proteção e segurança. Na realidade, embora cada vez de mais longe, ainda ecoa a ideia de que os filhos são sujeitos passivos na relação com seus pais, figurando mais como “sujeitos-objetos de direito” da autoridade parental. A Convenção previu, em seu artigo 27º, que decorre da responsabilidade parental assegurar, de acordo com suas competências e capacidades financeiras, as condições de vida necessárias para o desenvolvimento da criança, e que os genitores propiciem o desenvolvimento dos seus descendentes tanto no nível físico, como psicológico e social.

No Brasil, a própria Constituição de 1988, em seu art. 227, *caput*, preconizou a “absoluta prioridade” dos direitos da criança e do adolescente 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. Da mesma forma, o legislador do Estatuto da Criança e do Adolescente assegurou-lhes expressamente, no art. 15, o direito à liberdade, ao respeito e à dignidade, como pessoas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis. Foi além, afirmando, no art. 16, que a tutela da liberdade consiste no direito de locomoção, de opinião e expressão, de crença e culto, de brincar e divertir-se, bem como de participar da vida familiar, da vida comunitária e da vida política, sendo-lhes deferida a possibilidade de buscar refúgio, auxílio e orientação.⁴⁵ Tal direito implica a inviolabilidade de sua integridade física e psíquica, abrangendo a preservação de sua imagem, identidade, autonomia, valores, ideias e crenças, dos espaços de autonomia e de seus objetos pessoais (art.17).

Cumpra reconhecer, portanto, que as crianças e os adolescentes não são adultos mais jovens, mas são “seres diferentes”, que, embora estejam em fase de crescimento e de formação, são portadores de projetos de vida próprios, devendo-se “buscar justamente sua promoção integral, de modo a apoiar o desenvolvimento adequado destes projetos de existência”.⁴⁶ Foi, de fato, a própria Convenção, a prever em seu art. 12 uma regra

⁴⁵ Sobre o lado negro desta liberdade, remete-se ao editorial Do outro lado da rua. *Civilistica.com*. a. 1, n. 2, 2012. Disponível em: <http://civilistica.com/do-outro-lado-da-rua/>. Acesso em 18 out. 2018.

⁴⁶ Bruno LEWICKI, 2000, p. 14. Poder parental e liberdade do menor. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro: PUC-Rio, v. 9, n. 17, p. 6-30, ago./dez. 2000. Em recente cartilha do Conselho da Europa, sobre a abolição dos castigos físicos, pode-se ler: “As crianças não são *mini seres humanos*, com *mini direitos*”. (*Abolishing corporal punishment of children*. Questions and answers. 2008. Disponível em <https://book.coe.int/eur/en/children-s-rights-and-family-law/3927-abolishing-corporal-punishment-of-children-questions-and-answers.html>, acesso em 30 nov. 2018).

expressa – que ainda hoje temos dificuldade em aplicar, presos que estamos à interpretação restrita dos artigos 3º e 4º do Código Civil. O art. 12.1 da Convenção dispõe que os “Estados Partes devem assegurar à criança que é capaz de formular seus próprios pontos de vista o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados a ela, e tais opiniões devem ser consideradas, em função da idade e da maturidade da criança”.

Como sustenta a melhor doutrina, a capacidade de agir em matéria existencial não pode ser aferida da mesma forma como se mensura a capacidade para a prática de atos civis de natureza patrimonial.⁴⁷ Tampouco parece razoável atualmente atribuir-se a alguém a titularidade de uma situação existencial (*rectius*, de um direito fundamental) sem lhe conceder a capacidade de exercício; assim, pode-se afirmar o direito à privacidade da criança e do adolescente,⁴⁸ com fundamento no art. 16 da Convenção: “Nenhuma criança será objeto de interferências arbitrárias ou ilegais em sua vida particular, sua família, seu domicílio ou sua correspondência, nem de atentados ilegais a sua honra e a sua reputação”. A lei deverá protegê-la contra interferências ou atentados de tal ordem. Nem mesmo aos pais é franqueada a faculdade da interferência arbitrária ou ilegal na vida particular de seus filhos menores, haja vista a completa ruptura com o antigo conceito de pátrio poder, no qual a autoridade parental possuía uma espécie de direito subjetivo sobre a pessoa do filho. Atualmente a autoridade parental é instrumental, funcionalizada para a promoção da personalidade dos filhos. Eventual interferência parental na esfera privada do filho há que ser motivada pelo especial dever de cuidado e de promoção de sua segurança e sua personalidade.

Transparece, de modo especial, a ambivalência própria das relações familiares, pois na conjugação das tarefas de cuidar e de emancipar, ora se cerceia, ora se promove a liberdade. Segundo atenta doutrina, se de muitas formas a família limita o indivíduo e o sacrifica em sua pretensão de liberdade, mas, por outro lado e ao mesmo tempo, ao possibilitar sua realização pessoal pelos contatos mais profundos a que dá origem, a família também o liberta, isto é, promove-lhe a personalização através do outro, de modo verdadeiramente único.⁴⁹ O direito da criança e do adolescente à vida privada é assegurado não apenas pela Convenção sobre os Direitos da Criança, mas também pelo

⁴⁷ Francesco RUSCELLO. Potestà genitoria e capacità dei figli minori: dalla soggezione all'autonomia. *Esperienze giuridiche*. Vita Notarile Edizioni Giuridiche, 2000, p. 59.

⁴⁸ Joyceane BEZERRA DE MENEZES. A família e o direito de personalidade: a cláusula geral de tutela na promoção da autonomia e da vida privada. In: Joyceane B. MENEZES e, Ana Carla H. MATOS (Org.). *Direito das famílias por juristas brasileiras*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 91.

⁴⁹ João Baptista VILLELA, Liberdade e família. *Movimento Editorial da Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, vol. 1. n. 2. Belo Horizonte: Edição da Faculdade de Direito da UFMG, 1980, p. 10.

próprio Estatuto da Criança e do Adolescente⁵⁰ que ratifica para os seus destinatários todos os direitos deferidos à pessoa humana, inclusive a vida privada familiar e a vida privada individual. Entre os artigos 15 e 18, dispõe o ECA sobre a proteção da dignidade, o respeito e a liberdade da criança e do adolescente.

No campo das situações existenciais, é de notar que o menor já é sujeito de direitos que não podem ser negados pelo exercício do poder familiar: a vida, o nome, a honra, a imagem, a intimidade, as inclinações e aspirações pessoais. Destaca-se, no tocante à privacidade, a necessidade de proteção dos seus dados sensíveis, tais como a sua convicção religiosa, filosófica, ideológica, a opinião política, o estado de saúde e a vida sexual etc. Assim, também os pais devem respeitar as disposições do Estatuto que garantem aos menores o direito de brincar, de se divertir, de escolher o esporte que pretendem praticar, sua liberdade de crença e culto e a sua liberdade de expressão (art.16). A sujeição do menor à autoridade paterna egoísta e desarrazoada, no trato dessas questões não patrimoniais, pode implicar em violação ao princípio da dignidade, da solidariedade e prejudicar, antes de promover, o desenvolvimento da personalidade.⁵¹

A principal dificuldade está na aferição do discernimento do menor. Para avaliar sua maturidade e seu nível de compreensão importa ouvi-lo, por meio de um diálogo aberto, no qual ele possa ser um interlocutor ativo. Na mesma medida em que seu discernimento aumenta, o poder genitorial em realizar as escolhas em nome da criança retrai-se.⁵² A autoridade parental será mais firme nos primeiros anos e mais flexível à medida que o menor vai desenvolvendo o seu amadurecimento, momento em que se intensifica a promoção de sua autonomia.⁵³ No primeiro momento, amplia-se o poder para melhor cuidar; na adolescência, promove-se o diálogo para a construção de soluções compartilhadas, visando mais o emancipar do que o cercear, embora persista o dever dos pais de zelar pela integridade psicofísica dos seus filhos adolescentes.

Com efeito, torna-se imperativo reconhecer capacidade de fato aos menores para o exercício de seus direitos fundamentais, devendo-se, nesses casos, pelo menos inverter a presunção, agora, de capacidade (e não mais de incapacidade), mesmo porque, como se

⁵⁰ Estatuto da Criança e do Adolescente, “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”.

⁵¹ Francesco RUSCELLO, *Postestà*, cit., p. 69.

⁵² Gabriella AUTORINO. *Situazioni esistenziali dei figli minori e potestà dei genitori*, p. 186. In: Gabriella AUTORINO; Pasquale STANZIONE. *Diritto civile e situazioni esistenziali*. Torino: Giappichelli, 2007, p. 178-195.

⁵³ ID., *ibidem*.

sabe, ela é a regra (sendo a incapacidade, a exceção). Visa-se assim compartilhar um saber já consolidado⁵⁴ para o incremento consistente do pensamento jurídico no que tange às relações paterno-filiais, em que às crianças e aos adolescentes deve ser atribuída, como titulares de direitos, a capacidade do seu exercício, em prol da realização de seus próprios interesses, através de prerrogativas e direitos específicos. Trata-se, em última análise, do reconhecimento da “pessoa da criança” ou, por outra, do reconhecimento do *status* de pessoa da criança.

A propósito, embora numerosas experiências já tenham sido feitas, indica-se aqui apenas uma pesquisa demonstrativa da competência das crianças. Weithorn e Campbell compararam as respostas de participantes com 9, 14, 18 e 21 anos a problemas hipotéticos de tomada de decisão relativos a tratamento médico e psicológico. As crianças de 14 anos não diferiram dos grupos adultos em nenhum dos principais padrões de competência para consentir: evidência de escolha; compreensão dos fatos; processos de tomada de decisão razoáveis; resultado razoável da escolha. Até mesmo as crianças de 9 anos mostraram-se tão competentes quanto o adulto médio, de acordo com os padrões de evidência e razoabilidade de escolha.⁵⁵

5. Direitos da personalidade

Situações existenciais pertinentes ao corpo, aos dados genéticos e à recusa de tratamento médico não podem mais ser tratadas apenas pelos pais, no esquema da substituição da vontade do menor. Ainda que se lhes atribua o dever de zelar pela saúde e integridade psicofísica dos filhos, é importante considerar o interesse e a vontade dos diretamente envolvidos. A esse respeito, a Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos, de 16 de outubro de 2003, destaca a necessidade de se considerar o consentimento do menor, na conformidade com o seu discernimento e maturidade. Em

⁵⁴ Sintetiza com excelência Michael FREEMAN, *The Best Interests of the Child?* cit., 366-367: *A distinction between adults and very young dependent children is obviously needed. Yet distinctions, which are too rigid, and sweeping, which attribute all wisdom, knowledge and prudence to adults, and all folly, ignorance and self-destructiveness to children, do not fit true reality. And history (Aries, 1962; Cunningham, 1991), sociology (James and Prout, 1990; Qvortrup et al, 1994; Brannen and O'Brien, 1996; Jenks, 1996), psychology (Melton, 1987; Stainton Rogers, 1992); education (Alderson, 1993), as well as developments within the law (see, in particular, the Gillick decision [...]) pose a challenge to the concept of childhood, which Best Interests does not take up.* Tradução livre: “É obviamente necessária uma distinção entre adultos e crianças muito jovens. No entanto, distinções que são rígidas ou abrangentes demais, que atribuem toda a sabedoria, conhecimento e prudência aos adultos e toda a impulsividade, ignorância e autodestrutividade às crianças não se encaixa na realidade. E a história (Aries, 1962; Cunningham, 1991), a sociologia (James e Prout, 1990; Qvortrup et al., 1994; Brannen e O'Brien, 1996; Jenks, 1996), a psicologia (Melton, 1987; Stainton Rogers, 1992); a educação (Alderson, 1993), bem como a lei (ver, em particular, a decisão Gillick) representam um desafio ao conceito de infância que a teoria do melhor interesse não alcança”.

⁵⁵ Assim, Michael FREEMAN. *The Best Interests of the Child?* cit., 366-367.

todo caso, destaca a importância de os representantes legais considerarem o seu interesse fundamental. Nos termos do art. 8º, alínea 'c': "(...) A opinião de um menor deverá ser tomada em consideração como um fator cujo caráter determinante aumenta com a idade e o grau de maturidade".

