

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 frequentemente tem significado apenas a transferência do paternalismo do pai, antigo titular do pátrio-poder, para o Estado Juiz – funcionando como o fiel da balança em virtude, principalmente, 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 certas escolhas acerca de sua própria vida, compatíveis com a sua maturidade. Além disso, devido à diminuta utilidade jurídico-social dos instrumentos tradicionais de perda e de suspensão do poder familiar, como remédios para tanto para maus tratos domésticos como para a falta de respeito à autonomia existencial infanto-juvenil, busca-se examinar os outros instrumentos, criados posteriormente pela jurisprudência e pela legislação brasileiras, com o objetivo de proteger crianças e adolescentes no âmbito do seu núcleo familiar, isto é, em relação a seus próprios pais ou responsáveis, garantindo-lhes a titularidade e o 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 anonimato do doador; – 7. O direito de conviver com ambos os pais: a síndrome da alienação parental e a guarda compartilhada; – 8. O direito a ser criado e assistido pelos pais: a responsabilidade civil por abandono moral – 9. O direito às escolhas afetivas: o reconhecimento da multiparentalidade e a convivência com os avós; – 10. O direito de ir à escola: a proibição do *homeschooling*.

TITLE: *Instruments for the Protection of Children against Their Own Parents*

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, former owner of the parental power, to the judge – thus functioning as a balancing criterium due mainly to the equality of rights for both parents in the upbringing of*

* Professora Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Professora Associada do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Devo muitos agradecimentos a Renata VILELA MULTEDO e a Ana Paula BODIN GONÇALVES AGRA pelo apoio e suporte nesta pesquisa.

children –, it is necessary to reflect on the sufficiency or not of the rights that the Brazilian legal system has made available to minors, so that they autonomously exercise certain choices about their own life, in a compatible way with their maturity. Moreover, due to the small legal and social utility of the traditional instruments of loss and suspension of family power as remedies for both domestic abuse and lack of respect for the existential autonomy of children and youth, this study seeks to examine the other instruments, later created by Brazilian jurisprudence and legislation, with the objective of protecting children and adolescents within their family nucleus, that is, in relation to their own parents or guardians, guaranteeing them the ownership and the exercise of specific rights.

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

CONTENTS: *1. Introduction; – 2. Family relations between the public and private spheres; – 3. The constitutional construction of the democratic family; – 4. Minority and ability to exercise; – 5. Personality rights; – 6. The right to know one’s origins: DNA examination and donor anonymity; – 7. The right to live with both parents: the syndrome of parental alienation and shared custody; – 8. The right to be created and assisted by parents: civil responsibility for moral abandonment – 9. The right to affective choices: recognition of multi-parenting and coexistence with grandparents; – 10. The right to go to school: the prohibition of homeschooling.*

1. Introdução

Houve um tempo em que os filhos eram considerados propriedade do pai de família, que tinha um poder 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. A recepção entusiástica à obra de Rousseau decorreu da descoberta da “infância”, no séc. XVIII, como um período diferente em relação à vida adulta.³

Rousseau começou uma espécie de movimento de libertação infantil. A ideia de que a criança tem direitos, embora vagarosamente, espalhou-se e no séc. XIX surgiram movimentos pelos direitos das crianças de serem crianças. A esses movimentos se deve,

¹ Lei das XII Tábuas, Tábua IV (450 a.C).

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 descrevem a educação ideal de um menino fictício, Émile, e são ordenados cronologicamente, abordando as questões educacionais que surgem à medida que ele cresce. O último livro trata da educação de meninas, Sophie, outro exemplo fictício, criada e educada para ser a esposa de Émile. Por ironia, Rousseau teve 5 filhos, os quais foram colocados no orfanato.

³ 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.

por exemplo, a criação do “jardim de infância”.⁴ Rousseau aspirava perpetuar a infância como um modelo de virtude porque acreditava na bondade essencial 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.⁵

Foi essa mesma Convenção, do final do séc. XX, a inaugurar o novo paradigma para os direitos da criança, 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 ou o respeito.⁶ A chamada “geração Y” foi acusada até 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”;⁷ 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” deveria ser mantida a todo custo.

