

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito

Núbia Leoni de Freitas Nogueira

AUTORIDADE PARENTAL *VERSUS* IDENTIDADE HORIZONTAL: a
vulnerabilidade como vetor de modulação da autonomia da criança e do adolescente com
nanismo e seu melhor interesse como antídoto à homogeneização

Belo Horizonte

2021

Núbia Leoni de Freitas Nogueira

AUTORIDADE PARENTAL *VERSUS* IDENTIDADE HORIZONTAL: a vulnerabilidade como vetor de modulação da autonomia da criança e do adolescente com nanismo e seu melhor interesse como antídoto à homogeneização

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Maria de Fátima Freire de Sá.

Área de concentração: Democracia, Autonomia Privada e Regulação.

Belo Horizonte

2021

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

N778a	<p>Nogueira, Núbia Leoni de Freitas</p> <p>Autoridade parental <i>versus</i> identidade horizontal: a vulnerabilidade como vetor de modulação da autonomia da criança e do adolescente com nanismo e seu melhor interesse como antídoto à homogeneização / Núbia Leoni de Freitas Nogueira. Belo Horizonte, 2021.</p> <p>120 f.</p> <p>Orientadora: Maria de Fátima Freire de Sá</p> <p>Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito</p> <p>1. Poder familiar. 2. Nanismo. 3. Vulnerabilidade. 4. Autonomia. 5. Crianças e adultos. 6. Relações familiares - Brasil. 7. Poder familiar - Doutrinas e controvérsias - Brasil. 8. Direitos da personalidade - Brasil. 9. Direitos da criança - Brasil. 10. Distúrbios do crescimento. I. Sá, Maria de Fátima Freire de. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.</p>
CDU: 347.64	

Núbia Leoni de Freitas Nogueira

AUTORIDADE PARENTAL *VERSUS* IDENTIDADE HORIZONTAL: a vulnerabilidade como vetor de modulação da autonomia da criança e do adolescente com nanismo e seu melhor interesse como antídoto à homogeneização

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Maria de Fátima Freire de Sá.

Área de concentração: Democracia, Autonomia Privada e Regulação.

Profa. Dra. Maria de Fátima Freire de Sá – PUC Minas (Orientadora)

Profa. Dra. Taisa Maria Macena de Lima – PUC Minas (Banca Examinadora)

Profa. Dra. Ana Thereza Meireles Araújo – UCSAL (Banca Examinadora)

Prof. Dr. Roberto Henrique Pôrto Nogueira – UFOP (Banca Examinadora)

Belo Horizonte, 26 de fevereiro de 2021.

*Ao meu marido, Marcos Vinicius, por compartilhar comigo um projeto familiar tão lindo!
Aos meus filhos, Lucca e Pietro, por me desafiarem todos os dias a buscar o equilíbrio entre
proteção e promoção. – A mãe compromete-se a respeitar suas diferenças, dar-lhes asas e
raízes. Compromete-se, também, a ensinar-lhes durante o caminho e a não lhes restringir os
voos.*

AGRADECIMENTOS

Ebenézer: até aqui me ajudou o Senhor! A Deus toda honra e toda glória, porque Dele, por Ele e para Ele são todas as coisas.

Agradeço ao meu marido, Marcos Vinícius, por ser meu parceiro de vida. Agradeço por ser tão dedicado a mim, aos nossos filhos e à nossa casa. Agradeço por cada cafezinho renovador de forças, adoçado com muito amor.

– Obrigada, Lucca, por trazer tanta alegria aos meus dias!

– Obrigada, Pietro, por me ensinar que no coração de mãe sempre cabe mais um.

Quanta gratidão aos meus pais! Se aqui estou é porque vocês me ensinaram que as minhas diferenças não poderiam me impedir de cumprir o propósito. Fácil não foi! Mas o abraço acolhedor diante das atitudes de rejeição e a afirmação de quem eu era me ensinaram que o pensamento do outro não poderia determinar quem eu seria.

Reconheço, também, o valor dos meus irmãos nesta caminhada. – Obrigada por compartilharem comigo algumas identidades e alguma diferenças. Isso me fez entender o sentido da complementaridade. Estendo esse reconhecimento aos meus sobrinhos, Felipe, Arthur e Elis. – A titia ama vocês!

Não posso deixar de honrar o professor Roberto Henrique Pôrto Nogueira. – Obrigada porque não fui invisível para você. Obrigada por me incentivar a fazer o Mestrado e me apontar o caminho.

– Obrigada, querida professora e orientadora Maria de Fátima Freire de Sá, por me acolher durante o caminho. Obrigada por me ajudar a entender qual era a inquietação do meu coração e me encontrar na minha pesquisa. Obrigada por compartilhar tanto conhecimento! Obrigada por me indicar tanta literatura! Obrigada por me apresentar a obra de Andrew Solomon – “Longe da Árvore: Pais, Filhos e a Busca da Identidade”. Isso mudou não apenas o meu olhar sobre a pesquisa, mas, também, sobre a maternidade. Antes, eu a conhecia só por ouvir falar, mas agora eu a vejo com os meus próprios olhos: você é essencial à Academia, que se pretende dialógica.

Por fim, e não menos importante, agradeço à minha comunidade de fé. Em especial, à minha célula e à turma “do início”. Realmente, há amigos mais chegados do que um irmão.

“Aqueles que semeiam com lágrimas, com cantos de alegria colherão” (Salmos 126:5).

[...] a autonomia torna cada um de nós responsável por moldar sua própria vida de acordo com um senso de caráter coerente e distintivo, com nossas convicções e nossos interesses. Ela nos permite conduzir nossas próprias vidas em vez de sermos conduzidos por elas, de modo que cada um de nós possa ser, na medida possibilitada por esse esquema de direitos, o que fizemos de nós mesmos (DWORKIN, 1986).

RESUMO

Esta pesquisa aborda os limites da autoridade parental, cujo recorte é a relação entre pais e filhos que apresentam como identidade horizontal o nanismo. Diante da constatação de ser tênue a linha divisória entre os atos legítimos de autoridade parental – no intuito de preservação do melhor interesse do filho e da promoção de sua autonomia – e os que, ainda que inconscientemente, destinam-se a aniquilar as diferenças, esta pesquisa buscou investigar: (i) o limite da atuação dos pais frente às identidades horizontais dos filhos; (ii) se a criança ou adolescente com nanismo possui autonomia para decidir a respeito da realização de cirurgia de alongamento ósseo; (iii) se o melhor interesse da criança ou do adolescente com nanismo pode funcionar como antídoto contra a tentativa dos genitores de, sob o manto da autoridade parental, homogeneizá-los. A metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica, pelo que a utilização de dados coletados em leis, jurisprudências e fontes literárias foi de crucial relevância. O estudo teve como objetivo tratar, de forma mais adequada, crianças e adolescentes, sujeitos em formação, e respeitá-los em suas diferenças, como parte do preparo para o exercício do livre desenvolvimento de sua personalidade, fazendo com que se transformem em protagonistas de seu próprio destino, por meio do reconhecimento do discernimento – a ser aferido casuisticamente – como elemento essencial para o exercício da autonomia. Foi possível constatar que a vulnerabilidade é um vetor de modulação da autonomia da criança e do adolescente e é possível aferir, com o auxílio de um estudo multidisciplinar, se eles possuem o discernimento necessário para a tomada de decisões. Outrossim, o melhor interesse da criança ou do adolescente funcionará como baliza ao exercício da autoridade parental pelos genitores, permitindo a preservação das diversidades.

Palavras-chave: Autoridade Parental. Identidade Horizontal. Nanismo. Vulnerabilidade. Autonomia. Princípio do Melhor Interesse. Criança e Adolescente. Diversidades.

ABSTRACT

This research addresses the limits of parental authority, whose focus is the relationship between parents and children who have dwarfism as their horizontal identity. In view of the fact that there's a thin line between the legitimate acts of parental authority - in order to preserve the child's best interest and promote their autonomy - and those that, although unconsciously, intend to eliminate differences, this research sought to investigate: (i) the limits of parents' actions in face of their children's horizontal identities; (ii) whether the child or adolescent with dwarfism has the autonomy to decide to do the bone stretching surgery; (iii) whether the best interest of the child or adolescent with dwarfism can act as an antidote against the attempt by parents to, under the parental authority, homogenize them. The methodology used was the bibliographic review, in which the use of data collected in laws, jurisprudence and literary sources was of crucial relevance. The study aimed to better treat children and teenagers, subjects in school age, and to respect them in their differences, as part of the preparation for the exercise of the free development of their personality, turning them into protagonists of their own destiny, through the recognition of discernment - to be measured casuistically - as an essential element for the exercise of autonomy. It was possible to verify that vulnerability is a vector for modulating the autonomy of children and adolescents and it is possible to assess, with the help of a multidisciplinary study, whether they have the enough discernment for decision making. Furthermore, the best interest of the child or adolescent will act as a guideline for the exercise of parental authority by the parents, allowing the preservation of diversities.

KEY WORDS: Parental Authority. Horizontal Identity. Dwarfism. Vulnerability. Autonomy. Principle of Best Interest. Child and Adolescent. Diversities.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo.
CCB/16	Código Civil Brasileiro de 1916
CCB/02	Código Civil Brasileiro de 2002
CDPD	Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência
CDC	Convenção sobre os Direitos da Criança
CIDC	Convenção Internacional dos Direitos da Criança
CJF	Conselho da Justiça Federal
CPB	Código Penal Brasileiro
CPC/15	Código de Processo Civil de 2015
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
EPD	Estatuto da Pessoa com Deficiência
PPA	Pequenas Pessoas da América
TF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	19
2	NANISMO: manifestação de uma identidade horizontal.....	23
2.1	Quando a arte imita a vida	23
2.2	Histórias de pessoas com nanismo	29
2.2.1	<i>Quaden Bayles: o menino que tentou se matar depois que pessoas passaram a apontar suas diferenças</i>	29
2.2.2	<i>Sam: a menina que ensinou aos pais uma nova forma de amar</i>	31
2.2.3	<i>Rose: a menina que ajudou sua mãe a tornar-se ativista das causas das pessoas com nanismo</i>	32
2.2.4	<i>Kiki: a menina que enfrentou, com coragem, os desafios de ser diferente.....</i>	34
2.3	Contornos médicos e jurídicos sobre o nanismo	36
2.3.1	<i>A literatura médica.....</i>	36
2.3.2	<i>O Direito</i>	38
2.4	Por que os pais rejeitam os filhos que nascem “longe da árvore”?	44
2.4.1	<i>Compreendendo a rejeição à identidade horizontal do filho a partir da Psicanálise. 44</i>	
2.4.2	<i>Compreendendo a rejeição à identidade horizontal do filho a partir da hegemonia europeia, gestada no colonialismo.....</i>	48
3	AUTORIDADE PARENTAL: INSTRUMENTO DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS FILHOS	55
3.1	Definição de autoridade parental alicerçada na evolução histórica	55
3.2	Funcionalização da autoridade parental.....	59
3.3	Compreensão do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente com suporte no avanço legislativo.....	63
3.4	Alguns apontamentos legais e jurisprudenciais sobre a autoridade parental	69
3.5	O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente como parâmetro ao exercício legítimo da autoridade parental.....	80
4	ADEQUAÇÃO ENTRE AUTONOMIA E PROTEÇÃO.....	90
4.1	Crianças e adolescentes frente ao Regime das Incapacidades	90
4.2	Vulnerabilidade	98
4.3	Autonomia da criança e do adolescente: uma construção a partir do avanço da condição de objeto a sujeitos de direitos em formação	101
5	CONCLUSÃO	108
	REFERÊNCIAS	112

1 INTRODUÇÃO

Algumas crianças e adolescentes aceitam com facilidade suas diferenças. Para outros, no entanto, a diferença é quase insuportável. De igual forma, alguns pais conseguem assentir à ideia de que o filho é diferente e outros não. Ademais, a atitude dos pais frequentemente molda a mentalidade dos filhos.

Os anões estão muito distantes do conceito preestabelecido de belo. Os filmes, as publicidades e as passarelas da moda evidenciam que pessoas altas é que são consideradas símbolos de venustidade.

Os anões carregam com eles uma bagagem histórica e cultural que desperta grande curiosidade e enfatiza a diferença. É raro deparar-se com um anão no dia a dia. Talvez, por isso, sejam lembrados apenas como aqueles dos contos de fadas ou dos enfeites de jardins ou dos espetáculos de circo. A imagem deles é pouco comum, de forma que o olhar de curiosidade ou de espanto é quase incontrolável quando se encontra com um anão.

Certa vez, presenciei a cena de uma criança de pouca idade que estava em um restaurante, quando adentrou no local um anão. Ela foi tomada de tanto espanto, seguido de uma sessão de risos, que causou constrangimento em todos que lá se encontravam, talvez pelo fato de que ela expressou o que os adultos tentavam disfarçar.

Mais de duzentos problemas genéticos levam a uma estatura excepcionalmente baixa, sendo o alongamento de ossos uma medida dolorosa e demorada capaz de aumentar a estrutura em apenas trinta e cinco centímetros. Assim, dificilmente, um anão deixará de ser anão.

Não se está nesta pesquisa defendendo a ideia de que a baixa estatura seja uma diferença que precisa ser eliminada ou uma anomalia a ser corrigida, mas, apenas, chamando a atenção para o fato de que um anão será sempre um anão, não se podendo negar essa realidade.

Tanto os anões, quanto a sociedade, quanto o Poder Público terão que se adequar para conviver com essa condição de baixa estatura. Não se está a se referir apenas a questões de acessibilidade, mas, principalmente, de inclusão e de proteção daqueles que podem ser considerados vulneráveis frente a relações/situações jurídicas¹ em razão dessa diferença.

¹ Ambas são categorias relacionais que se preocupam com a realidade e sempre privilegiam o ser humano, pois construídas na argumentação e não dispostas *a priori*, como a perspectiva normativa geralmente nos leva a considerar. A situação jurídica é o centro de imputação normativa, pois ela é o caso interpretado à luz do Direito, na medida em que se reconhece que o caso será conformado pelo Direito, mas este também só se faz diante do caso. São circunstâncias fáticas recortadas e interpretadas a partir do Direito. São situações jurídicas:

Mas, como a sociedade vai atentar para essa questão quando os próprios pais, muitas vezes, não suportam essa diferença?

Relatos de pais de anões evidenciam que, ao descobrirem que teriam um filho com nanismo, foram tomados por um sentimento de rejeição, tristeza e negação. É difícil amar o que é diferente por razões que conscientemente se desconhecem.

Ainda durante a gestação, os pais projetam um modelo ideal de filho que, quase sempre, se assemelha àquilo que são. Os pais querem dar continuidade à própria existência na pessoa dos filhos, de acordo com padrões previamente estabelecidos. Por isso, a descoberta da chegada de um filho diferente do modelo ideal gera tanta repulsa, porque precisarão aprender a amar o filho real, com o qual foram surpreendidos.

Eis, pois, o grande desafio: de os filhos diferentes se situarem no mundo dos pais e se sentirem parte dele; dos pais de se imiscuírem no mundo dos filhos diferentes e de incluí-los no seu mundo, sem tentar homogeneizá-los.

Diante da constatação de ser tênue a linha divisória entre os atos legítimos de autoridade parental, no intuito de preservação do melhor interesse do filho e da promoção de sua autonomia, e aqueles que, ainda que inconscientemente, destinam-se a aniquilar as diferenças, esta pesquisa buscou investigar: (i) o limite da atuação dos pais frente às identidades horizontais dos filhos; (ii) se a criança ou o adolescente com nanismo possui autonomia para decidir a respeito da realização de cirurgia de alongamento ósseo; (iii) se o melhor interesse da criança ou do adolescente com nanismo pode funcionar como antídoto à tentativa dos genitores de, sob o manto da autoridade parental, homogeneizá-los.

Nesse sentido, esta pesquisa aborda os limites da autoridade parental, cujo recorte foi a relação entre pais e filhos que apresentam como identidade horizontal o nanismo.

Ela apresenta cinco capítulos. O segundo capítulo tem por foco compreender o nanismo. A partir do conto de fadas “Branca de Neve e os Sete Anões”, perpassa-se pela compreensão de identidade horizontal e por algumas histórias de pessoas com nanismo, destacando-se suas lutas, superação, conquistas, descobertas e enfrentamento de preconceito. Na sequência, destacam-se os contornos médicos e jurídicos para o nanismo, enfrentando o debate se essa doença, que compromete o crescimento, é suficiente para considerar o anão

direito subjetivo, dever, direito potestativo, sujeição, ônus, faculdade, expectativa de direito, poder jurídico e interesse juridicamente protegido. O diferencial entre relação jurídica e situação jurídica é o número de posições jurídicas. A situação jurídica é uniposicional, apresenta somente um centro de imputação e, portanto, impossível de apresentar vínculo jurídico. Já a relação jurídica é pluriposicional, ou seja, apresenta vários centros de imputação em conexão funcional. Requer, para a relação jurídica, sempre dois ou mais centros de imputação determinados, pois a indeterminação de um deles descaracteriza a própria existência do vínculo (NAVES, 2007).

uma pessoa deficiente. O capítulo encerra-se com possíveis respostas à rejeição pelos pais dos filhos que nascem “longe da árvore”, com o auxílio da Psicanálise, notadamente, a partir da concepção freudiana de narcisismo, e da constatação da presença, na atualidade, da hegemonia europeia, gestada no colonialismo, a qual oculta perspectivas diversas.

No terceiro capítulo, traça-se um panorama sobre a autoridade parental, buscando-se uma definição para esse termo a partir da evolução histórica. Em seguida, apresenta-se a funcionalização da autoridade parental, para adentrar na definição do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente a partir da evolução legislativa. Com o objetivo de aprofundar o estudo sobre o tema, abordam-se aspectos legais da autoridade parental no Direito positivo, com vistas a analisar como ela deve ser exercida pelos genitores e como deve ser a intervenção do Estado quando houver conflito entre os detentores do *múnus* ou quando este for exercido de forma ilegítima, a partir da análise de alguns casos submetidos a julgamento dos órgãos jurisdicionais. Para encerrar, expõe-se como o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente serve de parâmetro ao exercício legítimo do *múnus* atribuído aos pais de conduzir os filhos ao exercício da autonomia e à construção da personalidade.

O cerne do quarto capítulo é traçar um equilíbrio entre autonomia e proteção. Para tanto, (i) analisa-se a situação de crianças e adolescentes frente ao Regime das Incapacidades; (ii) critica-se o modelo da Teoria das Incapacidades – de substituição da vontade; (iii) sugere-se a criação de mecanismos de proteção que resguardem a capacidade de fato e que sejam instrumentos de apoio ao exercício da autonomia, a partir da compreensão de vulnerabilidade e seu reflexo no campo do Direito. O capítulo encerra-se com a discussão a respeito da autonomia da criança e do adolescente com nanismo para a tomada de decisão a respeito da realização de cirurgia de alongamento ósseo, uma construção a partir do avanço da condição de objeto a sujeitos de direitos em formação.

Por fim, tecem-se a conclusão e as referências.

Este estudo é importante para perquirir a respeito da necessidade de salvaguarda de crianças e adolescentes naquilo que são diferentes de seus pais, a partir do exercício de uma autoridade parental que assegure a efetivação de direitos fundamentais ao se atentar para o melhor interesse da criança e do adolescente.

De igual forma, é importante por investigar se essa proteção assegura a crianças e adolescentes a construção de sua personalidade, ao permitir o exercício da autonomia, respeitada sua maturidade, a ser analisada no caso concreto, diminuindo-se a proteção quando se verificar a mitigação da vulnerabilidade.

O estudo tem como objetivo geral tratar, de forma mais adequada, crianças e adolescentes, sujeitos em formação, e respeitá-los em suas diferenças, como parte do preparo para o exercício do livre desenvolvimento de sua personalidade, fazendo com que se transformem em protagonistas de seu próprio destino, por meio do reconhecimento do discernimento – a ser aferido casuisticamente – como elemento essencial para o exercício da autonomia.

Cumpre, ainda, salientar que esta pesquisa foi realizada sob a vertente teórica, mediante uma abordagem jurídico-sociológica, a partir do método hipotético-dedutivo, pelo que a utilização de dados coletados em leis, jurisprudências e fontes bibliográficas foi de crucial relevância.

A conjectura teórica na construção deste trabalho é a obra de Andrew Solomon, “Longe da Árvore: Pais, Filhos e a Busca da Identidade”.

Oxalá, que os pais deem aos filhos asas e raízes. Que lhes ensinem durante o caminho, mas não lhes restrinjam os voos!

2 NANISMO: manifestação de uma identidade horizontal

Este capítulo compõe-se de quatro seções. Inicialmente, parte-se do conto “Branca de Neve e os Sete Anões” para contextualizar o assunto: o nanismo como identidade horizontal. Logo após, traz-se à cena a história de algumas pessoas com nanismo, como, por exemplo, Quaden Bayles, Sam, Rose e Kiki.

Posteriormente, tecem-se considerações sobre o tratamento médico e jurídico dado ao nanismo, seção na qual se apresenta a literatura médica e a legislação a respeito do assunto.

Por fim, analisa-se por que os pais rejeitam os filhos que nascem “longe da árvore”. Nesse momento, discute-se a rejeição à identidade horizontal do filho pelos pais, tendo como fundamento a Psicanálise e a hegemonia europeia, gestada no colonialismo.

2.1 Quando a arte imita a vida

Quem não conhece o conto de fadas “Branca de neve e os sete anões”?² Uma obra dos

2 A seguir, uma das versões do conto Branca de Neve:

Era uma vez um rei que vivia num reino distante, com a sua filha pequena, que se chamava Branca de Neve. O rei, como se sentia só, voltou a se casar, achando que também seria bom para a sua filha ter uma nova mãe. A nova rainha era uma mulher muito bela, mas, também, muito má e não gostava de Branca de Neve, que, quanto mais crescia, mais bela se tornava.

A rainha malvada tinha um espelho mágico, ao qual perguntava todos os dias:

- Espelho meu, espelho meu, haverá mulher mais bela do que eu?

E o espelho lhe respondia:

- Não minha rainha, és tu a mulher mais bela!

Mas uma manhã, a rainha voltou a perguntar o mesmo ao espelho e ele lhe respondeu:

- Tu és muito bonita, minha rainha, mas Branca de Neve é agora a mais bela!

Enraivecida, a rainha ordenou a um dos seus servos que levasse Branca de Neve até à floresta e a matasse, trazendo-lhe de volta o seu coração, como prova.