Questões atinentes à sexualidade também se inserem no processo educativo e podem gerar conflitos entre pais e filhos. A descoberta do corpo, a compreensão da pessoa do outro, as perguntas sobre a reprodução, a identidade de gênero, o marco da vida sexual ativa, a prevenção contra as doenças sexualmente transmissíveis e a gravidez precoce, a proteção contra o abuso, contra a violência e a exploração sexual são questões atinentes à sexualidade e importantes na formação da criança e do adolescente. Desde cedo, os pais são chamados a lidar com a temática, orientando seus filhos. Conjugam nesta tarefa, os deveres de cuidar, proteger e educar com o respeito à intimidade e à dignidade da pessoa.

Outro tema delicado, pertinente à vida privada do menor, refere-se à liberdade de crença e de culto. A partir de que idade a pessoa pode escolher sua própria religião, manifestar uma fé e escolher um tipo de culto? Os pais podem tentar persuadir, orientar e convencer, mas, evidentemente, não podem usar de violência ou abuso para constranger o filho à fé. Seguir os pais à igreja, de modo automático, não significa professar a mesma religião. O delineamento jurídico do poder familiar permite aos pais orientar o filho conforme o código de regras religiosas e morais que professarem. Mas a educação das crianças de acordo com uma determinada crença também encontra limite no melhor interesse da criança. A adesão a uma fé religiosa e o desempenho de suas práticas não poderão ocasionar prejuízo à prole.⁵⁶

Contudo, em razão de ser a crença uma questão existencial, à medida que o filho reunir condições de realizar uma escolha consciente, os pais deverão respeitar a sua orientação, ainda que remanesça o dever de cuidado e de proteção. É de ressaltar a sutil distinção entre crença e culto que integram a chamada liberdade religiosa, direito assegurado pelo ECA, no art.16, III. A primeira diz respeito à experiência subjetiva da fé, enquanto a segunda, liberdade de culto, envolve a participação em cerimônias e celebrações coletivas de uma dada religião. Se a autoridade parental não tem tanta ingerência no que toca à fé, poderá intervir no exercício da liberdade de culto, quando esta expuser a saúde, segurança e personalidade do filho ao risco. Não é incomum o conflito que se estabelece

⁵⁶ Pasquale STANZIONE e Giovanni SCIANCALEPORE. *Minori e diritti fondamentali*. Milano: Giuffrè, 2006, p. 130. A esse respeito, os autores citam decisão do Tribunal de Roma, na qual se determina a retirada do menor da residência familiar para se lhe prestar tratamento médico adequado, recusado pelos pais, por razões de ordem religiosa.

entre hospitais e pais que professam o credo Testemunha de Jeová, quando os seus filhos menores necessitam de transfusão de sangue.

Destaca-se que a laicidade não resulta na total indiferença do Estado à religião, mas na garantia da liberdade religiosa em um regime de pluralismo confessional e cultural que beneficia a todos, inclusive o menor.⁵⁷ Não é demais lembrar que a Convenção sobre os Direitos da Criança prevê, expressamente, que os Estados deverão assegurar-lhes a liberdade de pensamento, de consciência e de religião (art.14).

Em linhas gerais, repita-se, a eventual tensão entre poder familiar e o respeito à vida privada dos filhos terá de ser mediada pela composição entre o dever de cuidado e a promoção da emancipação, sempre respeitando os princípios da dignidade da pessoa, da liberdade, da igualdade e do melhor interesse da criança.

6. O direito de conhecer as próprias origens genéticas: exames de DNA e a proibição ao anonimato do doador

O ordenamento jurídico brasileiro, em comparação com outros ordenamentos do sistema romano-germânico, caracteriza-se pelo avanço na proteção dos direitos dos filhos, sendo o primeiro destes o reconhecimento do estado de filiação. A pessoa humana configura um valor unitário daí decorrendo o reconhecimento, pelo ordenamento jurídico, de uma cláusula geral de tutela a consagrar a proteção integral da personalidade, em todas as suas manifestações, tendo como ponto de confluência a dignidade da pessoa humana, posta no ápice da Constituição Federal de 1988 (art. 1º, III).

Embora o direito à identidade pessoal pudesse, nesta ordem de ideias, e por si só, abranger tanto o direito ao nome como o direito ao conhecimento da origem biológica, isto é, o direito ao conhecimento da identidade dos genitores, servindo a fundamentar o direito à investigação de paternidade ou maternidade, o legislador estatutário, conhecedor das históricas resistências doutrinárias e jurisprudenciais na matéria, entendeu dever dispor expressamente no art. 27: “O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercido sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça”.

A força da expressão “sem qualquer restrição” contida no art. 27 do Estatuto levou, o

⁵⁷ STANZIONE e SCIANCALEPORE, *Minori*, cit., p. 135.

legislador ordinário, como corolário do direito assim amplamente reconhecido, a adotar, sob inspiração do modelo português,⁵⁸ a averiguação oficiosa da paternidade, através da atribuição, ao Ministério Público, da legitimidade ativa para intentar a ação investigatória, com o fim de defender direitos individuais indisponíveis, como se dá com o estabelecimento da relação de paternidade.⁵⁹ A legitimidade concedida ao Ministério Público coaduna-se com a noção de estado, individual e familiar, regulada desde há muito, nos ordenamentos de tradição romano-germânica, por preceitos de ordem pública, sob a consideração de que a situação jurídica de cada indivíduo interessa à sociedade toda.⁶⁰

Pesquisas demonstraram, todavia, que no Brasil a responsabilidade parental, em cerca de um terço dos casos,⁶¹ é suportada unicamente pela mãe que, em caso de gravidez acidental, vive o atroz dilema entre o aborto criminoso e a parentalidade solitária.⁶² Como forma de incrementar a responsabilização do pai, cuja “deserção” configura verdadeiro drama social, os tribunais passaram a usar, em caso de recusa à realização do exame biológico, o princípio da presunção de paternidade, que foi consolidado pelo enunciado da Súmula 301 (2004) do STJ;⁶³ e recepcionado pela Lei 12.004/de 2010.

A integral tutela da criança, em particular de sua dignidade, reflete, ainda hoje, tarefa primária e urgente, da qual decorre, em primeiro lugar, o conhecimento da identidade verdadeira, e não presumida, dos progenitores.⁶⁴ Núcleo fundamental da origem de direitos a se agregarem no patrimônio do filho, sejam eles direitos da personalidade ou direitos de natureza patrimonial, a paternidade e a maternidade representam as únicas respostas possíveis ao questionamento humano acerca de quem somos e de onde viemos.

O patrimônio genético não é mais indiferente em relação às condições nas quais a pessoa

⁵⁸ V. os art. 1808º e 1865º do Código Civil português que tratam, respectivamente, da averiguação oficiosa da maternidade e da paternidade. Tal averiguação foi instituída pelo Decreto-Lei 496/77, instrumento de adequação dos preceitos do Código Civil, relativos à família, aos então novos parâmetros constitucionais. A Constituição portuguesa, como se sabe, data de 1976.

⁵⁹ Lei n. 8560/92, art. 2º, §§ 4º e 5º.

⁶⁰ O. GOMES. *Introdução*. Rio de Janeiro: Forense, p. 150.

⁶¹ Ana Liési THURLER. *Paternidade e deserção*. Crianças sem reconhecimento e maternidades penalizadas pelo sexismo. Tese de Doutorado em Ciências Sociais, UnB, 2005. A autora, depois de ter investigado milhares de certidões em cartórios de registro civil e os dados do IBGE, concluiu que, anualmente, cerca de 800 mil crianças são registradas sem a filiação paterna estabelecida.

⁶² V. Ana Liési THURLER. *Paternidade e deserção*, cit., a qual afirma: “No Brasil, ocorre a blindagem do pai, que não se sente obrigado a reconhecer filhos concebidos fora do casamento ou em relações não-estáveis”.

⁶³ Eis o teor da Súmula: “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade”.

⁶⁴ No mesmo sentido, Yussef S. CAHALI. Reconhecimento do filho extramatrimonial. *Livro de estudos jurídicos*. Rio de Janeiro: IEJ, 1996, vol. 7, p. 210-211 para quem “(...) nos dias de hoje manifesta-se uma preocupação ostensiva e decisiva com a verdade da paternidade, procurando afirmar a filiação para seu reconhecimento conforme a verdade real, biológica, com vistas à mais eficiente proteção da pessoa do filho”.

vive.⁶⁵ Conhecê-lo significa não apenas impedir o incesto e possibilitar a aplicação de impedimentos matrimoniais ou prever e evitar enfermidades hereditárias mas, responsabilmente, estabelecido o vínculo entre o titular do patrimônio genético e sua descendência, assegurar o uso do sobrenome familiar, com sua história e sua reputação, garantir o exercício dos direitos e deveres decorrentes do pátrio poder, além das repercussões patrimoniais e sucessórias. Daí decorre que, em nosso sistema jurídico, o conhecimento verídico acerca da própria historicidade é direito elementar e fundamental.⁶⁶ Neste cenário, somando-se as técnicas modernas de reprodução, os avanços crescentes da medicina e da genética e o reconhecimento do afeto como formador de vínculos de parentesco, parece insustentável que o intérprete continue a utilizar-se de elaborações estruturais acerca das entidades familiares.⁶⁷ A busca por caminhos e interpretações funcionais, despidas de preconceitos, mostra-se essencial para a edificação da tutela concreta dos filhos.⁶⁸

Dados colhidos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), com base no Censo Escolar de 2011, apontavam cerca de 5,5 milhões de crianças brasileiras sem o nome do pai na certidão de nascimento. Em 2012, o CNJ aprovou o Provimento n. 16, que “dispõe sobre a recepção, pelos Oficiais de Registro Civil das Pessoas Naturais, de indicações de supostos pais de pessoas que já se acharem registradas sem paternidade estabelecida, bem como sobre o reconhecimento espontâneo de filhos perante os referidos registradores”, admitindo a indicação da paternidade diretamente no cartório, podendo ser feita pela mãe ou pelo filho maior. Esse termo, de acordo com o art. 4º do Provimento,

⁶⁵ Assim, Pietro PERLINGIERI. *Perfis do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. Afirma T. SILVA PEREIRA. *Direito da Criança*, cit., p. 107-108: “A grande verdade é que se trata de direito fundamental do ser humano conhecer seu pai, o que é básico na convivência familiar”.

⁶⁶ STF, RE 248.869, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 07.08.2003, que assegura que o direito à dignidade, ao respeito e à convivência familiar da criança pressupõe reconhecer seu legítimo direito de saber a verdade sobre sua paternidade, decorrência lógica do direito à filiação: “1. A Constituição Federal adota a família como base da sociedade a ela conferindo proteção do Estado. Assegurar à criança o direito à dignidade, ao respeito e à convivência familiar pressupõe reconhecer seu legítimo direito de saber a verdade sobre sua paternidade, decorrência lógica do direito à filiação (CF, art. 226, §§ 3º, 4º, 5º e 7º e art. 227, § 6º). 2. A Carta Federal outorgou ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa dos interesses individuais indisponíveis, podendo, para tanto, exercer outras atribuições prescritas em lei, desde que compatível com sua finalidade institucional (CF, artigos 127 e 129). 3. O direito ao nome insere-se no conceito de dignidade da pessoa humana e traduz a sua identidade, a origem de sua ancestralidade, o reconhecimento da família, razão pela qual o estado de filiação é direito indisponível, em função do bem comum maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria (Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 27) [...]”.

⁶⁷ V., amplamente, Renata VILELA MULTEDO. *Liberdade e família*. Limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 195.