Trata-se, de fato, da primeira geração criada como a “dona da casa”, protagonista das preocupações familiares e centro de tantos cuidados concernentes à sua educação – ao

⁴ 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.

⁵ 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.

⁶ 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.

⁷ 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.

contrário das gerações anteriores, em que a criança era normalmente considerada uma parte da família, e tinha sua personalidade definida, em grande parte, como um reflexo da personalidade dos pais. O modelo anterior, a chamada geração X, não representava, ressalte-se, uma infância qualitativamente melhor ou pior, nem, muito menos, uma educação desprovida de afeto; simplesmente, diferentes eram os parâmetros culturalmente compreendidos como a melhor criação possível para as crianças naquele período. 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.

No âmbito familiar, isso significou que os pais não foram, também talvez pela primeira vez, modelos para seus filhos. Como os pais de todas as épocas e lugares, os pais da geração Y também querem a sobrevivência de seus filhos. A diferença é passou-se a trabalhar com ideias bem diferentes, possivelmente 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”.⁸ Com efeito, de acordo com Bauman, pela primeira vez na história moderna, percebe-se que “as diferenças entre os seres humanos e a falta de um modelo universal vieram para ficar”.⁹

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 a proteção era desnecessária? Era certamente menos imprescindível porque o princípio maior da obediência impedia 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, principalmente da religião católica no Brasil. A grande família praticamente desapareceu e a relação no âmbito da família nuclear de pessoas originais e completamente diferentes é muito mais intensa e, portanto, ainda mais conflituosa, quando ausentes as tradicionais instâncias de mediação.

Aqui se pretende examinar os instrumentos já postos à disposição para essa proteção bem como se já existe, no pensamento jurídico, um renovado paradigma no que tange às relações paterno-filiais, em que às crianças e aos adolescentes, embora continuem a

⁸ 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.

⁹ Zygmunt BAUMAN. *Sobre educação e juventude*: conversas com Ricardo Mazzeo. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

demandar assistência e proteção, passam a deter, cada vez mais, a capacidade de exercício e de realização de seus próprios direitos e interesses. Tudo isso em oposição à ideia anterior de serem essencialmente incapazes e, portanto, sempre e tão somente destinados a submeter-se ao dever de respeito contraposto ao poder jurídico parental — obedientes, portanto, às escolhas de outrem, sejam os pais, seja o Estado.

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 filhos¹⁰. 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.¹¹

Na realidade, 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 atualmente 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 (Código Civil, arts. 1.637 e 1.638).

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

¹⁰ W. O. KOHAN. *Infância e educação em Platão*. Disponível em www.scielo.br/pdf/ep/v29n1/a02v29n1.pdf, acesso em 20 set. 2018.

¹¹ 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.

determinar a substituição do termo “*potestà*” pela expressão “*responsabilità genitoriale*”, em todos os artigos do *Codice civile*.

Talvez por ser tão complexa a tarefa de regulamentar as relações familiares, a disciplina do Direito de Família deve ser pensada como um conjunto de exceções, em relação às demais disciplinas aplicadas em contextos não-familiares, complementado pela imposição de uma série de obrigações familiares, sendo estas, atualmente impostas também pelo Estado. Este se substituiu à figura do pai-patrão, personagem que mantinha separadas as esferas privada e pública.

O exercício do pátrio poder, com efeito, 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 pátrio poder tivesse tido sempre o mesmo significado, um poder contraposto a um dever de respeito, seu conteúdo variou ao longo da história e da geografia, através de modelos diferenciados: primeiro, a notória e mais longa abordagem de índole proprietária; depois, o modelo do melhor interesse da criança. Recentemente, alguns doutrinadores passaram a defender uma abordagem baseada nos direitos das crianças¹² e, correspectivamente, em deveres e responsabilidades dos pais.

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 casamento – 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”. 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” –, o valor primordial que adquiriram as relações parentais no ordenamento atual mostra-se incontestável.