Mas o servo teve pena da Branca de Neve e disse-lhe para fugir em direção à floresta e nunca mais voltar ao reino.

Já na floresta, Branca de Neve conheceu alguns animais, os quais se tornaram seus amigos. Também encontrou uma pequenina casa e bateu à sua porta. Como ninguém respondeu e a porta não estava fechada à chave, entrou. Era uma casa muito pequena, que tinha sete caminhas, todas muito pequeninas, assim como as cadeiras, a mesa e tudo o mais que se encontrava na casa. Também estava muito suja e desarrumada e Branca de Neve decidiu arrumá-la. No fim, como estava muito cansada, deitou-se nas pequenas camas, que colocou todas juntas, e adormeceu.

A casa era dos sete anões que viviam na floresta e, durante o dia, trabalhavam numa mina.

Ao anoitecer, os sete anões regressaram à sua casinha, quando deram com Branca de Neve, adormecida, nas suas caminhas. Que surpresa! Com tanta excitação, Branca de Neve acordou espantada e rapidamente se apresentou:

- Eu sou a Branca de Neve.

E os sete anões, todos contentes, também se apresentaram:

- Eu sou o Feliz!

- Eu sou o Atchim e este é o Dunga.

- Eu sou o Mestre e estes são o Soneca e o Dengoso.

- E eu sou o Zangado!

- Prazer em conhecê-los. Respondeu Branca de Neve e logo contou a sua triste história.

Os anões convidaram Branca de Neve a viver com eles e ela aceitou, prometendo-lhes que tomaria conta da casa

irmãos Grimm, como são conhecidos os alemães Jacob Grimm e Wilhelm Grimm.

Os irmãos queriam garantir que a Alemanha, que ainda não era uma nação unificada na época, tivesse sua língua e sua cultura protegidas, e começaram, então, a trabalhar para preservar as histórias populares, que eram passadas oralmente de geração em geração. Eles ouviam as histórias contadas por amigos, familiares e estranhos e registravam todas elas em texto.

Esse trabalho resultou no livro “Kinder-und Hausmärchen” (Contos de Fadas para o Lar e as Crianças), publicado em dois volumes, que contavam com 200 contos, entre os quais estava incluso “Branca de Neve” (GRIMM; GRIMM, 1812-1813).

As histórias originais contadas pelo povo alemão eram muito menos românticas e bem mais sombrias do que as versões que hoje se conhecem. Os irmãos Grimm tentaram dar um tom mais suave a elas e, com o passar do tempo, elas foram sofrendo ainda mais modificações para serem transmitidas nos cinemas e na televisão.

Em “Branca de Neve e os Sete Anões”, a princesa Branca de Neve, órfã de mãe, é criada por sua madrasta, uma rainha má, que, em razão de seu ciúme, determina a morte da enteada. Ao descobrir que a jovem não tinha morrido e estava morando na floresta com sete amiguinhos, a rainha a envenena e determina que só o beijo de um príncipe poderá salvá-la.

Os sete anões, cada qual detentor de características que lhes conferem o nome, a saber, Dunga, Atchim, Dengoso, Mestre, Feliz, Zangado e Soneca, trabalham em uma mina de pedras preciosas, se tornam amigos de Branca de Neve e são fundamentais a ela, pois são eles que a resgatam da floresta.

No conto da Branca de Neve, nota-se que, embora sejam vitais à sua sobrevivência, os anões têm apenas papel complementar na história. Os anões do conto dos irmãos Grimm vivem isolados numa floresta e trabalham em uma mina, apartados do convívio social. O único foco sobre eles é para averiguar todas as mudanças pelas quais a protagonista passa na

deles.

Mas a rainha má, através do seu espelho mágico, descobriu que Branca de Neve estava viva e que morava na floresta com os anões.

Então, furiosa, vestiu-se de senhora muito velha e feia e foi ter com Branca de Neve. Com ela levou um cesto de maçãs, no qual tinha colocado uma maçã vermelha que estava envenenada.

Quando viu Branca de Neve, cumprimentou-a gentilmente e ofereceu-lhe a maçã que tinha veneno.

Ao mordê-la, Branca de Neve caiu, como se estivesse morta. A malvada rainha fugiu e, avisados pelos animais do bosque, os sete anões regressaram apressadamente à casa, encontrando Branca de Neve caída no chão.

Muito chorosos, os anões colocaram Branca de Neve numa caixa de vidro, rodeada por flores.

Estavam todos em volta de Branca de Neve, quando surgiu, no meio do bosque, um príncipe no seu cavalo branco. Ao ver Branca de Neve, o príncipe, de imediato, se apaixonou por ela e, num impulso, beijou-a. Branca de Neve acordou. Afinal, estava viva!

Os anões saltaram de alegria e Branca de Neve ficou maravilhada com o príncipe.

O príncipe levou Branca de Neve para o seu castelo, onde se casaram e viveram muito felizes para sempre!

história.

Transpondo o lindo conto para a vida real, como pensar a vida das pessoas de baixa estatura, as quais fogem de um “dito padrão”? Há marginalização do diferente? No caso de crianças e adolescentes, pessoas em desenvolvimento, como fica a socialização deles na escola, por exemplo? Será que a arte imita a vida?

A arte imita a vida porque, tradicionalmente, a sociedade reserva um lugar apartado para quem foge aos padrões de normalidade sobre os quais está estruturada. Discrimina pela condição física, mental, intelectual, social, pela surdez, dificuldade de visão, comportamento, gênero, raça, cor... É o caso das pessoas com nanismo, esquecidas, marcadas pelo estigma de garantir a diversão de outros, passando pelo grotesco, pelas figuras estranhas, misteriosas, dentre outros.

Em épocas medievais, figuras humanas eram trazidas para a apreciação e deleite do público, mostradas como diferentes – em razão de algum traço físico –, razão pela qual eram ridicularizadas e expostas em praça como indivíduos subumanos, diferentes e, por vezes, até amaldiçoados. Nesse cenário, os indivíduos com nanismo ou, como mais conhecidos, anões, ganharam notoriedade (CARVALHO, 2018).

Ainda, segundo Luiz Henrique Milaré de Carvalho (2018), as pessoas com nanismo eram motivo de muita chacota e zombaria, tendo povoado mentes, ao longo da história, ora como ingênuos ajudantes e companheiros em fábulas infantis, ora como verdadeiros indivíduos horripilantes, envoltos em imaginário de maldade e crueldade. Afinal:

indivíduos com aspecto anormal sempre existiram, ainda que hoje em dia sejam muito menos comuns que no passado. E as pessoas – normais – se assim lhes podemos chamar – sempre as acharam fascinantes.

Os Freaks, isto é, as aberrações humanas não são de forma alguma os únicos exageros que cativaram o interesse das pessoas. Nós, os humanos, sempre nos sentimos atraídos por tudo o que fosse excepcionalmente grande, pequeno, rápido ou, simplesmente, estranho.

[...]

Os nossos gritos de nojo são acompanhados por um cruel sentimento de prazer. Como os romanos se divertiam com o espetáculo proporcionado pelas pessoas a serem devoradas pelos leões, adoramos ficar boquiabertos com um esqueleto andante, se possível combinado com o homem mais gordo do mundo (NARUYANA, 2000, p. 6-7).

Denota-se, portanto, que o desrespeito às condições mínimas de dignidade dos indivíduos com nanismo data de longo tempo, impondo vidas limitadas, fruto de preconceito, estigma e exploração da figura criada do anão. A esse respeito, ao tratar sobre identidades horizontais, escreveu Solomon (2013):

Ser percebido em sua própria essência como cômico é um fardo significativo. Quando eu descrevia as outras categorias incluídas nesse livro, meus ouvintes eram silenciados pela seriedade do empreendimento; ao mencionar os anões, os amigos caíam na gargalhada. Eu descrevia, por exemplo, o momento de uma convenção em que um anão torpe fez uma ameaça de bomba às oito da manhã, de tal modo que todos os hóspedes do hotel, a maioria se recuperando de uma noite de festança, tiveram que evacuar o prédio. As pessoas acharam hilária a simples ideia de cerca de quinhentos anões sonolentos, muitos deles de ressaca, reunidos no pátio do hotel. Isso teve alguma ressonância para mim; e sei que, há muito tempo, as pessoas poderiam ter achado igualmente hilariante a ideia de quinhentos homossexuais sonolentos. Mas a homossexualidade pode ser escondida, e estar entre pessoas homossexuais não é uma piada visual. Transeuntes que talvez desviem os olhos discretamente de usuários de cadeiras de rodas olham para anões. Uma mulher normal que se casa com um cego inspira admiração; uma mulher de estatura comum que se casa com um anão inspira a suspeita de que tem um fetiche. Anões ainda aparecem em shows de aberrações, em competições de arremesso de anão e na pornografia, onde (sic) todo um subgênero que apresenta anões explora um voyeurismo coisificador. Isso dá provas de uma insensibilidade que vai além da exibida em relação a quase qualquer outro grupo deficiente (SOLOMON, 2013, p. 146).

Os anões fazem parte do grupo de frutos que cai longe da árvore – dos filhos que apresentam uma identidade horizontal, que os torna diferentes de seus pais.

A identidade da criança e do adolescente pode ser constituída não apenas por crenças, características genéticas, genótipos transmitidos pelos pais, mas, também, por um arcabouço de características e valores que lhes são particulares, ainda que contrários aos interesses ou escolhas dos genitores.

Segundo Raul Cleber da Silva Choeri (2010), a identidade se relaciona ao *status personae*, sendo esta a primeira e fundamental expressão desse estado, configurando o valor primário e a unidade de direitos e deveres fundamentais da pessoa. Enfatiza o autor que o *status personae* exprime um ser: ele representa a pessoa.

A identidade pessoal é um direito fundamental, por ser manifestação da dignidade da pessoa humana, do livre desenvolvimento da personalidade e da autonomia existencial.

Segundo Andrew Solomon (2013), a identidade pode ser analisada sobre dois vieses diferentes: a identidade vertical e a identidade horizontal.

O autor define identidade vertical como o conjunto de atributos e valores que são transmitidos dos pais aos filhos por meio das gerações. Esses atributos não são restritos às cadeias de DNA, englobando, também, em seu espectro padrões culturais e normas compartilhadas.

Além disso, Solomon esclarece, igualmente, que a identidade também pode ser construída de forma horizontal, sendo essa integrada por características inatas ou adquiridas, que são estranhas aos pais e, muitas vezes, contrárias aos seus ideais e interesses. Essa

identidade pode ainda ser reforçada e sedimentada por meio da convivência com um grupo de iguais:

As identidades horizontais podem refletir genes recessivos, mutações aleatórias, influências pré-natais ou valores e preferências que uma criança não compartilha com seus progenitores. Ser gay é uma identidade horizontal; a maioria das crianças gays tem pais heterossexuais e, embora sua sexualidade não seja determinada por seus iguais, elas aprendem a identidade gay observando e participando de uma subcultura fora da família. A deficiência física tende a ser horizontal, bem como a genialidade. A psicopatia é também muitas vezes horizontal; a maioria dos criminosos não é criada por mafiosos e deve inventar sua própria insídia. O mesmo acontece com problemas como o autismo e a deficiência intelectual. Uma criança concebida por estupro nasce com desafios emocionais que a própria mãe desconhece, ainda que advenham de seu trauma (SOLOMON, 2013, p. 12-13).

Logo, determinadas características físicas e outras relativas à forma de interação no ambiente social podem não ser determinadas pelos progenitores. Crianças e adolescentes as possuirão em decorrência de uma variação genética ou aprenderão sobre elas por meio da observação de seus iguais e da convivência com eles, participando de uma cultura construída fora das margens do ambiente e da estrutura familiar.

Certo é que os filhos não são os pais – seja em razão de genes atávicos, traços recessivos, seja em decorrência de estímulos ambientais diversos – e estão em constante processo de metamorfose, construção de sua personalidade, composição física, psíquica e emocional.

As naturais diferenças entre pais e filhos são, muitas vezes, absorvidas pelos genitores com preconceito, como se representassem afronta, desrespeito e inadequação aos seus ensinamentos e à “normalidade” por eles esperada.

O nanismo é um dos diagnósticos mais difíceis de se comunicar aos futuros pais. Quando um bebê tem um buraco no coração, os pais tão-somente questionam se é possível corrigir o problema. No entanto, quando recebem a notícia de que vão ter um filho anão, é comum terem nojo da ideia. O nojo é seguido de tristeza, choque e negação (SOLOMON, 2013).

Outrossim, com frequência, o nanismo também está fora da experiência dos médicos, que notificam aos pais com particular insensibilidade. Solomon (2013) relata o caso de um médico que falou para os pais de um filho recém-diagnosticado: “Vocês deram à luz um anão de circo”. Outro recomendou, de forma cruel, que a criança “deveria ser internada numa instituição ou enviada para viver com uma trupe de anões na Flórida”. Uma mãe compartilhou que a maioria dos médicos agia como se sua filha tivesse um defeito e por isso não merecia

ser tratada como um verdadeiro bebê. Outra contou que estava na sala de parto com seu marido anão quando o médico disse para os dois: “lamento informar-lhes que seu filho é anão” (SOLOMON, 2013, p. 147).

A maneira como a notícia de uma condição de nanismo é comunicada aos pais pode ter um efeito duradouro sobre a capacidade de eles amarem e cuidarem de seu filho. Os pais, por sua vez, influenciam amigos e familiares; pais envergonhados criam amigos desajeitados (SOLOMON, 2013).

As identidades verticais são reforçadas e continuamente estimuladas pelos pais, enquanto as identidades horizontais são reprimidas, tratadas como defeitos e não como um componente da personalidade merecedor de respeito e tutela, em um constante movimento tendente à homogeneização da prole.

Quando se fala em identidades verticais que, em razão de um processo histórico e cultural também se mostram socialmente desvantajosas, como a racial e a religiosa, não se verifica, em geral, uma pressão por homogeneização. Ainda que se mostre difícil, por certos aspectos, ser mulher, negro ou judeu, não há tentativas em transformá-los compulsoriamente em homens, brancos ou católicos.

Todavia, ao se tratar de identidades horizontais, não é incomum atos de pais que tentam transformar seus filhos gays em heterossexuais, bem como normalizar características consideradas como doença ou defeito, gerando nas crianças e adolescentes consequências emocionais e psicológicas danosas, simplesmente desconsideradas em todo esse processo depreciativo em busca da dita homogeneização.

Gillian Mueller, uma anã que fez alongamento de membros quando criança, desabafou: “a coisa mais importante que os pais podem fazer é aceitar o filho e ensiná-lo a aceitar a si mesmo. Nenhuma criança deve crescer acreditando que tem um problema que seus pais vão consertar quando ela for mais velha” (SOLOMON, 2013, p. 197).

Uma possível explicação para a situação acima retratada é que, ainda que inconscientemente, muitas vezes gostaríamos de nos ver vivendo para sempre e não alguém com uma personalidade própria (SOLOMON, 2013). Afinal, é mais difícil alcançar o fruto que cai longe da árvore.

As pessoas com nanismo, além de enfrentarem preconceito ligado à estatura, não encontram uma sociedade inclusiva e, dada a dificuldade de acessibilidade, necessitam de apoio para a realização de tarefas simples e rotineiras, uma vez que os ambientes são preparados para receber pessoas mais altas.

Para anões, a função segue a forma. A forma de seus corpos determina suas

capacidades físicas. Eles execram duas coisas: como são vistos pelas outras pessoas e como o mundo não está configurado para pessoas de suas dimensões (SOLOMON, 2013).

Os casos a seguir relatados revelam histórias de luta, superação, preconceito, conquistas, descobertas e das dificuldades enfrentadas por pessoas com nanismo.

2.2 Histórias de pessoas com nanismo

2.2.1 *Quaden Bayles: o menino que tentou se matar depois que pessoas passaram a apontar suas diferenças*

A história de Quaden Bayles, um garotinho de apenas nove anos de idade, comoveu o mundo inteiro, após aparecer em um vídeo postado por sua mãe, Yarraka Bayles, em fevereiro de 2020, em uma rede social.

No vídeo, enquanto Quaden chora e pergunta à sua mãe quais são os motivos das agressões, Yarraka explica que tinha acabado de buscar o filho na escola e testemunhado um episódio de *bullying*.

A mãe afirma também que o vídeo tinha como objetivo mostrar a pais, educadores e professores os efeitos do *bullying* em uma criança. Ela, ainda, pede para que os pais eduquem seus filhos, suas famílias e amigos (LIMA, 2020).

Segundo Ivan Lima (2020), Yarraka costumava esconder o sofrimento de seu filho, mas, no início do ano de 2020, ela decidiu que não poderia mais esconder do mundo o que Bayles passava. Segundo seus relatos, Quaden tentou se matar depois que pessoas passaram a apontar suas diferenças.

Mas afinal, o que faz Quaden ser diferente das outras crianças? Quem é Quaden Bayles?

Segundo as publicações da mãe, Quaden nasceu no dia 13 de dezembro de 2010. Quando ele tinha três anos de idade, foi diagnosticado com acondroplasia³ – uma forma comum de nanismo. Mas não é apenas por causa do nanismo que Quaden sofre discriminação. O preconceito também surgiu em decorrência da descendência aborígine da criança. Ou seja, além do *bullying* por causa do nanismo, Bayles também sofre racismo por causa da sua origem (LIMA, 2020).

Essa situação veiculada nas redes sociais em fevereiro de 2020 não foi a primeira na

3 A acondroplasia ou nanismo acondroplástico é decorrente de mutações no gene do receptor 3 do fator de crescimento fibroblástico (FGFR3), que codifica um receptor transmembranar importante na regulação do crescimento ósseo linear. A incidência estimada é de cerca de 1 em cada 25.000 nascidos vivos.

qual mãe e filho fizeram campanha contra o *bullying*. Em 2015, os dois apareceram em um programa de televisão, no qual Yarraka divulgou uma campanha para combater o preconceito associado ao nanismo. No programa, ela e os apresentadores discutem um vídeo viral que ela havia postado, em 2014, sobre o mês da consciência do nanismo. O vídeo exibido durante a transmissão mostrava Bayles, então com apenas três anos de idade, gritando coisas como, “parem de olhar para mim”, a um grupo de garotas que estava rindo dele. A mãe de Quaden disse que naquela época as coisas começaram a mudar, até porque, para quem sofre *bullying* por causa da aparência, qualquer aparição em público pode ser um grande desafio. Yarraka disse que, quando viu seu filho sendo observado pelo grupo de garotas, pensou em pegar o celular e gravar a reação das pessoas (LIMA, 2020).

Ainda no ano de 2015, Yarraka e Quaden também participaram do programa “Livren Black”, que tratava da comunidade indígena australiana. Nesse programa, Yarraka revelou o quanto foi difícil para ela aceitar o diagnóstico do seu filho, mas, disse, também, que, depois de muita reflexão, resolveu documentar todos os sofrimentos enfrentados por ele e falar sobre eles.

O programa explicou cada detalhe da vida de Bayles e o acompanhou em uma cirurgia para aliviar a pressão no cérebro e na medula espinhal tendo em vista evitar futuros problemas neurológicos. A cirurgia, felizmente, foi um sucesso, mas a tensão foi grande, já que um pequeno erro podia comprometer os movimentos das pernas e braços de Quaden (LIMA, 2020).

Mas o que se pode concluir com toda essa história?

A luta de Yarraka e Quaden não começou no início de 2020, como muita gente poderia imaginar. Na verdade, o vídeo reproduzido nas redes sociais, em fevereiro deste ano, foi só mais um episódio da batalha constante que os dois têm enfrentado contra o preconceito e o racismo.

A história de Bayles, que chegou a ter 25 milhões de visualizações antes de sua mãe removê-la da *Internet*, reflete o drama enfrentado por pessoas com nanismo, decorrente da diferença de tamanho em relação às pessoas que não têm deficiência no crescimento.

Os comentários sobre a aparência, quando se nasce fora daquilo que é considerado padrão, acabam impondo à pessoa com nanismo uma vida à margem da sociedade, longe de possíveis situações de constrangimento, conforme os sete anões do conto da Branca de Neve, os quais viviam isolados de outras pessoas numa floresta, distantes de um contato social mais pessoal com todos.

Quaden Bayles, é provável, não queria, em verdade, ceifar a própria vida, mas, sim,

ver-se livre do sofrimento decorrente da falta de aceitação de suas diferenças. Ele não encontrava lugar no mundo dos gigantes.

2.2.2 Sam: a menina que ensinou aos pais uma nova forma de amar

Conforme relatado por Solomon (2013), em 1988, quando Sam nasceu, o obstetra supôs inicialmente que seu tamanho diminuto fosse consequência de sua chegada prematura. Um mês depois, quando ela ainda estava na unidade de terapia intensiva neonatal, foi diagnosticada com acondroplasia.

Sua mãe, Mary Boggs, desabafou: “teríamos preferido ter um filho que fosse surdo ou cego. Qualquer coisa que não fosse um anão teria sido melhor. Quando você pensa no que poderia dar errado na gravidez, isso não passa por sua cabeça” (SOLOMON, 2013, p. 144).

Sam foi para a casa dos pais, nos subúrbios de Washington, D. C., ligada a um balão de oxigênio e a um monitor. Quando estava com um ano e meio de idade, enfiaram-lhe um dreno na cabeça para aliviar a hidrocefalia e, felizmente, ela não teve os problemas esqueléticos que mais tarde afligem a vida de tantas pessoas com acondroplasia (SOLOMON, 2013).

Seus pais espalharam banquinhos por toda a casa, compraram extensores de interruptores de luz, mudaram o lugar da torneira da pia da cozinha. Esses ajustes domésticos eram mais fáceis de controlar do que os desafios externos. "Houve gente que nos perseguiu pelos corredores do supermercado para fazer perguntas", contou Mary. "Aprendemos a olhar para trás. Isso as espanta. Eu observava Sam não brincar com as outras crianças porque ela era pequena demais para fazer o que elas faziam. Dá uma grande tristeza" (SOLOMON, 2013, p. 144).

Antes de Sam entrar no Jardim de Infância, seus pais a advertiram de que as outras crianças lhe dariam apelidos ofensivos, falaram de algumas possíveis ofensas e lhe ensinaram respostas adequadas. Mary foi à escola, explicou as necessidades especiais de Sam e deu à professora um livro sobre anões para que ela pudesse ler em voz alta para a turma. A escola rebaixou a pia e a torneira de água e instalou uma barra para que Sam pudesse usar o vaso sanitário. As crianças de sua turma aprenderam sua história, mas a cada ano isso era novidade para a nova turma que entrava no Jardim de Infância e algumas a ofendiam. Então, Sam decidiu fazer uma apresentação para cada nova turma. Ela explicava: "Eu sou pequena, mas tenho oito anos. Estou na terceira série. Sou anã e sou como todos vocês, apenas menor". Ela fez isso em todos os anos da escola elementar e as provocações pararam (SOLOMON, 2013,

p. 145).