⁶⁸ Com efeito, a propósito, já foi dito que “saber a verdade sobre a sua própria paternidade é um legítimo interesse da criança. Um direito humano que nenhuma lei e nenhuma Corte pode frustrar”, palavras do Subprocurador-Geral da República Osmar Brina em parecer relativo à ação de contestação de paternidade, julgada procedente no STJ, no REsp 4.987, in *RSTJ* 26/382, não obstante manifesta contrariedade aos arts. 339 e 340 do CC. Ali, afirma-se ainda que: “A menor, nestes autos, tem o legítimo e sagrado direito de obter a verdade sobre sua paternidade. E será injusto e cruel privá-la de usar todos os recursos possíveis na busca dessa verdade por frio apego a ritos e formas processuais”.

acompanhado da correspondente certidão de nascimento, deve ser enviado ao magistrado da respectiva comarca, ouvida se possível a mãe, para notificar o suposto pai para que se manifeste sobre a paternidade que lhe foi atribuída. Essa inversão de iniciativa (um “*nudge*”, na verdade) aumentou significativamente o número de crianças com paternidade registrada.⁶⁹

Em 2016, por meio do Provimento n. 52 (art. 2º, II) o CNJ incluiu entre os documentos exigidos para o registro a declaração do diretor da clínica de reprodução indicando a técnica usada, o nome dos beneficiários e “o nome do doador do material genético”. Isso representava concretamente a vedação ao anonimato do doador na reprodução assistida. No art. 4º do mesmo documento indicava-se que “O conhecimento da ascendência biológica não importará no reconhecimento de vínculo de parentesco e dos respectivos efeitos jurídicos entre o doador ou a doadora e o ser gerado por meio da reprodução assistida”. O CNJ corretamente afirmava o direito de o indivíduo conhecer as próprias origens genéticas, diversamente do que estabelecia a Resolução n. 1.121/2016 do CRM. Em 2017, contudo, o Provimento n. 63 veio acabar com o conflito, em regra que se compatibiliza com a posição esposada pelo CRM, confronta o direito fundamental ao conhecimento da origem genética.⁷⁰

7. O direito de conviver com ambos os pais: a síndrome da alienação parental e a guarda compartilhada

Um balanço feito pelo IBGE entre 1984 e 2016 mostra que o número de dissoluções disparou com o passar dos anos. As dissoluções conjugais vieram acompanhadas, como se sabe, de crescente judicialização dos conflitos familiares. A dificuldade em separar o exercício da parentalidade daquele da conjugalidade, seja pelo ex-casal, seja por apenas um dos pais, parece ser o principal obstáculo para o exercício da corresponsabilidade parental, acabando por impedir a efetiva participação de ambos os genitores no processo de educação e formação dos filhos após a separação do casal.

⁶⁹ Os números estão desatualizados, mas sabe-se que em 2016, 4 anos depois da edição do Provimento nº 16/2012, o número de registros de paternidade tardia, que antes só eram possíveis via judicial, aumentara enormemente nos cartórios. “No Estado de São Paulo, por exemplo, o reconhecimento de paternidade diretamente nos cartórios aumentou 108%, de acordo com levantamento da Associação dos Registradores do Estado de São Paulo junto aos 836 cartórios paulistas entre 2011 e 2016”. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83660-norma-do-cnj-aumenta-registros-de-paternidade-tardia-em-cartorios>, acesso em 10 dez. 2018.

⁷⁰ Sobre o tema, v. Marília AGUIAR RIBEIRO DO NASCIMENTO. O direito ao conhecimento das origens genéticas e suas implicações na inseminação artificial heteróloga: uma análise à luz do ordenamento jurídico brasileiro e português. In: Jorge MIRANDA; Otávio L. RODRIGUES JUNIOR; Gustavo FRUET (Orgs.). *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 333-358.

A alienação parental corresponde a uma conhecida prática nas dissoluções marcadas pela litigiosidade expressa ou implícita.⁷¹ Em um ambiente de conflito, não é excepcional que aflore o desejo de vingança de um dos ex-cônjuges pelo fim do casamento ou, eventualmente, pela reconstituição da vida afetiva do outro. Os filhos tornam-se o instrumento preferido de vingança e sua realização visa anular a existência de qualquer sentimento de afeto pelo outro genitor.⁷²

Trata-se com efeito de uma síndrome, isto é, de um distúrbio infantil que surge majoritariamente no contexto de disputas de guarda, cuja principal manifestação é o afastamento ressentido da criança, decorrente de campanha injustificada de descrédito contra um dos pais, feita pelo outro genitor. A síndrome, descrita pela primeira vez pelo psiquiatra americano Richard Gardner, resulta da desconstrução da imagem paterna ou materna de maneira lenta, gradual e sub-reptícia.⁷³ No primeiro estágio, a campanha de desmoralização é discreta e rara; na segunda fase, os filhos já sabem exatamente o que o alienador quer escutar e, para agradá-lo, começam a participar da campanha de denegrir o genitor alienado; no último estágio, os filhos não querem mais conviver com o alienado, evitando qualquer contato.

Como se sabe, não cabe ao legislador civil definir os institutos. Quando, porém, o fenômeno é novo, a definição é muito bem-vinda, evitando celeumas desnecessárias. É o que faz o art. 2º. da Lei 12.318/2010 em relação aos atos de alienação parental: “Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este”. A lei, em seguida, indica os atos mais comuns, sendo relevante frisar que se trata de enumeração apenas exemplificativa vez que diversas outras condutas podem gerar o mesmo resultado danoso.⁷⁴

⁷¹ Sobre o tema, remete-se a Maria Celina BODIN DE MORAES e Ana Carolina BROCHADO TEIXEIRA. Descumprimento do art. 229 da Constituição Federal e responsabilidade civil: duas hipóteses de danos morais compensáveis. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 3, n. 3, p. 117-139, set./dez. 2016. DOI: 10.5380/rinc.v3i3.48534.

⁷² V., tb., Eduardo de Oliveira LEITE. *Alienação parental: do mito à realidade*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2015, p. 245.

⁷³ Richard A. GARDNER. *The Parental Alienation Syndrome*. Cresskill, NJ, Creative Therapeutics, 1998.

⁷⁴ Art. 2º, § 2º da Lei 12.318/2010. Sobre o tema da alienação parental, recomenda-se o documentário “A Morte Inventada”, que retrata pessoas que foram vítimas de tais comportamentos alienadores, sendo possível ver com clareza os danos que lhes foram causados, bem como os prejuízos para as relações familiares. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=MauAOg4dIco>, acesso em 12 nov. 2018.

A lei define expressamente no art. 3º que direito está a ser ferido: “A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda”. Além disso, esclarece que os sujeitos (ativos) da relação jurídica instaurada pela alienação parental são os pais, avós, ou aqueles “tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância” pois a proximidade cotidiana é o fator que permite a “(re)programação mental” – outrora chamada de “lavagem cerebral” – dos filhos para que eles venham a repudiar o outro genitor, causando prejuízos ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este (art. 2º). Os sujeitos passivos, a sofrerem a alienação, são os filhos e o genitor alienado.⁷⁵

Com vistas a coibir os atos alienadores, no art. 6º prevê-se, também exemplificativamente, as medidas de proteção aos filhos alienados e sanções ao genitor alienador, cujo escopo é a tutela dos menores e a punição ao genitor alienador. Elas deverão ser aplicadas de acordo com a gravidade da alienação, garantindo uma reação proporcional. Para tanto, faz-se imprescindível a realização da perícia psicológica e biopsicossocial (art. 5º), a fim de se apurar a existência de alienação e o grau de comprometimento da integridade psíquica do menor. A perícia é de suma relevância no processo onde se apura a existência da alienação, na medida em que vai municiar o juiz para que ele, então, verifique qual a melhor forma de se reverter a situação, a fim de se concretizar o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Dentre as reações possíveis contra a alienação parental, a lei prevê expressamente a responsabilidade civil, no art. 6º,⁷⁶ sem prejuízo das demais sanções e medidas de proteção. Por isso, afirma-se (i) a possibilidade de indenização quando ocorre alienação parental e, concomitantemente, (ii) a aplicação dos outros instrumentos previstos no art. 6º da referida lei, dependendo da gravidade da alienação perpetrada. Tal qual na hipótese de abandono moral (item 8, *infra*), há violação direta do princípio da

⁷⁵ Embora a lei de alienação parental refira-se especificamente a crianças e adolescentes como “sujeitos” que sofrem a alienação, parece possível estender o reconhecimento dessa prática a outras pessoas em situação de vulnerabilidade, como o maior incapaz e o idoso, dentre outros.

⁷⁶ “Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, *sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil* ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso: I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador; II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado; III - estipular multa ao alienador; IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial; V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão; VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente; VII - declarar a suspensão da autoridade parental.” (g. n.).

solidariedade familiar, embora, aqui, seja causada pelo abuso no exercício do poder familiar, principalmente porque impede o outro genitor de exercer seu poder-dever. Evidentemente não há necessidade da prova do dano, bastando a prova da alienação já que, em situações como a presente, o dano é *in re ipsa*. Assim, para a devida compensação às vítimas, será suficiente a conduta alienante de um dos pais e as concretas consequências sofridas pelo filho e pelo outro genitor.

A guarda compartilhada foi instituída inicialmente pela Lei n. 11.696/2008, que alterou a redação dos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil. Em decorrência dela, ambos os pais assumiam plena e cotidiana responsabilidade pela criação, educação e lazer dos filhos comuns. A ideia, elogiável em si, era permitir maior convivência entre pais e filhos. Trata-se do modelo de “corresponsabilidade parental”, capaz de assegurar aos filhos a participação de ambos os genitores no processo de sua formação e educação, o que frequentemente não se conseguia alcançar com o “direito-dever de visita”, presente na guarda unilateral.⁷⁷

Com efeito, passou-se a considerar, e não apenas no Brasil, que o “melhor interesse da criança” decorre da máxima convivência possível com ambos os genitores, separados ou não. É de se ressaltar, contudo, que no direito brasileiro, ao contrário de diversos países de *civil law*, a noção de guarda nunca se confundiu com o exercício do poder familiar, sempre realizado por ambos os genitores, como previsto no art. 1.632, CC e no art. 21 do ECA. Dessa forma, tanto as intervenções mais importantes (como a autorização para o casamento do menor) como as questões mais simples do dia-a-dia do filho sempre tiveram que ser decididas por ambos os pais, em comum acordo, qualquer que fosse o modelo de guarda.

Essa primeira modificação do art. 1594 CC foi no sentido de que quando não houvesse acordo entre a mãe e o pai sobre a guarda da criança, a custódia compartilhada se aplicaria, “sempre que possível”. A doutrina criticou abundantemente o dispositivo que todavia, na ocasião, pareceu bem justificar-se como um meio de fazer com que, do ponto

⁷⁷ V., na jurisprudência, a decisão da Terceira Turma do STJ, REsp 1.251.000, Rel. Min. Nancy Andrighi, pub. 31.08.2011 e comentada por Renata VILELA e Vitor ALMEIDA. Guarda compartilhada: entre o consenso e a imposição judicial. *Civilistica.com*. Disponível em <http://civilistica.com/guarda-compartilhada/>. Acesso em 20 dez. 2018. Sobre o tema, v., tb., Bruna Barbieri WAQUIM; Bruno Amaral MACHADO. Heterorreferências sobre a parentalidade: abertura cognitiva aos discursos “psi”, senso comum e descrições jurídicas da alienação parental e guarda compartilhada. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 6, n. 2, 2017. Disponível em: <<http://civilistica.com/heteroreferencias-sobre-a-parentalidade/>>. Acesso em 20 dez. 2018 e Ana Paula MOTTA COSTA e Rodrigo FREITAS PAIXÃO. A Lei 13.058/2014 e a possibilidade de um dos genitores optar por não exercer a guarda compartilhada do filho frente ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. *Civilistica.com*. Disponível em <http://civilistica.com/a-lei-13-0582014-e-a-possibilidade-de-um-dos-genitores/>. Acesso em 20 dez. 2018.

de vista sociocultural, os pais viessem a participar mais da vida dos filhos. Cumpre recordar que antes da mudança, a sociedade esperava que se atribuísse a guarda exclusivamente à mãe, o que de fato ocorria na imensa maioria dos casos, a ponto de a mãe que não obtivesse a guarda passar a ser mal vista e a criança considerada digna de pena.