¹² 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

Se o exercício do poder na família não pode mais ser visto em função de uma hierarquia entre pais e filhos,¹³ nem, muito menos, do ponto de vista das relações de gênero,¹⁴ tampouco se deve ver o exercício do poder familiar 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, e em última *ratio*, está-se sustentando que é o Estado Juiz aquele que detém o seu conteúdo.¹⁵ Este parece ser um dos grandes problemas do modelo atual.

A discussão ampliou-se a ponto de antagonizarem-se duas 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 também tem seu lado negro: o dever de defender os interesses dos mais vulneráveis acarretou o poder de decidir quais eram esses interesses.¹⁶

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.¹⁷

Começavam a ser então abandonados os modelos ‘proprietário’ e ‘do melhor interesse’, considerado este seja pelos pais, seja pelo Estado. A partir daí consolidou-se uma terceira posição, sustentando a efetividade dos direitos aos próprios menores, tal como ficou

¹³ Este é o foco primário dos defensores dos direitos da criança. V. M. D. A. FREEMAN, ‘What’s Right with Rights for Children’ (2006) *International Journal of Law in Context* 2(1), 89–98.

¹⁴ Este é o foco da teoria feminista: v. por todos, Katherine O’DONOVAN. *Sexual Divisions in Law*. London: Weidenfeld & Nicholson, 1985.

¹⁵ V. Martin D. A. 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.

¹⁶ John EEKELAAR. The Emergence of Children’s Rights (1986) *Oxford Journal of Legal Studies*, 6, 161.

¹⁷ *Tinker v. Des Moines Independent Community School District* de 1969 [393 US 503, 511]

previsto na Convenção dos Direitos da Criança (art. 12). Esta posição pode ser definida como a da extensão da capacidade de fato aos menores de 18 anos, no que toca a seus direitos e prerrogativas não patrimoniais.¹⁸

3. A construção constitucional da família democrática

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 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.¹⁹

Tem início assim o 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

¹⁸ V. Pasquale STANZIONE. *Famiglia, autonomia e controlli*. Disponível em http://www.comparazioneDirittocivile.it/prova/files/stanzione_famiglia.pdf, acesso em 12 out. 2018.

¹⁹ 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.

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.

A “defesa da ordem social a partir da criança” diz respeito a uma ideia de parentalidade completamente diversa daquela do início do século XX, emoldurada pelo Código Civil de 1916, quando a autoridade parental tinha apenas duas funções fixadas em lei: a de limitar a capacidade negocial 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.

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 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 –,²⁰ à conscientização de que a liberdade individual, se pode pôr em risco a vida de outro, não pode ser exercida sem restrições e controle.

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 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.

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. Civ 2009.001.31427. Rel. Des. Nagib Slaibi, julg. 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

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 gravídicos³¹ e o reconhecimento de parentesco socioafetivo.³² Enfim, a chamada Lei da palmada,³³ segundo a qual: “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.” (Lei n. 13.010/2014). Veremos, em seguida, alguns desses instrumentos.

4. Menoridade e capacidade de exercício³⁴

A Assembleia Geral das Nações Unidas adotou, em 1989, a Convenção sobre os Direitos da Criança,³⁵ anunciando um conjunto de direitos voltados especificamente para a população infantojuvenil e considerando seu estágio de desenvolvimento e sua condição

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, julg. 24.04.2012). No mesmo sentido, posiciona-se ampla doutrina, remetendo-se aqui a Maria Celina BODIN DE MORAES. Deveres parentais e responsabilidade civil. *Revista brasileira de direito de família*, n. 31, 2005, p. 39-66.

²⁹ Lei n. 11.698/2008, que deu nova redação aos arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil.

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 Juny 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 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.lawnow.org/the-law-of-spanking/>>. Acesso em 20 dez. 2018.

³⁴ 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.

³⁵ 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”.

de vulnerabilidade, consolidou a chamada “doutrina da proteção integral”.³⁶ 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.³⁷ 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 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,

³⁶ 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.

³⁷ 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.

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.³⁸ 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).