Quando Sam tinha cinco anos, foi à sua primeira convenção nacional da Organização Pessoas Pequenas da América (PPA) e ficou chocada. Ao longo dos anos que se seguiram, a família de Sam persuadiu familiares e amigos a irem às reuniões. A intenção era que conhecessem outros anões além de Sam e que pudessem se sentir confortáveis com ela, a fim de tornar mais fácil para todos amá-la (SOLOMON, 2013).

Ainda, segundo Solomon (2013), o Ensino Médio foi mais difícil do que o Ensino Fundamental. Pessoas que tinham sido amigas durante anos, de repente, não queriam mais sair com Sam. Ela não era convidada para ir patinar ou ir ao cinema na noite de sexta-feira. Elas fingiam que não era porque Sam era anã, mas ela sabia.

Sam era um pouco solitária e se apaixonava por garotos da escola, mas acabou percebendo que aqueles de estatura comum não estavam interessados em sair com ela. Foi uma grande virada quando ela começou a notar os rapazes da PPA. Sam tinha quinze para dezesseis anos quando viveu seu primeiro romance. Era atraente e surpreendentemente madura e, com seu metro e quinze de altura, bastante pequena para uma adolescente com acondroplasia (SOLOMON, 2013).

Mary, mãe de Sam, preferia que ela tivesse um namorado ou marido de baixa estatura por acreditar que seria mais fácil para ela. Se você tem um filho anão, a coisa não para por aí, vai durar para sempre. Terá, provavelmente, um genro anão e netos anões. O que antes era uma família de tamanho médio vai se tornar, depois que você for embora, uma família anã. E pensar que, se eu soubesse disso no início da minha gravidez, talvez tivesse abortado, manifestou com franqueza Mary Boggs, mãe de Sam (SOLOMON, 2013).

A história relatada representa a rejeição dos pais quando descobrem que o filho possui uma identidade horizontal que o torna muito diferente do que eles são. A dificuldade de aceitação da filha com nanismo foi tamanha que Mary Boggs considerou a possibilidade de abortar Sam, caso tivesse descoberto sua doença no início da gestação.

Por outro lado, a história mostra, também, que o amor rompe o distanciamento do fruto que cai longe da árvore, a partir da aceitação do filho como ele é. É possível amar o filho diferente!

2.2.3 Rose: a menina que ajudou sua mãe a tornar-se ativista das causas das pessoas com nanismo

Lisa Hedley tem seu próprio programa de rádio na National Public Radio e é executiva

chefe de um grupo de Spas. Era bailarina e vem de uma família proeminente de Nova York. O filme que produziu e dirigiu para a HBO “Dwarfs: Not a Fairy Tale” (“Anões: não um conto de fadas”) é alegre, mas lúcido sobre as dificuldades enfrentadas pelas pessoas sobre cujas vidas narra (SOLOMON, 2013).

Lisa não tinha a sabedoria desse filme quando sua filha Rose nasceu, com acondroplasia. Após o nascimento, enquanto Lisa estava no hospital, deram-lhe um pequeno folheto chamado “Meu filho é anão” e alguns outros materiais, que mostravam fotografias de um homem desdentado limpando a rua e de anões pastoreando ovelhas. Lisa decidiu que faria o que pudesse para manter sua filha Rose longe dessas concepções de nanismo (SOLOMON, 2013).

Segundo Solomon (2013), quando Rose tinha dois anos, Lisa escreveu um artigo para a New York Times Magazine no qual dizia:

Com uma única palavra, meu marido e eu nos tornamos membros involuntários de uma comunidade cujos laços não são apenas as alegrias e tribulações naturais da paternidade, mas também a dor profundamente confusa — uma nova compreensão de eventos aleatórios, um senso distorcido da realidade. Nunca me ocorreu, nem mesmo em meus mais loucos cenários de desastre, que eu iria ter um filho diferente o suficiente para provocar olhares e mudar a maneira como penso sobre uma ida às compras ou uma caminhada pela praia. Muito cedo aprendi que a maneira como as outras pessoas reagem a uma criança diferente torna-se parte integrante de sua experiência do mundo. A coisa mais importante em relação à reação das pessoas talvez seja que elas pegam dicas de mim: se estou alegre e positiva, elas se deliciam em apontar todas as qualidades especiais de minha filha – olhos claros, sorriso encantador (SOLOMON, 2013, p. 149-150).

Quando Rose completou quatro anos e desenvolveu consciência de sua condição, Lisa mandou-a a uma psicóloga infantil para que pudesse ter um apoio, caso topasse com obstáculos e desafios ao entrar em contato com o mundo. Rose ia um dia por semana, depois da escola, mas odiou aquilo desde o primeiro minuto. Ela não queria falar sobre si mesma. Era quase violenta em relação a isso. Foi, então, que Lisa percebeu que estavam medicalizando sua condição, transformando-a em algo que exigia tratamento, quando, na verdade, ela não precisava de nenhum tratamento (SOLOMON, 2013).

Ainda, segundo relatos de Solomon (2013), Rose recusava-se a dar ouvidos à autocomiseração. Ela é muito heroica em relação a isso, muito forte. Mas, sua batalha é incessante. Por não ter se identificado com outras pessoas pequenas, não se envolveu na PPA.

Lisa teve que aprender a equilibrar sua relação com Rose com a que mantinha com seus outros três filhos, dois deles mais velhos do que Rose e um mais novo, porque era particularmente sensível às necessidades de Rose, sobrepujando-as às dos demais

(SOLOMON, 2013).

Quando Lisa compareceu a um evento na escola de Rose e a viu se dirigindo para seu lugar, com aquele andar engraçado de anã, surpreendeu-se por ter ficado chocada e triste com a situação: “Esquecemos que ela é anã”, desabafou:

Adoro Rose e não consigo imaginar a vida sem ela. Não a trocaria por nada neste mundo. Mas sou muito alta, sou magra, fui dançarina de balé. Imaginava essas experiências para ela. Quando você tem um filho que não pode compartilhar essas coisas, lamenta a perda de uma vida imaginada. Por outro lado, tenho um sentimento quase violentamente apaixonado de (sic) quem ela é (SOLOMON, 2013, p. 150).

Apesar de todo o ativismo de Lisa em prol do nanismo, ela descobriu que, na verdade, não tinha aprendido a lidar com as diferenças, mas a lutar por uma causa específica. Segundo ela, certa vez, estava no Hospital Johns Hopkins, para um dos tratamentos de Rose, quando, no elevador, outra mãe entrou com o filho, que babava e era sem dúvida um caso muito profundo de Síndrome de Down⁴. A situação fez com que ela olhasse para a mãe do menino com muita pena e pensasse: “eu posso lidar com a minha, mas não saberia o que fazer com o seu”. Após isso, notou que essa era exatamente a maneira como aquela mãe estava olhando para ela (SOLOMON, 2013, p. 152).

Lisa, mãe de Rose, assim como Mary, mãe de Sam, descobriu que o amor rompe o distanciamento do fruto que cai longe da árvore, a partir da aceitação do filho como ele é. Mas Lisa foi além: assumiu a luta pelo respeito à diferença não somente da filha, mas de toda a comunidade de pessoas com nanismo.

As dificuldades enfrentadas por Rose impulsionaram Lisa a instruir as pessoas sobre as falsas percepções sobre o nanismo e a demovê-las disso. No entanto, não foram suficientes para que ela compreendesse a coexistência de outras diversidades, tanto que ficou constrangida ao se deparar com uma mãe e seu filho com Síndrome de Down. Ao que parece, o processo de rompimento do preconceito e aceitação do filho diferente, embora exija mais esforço do que a receptividade do filho com quem se guarda mais semelhanças, antecede a quebra da barreira com o terceiro, com quem não se tem relação de parentesco.

2.2.4 *Kiki: a menina que enfrentou, com coragem, os desafios de ser diferente*

Kiki Peck nasceu com displasia de Kniest, uma mutação aleatória que leva a uma forma rara de nanismo. Não bastasse isso, descobriu-se que Kiki tinha miopia severa e estava

4 A Síndrome de Down é consequência da triplicação do cromossomo 21, que acarreta retardo mental.

apta a usar óculos com dois meses. Também tinha um *déficit* auditivo significativo e passou a usar aparelhos auditivos aos seis meses. Kiki só começou a caminhar aos dois anos, mas parecia sofrer de artrite, como se tivesse oitenta anos (SOLOMON, 2013).

Já na Pré-Escola, os professores de Kiki diziam que ela sempre sabia o que queria e sempre teve uma excelente autoimagem (SOLOMON, 2013).

Kiki desabafou que, quando acordava, sua mão estava dura, não conseguindo fechar o punho. Quando chegava à escola, seus dedos ainda não estavam prontos para escrever. Mas essa situação não a impedia de sonhar. Ela planejava ser veterinária e estrela de rock ao crescer (SOLOMON, 2013).

Ser mãe de Kiki foi quase uma revelação para Crissy:

Eu era muito tímida. Era uma adolescente que se preocupava se estava alguns quilos acima do peso ou se o cabelo e a maquiagem estavam corretos. Então, quando ela entrou em minha vida, foi tipo: “Como posso dizer que tenho de ser do jeito certo, quando sei que ela nunca vai ser desse jeito certo?” Por que sempre fui obcecada por isso? Mesmo quando tínhamos nossos acessos de raiva e eu estava no limite, eu percebia a força dela. Eu sempre fui muito tímida e envergonhada em relação à minha aparência, ou não me sentia muito bem comigo mesma. Eis que tenho essa criança que é o símbolo da autoestima nas circunstâncias mais extremas. É simplesmente uma fonte de admiração para mim (SOLOMON, 2013, p. 202-203).

Crissy escreveu mais tarde: “Penso na palavra corajosa, como devo dizê-la como um mantra, uma sílaba, uma batida. Kiki é mais corajosa do que eu” (SOLOMON, 2013, p. 203).

Poucos meses depois de uma grande cirurgia feita por Kiki nas pernas, Crissy foi diagnosticada com câncer de mama, com necessidade de cirurgia, quimioterapia e radioterapia. Ela não escondeu a doença dos seus filhos. Josh ficou mais assustado. Kiki foi direta, como sempre. Sua reação foi: “Minha mãe está sempre me levando ao médico e agora eu estou levando minha mãe” (SOLOMON, 2013, p. 203).

Quando Crissy fez mastectomia e estava deitada no sofá se recuperando, Kiki colocou uma toalha molhada em sua cabeça e cortou laranjas para alimentá-la. Assim que soube que sua mãe precisava raspar a cabeça antes de começar a quimioterapia, Kiki se ofereceu para fazê-lo. No momento em que terminaram, Kiki anunciou que também rasparia a cabeça. Crissy tentou impedi-la, mas ela estava absolutamente inflexível. “Minha mãe se envolveu tanto com minha cirurgia”, disse ela. “Espero que isso não tenha causado o câncer. Como passei tanto tempo me sentindo diferente, sei quanto isso é difícil. Então, eu queria que minha mãe tivesse alguém e não fosse diferente sozinha” (SOLOMON, 2013, p. 203).

Apesar das dificuldades que se apresentaram em razão de sua doença, kiki enfrentou com coragem os desafios impostos por suas limitações, os quais não a impediram de sonhar,

do que se denota que possível limitação física não compromete, necessariamente, a capacidade cognitiva.

Outrossim, Kiki, por experiência própria, sabia que ser diferente é desafiador. Por isso, compreendia a necessidade de pertencer a um grupo de iguais. Isso ficou claro quando sua mãe precisou raspar os cabelos da cabeça em decorrência do tratamento do câncer, e Kiki, solidária com a situação, não titubeou em também ficar careca e compartilhar essa diferença com ela.

2.3 Contornos médicos e jurídicos sobre o nanismo

2.3.1 A literatura médica

Nanismo é uma doença – de baixa incidência – que ocorre, geralmente, em consequência de uma mutação genética aleatória. A maioria dos anões tem pais de altura comum e, por isso, normalmente, eles não estão inseridos em um grupo de iguais.

O nanismo é uma doença genética que provoca um crescimento esquelético anormal, resultando, dessa maneira, um indivíduo de estatura menor do que a média normal da população, cuja altura no seu estado adulto chega a ser no máximo 1,45 cm para os homens e 1,40 cm para as mulheres (MUSTACCHI; PEREZ, 2000). Caracteriza-se, o nanismo, portanto, como uma deficiência no crescimento, que pode afetar homens e mulheres indistintamente.

De acordo com os educadores físicos Lucas da Rocha e Dione Wagner (2018):

o nanismo é classificado em dois grandes grupos, sendo: (i) nanismo hipofisiário ou pituitário, causado por alterações hormonais, em especial pela deficiência na produção do hormônio do crescimento humano ou por resistência do organismo à ação desse hormônio. Também é conhecido como nanismo proporcional, já que todas as partes do corpo são menores que o normal e parecem proporcionais para a altura. Em outras palavras, no nanismo pituitário ou proporcional o desenvolvimento de todos os órgãos é harmônico, apesar de o indivíduo com o transtorno apresentar estatura pelo menos 20% inferior à média da população da mesma idade e sexo; (ii) nanismo rizomélico ou nanismo desproporcional, causado por mutações genéticas, que impedem o crescimento normal dos ossos longos (fêmur e úmero, especialmente), fazendo com que as diferentes partes do corpo cresçam de forma desigual, criando uma sensação de desproporcionalidade para a altura. Além da baixa estatura, a pessoa com a síndrome apresenta pernas e braços curtos, cabeça grande e mãos pequenas, características que se tornam mais evidentes quando comparadas com o tamanho praticamente normal do tronco (ROCHA; WAGNER, 2018, p. 19-20).

Porém, o tipo mais comum é o rizomélico ou desproporcional, cujo subtipo é o

denominado acondroplásico, o popular “anão”, que corresponde a quase 70% das pessoas com nanismo (SOLOMON, 2013).

Para compreender a acondroplasia, é imperiosa a explicação médica a seguir:

A acondroplasia é uma síndrome genética que afeta a ossificação endocondral, sendo uma das causas de nanismo. Embora sua herança genética tenha caráter autossômico dominante, 80% a 90% dos casos resultam de novas mutações, o que justifica a ausência de características genotípicas da acondroplasia nos pais. Na maioria dos pacientes com a doença, foi encontrada mutação no gene do receptor do fator de crescimento do fibroblasto tipo 3 (FGFR3), que está localizado no braço curto do cromossomo quatro. O defeito é decorrente da substituição do aminoácido arginina pelo aminoácido glicina no domínio transmembrana do receptor situado no condrócito da placa de crescimento dos ossos. Na placa epifisária normal, a ativação de FGFR3 inibe a proliferação da cartilagem. Na acondroplasia, a mutação faz que o receptor esteja em estado de ativação constante. O processo básico é a inabilidade da placa epifisária em produzir cartilagem colunar, do que resulta crescimento longitudinal insuficiente dos ossos de formação endocondral. Em alguns casos, observa-se uma linha transversal de tecido conjuntivo interpondo-se entre a epífise e a diáfise, o que compromete mais ainda esse desenvolvimento. O crescimento transversal está conservado, de modo que o aspecto final dos ossos longos é curto e largo. O enfermo reúne características clínicas típicas, como baixa estatura, membros curtos com predomínio do segmento proximal, limitação da extensão dos cotovelos, dedos das mãos dispostos em forma de tridente, com separação entre o terceiro e o quarto dedos. No segmento cefálico, notam-se macrocefalia, macrocrania com proeminência frontal, hipoplasia facial, depressão da ponte nasal (nariz em sela), macrognatia, e a cavidade oral mostra mau posicionamento dentário e desalinhamento entre as arcadas superior e inferior. No tronco, as dimensões longitudinais são normais, embora em algumas ocasiões ocorra diminuição do diâmetro anteroposterior, o que pode provocar dificuldades respiratórias e circulatórias. No primeiro ano de vida, podem ser observadas cifose lombar ou hiperlordose e, após esse período, pode-se encontrar abdome protruso. Algumas manifestações de distúrbios neurais podem ser causadas por compressões de raízes nervosas em razão de deformidades mais graves existentes na coluna vertebral. Foram descritos os seguintes achados radiológicos na acondroplasia: osso frontal proeminente com calvária aumentada e base do crânio pequena; coluna com diminuição progressiva no sentido descendente da distância interpedicular da região dorsal até a lombar, ao contrário do que ocorre fisiologicamente; pelve com os ossos ilíacos arredondados e espinha sacrociática pequena e rebaixada (FRADE; JESUS; OLIVEIRA, 2012, p. 302-303).

Segundo o Orphanet⁵, portal europeu que mantém, atualiza e desenvolve um serviço de informação eletrônica dedicado às doenças raras e aos medicamentos órfãos, o diagnóstico de acondroplasia é baseado na presença de achados clínicos e radiológicos. Raio-X do esqueleto demonstra rizomelia⁶, irregularidades metalizarias, estreitamento da distância interpedicular das vértebras lombares inferiores e uma pélvis anormal com asas ilíacas⁷

⁵<https://www.orpha.net/consor/cgi-bin/index.php>

⁶desproporção do comprimento da parte proximal dos membros.

⁷ Parte do osso pélvico formado pela junção da linha glútea posterior, linha glútea anterior e da linha glútea inferior.

pequenas e quadradas e chanfradura sacro-isquiática⁸ estreita. O teste genético molecular pode confirmar o diagnóstico pela presença da mutação no gene FGFR3.

Os sinais costumam estar aparentes já no nascimento ou logo nos primeiros anos de vida. Mesmo durante a gestação, eles podem ser observados, a partir do sexto mês, por meio de exames de imagem, como a ecografia e a ultrassonografia.

2.3.2 O Direito

Do ponto de vista jurídico, ganha relevo a discussão do enquadramento como deficiente ou não da pessoa com nanismo, uma vez que ainda “enfiamos as pessoas na classificação binária deficiente ou não deficiente” (SOLOMON, 2013, p. 153).

Ao se reconhecer a pessoa com nanismo como deficiente, ela contará com um microsistema jurídico de proteção e promoção não somente no Direito brasileiro, mas, também, no plano internacional.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88 (BRASIL, 1988) trata do direito das pessoas com deficiência à igualdade e da não discriminação; de direitos fundamentais como saúde, acessibilidade e educação; direitos sociais como o trabalho, previdência e moradia, dentre outros, conforme pode se averiguar a seguir:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

[...]

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XXXI- proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência.

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

[...]

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

[...]

XIV - proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência.

Art. 37. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao

⁸ Osso que constitui a zona inferior da pélvis (quadril) e que apoia o corpo quando estamos sentados.

seguinte:

[...]

VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão.

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

[...]

IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

[...]

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

IV - acesso aos níveis mais elevados de ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um.

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

§1º - O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não governamentais e obedecendo (sic) os seguintes preceitos:

[...]

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos.

[...]

§2º - A lei disporá sobre normas de construção de logradouros e edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir o acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

Art. 244. A lei disporá sobre a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo atualmente existentes a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência, conforme o disposto no art. 227, §2º (BRASIL, 1988).

No plano internacional, o propósito da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Nova Iorque, 2006), doravante CDPD, também é de promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência, assim como incentivar o respeito pela sua dignidade inerente (artigo 1º).

Os princípios gerais dessa Convenção são: a) o respeito pela dignidade inerente à autonomia, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas; b) a não-discriminação (sic); c) a plena e efetiva participação e inclusão na sociedade; d) o respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade; e) a igualdade de oportunidades; f) a acessibilidade; g)

a igualdade entre o homem e a mulher; h) o respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência - EPD (Lei n.º 13.146/15) (BRASIL, 2015b), que entrou em vigor em janeiro de 2016, reforçou os preceitos constitucionais de proteção e promoção da pessoa com deficiência e trouxe profundas mudanças ao ordenamento jurídico brasileiro, com vistas a assegurar a inclusão daqueles que têm impedimento, a longo prazo, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

A Lei em comento teve como base a CDPD e seu protocolo facultativo, ratificada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n.º 186, de 9 de julho de 2008 (BRASIL, 2008), em conformidade com o procedimento previsto no §3º do art. 5º da CRFB/88.

A CDPD está em vigor no Brasil, no plano jurídico externo, desde 31 de agosto de 2008. O Decreto n.º 6.949, de 25 de agosto de 2009 (BRASIL, 2009), deu início à vigência da CDPD no plano jurídico interno (parágrafo único do art. 1º da Lei n.º 13.146/15).

A principal intenção do EPD foi dar tratamento isonômico, promovendo a igualdade entre pessoas com e sem deficiência. Para promoção dessa igualdade, alterou-se a capacidade de fato, possibilitando às pessoas com deficiência praticarem atos da vida civil pessoalmente, sem a necessidade de representação ou assistência.

O Estatuto considera como deficiente a pessoa que tem algum impedimento a longo prazo que, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade, em igualdade de condições com as demais pessoas. No mais, informa que essa deficiência pode ser de natureza física, mental, intelectual ou sensorial (art. 2º da Lei n.º 13.146/15).

O §1º do art. 2º da Lei n.º 13.146/15, por sua vez, traz um conceito biopsicossocial de deficiência, que poderá ser identificado por uma equipe multiprofissional e interdisciplinar (BRASIL, 2015).

No modelo biopsicossocial, a deficiência é compreendida como resultado da interação entre características do indivíduo (impedimentos e capacidade funcional) e o contexto ambiental da pessoa. Considera que o objeto da avaliação não é apenas uma característica intrínseca da pessoa. Inclui informações sobre aspectos não ligados à saúde, como nível educacional, habilidades, objetivos de vida, etc.

Nesse sentido, a Lei n.º 13.146/15 promove uma conceituação ampla de deficiência em detrimento de uma definição apriorística. Não basta um atestado médico com a indicação da Classificação Internacional das Doenças (CID) para que a deficiência seja identificada. Sua concretização na atualidade é aferida em conceito social, não se admitindo o engessamento de tipos (NOGUEIRA; SOUZA, 2019).

Em sentido contrário, o Decreto n.º 3.298/99 (BRASIL, 1999), alterado pela Lei n.º 5.296/04, institui no art. 4º um modelo médico de deficiência (entendida essa como um impedimento físico, intelectual, sensorial ou mental e suas consequências pessoais), incluindo, em seu inciso I, o nanismo como deficiência física.