Pouco tempo depois, em 2014, o legislador entendeu por bem transformar o “sempre que possível” em obrigatório, estabelecendo que quando não houver acordo entre os pais “aplicar-se-á a regra geral da guarda compartilhada, a não ser que um dos genitores expressamente declare ao magistrado “não querer” a guarda da criança.⁷⁸ A regra virou, portanto, *opt out* (isto é, de auto exclusão) e resulta, em tudo e por tudo, análoga à célebre sentença do Rei Salomão, embora, ao contrário da lição contida na parábola, muito dificilmente um dos genitores terá a coragem de abrir mão da guarda, ainda que seja para não prejudicar ainda mais a criança.

A boa intenção do legislador é compreensível: quer impedir que na briga do casal um deles consiga “alienar” o outro. Com efeito, já foi dito que, em tese, a guarda compartilhada serve a diminuir, preventivamente, as disputas passionais pelos filhos, respeitando-se “a família como sistema, maior do que a soma das partes, que não se dissolve, mas se transforma”,⁷⁹ sendo o objetivo da lei assegurar o direito à convivência familiar, em sua maior plenitude possível, convocando ambos os pais a assumirem de forma efetiva o conteúdo da autoridade parental.⁸⁰

Diversamente, também há quem entenda que a ligação entre os dois institutos: “(...) baseia-se muito mais em senso comum, (...) do que em evidências empíricas dessa sua potencialidade”, indo-se além para advertir que “diante da natureza complexa e interdisciplinar do problema da alienação parental, este não deve ser enfrentado de forma genérica em todos os casos, só sendo recomendada a adoção da guarda compartilhada quando os envolvidos no litígio se disponham ao exercício da coparentalidade de forma saudável ou admitam intervenções terapêuticas que restabelecem a saúde dos seus estilos parentais e padrões relacionais”.⁸¹ Com efeito,

⁷⁸ Lei n. 13.058/2014 modificou o teor do CC., 2º do art. 1.584. “Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor”. Grifou-se para sublinhar que quando o legislador usa o verbo no tempo futuro, ele cria regra de conteúdo imperativo.

⁷⁹ Paulo LOBO. Direito-dever à convivência familiar. In: Maria Berenice DIAS (Org.). *Direitos das Famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 401. No mesmo sentido, v. Douglas Phillips FREITAS. *Alienação parental: comentários à Lei 12.318/2010*. 2.ed., atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.96.

⁸⁰ Renata VILELA MULTEDO, *Liberdade e família*, cit., p. 137.

⁸¹ Assim, entre outros, Bruna Barbieri WAQUIM e Bruno Amaral MACHADO. *Heterorreferências*, cit., p. 30.

enfiar a criança, até o pescoço, no meio da guerra que ocorre entre ex-cônjuges que sequer conseguem acordar sobre a guarda, não obstante a ameaça do estabelecimento de compartilhamento, parece, a não ser muito excepcionalmente, o menos indicado dos caminhos.

Lembre-se que a síndrome da alienação parental, como síndrome que é, não é a regra. Além disso, ela é de ocorrência lenta e gradual; acredita-se que se o genitor não guardião for cuidadoso e prestar atenção ao filho com quem ele também deve conviver e a quem deve educar, será capaz, na grande maioria dos casos, de eficazmente impedir essa alienação. Será imprescindível que reaja e denuncie quando o filho parecer juntar forças com outro genitor; ou se o filho se recusar a vê-lo e buscar identificar e corrigir a própria contribuição para conflitos com o filho, enfim, defender-se contra falsas acusações e, eventualmente, optar por uma terapia de família.

As controvérsias que giram em torno da imposição do modelo da guarda compartilhada, diante de situação de litígio dos pais, são muitas.⁸² Fato é que não obstante a clareza cristalina da lei, alguns “tribunais estaduais, de forma majoritária, continuam não aplicando o referido dispositivo em casos de litígio”.⁸³ O principal argumento é o de que a interpretação da lei deve ser compatível com o ditado constitucional, e que “se se quer um estado constitucional que efetivamente promova os princípios da proteção integral e da garantia ao melhor interesse das crianças e adolescentes (art. 227 CF), não se pode entender a guarda compartilhada como um imperativo legal dotado de automaticidade. De modo que, não obstante o texto legal vigente, não está o julgador obrigado ao seu cumprimento estrito (e estreito)”.⁸⁴

A posição do STJ, no entanto, tem sido reiterada e constantemente favorável à guarda compartilhada em praticamente todos os casos. Em decisão de 2017, afirmou-se que,

⁸² Na VII Jornada de Direito Civil do CFJ (2015) foram aprovados os seguintes enunciados sobre o controverso tema: i) Enunciado 603: A distribuição do tempo de convívio na guarda compartilhada deve atender precipuamente ao melhor interesse dos filhos, não devendo a divisão de forma equilibrada, a que alude o § 2 do art. 1.583 do Código Civil, representar convivência livre ou, ao contrário, repartição de tempo matematicamente igualitária entre os pais; ii) Enunciado 604: A divisão, de forma equilibrada, do tempo de convívio dos filhos com a mãe e com o pai, imposta na guarda compartilhada pelo § 2º do art. 1.583 do Código Civil, não deve ser confundida com a imposição do tempo previsto pelo instituto da guarda alternada, pois esta não implica apenas a divisão do tempo de permanência dos filhos com os pais, mas também o exercício exclusivo da guarda pelo genitor que se encontra na companhia do filho; iii) Enunciado 605: A guarda compartilhada não exclui a fixação do regime de convivência; iv) Enunciado 606: O tempo de convívio com os filhos “de forma equilibrada com a mãe e com o pai” deve ser entendido como divisão proporcional de tempo, da forma que cada genitor possa se ocupar dos cuidados pertinentes ao filho, em razão das peculiaridades da vida privada de cada um; v) Enunciado 607: A guarda compartilhada não implica ausência de pagamento de pensão alimentícia.

⁸³ Renata VILELA MULTEDO. *Liberdade e família*, cit., p. 146.

⁸⁴ TJRS. 8ª C.C., Agr. de Instrumento n. 70065972713, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 10.11.2015.

excluída a exceção da lei, “a guarda compartilhada somente deixará de ser aplicada quando houver inaptidão de um dos ascendentes para o exercício do poder familiar, fato que deverá ser declarado, prévia ou incidentalmente à ação de guarda, por meio de decisão judicial”.⁸⁵

8. O direito a ser assistido, criado e educado pelos pais: a responsabilidade civil por abandono moral e a proibição de castigos físicos

A relação entre pais e filhos menores encontra seu fundamento na responsabilidade e, por isso, na solidariedade familiar.⁸⁶ A relação parental destaca-se pela vulnerabilidade dos filhos menores, bem como pela ampliação, cada vez maior, das intervenções jurídicas nas relações de filiação, com vistas à proteção dos menores. Diante da natureza *sui generis* do vínculo paterno-filial, seu reconhecimento pelo constituinte brasileiro contribui para uma tutela mais eficaz da criança e do adolescente nas relações de família. Na relação parental, o vínculo de solidariedade familiar é o mais forte que há, e por isso, sua violação, bem como a da integridade psicofísica das crianças e adolescentes, poderá dar azo ao dano moral quando tiver havido abandono moral por parte de genitor biológico e ausência de figura parental substituta.

Este termo, responsabilidade, é como vimos o que melhor define hoje a relação parental. Trata-se, com efeito, de uma relação assimétrica, entre pessoas que estão em posições completamente diferentes, sendo uma delas dotada de particular vulnerabilidade. Além disso, a relação é tendencialmente permanente, sendo custoso e excepcional o seu término: de fato, a perda ou a suspensão do poder familiar só ocorre em casos de risco elevado ou de abuso. Assim, como a autoridade parental raramente cessa, a responsabilidade não pode, evidentemente, evanescer-se por simples ato de autonomia.

⁸⁵ STJ, 3ª T., REsp 1.629.994, Rel. Min. Nancy Andrichi, por unanimidade, j. 06.12.2016. Antes da lei de 2014, o STJ já mantinha o entendimento: v. STJ, 3ª T., REsp 1.251.000, Rel. Min. Nancy Andrichi, j. 23.08.2011, onde se pode ler: “A drástica fórmula de imposição judicial das atribuições de cada um dos pais e do período de convivência da criança sob a guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal letra morta. A custódia física conjunta é o ideal buscado na fixação da guarda compartilhada porque sua implementação quebra a monoparentalidade na criação dos filhos, fato corriqueiro na guarda unilateral, que é substituída pela implementação de condições propícias à continuidade da existência das fontes bifrontais de exercício do poder familiar. A guarda compartilhada com o exercício conjunto da custódia física é processo integrativo, que dá à criança a possibilidade de conviver com ambos os pais, ao mesmo tempo em que preconiza a interação deles no processo de criação”. Grifou-se.

⁸⁶ Trata-se de situação completamente diferente àquela relativa ao cabimento, ou não, de dano moral indenizável entre cônjuges, vez que essa última relação se fundamenta na liberdade e na igualdade, não havendo, presumidamente, parte vulnerável que demande tutela diferenciada. Impera aqui a autonomia da vontade dos indivíduos.

Em virtude da imprescindibilidade de tutela por parte dos pais e da dependência e vulnerabilidade dos filhos, a solidariedade familiar alcança aqui o seu grau de intensidade máxima. Em caso de abandono moral ou material, são lesados os direitos próprios do status de filho e de menor, cujo respeito, por parte dos genitores, é pressuposto para o sadio e equilibrado crescimento da criança, além de condição para a sua adequada inserção na sociedade. Ou seja, os prejuízos causados são de grande monta.

Buscando o equilíbrio dos interesses contrapostos, ter-se-ia do lado dos genitores o princípio da liberdade, e da parte dos filhos o princípio da solidariedade familiar. Levando-se em conta a peculiar condição de filho menor e a responsabilidade dos pais na sua criação, educação e seu sustento, seria incabível valorizar a liberdade dos primeiros em detrimento da solidariedade familiar e da própria integridade psíquica da prole. Do contrário, seria a desvalorização do planejamento familiar, que integra em seu conteúdo liberdade e responsabilidade: liberdade para decisão de ter ou não filhos; uma vez optando-se por tê-los, responsabilidade para criá-los de modo a preservar seu crescimento biopsíquico saudável. Assim, verificados, pois, os interesses contrapostos, a solidariedade familiar e a integridade psíquica são princípios que se superpõem, com a força que lhes dá a tutela constitucional, à autonomia dos genitores em relação a comportamento que ignore os interesses dos filhos. Nesta hipótese, a realização do princípio da dignidade humana dá-se a partir da integralização do princípio da solidariedade familiar, que contém, em si, como característica essencial e definidora, a assistência moral dos pais em relação aos filhos menores.

A Constituição e a lei obrigam os genitores a cuidar dos filhos menores. Na ausência deste cuidado, que causa prejuízos necessários à integridade de pessoas vulneráveis que podem comprometer sua “vida de relações”, a quem o legislador constitucional atribuiu expressamente “prioridade absoluta”, pode haver dano moral a ser reparado. Em outras palavras, para a configuração de dano moral à integridade psíquica do filho menor, é preciso que tenha havido o abandono moral por parte do pai ou da mãe, somado à ausência de uma figura substituta.⁸⁷

De fato, a importância da figura paterna, especialmente depois das conclusões da psicologia moderna, não precisa de mais comprovações. É notória a sua imprescindibilidade – assim como o é a da figura materna – para a adequada

⁸⁷ Evidentemente, “não é possível falar em dano moral por abandono afetivo antes do reconhecimento da paternidade”. Assim, STJ, 4ª T., AgInt no AREsp 492.243, Rel. Min. Marco Buzzi, j. 05.06.218. No mesmo sentido, STJ, 4ª T., REsp 1.579.021, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 19.10.2017.

estruturação da personalidade da criança. Quanto aos pais, *tertius non datur*: ou se tem pais ou se tem ausência de pais (isto é, completa ausência de quem exerça tal função). Quando este último caso ocorrer, estará caracterizado um dano moral a ser ressarcido. Se, porém, alguém assume o papel paternal ou maternal, desempenhando adequadamente suas funções, não haverá dano a ser indenizado, não obstante o comportamento moralmente condenável do genitor biológico. Não se admite caráter punitivo à indenização do dano moral.