Cumprido 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”.³⁹ Foi, de fato, a própria Convenção, a prever em seu art. 12 uma regra 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 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.⁴⁰ 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,⁴¹ 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

³⁸ Sobre o lado negro desta liberdade, remete-se ao editorial Do outro lado da rua. *civilistica.com*. Revista eletrônica de Direito Civil, a. 1, n. 2, 2012. Disponível em: <http://civilistica.com/do-outro-lado-da-rua/>. Acesso em 18 out. 2018.

³⁹ 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.

⁴⁰ Francesco RUSCELLO. Potestà genitoria e capacità dei figli minori: dalla soggezione all'autonomia. *Esperienze giuridiche*. Vita Notarile Edizioni Giuridiche, 2000, p. 59.

⁴¹ JOYCEANE B. 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.

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.⁴² O direito da criança e do adolescente à vida privada é assegurado não apenas pela Convenção sobre os Direitos da Criança, mas também pelo próprio Estatuto da Criança e do Adolescente⁴³ 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.⁴⁴

⁴² 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.

⁴³ 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”.

⁴⁴ Francesco RUSCELLO, *Postestà*, cit., p. 69.

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.⁴⁵ 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.⁴⁶ 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 ação a menores, embora ainda sujeitos ao poder familiar, para o exercício dos seus direitos fundamentais, devendo-se, nesses casos, no mínimo inverter a presunção, agora, de capacidade (e não mais de incapacidade), mesmo porque, como se sabe, ela é a regra (sendo a incapacidade, a exceção). Visa-se compartilhar esse saber já consolidado⁴⁷ para o incremento de consistente 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; tudo isso, em direta oposição à concepção que ainda os reduz a meros sujeitos-objeto de direito, que se sujeitam às escolhas de outrem – essencialmente dos pais e, na falta de acordo entre eles, do juiz – e demandam passivamente assistência moral e material, proteção e limites. 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

⁴⁵, Gabriella AUTORINO. Situazioni esistenziali dei figli minori e potestà dei genitori, p. 186. In: AUTORINO, Gabriella; STANZIONE, Pasquale. *Diritto civile e situazioni esistenziali*. Torino: Giappichelli, 2007, p. 178-195.

⁴⁶ ID., *ibidem*.

⁴⁷ Sintetiza com excelência Michael FREEMAN, *The Best Interests of the Child?* cit., 366-367: “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 a este conceito de infância”.

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.⁴⁸

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 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

⁴⁸ Assim, Michael FREEMAN. The Best Interests of the Child? cit., 366-367.

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.⁴⁹

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.⁵⁰ Não é incomum entre nós o conflito que se estabelece entre os hospitais e os pais que professam o credo Testemunha de Jeová, quando os seus filhos menores vem a necessitar 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.⁵¹ 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.

⁴⁹ 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.

⁵⁰ A esse respeito vale mencionar a decisão do Tribunal do Rio Grande do Sul que, em sede de Agravo de Instrumento, reverteu a guarda do menor de seis anos em favor do pai, após a comprovação de que a mãe, sem prévio consentimento do outro genitor, conduzia o menor para as cerimônias da entidade conhecida como Santo Daime, permitindo a sua participação em todos os rituais, dentre os quais a ingestão do chá de *ayahuasca*: v. TJRS, Ap. Civ. 70037756525. Rel. Des. Alzir Felipe Schmitz, julg. 16.12.2010.

⁵¹ STANZIONE e SCIANCALEPORE, *Minori*, cit., p. 135.

6. O direito de conhecer as próprias origens genéticas: exame de DNA e 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 legislador ordinário, como corolário do direito assim amplamente reconhecido, a adotar, sob inspiração do modelo português,⁵² 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.⁵³ 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

⁵² 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.

⁵³ Lei n. 8560/92, art. 2º, §§ 4º e 5º.

sociedade toda.⁵⁴

Pesquisas demonstraram, todavia, que no Brasil a responsabilidade parental, em cerca de um terço dos casos,⁵⁵ é suportada unicamente pela mãe que, em caso de gravidez acidental, vive o atroz dilema entre o aborto criminoso e a parentalidade solitária.⁵⁶ 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;⁵⁷ 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.⁵⁸ 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 vive.⁵⁹ 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

⁵⁴ O. GOMES, *Introdução*. Rio de Janeiro: Forense, p. 150.