Esse modelo médico de deficiência não pode prevalecer porque contraria dispositivo de natureza constitucional. O EPD foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro com *status* de emenda constitucional – porque versa sobre direitos humanos e foi aprovado, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros –, de forma que o art. 4º do Decreto n.º 3.298/99, por contrariar seus preceitos, há de ser considerado inconstitucional.

Tecidas essas considerações, retoma-se à reflexão acerca do enquadramento da pessoa com nanismo como deficiente ou não.

Abandonando o conceito médico, ousa-se dizer que não cabe ao Direito essa resposta, já que a doença, por si só, não tem o condão de definir se uma pessoa é ou não deficiente.

A uma equipe multidisciplinar incumbe a tarefa de dizer, no caso concreto, se a pessoa com nanismo será ou não considerada deficiente. Por essa razão, o §2º do art. 2º do EPD prevê que um ato do Poder Executivo deve criar o instrumento de avaliação da deficiência.

Para compreender a questão, cita-se o processo n.º C354/13 do Tribunal de Justiça da União Europeia (EUROPA, 2014), no qual não existe uma definição normativa concreta para a deficiência. Aclarando, na União Europeia, a doença não é considerada por si só uma deficiência, mas depende da demonstração de uma alteração substancial de uma ou várias funções físicas, sensoriais, mentais, cognitivas ou psíquicas e da limitação de atividade e participação na vida em sociedade.

Esse processo diz respeito a um caso da Dinamarca, Karsten Kaltoft contra Billund Kommune, no qual deveria ser analisado se o estado de obesidade do primeiro poderia ser considerado uma deficiência e, em caso afirmativo, se haveria uma limitação a justificar as normas protetivas da Diretiva n.º 2.000/78.

Essa Diretiva tem por objeto estabelecer um quadro geral para lutar contra a discriminação, em razão da religião ou das convicções, de uma deficiência, da idade ou da

orientação sexual, no que se refere ao emprego e à atividade profissional, com vista a colocar em prática, nos Estados-Membros, o princípio da igualdade de tratamento.

A conclusão do órgão julgador foi no sentido de que o estado de obesidade de um trabalhador constitui uma deficiência, na acepção da Diretiva n.º 2.000/78, quando implica uma limitação decorrente de incapacidades físicas, mentais ou psíquicas duradouras, cuja interação com diferentes barreiras pode impedir a participação, plena e efetiva, da pessoa em questão na vida profissional, em condições de igualdade com os outros trabalhadores. Assim, o juiz de piso deve fazer a análise dessa situação.

Veja o seguinte escólio do julgado:

53 Na sequência da ratificação, pela União, da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, aprovada em nome da Comunidade Europeia pela Decisão 2.010/48/CE do Conselho, de 26 de novembro de 2009 (JO 2010, L 23, p. 35), o Tribunal de Justiça considerou que o conceito de deficiência devia ser entendido, na acepção da Diretiva 2.000/78/CE, no sentido de que visa a uma limitação resultante, designadamente, de incapacidades físicas, mentais ou psíquicas duradouras, cuja interação com diferentes barreiras possa impedir a participação plena e efetiva da pessoa em questão na vida profissional em condições de igualdade com os outros trabalhadores (v. acórdãos HK Danmark, EU:C:2013:222, n.º os 37 a 39; Z., C-363/12, EU:C:2014:159, n.º 76, e Glatzel, C-356/12, EU:C:2014:350, n.º 45).

54 Este (sic) conceito de deficiência deve ser entendido como visando não só a uma impossibilidade de exercer uma atividade profissional, mas também a uma limitação ao exercício dessa atividade. Uma interpretação diferente seria incompatível com o objetivo da Diretiva 2.000/78, que visa designadamente que uma pessoa deficiente possa aceder a um emprego ou exercê-lo (v. acórdão Z., EU:C:2014:159, n.º 77 e jurisprudência referida).

55 Além disso, seria contrário ao próprio objetivo da Diretiva, que é o de concretizar a igualdade de tratamento, admitir que esta se possa aplicar em função das causas da deficiência (v. acórdão HK Danmark, EU:C:2013:222, n.º 40).

56 Com efeito, o conceito de deficiência, na acepção da Diretiva 2.000/78, não depende da questão de saber em que medida a pessoa contribuiu ou não para a sua deficiência.

57 Por outro lado, a definição do conceito de deficiência na acepção do artigo 1º da Diretiva 2.000/78 precede a determinação e a apreciação das medidas de adaptação adequadas previstas pelo artigo 5º da mesma. Com efeito, em conformidade com o artigo 16 da Diretiva 2.000/78, estas medidas destinam-se a ter em conta as necessidades das pessoas deficientes e são, portanto, consequência e não elemento constitutivo do conceito de deficiência (v., neste sentido (sic), acórdão HK Danmark, EU:C:2013:222, n.º 45 e 46). Por conseguinte, o mero fato de não terem sido adotadas medidas de adaptação relativamente a K. Kaltoft não basta para considerar que não pode ser uma pessoa deficiente na acepção da referida Diretiva.

58 Verifica-se que o estado de obesidade não constitui, enquanto tal, uma deficiência, na acepção da Diretiva 2.000/78, uma vez que, pela sua natureza, não tem como consequência necessária a existência de uma limitação como a referida no n.º 53 do presente acórdão.

59 Em contrapartida, no caso de, nas mesmas circunstâncias, o estado de obesidade do trabalhador em causa implicar uma limitação que resulta, designadamente, de lesões físicas, mentais ou psíquicas, cuja interação com diferentes barreiras pode impedir a participação plena e efetiva da pessoa em questão na vida profissional em condições de igualdade com os outros trabalhadores, e se esta limitação é duradoura, esse estado enquadra-se no conceito de deficiência na acepção da Diretiva 2.000/78

(v., neste sentido, acórdão HK Danmark, EU:C:2013:222, n.º 41).

Seguindo essa linha de raciocínio, quando a pessoa com nanismo poderá ser considerada deficiente para receber o benefício assistencial à pessoa com deficiência; ser beneficiada pela isenção de impostos; preencher o percentual de empregados com deficiência nas empresas; concorrer às vagas destinadas às pessoas com deficiência nos concursos públicos; participar das paraolimpíadas; ter atendimento prioritário; dentre outros?

Admite-se que o desafio de definir se a pessoa com nanismo será considerada deficiente é tema difícil, pois há uma margem de subjetividade no caso concreto, o que impacta no rol de beneficiários das políticas públicas. Não é razoável, por exemplo, que uma pessoa com nanismo possa concorrer, em igualdade de condições, com uma pessoa paraplégica⁹ pela mesma vaga destinada às pessoas com deficiência em um concurso público ou em outra vaga de emprego, porque, *a priori*, há maior incapacidade na última hipótese.

Por essa razão, defende-se que, para guardar coerência com o EPD, a pessoa com nanismo deve ser considerada deficiente se sua limitação física lhe retirar a possibilidade de participar de atividades cotidianas na sociedade em igualdade com outras pessoas que não tenham essa doença, situação a ser aferida por uma equipe multidisciplinar.

É importante registrar que existe um *site* chamado “Somos Todos Gigantes”¹⁰, considerado o portal do nanismo no Brasil. O “Somos Todos Gigantes” é uma plataforma de notícias dedicada exclusivamente à cobertura do tema no País, trabalhando com conteúdo autorais e entrevistas exclusivas. O objetivo é divulgar informação atualizada e segura sobre nanismo, influenciar políticas públicas justas voltadas para pessoas de baixa estatura e criar uma cultura de consciência ampliada sobre as diferenças, não somente para as pessoas com nanismo, mas, também, para a coletividade em geral.

Nessa Plataforma, eles consideram como conquista o fato de as pessoas com nanismo terem sido incluídas, em 2004, no rol de deficientes, em decorrência da dificuldade anatômica de alcançarem as mesmas alturas que uma pessoa de média estatura.

No entanto, a impressão extraída da Plataforma é que esse sentimento de conquista decorre de contarem com políticas públicas de proteção e promoção ao serem reconhecidos como deficientes, à míngua da existência de iguais medidas a amparar uma identidade própria.

⁹ A paraplegia ocorre no momento em que as vias motrizes do sistema piramidal do sistema nervoso periférico, habitualmente no nível da medula espinhal, são interrompidas medial e bilateralmente. A paralisia afeta os membros inferiores ou toda parte inferior do corpo.

¹⁰ <https://somostodosgigantes.com.br/>

Os pais podem estabelecer uma relação com o nanismo como uma identidade: ir a conferências de anões, envolver anões na vida dos filhos e adaptar a casa para que seja conveniente a uma pessoa de baixa estatura. Há, no entanto, o perigo de que uma criança que cresça com a baixa estatura como identidade própria possa se sentir presa em um contexto que nunca escolheu. Mesmo que não sinta isso, ela terá que enfrentar as limitações inerentes à identidade, até porque não existem anões suficientes para tornar viável uma vida exclusiva de anões. No entanto, uma identidade própria, por mais cheia de problemas que possa ser, parece mais defensável do que a identidade de outra pessoa (SOLOMON, 2013).

2.4 Por que os pais rejeitam os filhos que nascem “longe da árvore”?

Retomando a questão atinente à identidade horizontal, com o auxílio da Psicanálise e também da compreensão sobre a hegemonia europeia – legado deixado pelo processo de colonização –, apontam-se possíveis respostas à rejeição dos pais aos filhos que “nascem longe da árvore”.

Ainda no processo de preparação para a chegada do bebê, é comum os pais desejarem e idealizarem um filho. Após o nascimento, os pais estabelecem um projeto com e pelo filho, ao qual a perfeição é atribuída de forma supervalorizada.

Quando, no entanto, o filho é diferente do objeto de desejo dos genitores, ainda que inconscientemente, há uma rejeição decorrente da dificuldade de aceitação do filho real, porque isso implica a morte do filho ideal.

Nesse ponto, importa dizer que a máxima “o fruto não cai longe da árvore” – o que significa que um filho sempre se assemelha a seus pais – não é verdadeira. Há filhos que caem em outros lugares, às vezes em pomares distantes e não são o que os pais originalmente tinham em mente (SOLOMON, 2013).

2.4.1 Compreendendo a rejeição à identidade horizontal do filho a partir da Psicanálise

Da ótica da Psicanálise, é possível compreender a rejeição dos pais à identidade horizontal do filho, notadamente a partir da concepção freudiana de narcisismo.

O emprego do termo narcisismo vem da cultura grega e significa o amor do indivíduo por si mesmo.

Freud explica, no artigo de 1914, denominado “Sobre o Narcisismo: Uma Introdução”, que o narcisismo é uma fase intermediária entre o autoerotismo e a escolha objetal, necessária

à constituição do Eu. Segundo o autor, há um investimento da libido sobre o Eu, a qual será posteriormente deslocada em direção aos objetos. Em outro momento, essa libido é retirada dos objetos e redirecionada ao Eu, dando origem ao comportamento nomeado por Freud de narcisismo (MARCOS, 2016).

Para Freud, o delírio de grandeza é a amplificação de um estado que já estava lá. Esse narcisismo que se constitui ao chamar de novo para si mesmo os investimentos anteriormente depositados nos objetos é chamado de narcisismo secundário. O narcisismo primário consiste no investimento libidinal primitivo do Eu. Freud chega à conclusão de que originalmente o Eu é investido de libido, e uma parte dessa libido é depois repassada aos objetos, mas essencialmente a libido permanece retida no Eu (MARCOS, 2016).

De acordo com o pai da Psicanálise:

o termo “narcisismo” vem da descrição clínica e foi escolhido por P. Nücke, em 1899, para designar a conduta em que o indivíduo trata o próprio corpo como se este fosse o de um objeto sexual, isto é, olha-o, toca nele e o acaricia com prazer sexual, até atingir plena satisfação mediante esses atos. Desenvolvido a esse ponto, o narcisismo tem o significado de uma perversão que absorveu toda a vida sexual da pessoa e está sujeito às mesmas expectativas com que abordamos o estudo das perversões em geral. Chamou a atenção da pesquisa psicanalítica o fato de características isoladas da conduta narcisista serem encontradas em muitas pessoas sujeitas a outros distúrbios, como os homossexuais, segundo Sadger, e por fim apareceu a conjectura de que uma alocação da libido que denominamos narcisismo poderia apresentar-se de modo bem mais intenso e reivindicar um lugar no desenvolvimento sexual regular do ser humano. À mesma conjectura chegou-se a partir das dificuldades da psicanálise com neuróticos, pois era como se tal comportamento narcísico fosse um dos limites de sua suscetibilidade à influência. Nesse sentido, o narcisismo não seria uma perversão, mas o complemento libidinal do egoísmo do instinto de autoconservação, do qual justificadamente atribuímos uma porção a cada ser vivo. Um motivo premente para nos ocuparmos com a ideia de um narcisismo primário e normal apareceu quando se fez a tentativa de incluir o que sabemos da *dementia praecox* (Kraepelin) ou esquizofrenia (Bleuler) sob a hipótese da teoria da libido. Esses doentes, que eu sugeri designar como *parafrênicos*, mostram duas características fundamentais: a megalomania e o abandono do interesse pelo mundo externo (pessoas e coisas). Devido a esta última mudança, eles se furtam à influência da psicanálise, não podendo ser curados por nossos esforços. Mas o afastamento do *parafrênico* face ao mundo externo pede uma caracterização mais precisa. Também o histérico e o neurótico obsessivo abandonam, até onde vai sua doença, a relação com a realidade. A análise mostra, porém, que de maneira nenhuma suspendem a relação erótica com pessoas e coisas. Ainda a mantêm na fantasia, isto é, por um lado substituem os objetos reais por objetos imaginários de sua lembrança, ou os misturam com estes, e por outro lado renunciam a empreender as ações motoras para alcançar as metas relativas a esses objetos. Apenas a esse estado da libido se deveria aplicar o termo usado por Jung sem distinção: o de *introversão* da libido. Sucede de outro modo com o *parafrênico*. Este parece mesmo retirar das pessoas e coisas do mundo externo a sua libido, sem substituí-las por outras na fantasia. Quando isso vem a ocorrer, parece ser algo secundário, parte de uma tentativa de cura que pretende reconduzir a libido ao objeto. Surge a pergunta: qual o destino da libido retirada dos objetos na esquizofrenia? A megalomania própria desses estados aponta-nos aqui o caminho. Ela se originou provavelmente à custa da libido *objetal*. A libido retirada do mundo externo foi dirigida ao Eu, de modo a surgir uma conduta que podemos chamar de

narcisismo. No entanto, a megalomania mesma não é uma criação nova, e sim, como sabemos, a ampliação e o explicitamento de um estado que já havia existido antes. Isso nos leva a apreender o narcisismo que surge por retração dos investimentos objetais como secundário, edificado sobre um narcisismo primário que foi obscurecido por influências várias. Insisto em que não pretendo esclarecer ou aprofundar o problema da esquizofrenia, mas apenas reúno o que foi dito em outros lugares, a fim de justificar uma introdução ao narcisismo. Um terceiro elemento que concorre para essa extensão — legítima, ao que me parece — da teoria da libido vem de nossas observações e concepções da vida psíquica das crianças e dos povos primitivos. Encontramos neles traços que, isoladamente, podem ser atribuídos à megalomania: uma superestimação do poder de seus desejos e atos psíquicos, a “onipotência dos pensamentos”, uma crença na força mágica das palavras, uma técnica de lidar com o mundo externo, a “magia”, que aparece como aplicação coerente dessas grandiosas premissas. Esperamos encontrar uma atitude análoga face ao mundo externo nas crianças de nossa época, cujo desenvolvimento é para nós mais impenetrável. Formamos assim a ideia de um originário investimento libidinal do Eu, de que algo é depois cedido aos objetos, mas que persiste fundamentalmente, relacionando-se aos investimentos de objeto como o corpo de uma ameba aos pseudópodes que dele avançam. Essa parte da alocação da libido ficou inicialmente oculta para a nossa pesquisa, cujo ponto de partida eram os sintomas neuróticos. Notamos apenas as emanações dessa libido, os investimentos de objeto que podem ser avançados e novamente recuados. Enxergamos também, em largos traços, uma oposição entre libido do Eu e libido de objeto. Quanto mais se emprega uma, mais empobrece a outra. A mais elevada fase de desenvolvimento a que chega esta última aparece como estado de enamoramento; ele se nos apresenta como um abandono da própria personalidade em favor do investimento de objeto, e tem seu contrário na fantasia (ou autopercepção) de fim do mundo dos paranoicos. Por fim concluímos, quanto à diferenciação das energias psíquicas, que inicialmente estão juntas no estado do narcisismo, sendo indistinguíveis para a nossa grosseira análise, e que apenas com o investimento de objeto se torna possível distinguir uma energia sexual, a libido, de uma energia dos instintos do Eu (FREUD, 2010, p. 14-18).

Segundo Cristina Moreira Marcos (2016), a evidência da existência de um narcisismo primário no ser humano pode manifestar-se de modo dominante em suas escolhas de objeto. O narcisista ama o que é, o que foi, o que gostaria de ser ou a pessoa que fez parte de si. Além disso, essa autoestima do Eu denota um mecanismo mental de defesa contra ideias que sejam incompatíveis com o Eu – recalque. O narciso constrói em si um ideal e “acha feio o que não é espelho”.

Ao buscar a compreensão das razões que levam à dificuldade dos pais em aceitar as identidades horizontais dos filhos, pode-se concluir que se trata da revivescência de seu próprio narcisismo.

Deveras, a atitude afetuosa dos pais para com os filhos é uma revivescência e reprodução do próprio narcisismo que há muito abandonaram. Os pais atribuem ao filho todas as perfeições possíveis e ocultam ou esquecem todas as suas deficiências, salientando que a doença, a morte, a renúncia ao prazer e quaisquer restrições à sua própria vontade não o atingirão. Todas as leis da natureza e da sociedade serão ab-rogadas a favor dos filhos. O filho concretizará os sonhos dourados que os pais jamais realizaram. O filho passa a funcionar tal

qual um espelho que reflete e restitui para os pais o próprio narcisismo primário deles, que há muito fora perdido. O objeto de amor narcísico nada mais é do que um espelho, que reflete a imagem daquele que não é capaz de amar senão a si mesmo, ou o outro enquanto duplo de si mesmo (GOÉS, 2006).

É interessante, neste ponto da pesquisa, analisar um conceito que foi desenvolvido pela médica psicanalítica Haydée Faimberg (2001): a regulação narcísica do objeto.

Segundo o ponto de vista da autora, o narcisismo é uma forma particular de investimento que se refere a “um modo de funcionamento do sujeito em suas relações com o mundo e não a um conteúdo psíquico” (FAIMBERG, 2001, p. 144).

O conflito apresenta, em sua gênese, um caráter contraditório. Apesar de apreendido como “o amor que o ego dedica a si mesmo”, o narcisismo direciona sempre ao investimento do outro, porque o termo referência sempre depende do outro para corroborá-la.

Observa-se, todavia, que, na relação de objeto narcisista, a pessoa tende a anular o outro. Faimberg define a relação narcisista como “uma negativa do sujeito a admitir a alteridade, a intersubjetividade” (FAIMBERG, 2001, p. 145).

Analisando o comportamento narcisista sob a ótica do relacionamento entre pais e filhos, notadamente no que diz respeito à identidade horizontal, percebe-se a tendência daqueles de não aceitarem as proles como verdadeiramente são, em razão do prazer ou desprazer que elas e suas características podem lhes proporcionar. Tudo o que diz respeito aos filhos, à sua identidade, aos seus desejos singulares e às diferenças é rejeitado.

O pai e a mãe têm dificuldade de encontrar, na identidade horizontal da criança/adolescente, vestígios ou marcas que se ajustem às representações do que eles desejaram que o filho fosse, de acordo com os seus ideais. A ruptura narcisística que se opera nos pais faz com que eles tropecem em sérias dificuldades para encontrar, nessa criança/adolescente, traços que se ajustem ao ideal que haviam previamente estabelecido. Os pais não conseguem se (re)conhecer nesse estranho, que chegou com uma “falha”, não sendo possível cumprir o destino que, no desejo dos pais, lhe foi traçado. Trata-se de um encontro inesperado (GOÉS, 2006).

Observa-se, desse modo, um grande drama dos pais em aceitarem que seus filhos não são iguais a eles, que não fazem parte deles. No caso de indivíduos com nanismo, infelizmente, a percepção não é diferente. A descoberta dos pais a respeito da chegada de um filho com nanismo costuma despertar olhares de reprovação, indiferença, desprezo e ironia, tornando extremamente penosa a identidade do filho como ser humano.

Segundo Betty Adelson, autora de “The Lives of Dwarfs and Dwarfism” (A Vida dos

Anões e o Nanismo), “o único preconceito admissível na América politicamente correta é contra os anões” (ADELSON apud SOLOMON, 2013, p. 143).

Relembra-se o desabafo da mãe de Sam, Mary Boggs: “Qualquer coisa que não fosse um anão teria sido melhor. Quando você pensa no que poderia dar errado na gravidez, isso não passa por sua cabeça. Pensamos: Por que, afinal, tivemos outro filho?” Em outra passagem, a mesma mãe confessa: “Teríamos preferido ter um filho que fosse surdo ou cego” (SOLOMON, 2013, p. 144).

Nota-se, dessa forma, a dificuldade de aceitação do filho, que cresce com tal rótulo, identificando questões delicadas de inserção na sociedade, na família e na sua própria formação de identidade como ser humano. Por certo que esse aspecto não pode ser generalizado, mas reflete uma parcela significativa que ignora as dificuldades e segregações suportadas pelas pessoas com nanismo.

Uma pesquisa indica que as pessoas de baixa estatura costumam superar seus pais em medidas de constrangimento geral, o que significa dizer que ser pai ou mãe de um anão parece ser emocionalmente mais difícil do que ser anão (SOLOMON, 2013).

O certo é que os filhos, por mais diferentes que sejam, relativamente às expectativas e anseios dos pais, não podem ser reduzidos a meros objetos, alvos de intervenções várias que visam a aniquilar sua individualidade e, por vezes, sua autonomia.

2.4.2 Compreendendo a rejeição à identidade horizontal do filho a partir da hegemonia europeia, gestada no colonialismo

Com o apoio de uma contextualização histórica, a rejeição à identidade horizontal do filho também pode ser compreendida a partir da hegemonia europeia, legado do colonialismo, ainda tão perceptível na atualidade.