Não se trata, pois, de condenar um pai que abandonou seu filho (sendo este dano, em princípio, meramente hipotético), mas de ressarcir o (concreto) dano sofrido pelo filho quando, abandonado pelo genitor biológico, não pôde contar nem com seu pai biológico, nem com qualquer figura substituta. Configura-se, então, aí, o que se alude como uma “ausência” (isto é, ausência de uma figura paterna ou materna), a qual configura, sem dúvida, dano moral indenizável. O ressarcimento do dano moral causado pelo abandono moral deve, por isso mesmo, fundar-se em outra premissa, mais nítida e criteriosa: a violação concreta de um dos corolários diretos da dignidade dos filhos, identificado objetivamente na violação dos deveres legais impostos pelo art. 229 da Constituição.

Ainda em sede de construção doutrinária, cabe esclarecer que parece ser necessário sustentar que o filho poderá somente pleitear o ressarcimento depois de completar a maioridade. Antes disso, seria necessário que fosse representado, via de regra, pela mãe (ou pelo pai, conforme o caso), o que poderia abrir grande margem para que a indenização por abandono moral do filho se transformasse em instrumento de vingança entre ex-cônjuges, e chegasse às raias da alienação parental. Além disso, e mais relevante, apenas depois de chegar à idade adulta poderá o filho realmente discernir se o afastamento do pai biológico lhe causou dano concreto e efetivo; em outras palavras, o abandono apenas pode ser reconhecido pelo filho, pessoalmente, em fase da vida na qual já pode prescindir da educação e da criação do pai. Esse entendimento em nada prejudica a vítima, vez que a prescrição não corre contra o incapaz e que a indenização em questão não tem natureza alimentar, podendo ser pleiteada em momento posterior.

Em 2014, diante do dissídio jurisprudencial entre a Terceira e a Quarta Turmas do STJ,⁸⁸ a Segunda Seção foi levada a apreciar os embargos de divergência,⁸⁹ sem, contudo, chegar a um resultado concreto, concluindo, por maioria, que a solução adotada pela Terceira Turma fora ditada por peculiaridades excepcionais do caso concreto com a consequência de que “não se conhece de embargos de divergência, por absoluta inexistência de similitude fático-jurídica entre os arestos confrontados, quando a solução dada ao caso concreto baseou-se, de forma expressa, em situação de excepcionalidade”, vencidos o Min. Relator Marco Buzzi e os Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Nancy Andrighi e Sidnei Beneti.

Na delimitação da controvérsia, o Ministro Relator apresentara, de forma primorosa, o problema e a necessidade de solucioná-lo: “Primeiramente, ao conceituar o próprio instituto da responsabilidade civil, importante perquirir acerca da (in) existência de um dever jurídico de afeto/cuidado, seu conteúdo e natureza. Ao exame deste tema, outras questões, de igual relevância, também serão objeto de análise, mormente a evolução no conceito de poder familiar e as inter-relações e distinções entre amor e cuidado. Necessário investigar, ainda, a possibilidade, em abstrato, do preenchimento dos elementos tradicionais da responsabilidade civil para os casos de abandono afetivo parental, salientando que, nesse âmbito, a matéria relativa ao Direito de Família comunica-se/relaciona-se com o sistema geral do Código Civil”.

Neste particular, colhe-se no voto do relator, no acórdão supracitado, importante referência ao voto do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino no REsp 1.154.242, quando salienta que “pela própria natureza delicada dos relacionamentos familiares, a responsabilidade civil no Direito de Família não pode ser equiparada à responsabilidade civil extracontratual em geral, sob pena de se exigir, no trato familiar diário, uma cautela incompatível com as relações que se firmam no âmbito da família, além de se conduzir a uma indesejável patrimonialização das relações pessoais, justamente em seu viés mais íntimo. Não se pode olvidar que as frustrações experimentadas no seio familiar, além de contribuírem para o crescimento e para o desenvolvimento do indivíduo, são, em parte, próprias da vida e, por isso, inevitáveis. O reconhecimento de dano moral em matéria de

⁸⁸ Consta do voto do Min. Marco Buzzi, rel. originário dos embargos: “Evidenciada está a divergência, notadamente no fato de o entendimento adotado nos primeiros julgados estar lastrado no pressuposto de que inexistente amparo legal para tutela veiculada/preendida na demanda subjacente a este recuso, diversamente da orientação consolidada no mais recente julgado desta Corte, no qual foi reconhecido o dever de reparação, com fundamento em parâmetros jurídicos obtidos junto ao sistema geral, ainda que não haja, no ordenamento jurídico ora em voga, previsão específica atinente à imputação indenitória almejada”.

⁸⁹ STJ. EREsp 1.159.242, Rel. p/ acórdão Min. João Otávio de Noronha, j. 09.04.2014.

família é situação excepcionalíssima, devendo-se admitir em casos extremos de efetivo excesso nas relações familiares [...]”.

Infelizmente, o STJ parece ter partido daí para dificultar sobremaneira a indenização por abandono moral, passando a exigir não apenas a prova da conduta omissiva ou comissiva do pai, mas também “*a prova do trauma psicológico sofrido e, sobretudo, o nexo causal entre o ato ilícito [a conduta] e o dano [o trauma], nos termos do art. 186 do CC2002*”,⁹⁰ esquecendo-se que o dano moral é dano *in re ipsa* e que deve ser bastante a prova da conduta ilícita do pai e a falta de uma figura substituta na vida do filho.

As crianças e os adolescentes brasileiros somente conquistaram o direito de ser educados sem o uso de castigos físicos com a promulgação da Lei n. 13.010/2014,⁹¹ consequência direta de movimento iniciado pela ONU, em 2002, por meio da Resolução 57/90, pela qual a Assembleia Geral solicitou a um especialista, o Professor da USP Paulo Sergio Pinheiro, estudo sobre o tema, finalizado em 2006, quando apenas 16 países (sendo a Suécia o primeiro deles, em 1980) proibiam o uso de castigos físicos no âmbito da família.

O relatório apresentado pelo especialista assim tem início: “Nenhum tipo de violência contra crianças é justificável; todas as formas de violência contra crianças podem ser prevenidas. No entanto, o estudo detalhado sobre a violência contra crianças (doravante, o Estudo) confirma que esse tipo de violência ainda prevalece em todos os países do mundo e está presente em todas as culturas, classes, níveis de escolaridade, faixas de renda e origens étnicas. Em todas as regiões, contradizendo obrigações de respeito aos direitos humanos e às necessidades de desenvolvimento da criança, a violência contra

⁹⁰ STJ. 3ª T., REsp 1.557.978, Rel. Min. Moura Ribeiro, j. 03.11.2015.

⁹¹ A lei acresce o ECA dos arts. 18-A, 19-A e 70-A. Dispõe o art. 18-A: “A criança e o adolescente têm o direito de ser educados e cuidados sem o uso de castigos físicos ou de tratamento cruel ou degradante, como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto, pelos pais, pelos integrantes da família ampliada, pelos responsáveis, pelos agentes públicos executores de medidas socioeducativas ou por qualquer pessoa encarregada de cuidar deles, tratá-los, educá-los ou protegê-los. Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se: I - castigo físico: ação de natureza disciplinar ou punitiva aplicada com o uso da força física sobre a criança ou o adolescente que resulte em: a) sofrimento físico; ou b) lesão; II - tratamento cruel ou degradante: conduta ou forma cruel de tratamento em relação à criança ou ao adolescente que: a) humilhe; ou b) ameace gravemente; ou c) ridicularize.” E dispõe o art. 18-B: Os pais, os integrantes da família ampliada, os responsáveis, os agentes públicos executores de medidas socioeducativas ou qualquer pessoa encarregada de cuidar de crianças e de adolescentes, tratá-los, educá-los ou protegê-los que utilizarem castigo físico ou tratamento cruel ou degradante como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto estarão sujeitos, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, às seguintes medidas, que serão aplicadas de acordo com a gravidade do caso: I - encaminhamento a programa oficial ou comunitário de proteção à família; II - encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico; III - encaminhamento a cursos ou programas de orientação; IV - obrigação de encaminhar a criança a tratamento especializado; V - advertência. Parágrafo único. As medidas previstas neste artigo serão aplicadas pelo Conselho Tutelar, sem prejuízo de outras providências legais.”

crianças é um fenômeno socialmente aprovado e frequentemente legal e autorizado pelo Estado”.⁹²

E continua: “O Estudo deve caracterizar uma virada - o fim de qualquer justificativa de adultos para a violência contra crianças, seja ela aceita como uma “tradição” ou camuflada como uma forma de “disciplina”. A violência contra crianças deve ser inexoravelmente questionada. A singularidade das crianças — seu potencial e vulnerabilidade, sua dependência dos adultos — *torna imperativo que elas tenham mais, e não menos, proteção contra a violência.* (...) As crianças devem ser protegidas contra a violência urgentemente. Elas têm sofrido atos de violência por parte de adultos como não eram registrados há séculos. Agora que a escala e o impacto de todas as formas de violência contra crianças estão se tornando mais conhecidos, as crianças devem ter meios de prevenção e proteção aos quais têm um direito não reconhecido”.⁹³

O Comitê dos Direitos da Criança da ONU (CDC), órgão que controla a aplicação da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança (CNUDC), em seu Comentário Geral No. 8 (2006) definiu punição corporal ou física como “qualquer punição em que a força física é usada e destina-se a causar algum grau de dor ou desconforto, mesmo que leve. A maior parte dos castigos envolve bater (‘palmadas’, ‘bofetadas’, ‘surras’) numa criança, com a mão ou um objeto – chicote, pau, cinto, sapato, colher de pau, etc., mas também pode envolver, por exemplo, chutar, sacudir ou jogar uma criança, arranhar, beliscar, morder, puxar cabelos, puxar as orelhas, obrigar a criança a permanecer em posições desconfortáveis, queimar, escaldar ou forçar a ingestão de algo (por exemplo, lavar a boca de uma criança com sabão ou obrigá-la a engolir especiarias picantes).⁹⁴

O Comitê salientou ainda que os direitos humanos exigem a eliminação de todos os castigos corporais, por mais leves que sejam, assim como de todo e qualquer outro castigo cruel e degradante. Na opinião do Comitê, a punição corporal é invariavelmente degradante. Formas não-físicas de punição que são cruéis e, portanto, também

⁹² <https://endcorporalpunishment.org/>, acesso em 10 dez. 2018.

⁹³ Id., *ibidem*. Grifou-se

⁹⁴ V., por exemplo, STJ. AgInt no REsp 1.374.009, Rel. Min. Marco Buzzi, 11.12.2018: “(...) Analisando detidamente os autos, denota-se pelos relatórios e depoimentos das conselheiras tutelares que as crianças Natan e Junior eram submetidas a constantes agressões verbais e castigos físicos, estes com fio de ferro e banhos em água fria durante o inverno, chegando os menores a serem deixados para o lado externo da residência”. No mesmo sentido, STJ. AgInt no REsp 881.360, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 19.09.2016: “(...) o Tribunal de origem consignou que os menores eram submetidos a castigos físicos imoderados e a angariar seu próprio sustento, inclusive com a prática de mendicância, em evidente abandono material praticado pelos genitores, os quais foram considerados como incursos na prática de atos previstos no artigo 1.638, I e II, do Código Civil”.

incompatíveis com a Convenção incluem, por exemplo, os castigos que procuram rebaixar, humilhar, denegrir, ameaçar, assustar, ridicularizar ou fazer da criança bode expiatório. Parece realmente inaceitável o ordenamento proteger mais os adultos do que as crianças.