⁵⁵ 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.

⁵⁶ 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”.

⁵⁷ 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”.

⁵⁸ 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”.

⁵⁹ 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”.

fundamental.⁶⁰ 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.⁶¹ A busca por caminhos e interpretações funcionais, despidas de preconceitos, mostra-se essencial para a edificação da tutela concreta dos filhos.⁶²

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 Provedimento, acompanhado da correspondente certidão de nascimento, é enviado ao magistrado da respectiva comarca para, ouvida se possível a mãe, notificar o suposto pai para que se manifeste sobre a paternidade que lhe foi atribuída. Essa inversão de iniciativa aumentou significativamente o número de crianças com paternidade registrada.⁶³

⁶⁰ STF, RE 248.869, Rel. Min. Maurício Corrêa, julg. 07.08.2003, *DJU* de 12.03.2004, 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 e 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) [...]”.

⁶¹ Assim Renata VILELA MULTEDO. *Liberdade e família*. Rio de Janeiro: Ed. Processo, 2017, p. 195.

⁶² 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”.

⁶³ 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 (Arpen-SP) junto aos 836 cartórios paulistas entre 2011 e 2016”.

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, o Provimento n. 63 veio acabar com o conflito, em regra que se compatibiliza com a posição esposada pelo CRM, e não com o direito fundamental ao conhecimento da origem genética.⁶⁴

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 conjugalidade daquele da parentalidade, 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.⁶⁵

A alienação parental corresponde a uma conhecida prática nas dissoluções marcadas pela litigiosidade expressa ou implícita. 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 da vingança e sua realização visa anular a existência de qualquer

Informação 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.

⁶⁴ 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; Otavio Luiz RODRIGUES JUNIOR; Gustavo Bonato FRUET (Orgs.). *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 333-358.

⁶⁵

sentimento de afeto pelo outro genitor, por meio de verdadeira “lavagem cerebral”, isto é, de condutas reiteradas que atuam na mente do filho, quase que programando-a para rejeitar o outro genitor.

Trata-se de uma síndrome, isto é, de um distúrbio infantil que surge majoritariamente no contexto de disputas de guarda. Sua principal manifestação é a campanha injustificada de descrédito contra um dos pais, feita pelo outro genitor. A síndrome resulta da combinação de “lavagem cerebral”, doutrinações do genitor alienante e credulidade e aceitação da própria criança para com a difamação do genitor alienado. Segundo o psiquiatra americano, Richard Gardner, o primeiro a definir o fenômeno, a desconstrução da imagem paterna ou materna acontece lenta e sub-repticiamente. No primeiro estágio, a campanha de desmoralização é discreta e rara; no segundo, os filhos 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 já não querem conviver com o alienado e evitam o contato.⁶⁶

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”. E, em seguida, assim os exemplifica: I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade; II - dificultar o exercício da autoridade parental; III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor; IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar; V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço; VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente; VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.⁶⁷

⁶⁶ Richard A. GARDNER. *The Parental Alienation Syndrome*. Cresskill, NJ, Creative Therapeutics, 1998.

⁶⁷ Art. 2º, § 2º da Lei 12.318/2010

A lei define ainda expressamente (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”. O direito à convivência familiar é garantido pelo art. 227 CF.⁶⁸

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. Essa 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,⁶⁹ sem prejuízo das demais sanções e medidas de proteção. Por isso, afirmamos (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 solidariedade familiar, embora, aqui, seja causada pelo abuso no exercício do poder familiar, principalmente porque impede o outro genitor de exercer seu poder-dever.