A hegemonia traça uma linha divisória de segregação e opressão, ocultando perspectivas diversas. Ela alicerça o aprisionamento de identidades e a afirmação de barreiras de exclusão humana, no que diz respeito a processos de reconhecimento e emancipação, na medida em que torna invisível outras formas de ser e de pensar (SANTOS, 2007).

A matriz da hegemonia é europeia e foi inserida no Ocidente, inclusive no Brasil, por meio dos processos de colonização. Como é cediço, a América Latina foi dominada, no passado, pela Espanha e por Portugal, que mineraram as riquezas da terra, sem preservá-la, a altos custos aos cativos e aos nativos.

Durante longo período, a Europa exerceu dominação colonial sobre os povos não

européus. A expansão europeia se deu sob a justificativa de uma violência, supostamente, necessária para a ação civilizadora da barbárie dos povos de culturas “inferiores”, em nome da razão, das luzes e do progresso. Esse contexto desembocou na exclusão dos povos não dominantes, por meio de evangelização, escolarização, genocídio ou, até mesmo, devastação ambiental (SANTOS, 2007). Os povos conquistados e dominados foram postos numa situação natural de inferioridade e, conseqüentemente, também seus traços fenotípicos, bem como suas descobertas mentais e culturais (COSTA, 2016).

A hegemonia é uma herança do colonialismo, mais, precisamente, da colonialidade do poder – embora gestada no colonialismo, é mais profunda e duradoura do que aquele. Com efeito, ainda que os países tenham rompido com a colonização ibérica, ainda experimentam as conseqüências da colonialidade do poder, porque ela representa a raiz, a permanência, na atualidade, da ideologia e das práticas usadas como instrumento de dominação no colonialismo.

A colonialidade do poder é a imposição de uma raça/etnia da população do mundo como justificativa à coerção do poder, a operar em cada um dos planos, meios e dimensões, materiais e subjetivos da existência social cotidiana (COSTA, 2016). É, na essência, um instrumento de dominação que estabelece um padrão binário de subalternização do outro. A colonialidade segue o caminho linear de divisão da humanidade em inferiores/superiores, irracionais/rationais, primitivos/civilizados, tradicionais/modernos.

Na colonialidade, predomina a ideologia segundo a qual a intervenção legitima-se com violência contra os bárbaros e o dever moral de evangelizar, frente às objeções ou oposições minoritárias. As relações de dominação, a partir do julgamento da inferioridade genotípica e fenotípica de raças/etnias, são fruto do contexto de longa duração da colonialidade do poder (COSTA, 2016).

A colonialidade permite compreender a continuidade das formas coloniais de dominação, inclusive no que diz respeito ao pensamento de rejeição ao filho diferente. A dificuldade de aceitar um filho com nanismo está intimamente ligada à ideia de que existe uma única forma de ser e de existir, que torna invisível qualquer outra realidade, que não aquela tida por “normal”.

Por isso, afirma-se o pensamento e o comportamento humano hegemônicos da atualidade de rejeição às diversidades, evidencia a presença da colonialidade do poder na modernidade. A hegemonia domina, exclui, uniformiza valores, pensamentos e comportamentos, estabelecendo um padrão binário de subalternização do outro. Ela exclui as diversidades.

A história moderna oculta as histórias. Ela substitui as várias visões, compreensões e perspectivas por uma única versão, morta, recontada infinitas vezes para reafirmar uma única identidade. O projeto moderno é um projeto narcisista, fruto da construção hegemônica europeia, que expulsa o outro diferente e uniformiza o menos diferente. Na lógica moderna, tudo precisa ser uniformizado, a diferença e a diversidade devem ser ocultadas (MAGALHÃES, 2016).

A verdade é que a construção hegemônica, que permeia a história, a cultura e o conhecimento, é a problemática mais singela, sutil e poderosa no cenário de desigualdades globais, na medida em que se constitui alicerce de justificativa epistemológico moderno para todas as demais violências, opressões e segregações sociais enfrentadas (FERREIRA; NOGUEIRA, 2017).

A questão torna-se excessivamente preocupante quando se depara com o fato de que a Medicina Biotecnológica irá transformar profundamente a humanidade. O médico e cientista Laurent Alexandre (2018), em seu livro “A Morte da Morte” adverte quanto à possibilidade de manipulação da biologia humana por meio da revolução NBIC (Nanotecnologia, Biologia, Informática e Ciências Cognitivas).

Alexandre (2018) explica que, no caso de reprodução assistida, o diagnóstico pré-implantação, antes utilizado unicamente para eliminar embriões portadores de anomalias graves que colocassem em risco, de maneira certa, a vida futura da criança, em 2007, na Inglaterra, foi utilizado para suprimir um embrião portador do gene BRCA1, que implica uma predisposição, não certa, a desenvolver, na idade adulta, um câncer de seio. Além disso, segundo o cientista, essa situação fez com que o diagnóstico pré-implantação passasse de uma eugenia de certeza a uma eugenia de probabilidade.

O autor também esclarece que, com o desenvolvimento do sequenciamento integral do DNA, o que em breve será uma realidade em decorrência da revolução NBIC, por meio do diagnóstico pré-implantação, será possível selecionar o filho sob medida ou filho perfeito.

Os filhos, serão, assim, selecionados e produzidos à *la carte* e de transumanos aperfeiçoados enunciarão um problema de biodiversidade aplicado ao humano. A escolha dos pais do futuro será, de preferência, por um filho loiro, alto, inteligente e forte, mais do que um filho baixinho, sem graça, doente e idiota (ALEXANDRE, 2018).

A revolução NBIC permitirá a transumanidade e a eliminação de particularidades físicas e mentais em benefício de critérios mais valorizados, provocando uma queda significativa da biodiversidade humana. Os humanos imperfeitos (deficientes ou que simplesmente não correspondem aos padrões da época) poderão ser considerados como seres

defeituosos e acabarão sendo excluídos. Em um futuro mais ou menos próximo, poderá haver a padronização genética da humanidade (ALEXANDRE, 2018).

O que se depreende é que a Medicina Biotecnológica vai transformar profundamente a humanidade, estabelecendo padrões para os filhos produzidos pelos pais e fazendo progredir a eugenia. A seleção social tomará o lugar da seleção natural. Deveras, não é crível que, podendo escolher, optem os pais por filhos com desafios horizontais.

A questão que exsurge é até que ponto se admite a interferência científica com vista à melhora da espécie humana por meio da seleção artificial, sem que isso venha a infringir os direitos humanos e as normas éticas que protegem a vida. Baseado nessa lógica de melhoria da espécie humana, poder-se-ia chegar a uma legitimação de esterilização de doentes mentais, criminosos, alcoólatras, pobres, entre outros, descartando-se, desse modo, a possibilidade de procriação de indivíduos considerados inaptos aos padrões sociais de normalidade. Em outras palavras, impedir-se-á a perpetuação de indivíduos que não estejam dentro dos padrões considerados normais socialmente, os quais devem ser entendidos como aqueles capazes de corresponder a um ideal de atuação autônoma e de produtividade, adequando-se de forma aceitável ao meio social em que vivem e ao momento histórico em que se encontram (MARTINS; SILVEIRA, 2018).

Se não se pode conter o avanço tecnológico, a fim de preservar a coexistência das diversidades, precisa-se romper com a construção hegemônica europeia, presente na atualidade.

A construção hegemônica presente na atualidade explica por que muitos pais não estão preparados para ter filhos que apresentam necessidades, até então, desconhecidas. Explica a sensação de negatividade dos pais quando os filhos lhes parecem estranhos. Explica a dificuldade dos pais de amarem os filhos pelo que eles são e não pelo que aqueles gostariam que eles fossem. Explica por que pais rejeitam filhos que decidem viver com base em valores próprios. Explica por que é difícil aos pais terem orgulho dos filhos diferentes. Explica por que os pais têm uma ideia preconcebida dos filhos, que envolve padrões biológicos e sociais estabelecidos. Explica a repulsa dos pais às identidades horizontais dos filhos. Explica por que é tão traumática para os pais a descoberta de que o filho tem nanismo.

Nesse contexto, surge a urgência de aniquilar a matriz colonial do poder, rompendo com as hegemonias ideológicas europeias que perduram na atualidade. A superação da hegemonia permitirá a admissão da existência de novas realidades, a desocultação de indivíduos e o reconhecimento das diversidades.

No que diz respeito à manipulação genética, a organização Pessoas Pequenas da

América (PPA) apresentou a seguinte declaração:

Nós, como indivíduos de baixa estatura, somos membros produtivos da sociedade que devem informar ao mundo que embora enfrentemos desafios, eles são, em sua maioria, ambientais (como acontece com as pessoas com outras deficiências¹¹), e valorizamos a oportunidade de contribuir com uma perspectiva singular para a diversidade de nossa sociedade. Nós, membros da PPA, temos um sentimento comum de autoaceitação, orgulho, comunidade e cultura.

[...]

É ótimo dar às famílias a oportunidade de tomar decisões precoces sobre malformações letais, em vez de terem de passar por uma gravidez inteira de um bebê que sabem que vai morrer. Mas achamos que as pessoas com acondroplasia ou outras displasias esqueléticas viáveis são capazes de ter vidas saudáveis e produtivas e, embora não questionemos o direito de ninguém de interromper a gravidez, queremos criar a consciência de que esses problemas podem não ser um bom motivo para fazer isso (SOLOMON, 2013, p. 191).

O lado perturbador da eugenia fica evidente no capítulo “Filhos Projetados, Pais Projetistas”, do livro “Contra a Perfeição: Ética na Era da Engenharia Genética”, de Michael J. Sandel (2013).

Para o autor, os filhos sempre foram dádivas e são merecedores de amor incondicional dos pais. O amor destinado aos filhos nunca foi dependente das qualidades e talentos que esses, porventura, pudessem possuir ou vir a adquirir. Isso porque não escolhemos, em suma, nossos filhos e, tampouco, o seu futuro. Entretanto, há pelo menos uma década, os pais resolveram se tornar maestros da vida dos filhos. Além de exercerem sua função natural de educadores, interferem de modo pontual na vida deles: matriculam-nos nas melhores escolas, em alguma atividade esportiva, em aulas de balé, contratam professores particulares e, inclusive, encaminham-nos a curso pré-vestibular para que possam frequentar as melhores universidades.

Sandel aponta que nos Estados Unidos os administradores de faculdades precisam ser treinados para controlar pais dominadores que chegam a fazer as monografias dos filhos e dormir em conjuntos habitacionais estudantis para averiguar exatamente como os filhos estão se portando.

Outro apontamento é o uso excessivo de medicamentos como a Ritalina, que, anteriormente, era utilizado apenas para tratar distúrbios de *déficit* de atenção, hoje, é utilizado em pessoas perfeitamente saudáveis para aumentar a concentração.

11 No que pese referida citação evidenciar que a organização PPA considera as pessoas com nanismo como deficientes, diverge-se desse entendimento, porque, como já dito, abandonando o conceito médico, ousa-se dizer que a doença, por si só, não tem o condão de definir se uma pessoa é ou não deficiente. A uma equipe multidisciplinar incumbirá a tarefa de dizer, no caso concreto, se a pessoa com nanismo será ou não considerada deficiente.

Enfatiza o autor que o amor incondicional não impede que os pais moldem e dirijam a vida de seus filhos de modo a desenvolvê-los da melhor maneira possível. Todavia, pontua a diferença que há entre oferecer ajuda aos filhos por meio de educação e disciplina e fornecê-las por meio do melhoramento genético.

A diferença, segundo o autor, reside no fato de que os pais que desejam melhorar os filhos tendem a exagerar e a convertê-los em produtos da sua vontade ou instrumentos da sua ambição: pais alucinados por algum tipo de esporte acabam determinados a transformar os filhos em campeões. Há, também, aqueles que predeterminam a profissão da criança.

O autor termina o capítulo com a opinião de que, no campo da moral, a eugenia e a educação fornecidas por pais ansiosos em moldar seus filhos não apresentam grande distanciamento. Nesse contexto, conclui o autor que não devemos abraçar a eugenia. Devemos, sim, questionar essa dominação dos pais que deixam de lado o sentido de dádiva da vida.

Embora seja difícil construir algo novo, com tanto passado de aprisionamento, deve-se lutar por uma sociedade que tenha uma perspectiva plural (que aceita, reconhece e tolera a existência de diferentes posições, opiniões e pensamentos) e não hegemônica, a partir de uma postura aberta ao outro, o que requer conscientização de que não há um padrão do melhor.

O reconhecimento da diversidade é essencial numa sociedade complexa e plural como a nossa. A diversidade não tem que ser vista como um mal a ser eliminado, mas como uma virtude a ser preservada (BAHIA; BARTH, 2017).

Ao priorizar o melhor interesse da criança e do adolescente, deslocando o olhar dos pais para os filhos, está-se assegurando a eles, filhos, a construção de uma biografia diversa da dos seus pais, rompendo com a hegemonia do comportamento do ser e do pensar, preservando-lhes as diversidades. Garantir que criança e adolescente existam e se apresentem como são desloca a construção hegemônica para a lógica da complementaridade.

O direito à diversidade parte do pressuposto da complementaridade. No lugar de hegemonias, linearidades históricas, superioridades culturais, missões civilizatórias, a diversidade é a convivência que tem por base a lógica da complementaridade. O que os outros têm eu não tenho e o que os outros não têm eu tenho. Somos, assim, complementares (MAGALHÃES, 2016).

Com disciplina emocional e disposição afetiva é possível amar qualquer pessoa. A aceitação do outro nos ensina que um amor difícil não tem menos valor do que um amor fácil (SOLOMON, 2013).

Em um cenário de diversidades, no qual se mostra presente a identidade vertical e

horizontal da criança ou do adolescente, o desafio que se apresenta refere-se aos limites que devem ser impostos aos pais no exercício da autoridade parental, já que, em se tratando de pessoas em processo de desenvolvimento, impedir ou obstaculizar a expressão de sua verdadeira identidade pessoal viola a cláusula geral da dignidade e, por certo, a realização plena de todos os seus direitos de personalidade.

3 AUTORIDADE PARENTAL: INSTRUMENTO DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS FILHOS

Este capítulo apresenta cinco seções. Na primeira delas, busca-se definir autoridade parental, tendo em vista a evolução histórica do termo. Na segunda, discute-se a funcionalização da autoridade parental. Na terceira seção, por sua vez, apresentam-se alguns apontamentos legais e jurisprudenciais sobre a autoridade parental. Na quarta, busca-se compreender o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente a partir da evolução legislativa. Por fim, analisa-se o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente como parâmetro para o exercício legítimo da autoridade parental.

3.1 Definição de autoridade parental alicerçada na evolução histórica

A expressão “autoridade parental” é nova. Surgiu em substituição à locução “poder familiar”, correspondente ao antigo pátrio poder.

As vicissitudes pelas quais passou a família, as quais a transformaram em um ambiente no qual as pessoas, imbuídas de afeto, relacionam-se e auxiliam-se mutuamente no desenvolvimento da personalidade de cada um, repercutiram na adoção do novo vocábulo.

Hodiernamente, a autoridade parental deve ser entendida como a autoridade jurídica dos pais sobre os filhos menores, no propósito de preservação e promoção dos interesses destes (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012). Mas nem sempre foi assim.

No direito (sic) antigo, a estrutura autocrática da família, alicerçada no princípio da autoridade, constituiu a noção de pátrio poder em termos rígidos e severos. Não lhe faltou a influência religiosa, tendo-se em vista que o chefe da família – *pater* – era ao mesmo tempo o sacerdote do culto doméstico (PEREIRA, 2002, p. 249).

No Direito Brasileiro, antes da promulgação da CRFB/88, a sociedade era essencialmente patriarcal, patrimonialista e conservadora, o que refletia na constituição de famílias marcadas pela desigualdade, hierarquização e supressão de direitos entre seus membros, de forma que o chefe da organização familiar detinha poder sobre a pessoa dos filhos e da mulher.

O termo “pátrio poder” tem raízes no Direito Romano, *patria potestas*, que não guardava relação direta com os deveres do pai para com o filho. “Pátrio poder” era empregado para designar o direito de propriedade, absoluto e ilimitado, que o chefe da família – pai ou avô – tinha sobre seus membros, descendentes e mulher. Enquanto vivo fosse, o titular do

pátrio poder exercia, no seu próprio interesse, autoridade sobre os indivíduos que compunham seu clã.

Da cátedra de Pontes de Miranda, extraímos a compreensão de pátrio poder dos romanos:

A pátria potestas dos romanos era uma criação de direito privado; não tinha nenhuma correlação com os deveres do pai para com o filho. É certo que existiam deveres, mas esses eram provindos da moral. Juridicamente a pátria potestas era uma espécie de direito de propriedade (MIRANDA, 1917, p. 310).

É possível que, no interior do lar da família romana, houvesse amor, respeito e afeição entre o *pater* e seus dirigidos. No entanto, externamente, a *pátria potestas* conservou toda a rigidez e severidade dos primeiros tempos (PEREIRA, 2002).

No Brasil, antes de 1831, o pátrio poder era exercido exclusivamente pelo pai e, como na família romana, durava por toda a existência do seu titular. No entanto, o Decreto Legislativo de 31 de outubro de 1831, ao estabelecer a idade de vinte e um anos para a prática dos atos da vida civil, em seu artigo 1º, rompeu com a vitaliciedade do pátrio poder: “Em vinte e um annos completos termina a menoridade, e se é habilitado para todos os actos da vida civil” (BRASIL, 1831).

Outrossim, o Decreto n.º 181, de 24 de janeiro de 1890 (BRASIL, 1890), que regulamentou o casamento civil, autorizou à mulher viúva, enquanto durasse a viuvez, a suceder o marido no direito sobre a pessoa e os bens dos filhos menores.

Art. 94. Todavia, si o conjuge fallecido for o marido, e a mulher não for binuba, esta lhe succederá nos seus direitos sobre a pessoa e os bens dos filhos menores, enquanto se conservar viuva. Si, porém, for binuba, ou estiver separada do marido por culpa sua, não será admittida a administrar os bens delles, nem como tutora ou curadora (BRASIL, 1890).

O Código Civil Brasileiro de 1916 (BRASIL, 1916) não trouxe grandes avanços quanto à essa questão. Continuou assegurando o pátrio poder exclusivamente ao marido, considerado o cabeça do casal e o chefe da sociedade conjugal. A mulher somente assumia o exercício do pátrio poder em relação aos filhos na falta ou impedimento do pai. No entanto, se se casasse novamente, perdia o pátrio poder. Nesse sentido,

Art. 380. Durante o casamento, exerce o pátrio poder o marido, como chefe da família (art. 233), e, na sua falta ou impedimento seu, a mulher.

Art. 382. Dissolvido o casamento pela morte de um dos cônjuges, o pátrio poder compete ao cônjuge sobrevivente.

Art. 393. A mãe, que contrai novas núpcias, perde, quanto aos filhos de leito

anterior, os direitos ao pátrio poder (329), mas, enviuvando, os recupera (BRASIL, 1916).

Pontes de Miranda, em 1917, definiu o pátrio poder como sendo o “conjunto de direitos que a lei concede ao pai ou à mãe sobre a pessoa e os bens do filho, até a maioridade ou emancipação” (MIRANDA, 1917, p. 313). Ressaltou, no entanto, que, “na constância do casamento válido exerce o pátrio poder o marido, como chefe da família e, na falta ou impedimento dele, a mulher” (MIRANDA, 1917, p. 316).

O Estatuto da Mulher Casada (BRASIL, 1962) trouxe um tímido progresso, posto que assegurou o pátrio poder a ambos os pais, todavia deveria ser exercido pelo marido, com a colaboração da mulher. Havendo divergência entre os genitores, prevalecia a vontade do pai, podendo a mãe valer-se do Poder Judiciário para solucionar a questão. Os artigos do CCB/16 *supra* destacados passaram a ter a seguinte redação:

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

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

Art. 393. A mãe que contrai novas núpcias não perde, quanto aos filhos de leito anterior, os direitos ao pátrio poder, exercendo-os sem qualquer interferência do marido (BRASIL, 1916).

A CRFB/88 inaugurou o cenário da igualdade entre homem e mulher, no que diz respeito a direitos e obrigações (inciso I do art. 5º da CF). Outrossim, com a consolidação da Magna Carta, a sociedade vivenciou um contexto democrático que alcançou a família, a qual passou a ter como base a valorização de cada ente familiar e transformou seus paradigmas. “A Constituição de 1988, como diz Zeno Veloso, num único dispositivo, espancou séculos de hipocrisia e preconceito. Instaurou a igualdade entre homem e mulher e esgarçou o conceito de família, passando a proteger de forma igualitária todos os seus membros” (DIAS, 2010, p. 30-31).

Deveras, instituiu-se a igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres referentes à sociedade conjugal (§5º do art. 226 da CF), assim como outorgou aos pais, e não somente ao marido, o dever de assistir, criar e educar os filhos menores (art. 229 da CF).

A partir da Magna Carta, segundo Caio Mário da Silva Pereira, o pátrio poder poderia ser conceituado como o “complexo de direitos e deveres quanto à pessoa e bens do filho, exercidos pelos pais na estreita colaboração, e em igualdade de condições” (PEREIRA, 2002,

p. 252).

O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (BRASIL, 1990a), seguindo a isonomia da CRFB/88 no que diz respeito às relações familiares, estabeleceu, no art. 21, que o pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe. Outrossim, incumbiu aos pais o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores (art. 22), seguindo os ditames constitucionais de igualdade.

O reconhecimento da importância do cônjuge nas estruturas sociais, a partir da igualdade de gênero consagrada na CRFB/88, foi incorporado no Código Civil Brasileiro de 2002, que mudou a expressão “pátrio poder” para “poder familiar”, na tentativa de conferir-lhe maior representatividade.

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

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

Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo (BRASIL, 2002).

O que se verifica desde a CRFB/88 é que o contexto familiar mudou, deixou de voltar-se à satisfação de objetivos institucionais e tornou-se instrumental à pessoa. A família passou a ser o ambiente no qual as pessoas auxiliam-se mutuamente no desenvolvimento da personalidade de cada um dos membros. Ademais, foi consagrada a proteção integral da criança e do adolescente (art. 227), e o interesse dos pais passou a estar condicionado ao interesse dos filhos.