Em 2006, portanto, o objetivo de acabar com a punição física deixou de ser local ou regional e tornou-se mundial. O Secretário Geral das Nações Unidas, no relatório apresentado à Assembleia Geral sobre a violência contra as crianças, fixou 2009 como sendo o ano alvo para alcançar a abolição universal. A América Latina avançou nos anos seguintes: Argentina (2014), Brasil (2014),⁹⁵ Bolívia (2014), Paraguai (2016), Peru (2015), Uruguai (2007) e Venezuela (2007) proibiram totalmente os castigos físicos, enquanto os governos de Equador, Chile e do México estão comprometidos com a abolição. Apenas Colômbia, Guiana, Suriname, Panamá, e Guatemala ainda nada fizeram. Já na Europa, países como a Inglaterra, França, Itália, Bélgica e Suíça resistem e ainda não aboliram nem se comprometeram a abolir os castigos corporais ao longo desses anos.

Em setembro de 2018, o Nepal tornou-se o 57º país a proibir completamente o uso de castigos físicos, mediante lei que assegura que: “Toda criança tem o direito de ser protegida contra todos os tipos de violência física e mental e punição, negligência, comportamento desumano, abuso devido ao seu gênero ou discriminatório, abuso sexual e exploração cometidos por seu pai, mãe, outros membros da família ou guardião, professor ou qualquer outra pessoa”.

As crianças, tanto como os adultos, têm direito ao respeito da sua dignidade humana e da sua integridade física e assim como à sua proteção pela lei. Em virtude dos instrumentos internacionais e regionais de direitos humanos, os 197 membros da ONU têm a obrigação imperiosa de reformar a sua legislação e de tomar medidas educativas entre outras medidas para proibir e eliminar todos os castigos corporais infligidos às crianças, incluindo em casa pela sua família.

⁹⁵ No Brasil, em posição contrária à lei, v. por todos, Nelson ROSENVALD. A lei da palmada – Aonde vamos com isto? *Carta Forense*. 03.10.2014. Disponível em <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/a-lei-da-palmada---aonde-vamos-com-isto/14516>, acesso em 10 dez. 2018. Em posição favorável v., por todos, Luciana FERNANDES BERLINI. *Lei da palmada: uma análise sobre a violência doméstica infantil*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014.

Com efeito, se, por um lado, não há qualquer prova de que bater realmente tenha algum efeito positivo sobre a educação de crianças, há hoje pesquisas abundantes que comprovam que a criança que apanha é muito mais agressiva.⁹⁶

9. O direito às próprias escolhas afetivas: o reconhecimento da multiparentalidade e a questão da convivência com os avós

O plenário do Supremo Tribunal Federal, em setembro de 2016, no julgamento do RE 898.060, proferiu uma decisão revolucionária. Entendeu a Suprema Corte, por maioria, que “a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante, baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”.⁹⁷ A decisão admitiu a não prevalência da paternidade biológica em relação à socioafetiva bem como rompeu com o paradigma da biparentalidade por meio do reconhecimento da multiparentalidade no caso concreto.

Os impactos dessa histórica decisão não se limitaram à seara do direito de família. Manifestações a respeito das consequências nas sucessões, no direito previdenciário e mesmo no direito empresarial foram imediatamente sentidas na doutrina. Além do temor generalizado de incentivo a demandas baseadas em interesses puramente patrimoniais, a “multihereditariedade”, considerada por alguns como o maior óbice para o reconhecimento da multiparentalidade, foram pontos de destaque. Afinal, pode um filho receber mais de duas heranças? E se o filho falecer antes dos pais sem deixar descendentes? Como resolver a divisão entre os ascendentes se a previsão do art. 1.836 do Código Civil dispõe a divisão da herança pela metade entre a linha materna e paterna?⁹⁸

De toda sorte, não é de hoje que a afetividade figura na ponderação dos juristas que buscam explicar as relações familiares contemporâneas. Um dos primeiros autores a atribuir valor jurídico à afetividade foi João Baptista Villela ao relegar papel secundário à consanguinidade na configuração da paternidade. De acordo com o autor, não seria a

⁹⁶ Elizabeth T. GERSHOFF and Andrew GROGAN-KAYLOR. Spanking and Child Outcomes: Old Controversies and New Meta-Analyses. *Journal of Family Psychology*. Online First Publication, April 7, 2016. <http://dx.doi.org/10.1037/fam0000191>, acesso em 20 dez. 2018. Em português, v. o interessante artigo intitulado Pais violentos: como o relacionamento abusivo marca a vida. Disponível em <https://www.eusemfronteiras.com.br/pais-violentos-como-o-relacionamento-abusivo-marca-a-vida/>, acesso em 20 dez. 2018.

⁹⁷ RE 898.060, com repercussão geral reconhecida. Vencidos, em parte, ficaram os Ministros Dias Toffoli e Marco Aurélio Mello. Ausente, justificadamente, o Min. Luís Roberto Barroso.

⁹⁸ Renata VILELA MULTEDO, *Liberdade e família*. Limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais. Rio de Janeiro: Editora Processo, p. 181.

derivação biológica que apontaria a figura do pai, mas o “amor, o desvelo e o serviço que alguém se entrega ao bem da criança”.⁹⁹ A parentalidade socioafetiva é a aceitação de que o afeto se tornou capaz de criar laços de família entre pessoas que não compartilham vínculos biológicos. Todavia, e evidentemente, não são os sentimentos de amor e afeto por si sós capazes de gerar o reconhecimento da socioafetividade. Como destaca a doutrina, o que cria o liame jurídico entre pais e filhos é o exercício da autoridade parental, ou seja, a real e efetiva prática das condutas necessárias para criar, sustentar e educar os filhos menores, nos termos do art. 229, primeira parte, da CF, com o escopo de edificar sua personalidade, independentemente de vínculos consanguíneos que geram essa obrigação”.¹⁰⁰

A ausência de vontade, por outro lado, também deve ser levada em consideração, embora ela também não possa, por si só, fulminar a possibilidade de criação dos laços familiares. Isso porque, normalmente, a busca pela parentalidade é do filho e é o seu *status* que ele demanda alterar. O que há de ser examinado pelo julgador, na análise da parentalidade socioafetiva no caso concreto, não é tanto a anuência do suposto pai ou mãe socioafetivos, mas sim a existência da prática reiterada dos atos típicos da autoridade parental, objetivamente verificados. São tais condutas que irão gerar a posse de estado de filho e se bastam para o reconhecimento da filiação socioafetiva.¹⁰¹

Aqui, revisita-se o princípio constitucional de maior relevância para o tema da parentalidade em geral, o princípio da paternidade responsável, o qual se une aos princípios da solidariedade, da dignidade humana e do melhor interesse da criança. Cabe ressaltar que a parentalidade socioafetiva, uma vez reconhecida, torna-se irrevogável da mesma forma que a biológica, impondo-se a ela todos os deveres e poderes – existenciais e patrimoniais – referentes a esse *status*.¹⁰²

No que se refere ao direito à convivência familiar, previsto no *caput* do art. 227 CF, a doutrina e a jurisprudência nacionais há muito reconheciam, independentemente de previsão legal, o direito decorrente do vínculo biológico e afetivo, habitualmente presente

⁹⁹ João Baptista VILLELA. Desbiologização da Paternidade. *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, v. 21, p. 401-419, 1979. Disponível em <http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1156>, acesso em 10 dez. 2018.

¹⁰⁰ Ana Carolina BROCHADO TEIXEIRA; Renata de LIMA RODRIGUES. A multiparentalidade como nova estrutura de parentesco na contemporaneidade. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 4, p. 21-22, abr./jun. 2015.

¹⁰¹ Para uma definição v., Adriana Caldas do Rego Freitas DABUS MALUF. *Direito das Famílias: amor e bioética*. Elsevier, 2012. p. 18.

¹⁰² Renata VILELA MULTEDO. *Liberdade e família*. Limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais. Rio de Janeiro: Processo, p. 183.

entre netos e avós, tutelando a visitação avoenga nos casos em que, após a separação, o divórcio ou a morte de um dos pais, um dos genitores afastava os filhos da família daquele que não detinha a guarda.¹⁰³

A L. 12.398/2011 acrescentou parágrafo único ao art. 1.589 do Código Civil para explicitar que o direito de visita se estende a qualquer dos avós da criança ou adolescente, a critério do juiz e observados os interesses do filho. A dicção legal, por um lado, serviu de reforço ao que já se sustentava em doutrina, no sentido de que “avós, tios, padrastos, padrinhos, irmãos etc. podem buscar o direito de conviver, com crianças e adolescentes, quando os elos de afetividade existentes merecem ser resguardados”;¹⁰⁴ por outro lado, todavia, levou alguns a crer ser este um “direito dos avós”, em perversa abstração do princípio maior do melhor interesse da criança. Com efeito, o legislador induz a confusão ao afirmar ter havido uma “extensão do direito de visita aos avós”¹⁰⁵ Curiosamente, a mesma lei no art. 2º, ao dar nova redação ao inc. VII do art. 888 do antigo CPC, muito mais coerentemente dispôs: “A guarda e a educação dos filhos, regulado o direito de visitas que, *no interesse da criança ou do adolescente, pode*, a critério do juiz, *ser extensivo a cada um dos avós*”. Neste último dispositivo, com efeito, esclarece-se de que direito se trata e a quem pertence.¹⁰⁶ Essa confusão não é uma jabuticaba.¹⁰⁷

Casos houve em que o conflito veio à tona justamente em decorrência da animosidade existente entre os pais e os avós, em um cenário em que estes já mantinham com o neto

¹⁰³ TJRJ. 13ª C.C. Agravo de Instr. n. 0048703-79.2008.8.19.0000. Rel. Des. Sergio Cavaliere Filho, j. 19.12.2008. “DIREITO DE VISITA DE AVÓS AOS NETOS. INTERESSE DA CRIANÇA. DIREITO DE CONVIVÊNCIA. REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. AVÓS. TUTELA ANTECIPADA. DIREITO DA CRIANÇA. CONVIVÊNCIA FAMILIAR. PRESENÇA DOS REQUISITOS. A Constituição da República confere especial proteção à criança e ao adolescente, assegurando-lhes absoluta prioridade na efetivação de seus direitos fundamentais (art. 227). Do mesmo modo, o legislador, reconhecendo a sua condição de pessoa em desenvolvimento (art. 6º), respalda-se na doutrina da proteção integral (Lei n. 8.069/90, art. 1º). Nesse sentido, todos os esforços devem ser utilizados para proteger e efetivar os direitos das crianças e dos adolescentes. Dentre os direitos da criança está o da convivência familiar (CR, art. 227; ECA, art. 19). A família, núcleo da sociedade, é o primeiro ambiente de desenvolvimento das relações humanas, por isso essencial garantir o convívio familiar visando ao crescimento saudável da criança. Na espécie, não se vislumbra qualquer prejuízo em se autorizar a visitação dos netos pelos agravantes na forma prevista pelo Ministério Público, a fim de atender, até o final do julgamento da demanda, o interesse dos agravantes e também das crianças de não serem privados da convivência com os avós”. No mesmo sentido, TJRS. 8ª C.C., Agravo de Instr. n. 70030869839. Rel. Des. Luiz Ari Azambuja Ramos, j. 12.11.2010.

¹⁰⁴ Maria Berenice DIAS, *Manual*, cit., p. 449.

¹⁰⁵ O parágrafo único acrescentado ao art. 1.589 do Código Civil, dispõe o seguinte: “O direito de visitas estende-se a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente”.

¹⁰⁶ Art. 888. O juiz poderá ordenar ou autorizar, na pendência da ação principal ou antes de sua propositura: (...) VII - a guarda e a educação dos filhos, regulado o direito de visita que, *no interesse da criança ou do adolescente, pode*, a critério do juiz, *ser extensivo a cada um dos avós*; (Redação dada pela Lei n. 12.398, de 2011). Grifou-se.