⁶⁸ Interessante referir a garantia da convivência familiar aos filhos de presidiários: V. Lei 12.962/2014 que modifica o estatuto da criança e do adolescente para assegurar a convivência do menor com os pais privados de liberdade. O ECA assegura ao menor a convivência familiar e comunitária em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes (art. 19), proíbe a venda de produtos que possam causar dependência física ou psíquica, por utilização indevida (art. 81, III), inclui alcoólatras e toxicômanos em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento (art. 101, VI), entre outros. Já o EPD modificou o art. 1777 CC para garantir o direito à convivência familiar àqueles que por causa transitória ou permanente não puderem exprimir sua vontade (art. 114).

⁶⁹ “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.).

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*. Basta, portanto, para a devida compensação ao filho, a conduta alienante de um dos pais e as concretas consequências sofridas pelo filho.

A guarda compartilhada foi instituída pela Lei nº 11.696/2008, que alterou a redação dos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil. Em decorrência dela, ambos os pais assumem plena e cotidiana responsabilidade pela criação, educação e lazer dos filhos comuns. A ideia, elogiável em si, é 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.

Passou-se a considerar, e não apenas no Brasil, que o “melhor interesse da criança” (um dos principais princípios constitucionais que regem as relações de família) decorre da máxima convivência possível com cada um dos genitores, separados ou não. Na verdade, no direito brasileiro, a noção de guarda nunca se confundiu com o integral e efetivo exercício do poder familiar, 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.

Em 2008, houve a primeira modificação do art. 1594 CC 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, parecia justificar-se como um meio de fazer com que, culturalmente, os pais viessem a participar mais da vida dos filhos. Cumpre recordar que, antes da mudança, a cultura determinava que se atribuísse a guarda exclusivamente à mãe, o que de fato ocorria em mais de 95% dos casos.

O legislador, contudo, pouco tempo depois, em 2014, entendeu por bem transformar o “sempre era possível” em praticamente obrigatório, estabelecendo que quando não houvesse 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 (CC, art. 1.584, §2º).⁷⁰ Essa situação, todavia, é uma daquelas situações que pode ser qualificada como de “João-sem-braço”,⁷¹ ou seja, o genitor terá eternamente que tentar explicar à criança porque “não quis” compartilhar a sua guarda, o que, de fato, desestimula qualquer um a optar por ela. A regra virou, portanto, *opt-out* e resulta, em tudo e por tudo, similar à célebre sentença do Rei Salomão. Todavia, ao contrário da lição da parábola, dificilmente um dos genitores consegue abrir mão, mesmo que seja para não prejudicar ainda mais a criança.

A boa intenção do legislador é compreensível: quer-se impedir que na briga do casal um deles consiga “alienar” o outro, isto é, convencer a criança de que o outro genitor, não guardião, nada quer ter com ela, por ela não se interessa ou é pessoa má que vai prejudicar a criança. Como já como assinalava Baptista “ao menor assiste direito de dupla natureza: o direito de personalidade de ser visitado por qualquer pessoa que lhe tenha afeto e, especialmente, o direito correlato do dever parental de ser visitado pelo pai que não tem a guarda”.⁷² Além disso, a síndrome é de ocorrência lenta e gradual. Se o genitor não guardião realmente prestar atenção ao filho que também deve educar ele será capaz de eficazmente defender-se. Será imprescindível reagir e denunciar quando o filho parecer juntar forças com outro genitor; ou se o filho se recusa a vê-lo; identificar e corrigir as próprias contribuições para conflitos com o filho; defender-se contra falsas acusações; eventualmente, optar por uma terapia de família.

No artigo 227, a Constituição Federal brasileira deixa clara a obrigação de assegurar a convivência familiar e o cuidado dos pais à sua prole. 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”,⁷³ sendo certo que o objetivo da lei é o de assegurar o direito à convivência familiar, em sua maior plenitude possível, convocando ambos os

⁷⁰ CC., 2º do art. 1.584. “Quando não houver acordo entre a mãe e o pai sobre a custódia da criança, sendo ambos os pais capazes de exercer o poder da família, a guarda compartilhada será aplicada, a menos que um dos pais declare ao magistrado que não quer guarda do menor. ”

⁷¹ De acordo com o Almanaque Brasil, a suposta origem da expressão *João-sem-braço* para designar pessoas preguiçosas e que fogem de suas responsabilidades remonta ao fato de que durante as guerras os mutilados e feridos eram dispensados de trabalhar ou de combater nas batalhas, devido a condição em que se encontravam. Por este motivo, muitos homens sadios faziam de conta que também não tinham seus membros e, assim, escapavam das suas obrigações para com o País. Com o tempo, a expressão que antes era literal passou a ser metáfora, referindo-se a pessoas que se fazem de dissimuladas para evitar cumprir com suas obrigações. Disponível em <https://www.dicionariopopular.com/dar-uma-de-joao-sem-braco/>, acesso em 20 dez. 2018.