Nota-se que o acolhimento das identidades horizontais dos filhos tem matriz constitucional, uma vez que a família é formada pela junção de pessoas diferentes, as quais exercem papéis distintos, mas que se unem, de forma solidária, em prol do desenvolvimento da individualidade de cada um e servindo de base para o exercício de uma vida digna. Por isso, ressalta-se, como falar de inclusão e de proteção daqueles que podem ser considerados vulneráveis frente a relações/situações jurídicas em razão da diferença, quando os próprios pais, muitas vezes, são os primeiros a rejeitá-los?

Retomando a questão afeta à conceituação de autoridade parental, importa dizer que, malgrado a boa intenção do legislador de 2002, o termo “poder familiar” também se mostra inadequado, porque a palavra “poder” remete a uma ideia de dominação, contrária ao *mínus* dos pais. De fato, aos pais, em verdade, incumbe deveres e obrigações em relação aos filhos no intuito de protegê-los e proporcionar-lhes o pleno desenvolvimento, mas não de controlá-

los.

Aclarando, aos pais incumbe um *mínus* – imposto por lei – de dirigir a criação e educação dos filhos, em prol do melhor interesse destes. Logo, não cabe aos pais decisões arbitrárias fundadas no próprio interesse e alheias aos interesses dos filhos, o que afasta a ideia de poder.

Cumpre, ainda, dizer que a palavra “familiar”, contida na expressão “poder familiar”, também não traduz a real titularidade do *mínus*, uma vez que em que pese a titularidade do instituto ter sido ampliada – para abranger os pais e não somente o pai –, o termo “familiar” sugere uma amplitude que ultrapassa o âmbito do pai e da mãe.

Assim é que o termo “autoridade parental” melhor representa o *mínus* atribuído aos pais, por ser mais condizente com as diretrizes constitucionais e também com o ECA. Por isso, ler autoridade parental quando o legislador escreveu poder familiar favorece a melhor interpretação do instituto. A respeito,

(...) julgamos mais adequada a nomenclatura autoridade parental, por melhor refletir o conteúdo democrático da relação, além de traduzir preponderantemente uma carga de deveres do que de poderes, para que o filho, pessoa em desenvolvimento, tenha a estruturação biopsíquica adequada. O vocábulo autoridade é mais condizente com a concepção atual das relações parentais, por melhor traduzir a ideia de função, e ignorar a noção de poder. Já o termo parental traduz melhor a relação de parentesco por excelência presente na relação entre pais e filhos, de onde advém a legitimação apta a embasar a autoridade (TEIXEIRA, 2008, p. 252).

Diante das questões apresentadas, pode-se definir autoridade parental, no Direito moderno, como o instituto jurídico que

atribui a ambos os pais a titularidade, o exercício e o dever de gerenciar a educação dos filhos, de modo a moldar-lhes a personalidade, a proporcionar-lhes um crescimento com liberdade e responsabilidade, sem falar no dever de zelo do seu patrimônio. Entretanto, o aspecto existencial se sobrepõe ao patrimonial, como já se explicou (TEIXEIRA, 2005, p. 111).

Portanto, cumpre dizer que a autoridade parental será exercida, sempre, em prol do melhor interesse dos filhos. Logo, é um ato vinculado, que deve ser desenvolvido de forma dialética e dialógica, pautado no respeito e na compreensão mútua, como será aprofundado no capítulo seguinte.

3.2 Funcionalização da autoridade parental

A preponderância dos interesses dos filhos sobre os direitos dos pais fez com que a

autoridade parental assumisse uma nova feição: tornou-se instrumento de promoção dos direitos fundamentais dos filhos.

Por direitos fundamentais deve-se compreender os que asseguram uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas humanas; sem os quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; que a toda pessoa humana deve ser não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados (SILVA, 1999).

Como foi explanado no item anterior, a relação verticalizada e atrelada à ideia de poder horizontalizou-se, tornando-se dual, recíproca e dialógica. Reconhece-se, nesse contexto, que o *mínus*, historicamente conferido aos pais como um poder de vida e de morte, se funcionalizou para a promoção da personalidade dos filhos, de modo que eventual interferência parental na esfera privada do infante há de ser motivada pelo dever de cuidado e de promoção de sua segurança e sua personalidade (MORAES, 2018).

O diálogo, o respeito à individualidade e a conquista gradativa de liberdade e responsabilidade permitem que os filhos participem da construção de sua biografia, à medida que vão adquirindo discernimento sobre ela. Por isso é que se afirma que a autoridade parental é uma função atribuída pelo Estado, aos pais, de conduzir os filhos à percepção de si mesmos e do outro e, dentro dessa alteridade, construir-se como pessoa autônoma, capaz de exercer sua liberdade com responsabilidade¹².

O dever imposto aos pais em razão dos filhos transcende o campo material, devendo os pais, ainda, dar suporte aos filhos também na seara existencial, promovendo, tanto quanto possível, sua autonomia. Nas lições de Ana Carolina Brochado Teixeira e Renata de Lima Rodrigues (2019):

[...] a autoridade parental tem como função garantir os direitos fundamentais da criança e do adolescente, de modo a realizar o seu melhor interesse, tendo em vista que deve ser voltada exclusivamente para a promoção e desenvolvimento da personalidade do filho. A principal missão da autoridade parental é conduzir os filhos à autonomia responsável... (TEIXEIRA; RODRIGUES, 2019, p. 28).

Assim, a autoridade parental deve ser exercida em conformidade com a atual realidade social, em que a identidade das crianças e adolescentes, composta por suas características próprias, por seus valores e escolhas pessoais, deve ser respeitada. A aludida autoridade, na nova perspectiva familiar, exerce-se pelos interesses fundamentais dos filhos, alterando-se o

12 “O homem só é feliz à condição de ser livre. Só é livre, quando responsável. E só é responsável se os motivos de sua conduta estão dentro e não fora dele” (VILLELA, 1982, p.32).

seu foco.

A democracia (sic), neste (sic) contexto familiar, implica igualdade, respeito mútuo, autonomia, proteção da violência e integração social. Quanto aos filhos, os relacionamentos familiares democráticos ensejam responsabilidade compartilhada pelo cuidado da criança, especialmente com maior partilha de direitos e deveres entre mulheres e homens. Mais importante, os pais não mais têm a missão de transformá-los em função de princípios exteriores; a autoridade parental dilui-se na noção de respeito à originalidade da pessoa do filho, valorizando-se outras qualidades que não a obediência e a tradição. Os pais colocam-se na posição de ajudar os filhos a tornarem-se si mesmos, sendo este (sic) considerado atualmente o melhor interesse da criança e do adolescente (MORAES, 2018, p. 10).

Embora a educação, o sustento e a guarda dos filhos menores sejam atributos inerentes à autoridade familiar, o exercício desse *múnus* não pode ocorrer como se os pais possuísem direitos ilimitados sobre a pessoa dos filhos. Conforme dito linhas acima, o exercício do *múnus* da autoridade parental está vinculado a tomar decisões no interesse do filho, ainda que contrarie os interesses dos pais.

Se a vontade dos pais é vinculada, não existe liberdade, mas sim adesão aos efeitos estabelecidos pelo ordenamento jurídico – no caso, melhor interesse da criança. Portanto, estamos diante de um ato jurídico *stricto sensu*¹³ porque o exercício da autoridade parental não se dá no campo da autonomia privada. A autonomia se dá quando a ação é livre. Quando os pais tomam decisões a respeito dos filhos estão diante do exercício de um *múnus*, de modo que a decisão precisa ser tomada em benefício da própria criança ou do adolescente. Logo, a ação não é livre, mas necessária (LIMA; MOUREIRA; SÁ, 2019).

Portanto, se a autoridade parental caracteriza-se como um ato jurídico *stricto sensu*, é reconhecida ao agente relativa autonomia, suficiente para cumprir com fidelidade o objeto do *múnus*: promover o desenvolvimento dos filhos, respeitando sua dignidade pessoal.

O desafio maior de cumprimento do *múnus* com fidelidade apresenta-se em relação

13 Segundo a tradicional visão da doutrina, frisa-se, majoritária (Caio Mário, Orlando Gomes, Washington de Barros, Francisco Amaral, Sílvio Rodrigues e Maria Helena Diniz), fatos jurídicos são os acontecimentos em virtude dos quais começam, se modificam, se extinguem ou se substituem relações jurídicas.

Para Pontes de Miranda, Pietro Perlingiere, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, fato jurídico é todo acontecimento idôneo a ter relevância jurídica. Assim, todo acontecimento capaz de começar, modificar, extinguir ou substituir relações jurídicas. Se houver potencialidade de produzir tais efeitos, o acontecimento será um fato jurídico.

Os fatos jurídicos podem ser classificados, de acordo com a presença ou não da vontade humana, em:

- a) fatos jurídicos que se originam da força da natureza = fatos jurídicos *stricto sensu*;
- b) fatos jurídicos que se originam da vontade humana = atos jurídicos *lato sensu*.
 - b.1) ato jurídico *stricto sensu* – a vontade humana simplesmente adere aos efeitos jurídicos preestabelecidos pelo ordenamento jurídico para o fato;
 - b. 2) negócio jurídico – a vontade humana cria os efeitos jurídicos do fato.
- c) fatos jurídicos que se originam da vontade humana, sendo essa, no entanto, irrelevante para a produção de seus efeitos = ato-fato jurídico.

aos filhos com características acentuadamente diferentes da dos pais; seja porque, da ótica da Psicanálise, os pais têm dificuldades em aceitar que seus filhos não são iguais a eles, que não fazem parte deles; seja em razão da presença, na atualidade, do pensamento e do comportamento humano hegemônicos, gestados no colonialismo, de rejeição às diversidades.

Não é demais lembrar que a dignidade humana proporciona ao sujeito desenvolver-se com efetiva liberdade, que não se apresenta apenas em âmbito formal, mas baseia, também, na efetiva presença de condições materiais de existência, que assegurem a viabilidade real do exercício dessa liberdade (BRUSCATO, 2016).

Respeitar a dignidade da criança e do adolescente, o que requer a aceitação não somente de sua identidade vertical, mas, também, horizontal, permitirá que eles desenvolvam suas potencialidades, segundo seus talentos e inclinações, afinal:

a dignidade, enquanto princípio basilar do ordenamento jurídico, demanda o respeito à essência da pessoa humana sob toda e qualquer circunstância. Nesse sentido, “as pessoas humanas não perdem ou ganham dignidade, assim como não há como medi-la ou graduá-la”. Dessa forma, a dignidade é qualidade inerente à espécie humana, de modo que deve ser reconhecida de forma indistinta e geral, independentemente inclusive do nascimento com vida – já que o próprio ordenamento brasileiro confere proteção ao nascituro, nos termos do art. 2º do Código Civil (ALEGRIA; ARAÚJO, 2018, p. 218-219).

É necessário providenciar condições mínimas de existência para que todos aqueles que queiram possam desenvolver suas potencialidades. Falar em dignidade humana é falar em mínimo existencial: promoção de condições que permitam o acesso aos meios que dão lugar ao desenvolvimento. Digno é tudo aquilo que dá oportunidade à realização ontológica do homem (BRUSCATO, 2016).

A relação entre pais e filhos é, pois, uma via de mão dupla, uma implementação do princípio da solidariedade, na medida em que os filhos se completam na busca pela efetivação de direitos fundamentais.

O grande desafio imposto aos pais no exercício da autoridade parental, notadamente na promoção dos filhos em direção à autonomia, é encontrar o equilíbrio entre cuidar e emancipar:

O conflito primordial está, pois, em compatibilizar a responsabilidade de cuidar e educar, cerceando necessariamente a liberdade da criança, com a função de emancipar pela promoção da autonomia individual. Com efeito, é preciso reconhecer aos filhos a capacidade de exercício das liberdades previstas constitucionalmente, quando gozarem do necessário discernimento. Isso implica a dissociação da capacidade de agir da capacidade jurídica da criança, no que toca ao exercício de sua autonomia para realizar escolhas, especialmente quanto às matérias de natureza não

patrimonial, na medida de sua maturidade e do seu juízo crítico (MENEZES; MORAES, 2015, p. 516).

Ao se valer da autoridade parental, com respeito às inclinações e aspirações naturais dos filhos, bem como estimulando a prática de uma autonomia responsável, os pais executam papel de suma relevância, na medida em que asseguram o exercício de direitos fundamentais pelos filhos e impulsionam a tão festejada dignidade humana.

3.3 Compreensão do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente com suporte no avanço legislativo

Até o século XIX, crianças e adolescentes eram tratados como seres sem relevância. Somente na segunda metade do século XX, passaram a ter a importância e a proteção que realmente necessitam e merecem: o apoio dos pais passou a ter o propósito de condução ao exercício da autonomia.

De acordo com Tânia da Silva Pereira (2003), a origem do *best interest of the child* se situa no Direito inglês, vinculado à guarda de pessoas incapazes e de suas eventuais propriedades. Inicialmente, por meio do *parens patriae*, o Rei assumia a prerrogativa de proteger aqueles que nada podiam fazer em causa própria.

Em 1763, dois julgados do juiz Lord Mansfield, envolvendo medidas semelhantes ao procedimento brasileiro de busca e apreensão de menor, identificados como caso *Rex versus Delaval* e caso *Blissets*, tornaram-se conhecidos no Direito Costumeiro inglês como precedentes que consideram a primazia do interesse da criança e o que era mais próprio para ela. Mas, somente em 1836, esse princípio tornou-se efetivo na Inglaterra (PEREIRA, 2003).

Em *Rex versus Delaval*, foi negado ao pai o direito de requerer que sua filha, de dezoito anos, retornasse para casa. Entendeu-se, pela primeira vez, que não havia inviolabilidade de direitos paternos e, ao invés de devolver a garota ao lar parental, o juiz a emancipou. Ressalta-se que, à época, não existiam precedentes recusando a custódia paterna de um menor de idade. No entanto, entendeu o magistrado que os julgados anteriores, que garantiam a devolução dos filhos aos pais, faziam-no em razão da particularidade de cada caso. Concluiu-se que a regra seria julgar de acordo com as circunstâncias do caso sob análise (COLLUCI, 2014).

No caso *Blissets*, Lord Mansfield seguiu a regra por ele criada em *Rex versus Delaval* e permitiu que uma criança de seis anos, cujo pai havia abandonado a família, permanecesse com a mãe. Para tanto, valeu-se de dois fundamentos: (i) se os litigantes não entram em

acordo, o que for melhor para a criança orientará a decisão da corte; (ii) ao abandonar a família, o genitor renunciou a seus direitos parentais (COLLUCI, 2014).

No Direito norte-americano, a Corte da Pensilvânia, no caso *Commonwealth versus Addicks*, em 1813, acabou por recepcionar o princípio do melhor interesse em detrimento do interesse de seus pais. No julgado, a guarda da criança foi concedida à mãe, acusada de adultério, porque esse resultado representava o melhor interesse para a criança mediante as circunstâncias dadas. Atualmente, o princípio do *best interest* continua sendo um padrão nos Estados Unidos, focado nas necessidades da criança em detrimento do interesse dos seus pais, a partir da análise do caso concreto (PEREIRA, 2003).

A Constituição Espanhola (ESPANHA, 1978) também protege o princípio do melhor interesse ou do *favor filli*, presente no artigo 39, em seus números 2, 3 e 4:

Artículo 39

1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.
2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.
3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.
4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos (ESPANHA, 1978).

O princípio do *favor filli* constitui, na Espanha, “um importante princípio, que informa todas as instituições e relações jurídicas que afetam os menores” (TEIXEIRA, 2005, p. 78).

A respeito disso, veja-se o art. 154, do Código Civil espanhol:

Artículo 154.

Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores. La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental. (ESPANHA, 1889)

Embora não esteja expressamente previsto na Constituição Portuguesa, alguns dispositivos do Código Civil português fazem menção aos interesses dos menores, assim como os órgãos julgadores levam em consideração o melhor interesse da criança para fundamentar suas decisões, de forma que é possível afirmar que o princípio do melhor interesse também se encontra presente no ordenamento jurídico português (COLLUCI, 2014).

O art. 1.961 do Código Civil Português, que versa sobre o exercício das

responsabilidades parentais em caso de dissolução do casamento, prevê, no n.º 2, que o exercício das responsabilidades parentais seja atribuído a apenas um dos progenitores, quando o exercício em comum for julgado contrário aos interesses do filho. O n.º 5 estabelece que o Tribunal determinará a residência do filho e os direitos de visita de acordo com o interesse deste. O n.º 7 prescreve que o Tribunal decidirá sempre em harmonia com o interesse do menor, no que diz respeito à proximidade do filho com seus dois genitores.

Digno de nota, também, os seguintes artigos do Código Civil Português: (i) 1.761-A,¹⁴ que disciplina que o acordo sobre o exercício das responsabilidades parentais deve acautelar o interesse dos menores; (ii) 1.875¹⁵, que dispõe sobre o nome do filho e atribui ao juiz, no caso de desacordo entre os pais quanto ao nome próprio e apelido da prole, o dever de decidir, em harmonia com o interesse da criança; (iii) 1.878¹⁶, diz que compete aos pais, no interesse dos filhos, velar pela segurança e saúde destes.

Com relação às decisões proferidas pelos Tribunais Portugueses, a título de exemplo, cita-se a apelação n.º 2.182/10, julgada pelo Tribunal da Relação de Porto, em 12/03/12. No órgão de origem, a genitora manejou uma ação pretendendo regulamentar as responsabilidades parentais em relação às suas filhas, haja vista a separação do genitor das crianças. A decisão de primeiro grau determinou que a guarda ficasse com o pai, a quem também competiria as responsabilidades parentais quantos aos atos cotidianos, sendo compartilhada com a genitora as questões de maior importância. Foi, ainda, regulamentado o

¹⁴Artigo 1.776-A

1 - Quando for apresentado acordo sobre o exercício das responsabilidades parentais relativo a filhos menores, o processo é enviado ao Ministério Público junto do tribunal judicial de 1.ª instância competente em razão da matéria no âmbito da circunscrição a que pertença a conservatória, para que este se pronuncie sobre o acordo no prazo de 30 dias.

2 - Caso o Ministério Público considere que o acordo não acautela devidamente os interesses dos menores, podem os requerentes alterar o acordo em conformidade ou apresentar novo acordo, sendo neste último caso dada nova vista ao Ministério Público.

3 - Se o Ministério Público considerar que o acordo acautela devidamente os interesses dos menores ou tendo os cônjuges alterado o acordo nos termos indicados pelo Ministério Público, segue-se o disposto na parte final do n.º 1 do artigo anterior.

4 - Nas situações em que os requerentes não se conformam com as alterações indicadas pelo Ministério Público e mantêm o propósito de se divorciar, aplica-se o disposto no artigo 1.778.

¹⁵Artigo 1.875

1. O filho usará apelidos do pai e da mãe ou só de um deles.

2. A escolha do nome próprio e dos apelidos do filho menor pertence aos pais; na falta de acordo, decidirá o juiz, de harmonia com o interesse do filho.

3. Se a maternidade ou paternidade forem estabelecidas posteriormente ao registro do nascimento, os apelidos do filho poderão ser alterados nos termos dos números anteriores.

¹⁶Artigo 1.878

1. Compete aos pais, no interesse dos filhos, velar pela segurança e saúde destes, prover ao seu sustento, dirigir a sua educação, representá-los, ainda que nascituros, e administrar os seus bens.

2. Os filhos devem obediência aos pais; estes, porém, de acordo com a maturidade dos filhos, devem ter em conta a sua opinião nos assuntos familiares importantes e reconhecer-lhes autonomia na organização da própria vida.

exercício do direito de visitas, bem como os alimentos a serem prestados pela mãe. A genitora apelou, pretendendo a inversão da decisão: guarda para si, visitas e alimentos para o pai. O Tribunal manteve a decisão recorrida, ao fundamento de que foi observado o melhor interesse das filhas, que já conviviam com o pai e com sua família, em decorrência do exercício, de forma provisória, da guarda (COLLUCI, 2014).

Na Argentina, com a promulgação da Lei n.º 26.061/05¹⁷ (ARGENTINA, 2005) – Lei de Proteção Integral aos Direitos da Criança e do Adolescente – houve modificação do paradigma que vigia desde 1919, e crianças e adolescentes passaram a ser vistos como sujeitos de direitos, assegurando-se respeito à sua dignidade, proteção e bem-estar em todos os âmbitos de sua vida. A partir de então, o melhor interesse da criança – *interés supremo del menor* – passou a permear decisões envolvendo crianças, consideradas mais indefesas, do ponto de vista biológico e psicológico. Elas passaram a ocupar lugar predominante na proteção jurídica e, em caso de colisão entre seus interesses e os interesses de seus genitores, aqueles passaram a prevalecer (COLLUCI, 2014).

Outrossim, o princípio do melhor interesse – *best interest* – foi consagrado no 7º Princípio da Declaração dos Direitos da Criança: “Os melhores interesses da criança serão a diretriz a nortear os responsáveis pela sua educação e orientação; esta responsabilidade cabe, em primeiro lugar, aos pais” (NOVA IORQUE, 1959).

A partir da Convenção sobre Direitos da Criança (CDC) (NOVA IORQUE, 1989), restou estabelecido um rol amplo de direitos que traduz uma perspectiva centrada na criança. Em seu art. 3º, a CDC declara que todas as decisões relativas a crianças, adotadas por instituições públicas ou privadas de proteção social, por tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.

No contexto jurídico nacional, a CRFB/88, seguida da Lei n.º 8.069 de 1990, revolucionou o Direito da Infância e Juventude, inaugurando no País a doutrina da Proteção

17 Art. 3.– Interés superior. A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar:

- a) Su condición de sujeto de derecho;
- b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta;
- c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural;
- d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales;
- e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común;
- f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse.

Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.

Integral dos Direitos da Criança e do Adolescente.

Associado à regra fundamental da proteção integral de direitos, preconizou-se o melhor interesse da criança e do adolescente como importante princípio geral a ser observado, ainda que sem previsão expressa na Constituição, sendo decorrente da consagração da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, e da norma constante do art. 227 do mesmo diploma:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

O artigo em evidência elenca direitos fundamentais específicos à especial proteção conferida às crianças e aos adolescentes, os quais devem ser empregados com prioridade absoluta.

Não é demais lembrar que a CDC foi ratificada pelo Brasil, por meio do Decreto n.º 99.710/90 (BRASIL, 1990b), e que o §2º do art. 5º da CF/88 destaca que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais dos quais a República Federativa do Brasil seja parte. Logo, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente é um direito fundamental constitucional.

O propalado princípio do melhor interesse da criança e do adolescente também pode ser extraído das disposições presentes no ECA, especialmente do art. 3º, o qual assegura à criança e ao adolescente todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, garantindo-lhes 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.