¹⁰⁷ V., dentre outros, Felipe DANOVÌ. Il d.lgs. n. 154/2013 e l’attuazione della delega sul versante processuale: l’ascolto del minore e il diritto dei nonni alla relazione affettiva. In: *Famiglia e diritto*. n. 5/2014. Scuola Superiore Sant’Anna Biblioteca - Wolters Kluwer Italia, p. 535-548.

um vínculo afetivo preexistente ao litígio.¹⁰⁸ Nessas situações, as decisões eventualmente reconheciam o direito de visitação dos avós, a fim de garantir a manutenção e o fortalecimento do laço afetivo, atentando-se para a necessária inexistência de “riscos ou prejuízos para a criança”.¹⁰⁹

Ocorre que, se a realidade demonstrar que jamais existiu qualquer convivência entre avós e netos ou que a relação entre aqueles e os pais é conflituosa a ponto de atingir a educação da criança, certo é que a própria criança não deve ser utilizada como instrumento para tentar reestabelecer vínculos rompidos por razões certamente alheias ao infante, muitas vezes anteriores a seu nascimento.¹¹⁰ Cumpre frisar que a convivência familiar, neste caso, é tutelada somente como medida que promova o melhor interesse da criança, razão pela qual se afirma que “também é o direito de viver em um ambiente saudável, livre de situações ou de pessoas que possam obstaculizar o seu processo de amadurecimento, incluindo a preservação do contato com os familiares e outras pessoas, desde que tal relação seja benéfica à criança”.¹¹¹

10. O direito de ir à escola: a proibição do *homeschooling*¹¹²

A prática do ensino domiciliar sempre foi ampla e publicamente rejeitada no país,¹¹³ inclusive pelo próprio Ministério da Educação, que se mostrava frontalmente contrário a

¹⁰⁸ STJ. Terceira Turma. REsp 1.573.635, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 27.11.2018: Ação de regulamentação de visita avoenga. Restrição ou supressão ao direito de visitação existente entre avós e netos. Possibilidade. Em caráter excepcional, em observância ao dever de máxima proteção ao menor. Animosidade entre pais e avós. Irrelevância. Exame de viabilidade do pedido que se submete exclusivamente a existência de benefício ou prejuízo ao menor. Neto diagnosticado com transtorno psíquico que não recomenda a exposição a ambientes desequilibrados, conturbados ou potencialmente traumáticos. Observância do melhor interesse do menor.

¹⁰⁹ TJSP. Ap. Cív. n. 0325383-92.2009.8.26.0000. Rel. Des. Donegá Morandini, j. 17.09.2009. Neste caso, o TJSP considerou que “sequer as desavenças existentes entre as partes obstam o exercício das visitas dos avós aos netos; a convivência entre eles (avós e netos), conforme destacado no laudo psicológico (...), traz benefícios para a vida e a formação dos menores, confirmando a importância e adequação da função parental. Aliás, acima dos interesses dos recorrentes está o chamado ‘melhor interesse da criança’, que, neste particular, tem assegurada a convivência familiar, na forma estabelecida no artigo 19 da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente)”. O julgado afirmou ainda que o direito de visita aos netos está fundado no princípio da solidariedade familiar, “tendo em vista que participam, mesmo indiretamente, da criação e formação destes, com afeto e carinho que ultrapassam o círculo paterno”. Ainda em outra decisão anterior à promulgação da Lei, destacou-se que a neta “somente começou a apresentar problemas quando iniciou a animosidade dos pais com os avós, com impedimento que ficasse na companhia daquelas que sempre auxiliaram em sua criação e desenvolvimento, desde tenra idade”.

¹¹⁰ Assim Renata VILELA MULTEDO, *Liberdade e família*, cit., p. 158.

¹¹¹ Ana Carolina Brochado TEIXEIRA; Marcelo de Mello VIEIRA. Construindo o direito à convivência familiar de crianças e adolescentes no Brasil: um diálogo entre as normas constitucionais e a Lei n. 8.069/1990. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, 2015. Disponível em: “<http://civilistica.com/construindo-o-direito-a-convivencia-familiar/>”. Acesso em: 15 dez. 2018.

¹¹² V. Maria Celina BODIN DE MORAES; Eduardo NUNES DE SOUZA. Educação e cultura no Brasil: a questão do ensino domiciliar, *Civilistica.com*, ano 8, n. 3, 2017.

¹¹³ O mais antigo Projeto de Lei sobre o tema (PL n. 4.657/1994) de que se tem notícia foi rejeitado pela Comissão de Educação, Cultura e Desporto da Câmara dos Deputados ainda em 1994.

essa metodologia. Recentemente, porém, o mesmo Ministério da Educação, revendo sua posição, divulgou nota informando que solicitou às suas áreas técnicas e jurídicas “um estudo técnico e aprofundado sobre o assunto e, inclusive, disse estar aberto ao diálogo”.¹¹⁴ O diálogo em questão tem sido travado, em particular, com a Associação Nacional de Ensino Doméstico (ANED), instituição dedicada a articular a autorização do *homeschooling* no Brasil,¹¹⁵ e, ao contrário do que se esperava, não foi encerrado pela Corte Suprema, que, limitando-se a reconhecer que a Constituição não trata da prática, entendeu ser necessária a intervenção do legislador ordinário para sua regulamentação. Tudo indica que o Ministério da Educação já esteja se mobilizando para regulamentar a prática no País, ainda que seja mantida a obrigatoriedade da matrícula escolar.¹¹⁶

Embora a maioria¹¹⁷ da Suprema Corte tenha decidido pela impossibilidade de se ministrar o ensino domiciliar no Brasil sem a devida regulamentação legal (o que impede, portanto, a prática imediata no país), a tutela da liberdade no âmbito da família foi um ponto central do debate (e tanto assim que o relator, Min. Barroso, que restou vencido, propôs a imediata aceitação do *homeschooling* no Brasil, desde que obedecidas condições mínimas de fiscalização do desempenho dos alunos, independentemente de lei nova autorizadora). A primazia da liberdade já tem pautado, aliás, muitas outras matérias controversas submetidas à Corte nos últimos anos. É preciso, porém, neste ponto, indagar se, de fato, a questão do ensino domiciliar diz respeito a um problema de liberdades civis.

Os partidários da admissibilidade da educação doméstica citam as graves deficiências do sistema educacional brasileiro, sobretudo da rede pública de ensino, como argumento legitimador.¹¹⁸ A dúvida, porém, persiste quanto à viabilidade de se transigir com a integração comunitária promovida pela escola para o menor diante da falha na prestação estatal de um serviço constitucionalmente previsto e, mais ainda, a adequação da transferência, na prática, desse serviço para a família.

No cenário atual, a resistência ao ensino institucional por algumas famílias brasileiras

¹¹⁴ Gabriel Arruda CASTRO. Ministério da Educação decide rever posição contrária ao *homeschooling*. *Gazeta do Povo*, 20.10.2017.

¹¹⁵ Inclusive, mas não apenas, no plano legislativo – veja-se, por exemplo, sua atuação na tramitação do Projeto de Lei n. 3.179/2012, que será comentado mais adiante.

¹¹⁶ Juliana NÉRIS. MEC pretende regulamentar *homeschooling*, mas manter matrícula obrigatória. *Gazeta do Povo*, 23.2.2018.

¹¹⁷ Votaram nesse sentido os Ministros Alexandre de Moraes, Rosa Weber, Luiz Edson Fachin, Dias Toffoli e Cármen Lúcia.

¹¹⁸ Segundo Domingos FRANCIULLI NETTO, “no Estado brasileiro, como é sabido, a deficiência do sistema educacional é crônica [...] e, muitas vezes, as famílias têm mais condições intelectuais, financeiras, afetivas etc. para realizar tudo aquilo que a Constituição Federal preceitua” (*Aspectos constitucionais e infraconstitucionais do ensino fundamental em casa pela família*, pp. 14-15. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>).

parece radicada em discordâncias puramente ideológicas quanto a algumas das disciplinas ministradas (o ensino religioso é apenas um dos exemplos, como também a educação sexual),¹¹⁹ ou na crença de que é possível proteger as crianças de “influências ruins” exercidas por outros alunos. No Brasil, tem-se associado a questão a famílias que se mostram contrárias à escolarização em todos os seus aspectos.¹²⁰ Em um contexto no qual crescem manifestações em oposição a manifestações culturais legítimas¹²¹ ou até mesmo a campanhas de inclusão social de minorias,¹²² parece salutar proporcionar às crianças e adolescentes a oportunidade de contato com um ambiente de diversidade e de tolerância à diferença, apenas proporcionado pelo espaço público da escola.

Este não é, frise-se, um posicionamento contrário à autonomia privada dos pais, porque, em matéria de exercício do poder familiar, a questão que se põe simplesmente não é, por definição, de autonomia privada dos titulares.¹²³ Ainda, porém, que a matéria dissesse respeito ao exercício de uma liberdade (o que não se coaduna com qualquer aspecto da situação jurídica subjetiva denominada poder jurídico), fato é que, na legalidade constitucional brasileira, e a despeito dos recentes desenvolvimentos da jurisprudência de nossas Cortes Superiores, não há fundamento efetivo para privilegiar a tutela de certas liberdades sobre todas as outras, nem se admite que o exercício de uma liberdade prepondere sobre a própria dignidade humana, fundamento da República – sobretudo, registre-se, quando a dignidade em questão é de pessoas particularmente vulneráveis, como crianças e adolescentes. Em termos simples, como falar em tutela da liberdade quando o resultado obtido consistiria em negar às crianças e adolescentes um universo infinito de oportunidades, conhecimentos e visões de mundo que lhes permitiriam, quando adultos, exercerem escolhas verdadeiramente autônomas de vida?

De fato, é do confronto entre a ética familiar, que deve ser ensinada em casa, com o ensino formal e o convívio social, oferecidos pela instituição de ensino, que o menor poderá extrair, em uma síntese única e extremamente pessoal, sua própria identidade, que carregará consigo ao longo de toda sua vida adulta. Apenas quando essas duas instâncias, tão drasticamente formativas da identidade pessoal, complementam-se e caminham em

¹¹⁹ Um dentre muitos exemplos pode ser encontrado na notícia disponível em: <<https://g1.globo.com/mato-grosso/noticia/tj-suspende-lei-que-proibia-cartilha-de-orientacao-sexual-em-escolas-de-cidade-de-mt.ghtml>>. Acesso em 19 nov. 2018.

¹²⁰ Paula Adamo IDOETA. Os atrativos e as polêmicas da educação domiciliar, que virou caso de Justiça no Brasil. *BBC Brasil*, 5.2.2018.

¹²¹ Para dois exemplos eloquentes, cf., Heloísa MENDONÇA. Queermuseu: O dia em que a intolerância pegou uma exposição para Cristo. *El País Brasil*, 13.9.2017; Interação de criança com homem nu gera polêmica após abertura de exposição no MAM. *O Estado de São Paulo*, 29.9.2017.

¹²² Ilustrativamente, cf., Gabriel Arruda de CASTRO. Justiça obriga prefeito a distribuir livro didático com menções a casal gay. *Gazeta do Povo*, 1.9.2017.

¹²³ A respeito, v., Maria Celina BODIN DE MORAES; Eduardo Nunes de SOUZA. Educação e cultura no Brasil: a questão do ensino domiciliar. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 6, n. 2, 2017.

conjunto, é possível aspirar a que os jovens educandos usufruam, quando adultos, de uma vida autônoma.