⁷² João Baptista VILLELA, op. cit., p. 295.

⁷³ Paulo LOBO. Direito-dever à convivência familiar. In: Maria Berenice DIAS (Org.). *Direitos das Famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 401.

pais a assumirem de forma efetiva o conteúdo da autoridade parental.⁷⁴

Não por acaso, muitas são as controvérsias que giram em torno da imposição do modelo da guarda compartilhada pelo juiz diante de situação de litígio dos pais. Fato é que não obstante a clareza cristalina da Lei nº 13.058/2014, “os tribunais estaduais, de forma majoritária, continuam não aplicando o referido dispositivo em casos de litígio”.⁷⁵ O principal argumento usado 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).”⁷⁶

Em total concordância com esse enfoque, pode-se lembrar que “o ordenamento realmente vigente é o conjunto dos ordenamentos dos casos concretos, como se apresentam na experiência do dia-a-dia, e vive, portanto, exclusivamente quando individualizado e aplicado aos fatos e acontecimentos”.⁷⁷

8. O direito a ser criado e assistido pelos pais: a responsabilidade civil por abandono moral

A relação entre pais e filhos menores encontra seu fundamento na responsabilidade e, por isso, na solidariedade familiar.⁷⁸ 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.

⁷⁴ Ana Carolina BROCHADO TEIXEIRA. A (des) necessidade da guarda compartilhada. In: Ana Carolina Brochado Teixeira; Gustavo Pereira Leite Ribeiro. (Coord.). *Manual de direito das famílias e das sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 315.

⁷⁵ Renata VILELA MULTEDO. *Liberdade e família*. Limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017, p. 146.

⁷⁶ TJRS. 8ª C.C., Agr. de Instrumento n. 70065972713, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, julg. 10.11.2015.

⁷⁷ Pietro PERLINGIERI. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 201. E como continua o autor: “Um ordenamento que não encontrasse aplicação pertenceria ao mundo das ideias e, perdendo a sua função ordenadora, a *societas*, nem mais seria assim considerado. Sob este perfil, ao fenômeno jurídico não é possível subtrair a complexidade da factualidade que, em realidade, é uma componente essencial da normatividade e, sobretudo, da sua historicidade”.

⁷⁸ 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.

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 (Código Civil, arts. 1.637 e 1.638). Assim, como a autoridade parental raramente cessa, a responsabilidade não pode, evidentemente, evanescer-se por simples ato de autonomia.

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 atribui 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.

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 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,⁷⁹ a Segunda Seção foi levada a apreciar os embargos de divergência,⁸⁰ 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

⁷⁹ 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”.

⁸⁰ STJ. EREsp 1.159.242, Rel. p/ acórdão Min. João Otávio de Noronha, julg. 09.04.2014, *DJe* de 23.05.2014.

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

9. O direito às escolhas afetivas: o reconhecimento da multiparentalidade e a 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”.⁸¹ 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?⁸²

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

⁸¹ 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.

⁸² Renata VILELA MULTEDO, *Liberdade e família*. Limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais. Rio de Janeiro: Editora Processo, p. 181.

à consanguinidade na configuração da paternidade. De acordo com o autor, não seria a derivação biológica que apontaria a figura do pai, mas o “amor, o desvelo e o serviço que alguém se entrega ao bem da criança”.⁸³ 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”.⁸⁴

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.⁸⁵

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*.⁸⁶

No que se refere ao direito à convivência familiar, previsto no *caput* do art. 227 CF, a jurisprudência nacional há muito reconhecia, independentemente de previsão legal, o

⁸³ 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.