Também, no parágrafo único do art. 4º, o ECA estipula o que seria a garantia de prioridade, a fim de fazer valer os direitos fundamentais previstos para as crianças e adolescentes.

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

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

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

proteção à infância e à juventude (BRASIL, 1990).

Além disso, são dignos de nota os art. 5º e 6º do ECA por proporcionarem melhor compreensão do princípio do melhor interesse:

Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.
Art. 6º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento. (BRASIL, 1990).

Como se verifica, respeitar os direitos fundamentais da criança e do adolescente, bem como respeitar sua singularidade de acordo com cada fase do seu desenvolvimento, são formas de promoção de seu melhor interesse.

Por sua vez, o CCB/02, nos art. 1.583 e 1.584, também reconhece o princípio do melhor interesse, ainda que de forma tácita.

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, §5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

§2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos.

§3º Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos.

§4º (VETADO)

§5º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos.

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;

II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

§1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.

§2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.

§3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe.

§4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda unilateral ou compartilhada poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor.

§5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.

§6º Qualquer estabelecimento público ou privado é obrigado a prestar informações a qualquer dos genitores sobre os filhos destes, sob pena de multa de R\$200,00 (duzentos reais) a R\$500,00 (quinhentos reais) por dia pelo não atendimento da solicitação (BRASIL, 2002).

Ao disciplinar a guarda compartilhada, a Norma Civil regente estabelece que o tempo de convívio com a prole deve ser dividido de forma equilibrada entre a mãe e o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos. Institui, ainda, que o melhor interesse norteará a decisão a respeito da cidade a ser considerada base de moradia dos filhos, no caso de guarda compartilhada. Ademais, não havendo consenso entre os pais, o juiz decretará a guarda, unilateral ou compartilhada, atento às necessidades do filho.

Compreendido que a funcionalização da autoridade parental é um instrumento de promoção dos direitos fundamentais dos filhos; que respeitar os direitos fundamentais da criança e do adolescente, bem como respeitar sua singularidade de acordo com cada fase do seu desenvolvimento são formas de promoção de seu melhor interesse, passa-se à análise do tratamento legal e jurisprudencial dispensado à autoridade parental.

3.4 Alguns apontamentos legais e jurisprudenciais sobre a autoridade parental

Neste item será analisada a maneira como a autoridade parental deve ser exercida pelos genitores e como deve ser a intervenção do Estado quando houver conflito entre os detentores do *mínus* ou quando este for exercido de forma ilegítima, a partir da análise de alguns casos submetidos a julgamento pelos órgãos jurisdicionais.

Os filhos estão sujeitos à autoridade parental enquanto menores de idade ou não emancipados, a qual será exercida pelos pais e, na falta de um deles, pelo outro, que desempenhará a função com exclusividade.

A autoridade parental é indisponível, inalienável, irrenunciável, incompatível com a transação e imprescritível. Assim, os pais não podem abrir mão dela, não podem transferi-la e não decaem do direito pelo fato de não exercitá-la. Se houver desacordo entre os pais, a busca da solução poderá ser judicializada.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais (MINAS GERAIS, AC 1.0313.16.003075-

2/001, 2017), na Apelação Cível n.º 1.0313.16.003075-2/001¹⁸, teve a oportunidade de julgar um pedido de autorização de viagem de filha menor de idade para o exterior, em virtude de desacordo dos pais. A controvérsia girou em torno do suprimento da autorização do pai para que a filha, menor de idade, viajasse ao exterior e fixasse residência em Portugal, em companhia de sua genitora.

A justificativa apresentada pela genitora para a concessão da autorização judicial foi no sentido de que é assegurado à criança o direito de alcançar a vida adulta mediante as melhores garantias morais e materiais. Dessa forma, a negativa do genitor, sem fundamentos que a justificassem, deveria ser suprida judicialmente, respeitado o princípio do melhor interesse da criança.

A sentença proferida pelo juiz de direito da Vara da Infância e Juventude e Precatórias Cíveis da Comarca de Ipatinga julgou improcedente o pedido inicial. O julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais confirmou a sentença do juiz de piso, negando a pretendida autorização.

Ressaltou o Relator, Desembargador Amauri Pinto Ferreira, que, para a análise do caso, deveria ser levado em consideração, com absoluta prioridade, o princípio do melhor interesse da menor, como previsto no art. 227 da CF/88, e que norteia o Estatuto da Criança e do Adolescente. Como não houve acordo entre os genitores relativamente à viagem e fixação de moradia da menor no exterior, ao Poder Judiciário caberia ponderar as circunstâncias do caso apresentado, objetivando-se resguardar o melhor interesse da criança.

Observou o Relator que a criança contava com sete anos de idade, fase de desenvolvimento, e era absolutamente incapaz, não possuindo, ainda, discernimento ou maturidade para decidir viajar ou não com sua genitora para fixar residência em Portugal.

Entendeu que, apesar de o relatório psicossocial relatar um aparente desejo da criança em acompanhar sua mãe em mudança para o exterior, essa vontade deveria ser analisada com cautela, pois o que se observava era que ela estava bastante influenciada pelo conflito entre os pais, advindos da separação conturbada e relatada nos autos, além de restar comprovado que a

18APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO DE FAMÍLIA - AÇÃO DE SUPRIMENTO DE CONSENTIMENTO PATERNO - MUDANÇA DE MENOR PARA O EXTERIOR EM COMPANHIA DA MÃE - PREVALÊNCIA DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA - RECURSO DESPROVIDO - SENTENÇA MANTIDA.

- Nos termos dos artigos 83 e 84 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a autorização judicial de viagem de menor para o exterior para fixar moradia com a sua genitora depende de autorização judicial, no caso de haver discordância do seu genitor.
- É possível o suprimento do consentimento paterno, desde que seja devidamente observado, com prioridade, o princípio constitucional do melhor interesse da criança.
- Não atendido o melhor interesse do menor, deve ser mantida a sentença que entendeu não ser possível suprir a autorização paterna para a viagem do menor para o exterior.

filha tinha bom relacionamento com seu genitor, diferente do que afirmara sua genitora.

Ponderou que a afirmativa da criança de que desejava ir para Portugal porque no Brasil fazia muito frio era incongruente, tendo em vista que, na maioria do ano, temos temperaturas típicas de um país tropical, ainda mais na cidade de Ipatinga, conhecida por suas altas temperaturas. Também levou em conta que a criança se sentia atraída pelas promessas de bens materiais ofertados pela avó materna, residente naquele País, uma vez que afirmou que esta teria dito que havia comprado "um tanto de presente" para a neta, além de ter contado que lhe teria comprado uma cama, para ser colocada no quarto onde dormiria.

Considerou, ainda, o fato de a genitora da criança estar desempregada e não ter comprovado ter proposta de trabalho em Portugal.

Prosseguiu o Relator afirmando que os genitores trocavam acusações mútuas sobre o insucesso da relação conjugal, estando a filha no meio disso tudo, e que a genitora pretendia ir para Portugal ao encontro do namorado, sendo esse desejo moral e legítimo, pois a todos é dado o direito de recomeçar um novo relacionamento após o divórcio, mas não seria motivo capaz de ensejar a mudança de domicílio da filha, por não representar o seu melhor interesse.

Concluiu que, como se tratava de uma criança em desenvolvimento, o mais acertado seria que ela se mantivesse no Brasil, no convívio de ambos os genitores, uma vez que, neste ponto, o estudo psicossocial entendeu que, baseada na premissa do melhor interesse da criança, não havia fatores significativos que justificassem a mudança da situação da prole, na qual a sua guarda tinha como referência a casa materna, assegurando-se ao genitor o livre direito de visitas, podendo acompanhar a educação e criação da filha.

Nesse sentido, foi negado provimento ao recurso e mantida a sentença, ao fundamento de ser mais plausível que a filha prosseguisse no País, convivendo com sua genitora e seu genitor, dada a ausência de motivo forte o suficiente para fundamentar sua mudança para outro país.

Referida decisão ilustra como o Estado, por meio dos órgãos jurisdicionais, deve intervir no caso de desacordo entre os pais no exercício da autoridade parental. Como se verá ao longo deste capítulo, o melhor interesse não apenas vincula os genitores, mas, também, a intervenção do Estado na vida da criança e do adolescente.

Voltando aos aspectos legais, o estado civil dos pais não altera o exercício da autoridade parental, afetando, quando muito, o direito de guarda.

Assim é que, malgrado a redação do art. 1.631 do CCB/02, "Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais", a autoridade parental não tem qualquer vinculação à forma de entidade familiar, uma vez que é decorrente do reconhecimento dos

filhos pelos progenitores, independentemente da origem do seu nascimento.

Tanto é assim que a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que, aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos (art. 1.632 do CCB/02).

O Superior Tribunal de Justiça veiculou em seu portal¹⁹, em 06/08/20, um julgado²⁰ que considerou o melhor interesse da criança e manteve decisão que concedeu guarda unilateral ao pai.

No caso, o pai ajuizou ação com o objetivo de obter a guarda da filha sob a alegação da prática de atos de alienação parental por parte da genitora.

De acordo com a decisão do STJ, no momento de decidir sobre o tipo de guarda, o juiz deve analisar as especificidades que envolvem a relação entre pais e filhos e, sobretudo, considerar o princípio constitucional do melhor interesse da criança – que pode levar, inclusive, ao estabelecimento da guarda unilateral.

O entendimento foi reafirmado pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça ao manter o acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), que fixou a guarda unilateral da criança para o pai. Entre outros elementos, a Corte local levou em conta a recusa da mãe em se submeter a tratamento psicoterápico; os registros de intensa disputa entre os pais em relação aos interesses da filha e, ainda, as declarações de profissionais no sentido de que a criança preferia ficar com o pai, pois sofria com o isolamento e o tratamento inadequado na companhia da mãe.

A despeito de a jurisprudência do STJ entender que a guarda compartilhada deve ser instituída independentemente da vontade dos genitores ou de acordo entre as partes, o Relator do Recurso Especial, Ministro Villas Bôas Cueva, afirmou que "o instituto não deve prevalecer quando sua adoção for negativa aos interesses da criança ou lhe seja, inclusive, penoso ou arriscado".

O Ministro Villas Bôas Cueva afirmou que a Lei n.º 13.058/2014 rompeu paradigmas seculares, propiciando novos parâmetros para a aplicação dos modelos de guarda. No caso do formato compartilhado, explicou, há a possibilidade de que a família, mesmo não tendo vínculo conjugal, exista na modalidade parental.

Entretanto, o Ministro lembrou que a aplicação da Lei se submete à interpretação dos princípios constitucionais, sobretudo da cláusula de supremacia do melhor interesse do menor.

¹⁹<http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/06082020-Terceira-Turma-considera-melhor-interesse-da-crianca-e-mantem-decisao-que-deu-guarda-unilateral-ao-pai.aspx>

²⁰ O número do processo não foi divulgado em razão de segredo judicial.

No que pese a fixação da guarda, como não poderia deixar de ser, a decisão em espeque nada dispôs a respeito do exercício da autoridade parental pelos genitores. Como já pontuado, o exercício do *mínus* da autoridade parental decorre da filiação e não da companhia de com quem reside a criança, se apenas de um ou de ambos os genitores. Somente a extinção, a suspensão ou a perda da autoridade parental poderá afastar o exercício do *mínus*, como será tratado adiante.

Com efeito, “a autoridade parental subsiste enquanto os filhos forem menores, pelo simples fato de serem filhos, ou seja, em decorrência da parentalidade, seja ela estabelecida de que forma for” (TEIXEIRA, 2005, p. 105).

De forma semelhante, acontece na Argentina. O Código Civil argentino, no art. 641²¹ (ARGENTINA, 2014), também confere a autoridade parental aos pais, durante a convivência. Cessada a convivência, os genitores continuarão a exercer a autoridade parental, da mesma forma que faziam antes do término da relação. Somente por ato voluntário dos pais ou por decisão judicial, em prol dos interesses do filho, é que a autoridade parental será exercida somente por um deles.

Não se infere muita divergência no Direito português. O art. 1.906²² (PORTUGAL,

21 Artículo 641. Ejercicio de la responsabilidad parental

El ejercicio de la responsabilidad parental corresponde:

- a) en caso de convivencia con ambos progenitores, a éstos. Se presume que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro, con excepción de los supuestos contemplados en el artículo 645, o que medie expresa oposición;
- b) en caso de cese de la convivencia, divorcio o nulidad de matrimonio, a ambos progenitores. Se resume que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro, con las excepciones del inciso anterior. Por voluntad de los progenitores o por decisión judicial, en interés del hijo, el ejercicio se puede atribuir a sólo uno de ellos, o establecerse distintas modalidades;

22 Artigo 1.906

- 1 - As responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a vida do filho são exercidas em comum por ambos os progenitores nos termos que vigoravam na constância do matrimónio, salvo nos casos de urgência manifesta, em que qualquer dos progenitores pode agir sozinho, devendo prestar informações ao outro logo que possível.
- 2 - Quando o exercício em comum das responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a vida do filho for julgado contrário aos interesses deste, deve o tribunal, através de decisão fundamentada, determinar que essas responsabilidades sejam exercidas por um dos progenitores.
- 3 - O exercício das responsabilidades parentais relativas aos actos da vida corrente do filho cabe ao progenitor com quem ele reside habitualmente, ou ao progenitor com quem ele se encontra temporariamente; porém, este último, ao exercer as suas responsabilidades, não deve contrariar as orientações educativas mais relevantes, tal como elas são definidas pelo progenitor com quem o filho reside habitualmente.
- 4 - O progenitor a quem cabe o exercício das responsabilidades parentais relativas aos actos da vida corrente pode exercê-las por si ou delegar o seu exercício.
- 5 - O tribunal determinará a residência do filho e os direitos de visita de acordo com o interesse deste, tendo em atenção todas as circunstâncias relevantes, designadamente o eventual acordo dos pais e a disponibilidade manifestada por cada um deles para promover relações habituais do filho com o outro.
- 6 - Ao progenitor que não exerça, no todo ou em parte, as responsabilidades parentais assiste o direito de ser informado sobre o modo do seu exercício, designadamente sobre a educação e as condições de vida do filho.
- 7 - O tribunal decidirá sempre de harmonia com o interesse do menor, incluindo o de manter uma relação de grande proximidade com os dois progenitores, promovendo e aceitando acordos ou tomando decisões que

1966) disciplina o exercício da autoridade parental em caso de separação e divórcio. Após algumas alterações legislativas, infere-se que a autoridade parental é um direito e um dever de ambos os pais, mesmo quando do término da relação conjugal. Somente serão exercidos exclusivamente pelo genitor guardião os atos relativos à vida corrente do menor.

Na Espanha, o exercício da autoridade parental também se dá de forma conjunta: “La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo com el consentimiento expreso o tácito del outro” (art. 156 do Código Civil espanhol) (ESPANHA, 1889).

Na codificação italiana (ITÁLIA, 1942), nota-se maior diferença. Ambos os genitores são titulares da autoridade parental e a exercem conjuntamente, enquanto permanecem casados. Findada a união conjugal, embora os pais continuem sendo os titulares do *mínus*, o exercício é conferido apenas àquele a que o filho é confiado²³.

Retomando os apontamentos legais do ordenamento jurídico brasileiro, a autoridade parental do filho não reconhecido pelo pai será exercida exclusivamente pela mãe e, na ausência ou incapacidade desta, será atribuída a um tutor (art. 1.633 do CCB/02).

O conteúdo da autoridade parental encontra sua gênese no art. 229 da CRFB/88: “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

O art. 1.634 do CCB/02 também lista as incumbências dos pais:

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

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

favoreçam amplas oportunidades de contacto com ambos e de partilha de responsabilidades entre eles.

23 Art. 155 Provvedimenti riguardo ai figli

Il giudice che pronunzia la separazione dichiara a quale dei coniugi i figli sono affidati e adotta ogni altro provvedimento relativo alla prole, con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa. In particolare il giudice stabilisce la misura e il modo con cui l'altro coniuge deve contribuire al mantenimento, all'istruzione e all'educazione dei figli, nonché le modalità di esercizio dei suoi diritti nei rapporti con essi.

Il coniuge cui sono affidati i figli, salva diversa disposizione del giudice, ha l'esercizio esclusivo della potestà su di essi; egli deve attenersi alle condizioni determinate dal giudice. Salvo che sia diversamente stabilito, le decisioni di maggiore interesse per i figli sono adottate da entrambi i coniugi. Il coniuge cui i figli non siano affidati ha il diritto e il dovere di vigilare sulla loro istruzione ed educazione e può ricorrere al giudice quando ritenga che siano state assunte decisioni pregiudizievoli al loro interesse.

lhes o consentimento;
VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. (BRASIL, 2002).

De igual forma, o faz o ECA:

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

Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei (Incluído pela Lei n.º 13.257 de 2016). (BRASIL, 1990).

O período da menoridade faz presumir que os filhos, em decorrência da imaturidade, precisam de cuidados especiais dos pais no que diz respeito à proteção e, também, de auxílio para que tenham pleno desenvolvimento, seja físico, mental, moral, espiritual ou social. Os artigos em evidência elencam ações dos pais indispensáveis à tutela dos interesses dos filhos.

Assim, dentre outros, é dever dos pais prover o sustento material dos filhos, garantir-lhes estudo, educação, segurança física e psicológica, garantir-lhes a convivência e a troca de experiências, exigir o retorno deles no caso de serem indevidamente retidos por terceiros.

É importante salientar que, nos termos do art. 244 do Código Penal brasileiro (BRASIL, 1940), deixar, sem justa causa, de prover a subsistência de filho menor de 18 (dezoito) anos configura crime de abandono material, punível com pena de detenção de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa.

Nesse sentido, a Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (MINAS GERAIS, 2020) manteve a condenação de uma mãe, por crime de abandono material, a uma pena fixada em 01 (um) ano e 02 (dois) meses de detenção, em regime aberto, e 12 (doze) dias-multa. Isso se deu porque a genitora abandonou suas filhas M. L. G. N. e N. G. C., então com 12 e 14 anos de idade, respectivamente, sozinhas e sem provisão de alimentos na residência da família por 3 (três) dias, entre os dias 19 e 22 de setembro de 2014. No período indicado, as adolescentes tiveram que ser alimentadas por vizinhos, até que integrantes do Conselho Tutelar tomaram ciência do abandono e adotaram as providências cabíveis, dentre as quais o encaminhamento das filhas a outros responsáveis. Restou ainda demonstrado que há muitos anos a genitora submetia as vítimas à situação de maus-tratos, abandono material e moral e evasão escolar, sendo que a menor M. L. G. N. era acometida de neoplasia maligna (câncer) no olho direito e necessitava de cuidados especiais.

Percebe-se, pois, que o descumprimento do dever imposto aos pais em virtude do *mínus* da autoridade parental também tem consequências na seara penal, dada a importância de se resguardar aqueles que demandam cuidados especiais em razão da tenra idade.

Decorre da autoridade parental a obrigação dos pais de, pessoalmente, criarem os filhos e assegurar-lhes a convivência familiar. Têm, também, o dever de dirigir-lhes a educação, compatível com sua condição social e seus recursos, tanto formal – educação institucionalizada – quanto informal – havida no trato cotidiano –, decorrente das relações pessoais.

Em razão da incapacidade civil para a realização autônoma de certos atos, até os dezesseis anos, os filhos, considerados absolutamente incapazes (art. 3º do CCB/02), serão representados por seus pais, que agirão em nome e no interesse deles; aos maiores de dezesseis e menores de dezoito anos, relativamente incapazes (inciso I do art. 4º do CCB/02), embora reconhecida relativa autonomia, serão assistidos por seus pais, ou seja, os atos precisarão ser ratificados²⁴.

Como a idade núbil – dezesseis anos, nos termos do art. 1.517 do CCB/02 – não coincide com a maioridade para os atos da vida civil – dezoito anos, art. 5º do CCB/02 –, a partir dos dezesseis anos, os filhos que desejarem se casar dependerão de autorização dos pais.

Por se tratar de uma relação dialética, os filhos devem aos pais, em razão da autoridade parental, obediência e respeito, não porque são inferiores ou a relação é hierarquizada, mas porque, em razão das experiências já vivenciadas, os pais possuem maior discernimento e maturidade. Os filhos devem, também, participar da relação familiar, de modo que cooperarão com os pais na medida de suas forças e aptidões.

Para que permaneçam na companhia de terceiros, os filhos dependerão de permissão dos pais, sendo que a ausência de concordância dos genitores fará com que a situação caracterize-se como ilegal. Em resposta, os titulares da autoridade parental poderão, coativamente, retirar os filhos de quem injustamente os detenha, a fim de reintegrá-los ao seu convívio. Poderão, inclusive, requerer a medida de busca e apreensão como forma de efetivação de decisões judiciais, para ver cumprida sentença de fixação de guarda (§1º do art. 536 do Código de Processo Civil) (BRASIL, 2015a). Outrossim, nada impede que se valham da tutela provisória – seja de urgência, seja de evidência – para a busca e apreensão de

24 Essa questão será retomada no último capítulo, no qual será feita uma análise crítica da situação de crianças e adolescentes perante o Regime das Incapacidades e sugerida a criação de mecanismos de proteção que resguardem a capacidade de fato e que sejam instrumentos de apoio ao exercício da autonomia.

crianças e adolescentes, dada a possibilidade de concessão de medidas atípicas desse jaez, nos termos do novo regramento dispensado à matéria no livro V do CPC/15.

É oportuno frisar que quem abriga menor de idade em casa, sem autorização do responsável, poderá responder pelos crimes de induzimento à fuga ou subtração de incapaz, previstos nos artigos 248 e 249 do CPB²⁵.

Além da proteção existencial dos filhos menores de idade, aos pais incumbe, ainda, a proteção de seus bens.

Art. 1.689. O pai e a mãe, enquanto no exercício do poder familiar:

I - são usufrutuários dos bens dos filhos;

II - têm a administração dos bens dos filhos menores sob sua autoridade.

Art. 1.690. Compete aos pais, e na falta de um deles ao outro, com exclusividade, representar os filhos menores de dezesseis anos, bem como assisti-los até completarem a maioridade ou serem emancipados.

Parágrafo único. Os pais devem decidir em comum as questões relativas aos filhos e a seus bens; havendo divergência, poderá qualquer deles recorrer ao juiz para a solução necessária (BRASIL, 2002).