11. Conclusão

No Prefácio à primeira edição do Livro I de O Capital, Marx dirige-se ao leitor alemão, para adverti-lo que os dados que usará são relativos à Inglaterra, nos seguintes termos:

O que pretendo nesta obra investigar é o modo de produção capitalista e suas correspondentes relações de produção e de circulação. Sua localização clássica é, até o momento, a Inglaterra. Essa é a razão pela qual ela serve de ilustração principal à minha exposição teórica, mas, se o leitor alemão encolher farisaicamente os ombros ante a situação dos trabalhadores industriais ou agrícolas ingleses, ou se for tomado por uma tranquilidade otimista, convencido de que na Alemanha as coisas estão longe de ser tão ruins, então terei de gritar-lhe: *De te fabula narratur* [A fábula refere-se a ti] Onde a produção capitalista se instalou plenamente entre nós – por exemplo, nas fábricas propriamente ditas –, as condições são muito piores que na Inglaterra, pois aqui não há o contrapeso das leis fabris. Comparada com a inglesa, a estatística social da Alemanha e dos demais países ocidentais do continente europeu ocidental é miserável. Não obstante, ela levanta suficientemente o véu para deixar entrever, atrás dele, uma cabeça de Medusa. Ficaríamos horrorizados ante nossa própria situação se nossos governos e parlamentos, como na Inglaterra, formassem periodicamente comissões para investigar as condições econômicas; se a essas comissões fossem conferidas a mesma plenitude de poderes para investigar a verdade de que gozam na Inglaterra; se, para essa missão, fosse possível encontrar homens tão competentes, imparciais e inflexíveis como os inspetores de fábrica na Inglaterra, seus relatores médicos sobre *public health* (saúde pública), seus comissários de inquérito sobre a exploração de mulheres e crianças, sobre as condições habitacionais e nutricionais etc. (...) Não podemos nos iludir sobre isso.¹²⁴

¹²⁴ Karl MARX. *O Capital*. Livro I. São Paulo: Boitempo, 2006, p. 113. Sobre a exploração propriamente dita, Marx assim a ilustra: “Ao longo dos últimos 22 anos as olarias (*potteries*) de Staffordshire foram objeto de três inquéritos parlamentares. (...) Para meu propósito, bastam alguns testemunhos fornecidos pelas próprias crianças exploradas nos relatórios de 1860 e 1863. A partir da situação das crianças, podemos ter uma ideia do que se passa com os adultos, principalmente moças e mulheres, num ramo da indústria que faz atividades como a fiação de algodão e outras semelhantes parecerem negócios muito agradáveis e saudáveis (...) Wilhelm Wood, de 9 anos de idade, “tinha 7 anos e 10 meses quando começou a trabalhar”. Desde o começo, ele “*ran moulds*” (carregava as mercadorias já moldadas para a sala de secagem e voltava trazendo os moldes vazios). Chega ao trabalho todos os dias às 6 horas da manhã e o deixa por volta das 9 da noite. “Trabalho até às 9 horas da noite todos os dias da semana. Assim foi, por exemplo, durante as últimas 7 ou 8 semanas.” Portanto, 15 horas de trabalho para uma criança de 7 anos!” (v., p. 404.).

A mesma advertência cabe aqui. O senso comum nacional gosta de acreditar que somos um povo pacífico, cuidadoso com crianças e, ao assistir os filmes de Hollywood e assemelhados, pensa que o abuso infantil nos Estados Unidos, por exemplo, é muito mais extenso e frequente do que entre nós. Na verdade, há apenas maior exposição e muito mais dados. Enquanto no Brasil *nenhuma entidade governamental reúne números do combate ao abuso sexual de crianças*,¹²⁵ nos Estados Unidos diversas entidades contabilizam esse tipo de informação. Assim, por exemplo, o Departamento de Saúde federal e a instituição *Crimes Against Children Research Center*¹²⁶ reúnem os dados nacionais — e o acompanhamento das denúncias é feito pelo FBI, a polícia federal americana. Também no Reino Unido os números são divulgados por diversas entidades governamentais e contabilizados pela *NSPCC (National Society for Prevention of Cruelty to Children — Sociedade Nacional para a Prevenção de Crueldade contra Crianças)*.¹²⁷

A falta de dados centralizados evidentemente prejudica muito o combate, vez que o primeiro passo para elaboração de políticas públicas contra crimes passa por saber a dimensão do problema, como ele costuma ocorrer, se há maior incidência em determinados lugares e que questões, em alguns casos culturais, precisam ser combatidas em busca de uma solução. Como afirma Rodrigues, autor de extensa pesquisa sobre o tema em diversos nos bancos de dados: “É muito difícil pensar políticas públicas sem ter dados e estatísticas (...) Os dados sobre o assunto são um caos. Os órgãos não estão preparados para lidar com o problema”.¹²⁸

¹²⁵ BBC Brasil. Letícia MORI. Levantamento revela caos no controle de denúncias de violência sexual contra crianças, publicado em 21.02.2018. Disponível em <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-43010109>, acesso em 20 dez. 2018: “A BBC Procurou também informações centrais sobre crianças reportadas como vítimas de denúncias, como saber se estão em segurança. Encontrou um verdadeiro buraco negro de informações e descontrole estatístico por parte das autoridades. A reportagem, que envolveu dezenas de telefonemas e envios de mensagens para autoridades federais e estaduais em todas as 26 unidades de Federação e do Distrito Federal, revela que nenhum órgão mapeia denúncias ou monitora o que acontece com elas. Não há controle consistente e padronizado seja nível federal, estadual ou municipal que acompanhe quantas denúncias eram procedentes, quantas se tornaram inquéritos policiais, quantas chegaram à Justiça ou o que aconteceu com as crianças”.

¹²⁶ V. o site em <http://unh.edu/ccrc/>. Acesso em 27 dez. 2018.

¹²⁷ Informações disponíveis em <https://www.nspcc.org.uk/>. O site contém ainda a única biblioteca do Reino Unido dedicada à proteção infantil, salvaguarda, abuso infantil e negligência infantil, com mais de 40.000 itens, incluindo relatórios de pesquisa e revisões de casos, recursos de treinamento e livros de texto, periódicos internacionais e a chamada “grey literature” (isto é, pesquisas não publicadas ou publicadas em formato não comercial). Acesso em 27 dez. 2018.

¹²⁸ Herbert RODRIGUES, *A pedofilia e suas narrativas: uma genealogia do processo de criminalização da pedofilia no Brasil*. Tese de Doutorado. USP, 2014. RODRIGUES defende que o poder público tenha um sistema exclusivo para monitoramento de abuso sexual infantil a exemplo do que ocorre em países como os Estados Unidos e o Reino Unido.

No Brasil, a primeira lacuna diz respeito número total de denúncias de violência sexual contra crianças que chegam a diferentes autoridades. É o que relata reportagem da BBC Brasil, publicada em fevereiro de 2018:¹²⁹

Elas [as denúncias] podem chegar a delegacias de polícia (especializadas ou não), ir direto ao Ministério Público, a Conselhos Tutelares ou a Varas de Infância e da Juventude. Casos envolvendo crimes virtuais são investigados pela Polícia Federal. Não há números consolidados de denúncias feitas no país por nenhum desses caminhos. As suspeitas também podem chegar pelo Disque-Denúncia e serem encaminhadas a algum desses outros canais. Só por este caminho chegaram cerca de 9 mil denúncias no primeiro semestre de 2017. Em 2016, foram 15.707. Os dados são do Ministério dos Direitos Humanos, que mantém o serviço do Disque 100.

A segunda lacuna é sobre o que acontece com as denúncias que chegaram por esses caminhos. As suspeitas são passadas individualmente para serem investigadas pelas polícias estaduais ou por outras autoridades. Todos os casos são repassados e, em tese, investigados. Mas como não há uma regra que obrigue quem recebeu as denúncias a dar retorno, os *feedbacks* que chegam são poucos. O serviço só recebe retorno sobre o andamento da apuração em 16% dos encaminhamentos na média, segundo o Ministério dos Direitos Humanos.

Em busca das informações sobre o destino das denúncias que chegam por outros caminhos, a BBC Brasil procurou as polícias estaduais e também o Ministério Público de todos os 26 Estados brasileiros e do Distrito Federal. Na maioria dos Estados, nem a própria polícia ou secretaria de segurança agrupa essas informações. A ausência de dados centralizados gera a impossibilidade de cobrança e acompanhamento de uma esfera superior. A BBC Brasil recebeu informações apenas da Secretaria de Segurança Pública de Minas Gerais e dos Ministérios Públicos de Santa Catarina, Distrito Federal, Acre, Rio Grande do Sul e Paraná. As Secretarias de Segurança Pública de São Paulo, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e Santa Catarina e os Ministérios Públicos de Minas Gerais, Goiás e Ceará admitiram não ter os dados. Os outros órgãos não responderam ou não deram explicações para não terem enviado as informações. (...)

Os únicos dados centrais que a BBC Brasil conseguiu identificar revelam a brutalidade deste tipo crime, ou seja, quando vítimas vão parar em um hospital com machucados, doenças ou outros problemas

¹²⁹ BBC Brasil. Letícia Mori. Levantamento revela caos no controle de denúncias de violência sexual contra crianças, publicado em 21.02.2018. Disponível em <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-43010109>, acesso em 20 dez. 2018.

decorrentes do abuso. Em 2016, o sistema de saúde registrou 22,9 mil atendimentos a vítimas de estupro no Brasil. Em mais de 13 mil deles - 57% dos casos - as vítimas tinham entre 0 e 14 anos. Dessas, cerca de 6 mil vítimas tinham menos de 9 anos. Os números mais consistentes são os do Ministério da Saúde - que mostram as vítimas que chegaram ao sistema de saúde. As estatísticas são do Sinam, o sistema de informações do Ministério da Saúde, que registra casos de atendimento de diferentes ocorrências médicas desde 2011. É uma espécie de ponta do iceberg do problema. O sistema consolida dados tanto dos serviços de saúde pública quanto da rede privada.¹³⁰ Nos casos de estupros de menores, os profissionais de saúde responsáveis pelo atendimento em hospitais devem comunicar as ocorrências aos conselhos tutelares locais. A partir deste ponto, o sistema de saúde não faz mais o acompanhamento - portanto mesmo pelos números da área de saúde não há como saber quais desses casos chegaram à polícia ou à Justiça. (...)

Não obstante os novos instrumentos que foram antes examinados, é fato que a violência contra crianças e adolescentes no âmbito da família não para de aumentar. Além da profunda injustiça — e aqui não se pode deixar de mencionar a imensidão da violência doméstica também diretamente contra as mulheres —, já argumentei, em outra sede, que está em jogo até a própria sobrevivência do modelo democrático.¹³¹ Como falar em direitos humanos quando esses, os mais básicos, são vilipendiados cotidianamente dentro de casa em face das mulheres e das crianças?

Como sabemos, crianças e adolescentes até 14 anos são os mais vulneráveis à ocorrência de estupro, principalmente na esfera doméstica: “Os autores da violência, na maioria das vezes, são familiares e pessoas conhecidas”¹³² e o fato de a maior parte dos abusos - físicos e sexuais - virem das próprias famílias torna o problema mais complexo e difícil de ser resolvido, já que a criança fica completamente desamparada e sem o apoio justamente de quem deveria protegê-la.

“É um tabu, ninguém quer falar sobre isso ou lidar com o problema real”, afirma Rodrigues. E no entanto, o que torna tudo ainda muito pior, é que o abuso infantil e a

¹³⁰ Mas mesmo os números do SINAM (Sistema Nacional de Atendimento Médico), que oferecem uma visão central do problema, não retratam todos os casos de abuso sexual de crianças que acabaram no sistema de saúde. Isso porque nem todos os municípios do país reportam os casos, embora o procedimento seja obrigatório.

¹³¹ Remete-se a Maria Celina BODIN DE MORAES, A nova família de novo. Estruturas e funções da família contemporânea. Disponível em <http://periodicos.unifor.br/rpen/article/download/2705/pdf>. Acesso em 10 dez. 2018.

¹³² A definição de estupro utilizada pelo Ministério da Saúde é a mesma adotada no âmbito penal. São notificados como estupro, por exemplo, conjunção carnal, masturbação, toques íntimos, a introdução de dedos ou objetos na vagina, sexo oral e sexo anal.

violência doméstica poderiam ser prevenidos, são considerados crimes evitáveis. Todavia, embora a legislação existente seja extensa e aparentemente adequada para proteger as crianças, falta aplicação.¹³³

civilistica.com

Recebido em: 20.12.2018

Publicação a convite.

Como citar: BODIN DE MORAES, Maria Celina. Instrumentos para a proteção dos filhos frente aos próprios pais. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 7, n. 3, 2018. Disponível em: <<http://civilistica.com/instrumentos-para-a-protecao-dos-filhos/>>. Data de acesso.

¹³³ Opinião do Coordenador de Infância e Juventude do Tribunal de Justiça de São Paulo, Des. Eduardo Freitas Gouvea. Diz ele: “É necessário um trabalho de prevenção e hoje em dia o Judiciário é visto como caminho de resolução de tudo, mas é preciso que o Executivo aplique a lei e haja uma rede de proteção às crianças para evitar que os crimes aconteçam”.