⁸⁴ 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.

⁸⁵ Para uma definição v., Adriana Caldas do Rego Freitas DABUS MALUF. *Direito das Famílias: amor e bioética*. Elsevier, 2012. p. 18.

⁸⁶ Assim, Renata VILELA MULTEDO, *Liberdade e família*. Limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais. Rio de Janeiro: Editora Processo, p. 183.

direito decorrente do vínculo biológico e afetivo, habitualmente presente 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.⁸⁷

A L. 12.398/2011 acrescentou parágrafo único ao art. 1.589 do Código Civil para esclarecer 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, evidentemente, serve 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”⁸⁸

Todavia, 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 um vínculo afetivo preexistente ao litígio. 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”.⁸⁹

⁸⁷ TJRJ. 13ª C.C. Agr. de Instr. n. 0048703-79.2008.8.19.0000. Rel. Des. Sergio Cavaliere Filho, julg. 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 nº 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., Agr. de Instr. n. 70030869839. Rel. Des. Luiz Ari Azambuja Ramos, julg. 12.11.2010.

⁸⁸ Maria Berenice DIAS, *Manual*, cit., p. 449.

⁸⁹ TJSP. Apelação Cível nº 0325383-92.2009.8.26.0000. Rel. Des. Donegá Morandini, julg. 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

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 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.⁹⁰

Cumprido 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”.⁹¹

10. O direito de ir à escola: a proibição do *homeschooling*⁹²

A prática do ensino domiciliar sempre foi ampla e publicamente rejeitada no país,⁹³ inclusive pelo próprio Ministério da Educação, que se mostrava frontalmente contrário a 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”.⁹⁴ 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,⁹⁵ 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

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”.

⁹⁰ Assim Renata VILELA MULTEDO, *Liberdade e família*, cit., p. 158.

⁹¹ 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 nº 8.069/1990. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, 2015. Disponível em: “<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/12/Teixeira-e-Vieira-civilistica.com-a.4.n.2.20151.pdf>”. Acesso em: 5 dez. 2018.

⁹² 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.

⁹³ 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.

⁹⁴ Gabriel Arruda CASTRO. Ministério da Educação decide rever posição contrária ao *homeschooling*. *Gazeta do Povo*, 20.10.2017.

⁹⁵ 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.

que o Ministério da Educação já esteja se mobilizando para regulamentar a prática no País, ainda que seja mantida a obrigatoriedade da matrícula escolar.⁹⁶

Embora a maioria⁹⁷ 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.⁹⁸ 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 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),⁹⁹ 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.¹⁰⁰ Em um contexto no qual crescem manifestações em oposição a manifestações culturais legítimas¹⁰¹ ou até mesmo a

⁹⁶ Juliana NÉRIS. MEC pretende regulamentar *homeschooling*, mas manter matrícula obrigatória. *Gazeta do Povo*, 23.2.2018.

⁹⁷ Votaram nesse sentido os Ministros Alexandre de Moraes, Rosa Weber, Luiz Edson Fachin, Dias Toffoli e Cármen Lúcia.

⁹⁸ 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>>).

⁹⁹ 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 19.11.2017.

¹⁰⁰ IDOETA, Paula Adamo. Os atrativos e as polêmicas da educação domiciliar, que virou caso de Justiça no Brasil. *BBC Brasil*, 5.2.2018.

¹⁰¹ 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.

campanhas de inclusão social de minorias,¹⁰² 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.¹⁰³ 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 conjunto, é possível aspirar a que os jovens educandos usufruam, quando adultos, de uma vida autônoma.

civilistica.com

Recebido em: 20.12.2018

Publicação a convite.

Como citar: BODIN DE MORAES, Maria Celina. Instrumentos para a proteção dos filhos em face de seus 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.

¹⁰² Ilustrativamente, cf., Gabriel Arruda de CASTRO. Justiça obriga prefeito a distribuir livro didático com menções a casal gay. *Gazeta do Povo*, 1.9.2017.

¹⁰³ 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.