A incapacidade decorrente da Lei Civil retira da criança e do adolescente a condição de administração do próprio patrimônio. Assim é que incumbe aos pais, no exercício da autoridade parental, gerir o patrimônio dos filhos. Os pais devem realizar somente atividades de manutenção patrimonial, não podendo praticar atos de disposição em relação aos bens imóveis, nem contrair dívidas em nome dos filhos, salvo no caso de necessidade ou evidente interesse e desde que haja autorização judicial (art. 1.691 do CCB/02).

Para alienação de bens móveis, dispensa-se autorização judicial, mas, como decorrência da funcionalização do *mínus*, deve-se operar somente no interesse e em proveito dos filhos.

Como usufrutuários legais dos bens dos filhos, inciso I do art. 1.689 do CCB/02, os titulares da autoridade parental poderão extrair dos bens dos filhos sua utilidade, bem como os frutos, se existentes. Se o bem proporcionar renda, deverá ser usada em benefício da criança e

25 Art. 248 - Induzir menor de dezoito anos, ou interdito, a fugir do lugar em que se acha por determinação de quem sobre ele exerce autoridade, em virtude de lei ou de ordem judicial; confiar a outrem sem ordem do pai, do tutor ou do curador algum menor de dezoito anos ou interdito, ou deixar, sem justa causa, de entregá-lo a quem legitimamente o reclame:

Pena - detenção, de um mês a um ano, ou multa.

Art. 249 - Subtrair menor de dezoito anos ou interdito ao poder de quem o tem sob sua guarda em virtude de lei ou de ordem judicial:

Pena - detenção, de dois meses a dois anos, se o fato não constitui elemento de outro crime.

§1º - O fato de ser o agente pai ou tutor do menor ou curador do interdito não o exime de pena, se destituído ou temporariamente privado do pátrio poder, tutela, curatela ou guarda.

§2º - No caso de restituição do menor ou do interdito, se este não sofreu maus-tratos ou privações, o juiz pode deixar de aplicar pena.

do adolescente.

Quando houver conflito entre os interesses dos pais e dos filhos, deverá ser nomeado pelo juiz um curador especial (art. 1.692 do CCB/02).

O art. 1.693 do CCB/02 exclui da administração e do usufruto dos pais os bens adquiridos pelo filho antes do reconhecimento pelos pais; os valores e os bens adquiridos em decorrência do exercício de atividade profissional; os bens oriundos de doação, sob a condição de não serem usufruídos ou administrados pelos pais; os bens herdados pelos filhos, quando os pais forem excluídos da sucessão.

Ao alcançarem a maioridade, os filhos receberão os bens na condição em que se encontrarem, assim como terão direito a seus acréscimos. Não há obrigação legal de os pais prestarem contas aos filhos da administração do patrimônio destes, assim como não podem exigir remuneração pelo trabalho desempenhado.

Como a autoridade parental consiste num sistema de proteção e defesa do filho, em regra, deve durar até que cesse a menoridade. No entanto, há situações que antecipam o termo final da autoridade parental.

Se a autoridade parental findar-se em decorrência de um acontecimento natural, estaremos diante de um caso de extinção.

São fatos causadores da extinção da autoridade parental: a morte do filho ou dos pais (se a morte dos pais for conjunta, haverá a extinção. Se, entretanto, um deles sobrevier, continuará a exercer com exclusividade a autoridade parental); a emancipação do filho; a maioridade; a adoção – retira a autoridade parental dos pais naturais, mas a confere aos adotantes (incisos I a IV do art. 1.635 do CCB/02).

Pode ocorrer, no entanto, que, em razão de decisão judicial, temporariamente, o pai ou a mãe deixe de exercer a autoridade parental. Quando o não exercício da autoridade parental for temporário e decorrer de um ato de autoridade, estaremos diante de uma hipótese de suspensão do exercício do *mínus*.

A autoridade parental poderá ser suspensa nos casos de abuso de autoridade; falta aos deveres paternos; quando os pais arruinarem os bens dos filhos ou forem condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão (*caput* e parágrafo único do art. 1.637 do CCB/02). O intuito da suspensão não é punir os pais, mas, sim, preservar o interesse dos filhos, afastando-os de influências nocivas. A suspensão não afasta o encargo alimentar dos genitores, uma vez que esse é decorrente da condição de filho e independe da autoridade parental.

A medida depende de requerimento de um parente ou do Ministério Público, cabendo

ao juiz decidir, após a apuração devida e respeitado o contraditório. Ao magistrado caberá, ainda, determinar o tempo de duração da suspensão, sempre pautado no melhor interesse da criança ou do adolescente.

O juízo competente para processar e julgar a ação de suspensão será o da Vara de Família se a criança estiver na companhia de algum familiar. No entanto, se a criança se encontrar em situação de risco (art. 98 do ECA), ou seja, não estiver segura, a ação deve ser proposta na Vara da Infância e Juventude.

A sentença que decretar a suspensão do poder familiar será averbada à margem do registro de nascimento da criança ou do adolescente, conforme prescrição do parágrafo único do art. 163 do ECA.

Por fim, a perda da autoridade parental é a mais grave sanção imposta aos pais. Também depende de decisão judicial e deve ser respeitado o contraditório.

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

I - castigar imoderadamente o filho;

II - deixar o filho em abandono;

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

IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente;²⁶

V - entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção.

Parágrafo único. Perderá também por ato judicial o poder familiar aquele que:

I – praticar contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar:

a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher;

b) estupro ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão;

II – praticar contra filho, filha ou outro descendente:

a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher;

b) estupro, estupro de vulnerável ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão (BRASIL, 2002).

A perda da autoridade parental gera graves sequelas à família. Por isso deve ser o último recurso e somente usado quando a manutenção colocar em perigo a segurança ou a dignidade do filho. Sempre que possível a recomposição dos laços de afetividade, deve ser preferível somente a suspensão. Assim como a suspensão, a perda da autoridade parental não retira da criança ou do adolescente o direito aos alimentos.

No livro “Ensaio sobre a Infância” (LIMA; SÁ, 2019), no capítulo 6, que versa sobre

²⁶ Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

transtornos alimentares na infância e na adolescência, narra-se um caso emblemático de retirada da criança da guarda dos pais, julgado na Espanha no ano de 2009:

Um menino de nove anos, diagnosticado com obesidade mórbida, chegou a ser levado para o hospital e internado, em centro de tratamento intensivo, quarenta e oito vezes. Ao tomarem conhecimento da vida e dos hábitos desta (sic) criança, os médicos o encaminharam ao serviço social. Então, durante dois anos, de segunda a sexta-feira, o menino recebeu tratamento, que incluía reeducação alimentar, retornando à sua casa apenas nos finais de semana. Contudo, quando estava na companhia dos pais, a criança não seguia a dieta prescrita porque os progenitores não concordavam com as diretrizes do serviço social. A conduta dos pais foi considerada inadequada, pondo em risco a vida do filho, razão pela qual foi-lhes retirada a guarda, mantido o direito de visita (LIMA; SÁ, 2019, p. 58).

A questão, tendo em vista o Direito brasileiro, ilustraria uma situação de extremo risco para a vida da criança e, em prol de seu melhor interesse, justificaria a suspensão ou, até mesmo, a perda da autoridade parental.

A perda da autoridade parental leva à sua extinção, conforme previsto no inciso V do artigo 1.635 do CCB/02, a qual será averbada à margem do registro de nascimento da criança ou do adolescente (parágrafo único do art. 163 do ECA).

Conclui-se que o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente também norteou o legislador quando da criação das normas afetas à autoridade parental, o qual, por corolário, se reverbera na aplicação de referido regramento pelos órgãos jurisdicionais.

Outrossim, o melhor interesse da criança ou do adolescente funcionará como baliza ao exercício da autoridade parental pelos genitores, permitindo a preservação das diversidades, questão aprofundada no próximo capítulo.

3.5 O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente como parâmetro ao exercício legítimo da autoridade parental

Sem embargo da discussão pertinente à previsão expressa ou não do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente no ordenamento jurídico brasileiro, é inegável o seu alcance e aplicabilidade às mais variadas questões envolvendo todas as crianças e adolescentes.

Se os filhos deixaram de ser mero objeto dos interesses dos pais, passando a ser protegidos como sujeitos de direitos, é certo que a autonomia, individualidade e identidade deles devem merecer a devida tutela, o que será efetivado por meio da observação de seus interesses próprios.

Portanto, o melhor interesse é inerente à doutrina da Proteção Integral, da qual decorre

tal princípio como critério hermenêutico e como cláusula genérica que inspira os direitos fundamentais assegurados pela Constituição às crianças e aos adolescentes (BARBOZA, 2000). O princípio do melhor interesse seria uma garantia de efetivação dos direitos fundamentais a eles conferidos diante do caso concreto (MEIRA, 2010).

É possível delimitar o conteúdo do melhor interesse da criança e do adolescente?

É impossível, *a priori*, estabelecer uma noção precisa, porque o melhor interesse é algo vago, fluido, um conceito jurídico indeterminado, que possui um componente axiológico, dando azo a interpretações subjetivas. Somente diante de um caso concreto poderá ser delimitado qual o melhor interesse da criança ou do adolescente, de acordo com as particularidades da situação.

Com efeito, o princípio do melhor interesse somente adquire eficácia no exame prático do interesse de cada criança ou adolescente dentro de dado contexto. Segundo Tânia da Silva Pereira, citada por Ana Carolina Brochado Teixeira, “a aplicação do princípio do *best interest* permanece como um padrão considerando, sobretudo, as necessidades da criança em detrimento dos interesses de seus pais, devendo realizar-se sempre uma análise do caso concreto” (PEREIRA, 1999 apud TEIXEIRA, 2005, p. 75-76).

Apesar de a concretização do princípio só ser possível diante da análise das particularidades da situação, isso não significa que o melhor interesse não tenha um núcleo duro que sirva de base para qualquer interpretação desse princípio.

Assim, é digno de nota a advertência de Tânia da Silva Pereira a respeito da aplicação do princípio do *best interest* diante de um caso concreto:

Alerte-se, no entanto, para o perigo de sua aplicação fundar-se na subjetividade de cada juiz, não deixando espaço para a consideração de outros interesses, também importantes, acarretando generalizações e dando margem à discricionariedade. Na realidade, não existe uma orientação uniforme nem mesmo fatores determinantes do que venha a ser o “melhor interesse” (PEREIRA, 2003, p. 209-210).

Dessa reflexão, surgem dois importantes componentes do melhor interesse: o infantocentrismo e a preocupação com o desenvolvimento infantojuvenil. O infantocentrismo significa que a análise do melhor interesse deve observar somente os fatores relativos ao bem-estar da criança e/ou do adolescente, excluindo caprichos, desejos, sentimentos ou vantagens de quaisquer outras pessoas, ainda que sejam seus pais. Nesse contexto, é determinante a própria visão da criança, como titular de direitos, sobre quais são seus interesses ou sobre como e quando quer exercer seus direitos. O infantocentrismo se liga ao segundo componente, a preocupação com o desenvolvimento infantojuvenil, que pode ser identificado como o

objetivo desse princípio (VIEIRA, 2018).

O melhor interesse também abarca a obrigação de eleger as alternativas que permitam o desenvolvimento moral e intelectual da criança dentro da sociedade. A necessidade de propiciar o desenvolvimento de crianças e adolescentes e o pleno aproveitamento das potencialidades de cada um deles também faz parte do seu melhor interesse (VIEIRA, 2018).

No livro “Ensaio Sobre a Infância e a Adolescência” (LIMA; SÁ, 2019), ao longo dos onze capítulos, Taisa Maria Macena de Lima e Maria de Fátima Freire de Sá insuflam que haverá promoção do melhor interesse da criança e do adolescente quando for preservada, dentre outros, sua autonomia progressiva; sua saúde física e psíquica; sua educação; sua profissionalização e trabalho; suas relações familiares e suas relações consumeristas.

Diante da dificuldade de se definir o melhor interesse *in concreto*, a contribuição de outros saberes, como da Psicologia, do Serviço Social, da Pedagogia, da Medicina, etc., é essencial para analisar as especificidades fáticas, bem como os reflexos futuros.

Em 2018, ao julgar o *Habeas Corpus* n.º 143.641²⁷, o STF (BRASIL, 2018) proferiu

27HABEAS CORPUS COLETIVO. ADMISSIBILIDADE. DOCTRINA BRASILEIRA DO HABEAS CORPUS. MÁXIMA EFETIVIDADE DO WRIT. MÃES E GESTANTES PRESAS. RELAÇÕES SOCIAIS MASSIFICADAS E BUROCRATIZADAS. GRUPOS SOCIAIS VULNERÁVEIS. ACESSO À JUSTIÇA. FACILITAÇÃO. EMPREGO DE REMÉDIOS PROCESSUAIS ADEQUADOS. LEGITIMIDADE ATIVA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI 13.300/2016. MULHERES GRÁVIDAS OU COM CRIANÇAS SOB SUA GUARDA. PRISÕES PREVENTIVAS CUMPRIDAS EM CONDIÇÕES DEGRADANTES. INADMISSIBILIDADE. PRIVAÇÃO DE CUIDADOS MÉDICOS PRÉ-NATAL E PÓS-PARTO. FALTA DE BERÇÁRIOS E CRECHES. ADPF 347 MC/DF. SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL. CULTURA DO ENCARCERAMENTO. NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO. DETENÇÕES CAUTELARES DECRETADAS DE FORMA ABUSIVA E IRRAZOÁVEL. INCAPACIDADE DO ESTADO DE ASSEGURAR DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS ENCARCERADAS. OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO DO MILÊNIO E DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. REGRAS DE BANGKOK. ESTATUTO DA PRIMEIRA INFÂNCIA. APLICAÇÃO À ESPÉCIE. ORDEM CONCEDIDA. EXTENSÃO DE OFÍCIO.

- I – Existência de relações sociais massificadas e burocratizadas, cujos problemas estão a exigir soluções a partir de remédios processuais coletivos, especialmente para coibir ou prevenir lesões a direitos de grupos vulneráveis.
- II – Conhecimento do writ coletivo homenageia nossa tradição jurídica de conferir a maior amplitude possível ao remédio heroico, conhecida como doutrina brasileira do habeas corpus.
- III – Entendimento que se amolda ao disposto no art. 654, §2º, do Código de Processo Penal - CPP, o qual outorga aos juízes e tribunais competência para expedir, de ofício, ordem de habeas corpus, quando, no curso de processo, verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal.
- IV – Compreensão que se harmoniza também com o previsto no art. 580 do CPP, que faculta a extensão da ordem a todos que se encontram na mesma situação processual.
- V - Tramitação de mais de 100 milhões de processos no Poder Judiciário, a cargo de pouco mais de 16 mil juízes, a qual exige que o STF prestigie remédios processuais de natureza coletiva para emprestar a máxima eficácia ao mandamento constitucional da razoável duração do processo e ao princípio universal da efetividade da prestação jurisdicional.
- VI - A legitimidade ativa do habeas corpus coletivo, a princípio, deve ser reservada àqueles listados no art. 12 da Lei 13.300/2016, por analogia ao que dispõe a legislação referente ao mandado de injunção coletivo.
- VII – Comprovação nos autos de existência de situação estrutural em que mulheres grávidas e mães de crianças (entendido o vocábulo aqui em seu sentido legal, como a pessoa de até doze anos de idade incompletos, nos termos do art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA) estão, de fato, cumprindo prisão preventiva em situação degradante, privadas de cuidados médicos pré-natais e pós-parto, inexistindo, outrossim, berçários

uma decisão emblemática, em que o princípio basilar do julgamento foi o melhor interesse da criança e do adolescente.

Trata-se de um *habeas corpus* coletivo, com pedido de medida liminar, em favor de todas as mulheres presas preventivamente que ostentam a condição de gestantes, de puérperas ou de mães de crianças sob sua responsabilidade, bem como em nome das próprias crianças.

Afirmou-se, na peça de ingresso, que a prisão preventiva, ao confinar mulheres grávidas em estabelecimentos prisionais precários, subtraindo-lhes o acesso a programas de saúde pré-natal, assistência regular na gestação e no pós-parto e, ainda, privando as crianças de condições adequadas ao seu desenvolvimento, constitui tratamento desumano, cruel e degradante, que infringe os postulados constitucionais relacionados à individualização da pena, à vedação de penas cruéis e, também, ao respeito à integridade física e moral da presa.

Asseverou-se que a política criminal responsável pelo expressivo encarceramento feminino é discriminatória e seletiva e impacta, de forma desproporcional, as mulheres pobres e suas famílias.

e creches para seus filhos.

- VIII – “Cultura do encarceramento” que se evidencia pela exagerada e irrazoável imposição de prisões provisórias a mulheres pobres e vulneráveis, em decorrência de excessos na interpretação e aplicação da lei penal, bem assim da processual penal, mesmo diante da existência de outras soluções, de caráter humanitário, abrigadas no ordenamento jurídico vigente.
- IX – Quadro fático especialmente inquietante que se revela pela incapacidade de o Estado brasileiro garantir cuidados mínimos relativos à maternidade, até mesmo às mulheres que não estão em situação prisional, como comprova o “Caso Alyne Pimentel”, julgado pelo Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher das Nações Unidas.
- X – Tanto o Objetivo de Desenvolvimento do Milênio nº 5 (melhorar a saúde materna) quanto o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 5 (alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas), ambos da Organização das Nações Unidas, ao tutelarem a saúde reprodutiva das pessoas do gênero feminino, corroboram o pleito formulado na impetração.
- X – Incidência de amplo regramento internacional relativo a Direitos Humanos, em especial das Regras de Bangkok, segundo as quais deve ser priorizada solução judicial que facilite a utilização de alternativas penais ao encarceramento, principalmente para as hipóteses em que ainda não haja decisão condenatória transitada em julgado.
- XI – Cuidados com a mulher presa que se direcionam não só a ela, mas igualmente aos seus filhos, os quais sofrem injustamente as consequências da prisão, em flagrante contrariedade ao art. 227 da Constituição, cujo teor determina que se dê prioridade absoluta à concretização dos direitos destes.
- XII – Quadro descrito nos autos que exige o estrito cumprimento do Estatuto da Primeira Infância, em especial da nova redação por ele conferida ao art. 318, IV e V, do Código de Processo Penal.
- XIII – Acolhimento do writ que se impõe de modo a superar tanto a arbitrariedade judicial quanto a sistemática exclusão de direitos de grupos hipossuficientes, típica de sistemas jurídicos que não dispõem de soluções coletivas para problemas estruturais.
- XIV – Ordem concedida para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar - sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP - de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas neste processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes.
- XV – Extensão da ordem de ofício a todas as demais mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional, observadas as restrições acima.

Salientou-se o caráter sistemático das violações, no âmbito da prisão cautelar a que estão sujeitas gestantes e mães de crianças, em razão de falhas estruturais de acesso à Justiça, consubstanciadas em obstáculos econômicos, sociais e culturais.

Ressaltou-se que os estabelecimentos prisionais não estão preparados, de forma adequada, para atender a mulher presa, especialmente a gestante e a que é mãe.

Observou-se que a limitação do alcance da atenção pré-natal atinge, no sistema prisional, níveis dramáticos, ferindo direitos não só da mulher, mas também de seus dependentes, infringindo o direito à proteção integral da criança e o preceito que lhe confere prioridade absoluta.

Acrescentou-se que, segundo dados oficiais, faltam berçários e centros materno-infantis e que, em razão disso, as crianças se ressentem da falta de condições propícias para seu desenvolvimento, o que não só afeta sua capacidade de aprendizagem e de socialização, como também vulnera gravemente seus direitos constitucionais, convencionais e legais.

Em seu voto, o Relator Ministro Ricardo Lewandowisk reconheceu que, de fato, há uma deficiência de caráter estrutural no sistema prisional que faz com que mulheres grávidas e mães de crianças, bem como as próprias crianças, estejam, efetivamente, sujeitas a situações degradantes na prisão, em especial, privadas de cuidados médicos pré-natal e pós-parto, bem como as crianças estão se ressentindo da falta de berçários e creches.

Ressaltou que há uma falha estrutural que agrava a cultura do encarceramento, a qual se revela pela imposição exagerada de prisões provisórias a mulheres pobres e vulneráveis. Em decorrência, gestantes e mães sofrem ofensa em sua dignidade por serem submetidas a uma situação carcerária degradante, com evidentes prejuízos para as respectivas crianças.

Evidenciou que (i) há um descumprimento sistemático de regras constitucionais, convencionais e legais referentes aos direitos das presas e de seus filhos; (ii) os cuidados que devem ser dispensados à mulher presa direcionam-se também aos seus filhos, que sofrem injustamente as consequências da prisão da mãe, em flagrante contrariedade ao art. 227 da Constituição, o qual estabelece a prioridade absoluta na consecução dos direitos destes.

Ainda, segundo o Relator, não é demais lembrar que o Texto Magno estabelece, taxativamente, no inciso XLV do art. 5º, que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”, sendo escusado anotar que, no caso das mulheres presas, a privação de liberdade e suas nefastas consequências estão sendo estendidas às crianças que portam no ventre e àquelas que geraram. São evidentes e óbvios os impactos perniciosos da prisão da mulher e da posterior separação de seus filhos, no bem-estar físico e psíquico das crianças.

Ricardo Lewandowisk explicou que professores da Universidade de Harvard

demonstraram que a privação, na infância, de suporte psicológico e das experiências comuns às pessoas, produz danos ao desenvolvimento da criança; que existe uma “experiência compartilhada” pela qual todos os seres humanos devem passar e que essa experiência é de suma importância ao desenvolvimento sensorial e emocional. Sem ela, os órgãos, assim como o sistema nervoso, podem, sobretudo em épocas críticas do desenvolvimento infantil, sofrer danos permanentes. A consistência do afeto que recebem é da máxima relevância para a formação de pessoas saudáveis e capazes de estabelecer relações sociais profundas.

Aplicando essas reflexões ao caso *sub judice*, afirmou o Relator que não restam dúvidas de que a segregação, seja nos presídios, seja em entidades de acolhimento institucional, tem grande probabilidade de causar dano irreversível e permanente às crianças que são filhos de mães presas, porque, nos cárceres, habitualmente, as crianças estão limitadas em suas experiências de vida, confinadas à situação prisional. Nos abrigos, sofrerão com a inconsistência do afeto, que, numa entidade de acolhimento, normalmente, restringe-se ao atendimento das necessidades físicas imediatas das crianças. A entrega abrupta à família extensa, como regra, em seus primeiros meses de vida, privando-as subitamente da mãe, que até então foi uma de suas únicas referências afetivas, é igualmente traumática. Ademais, priva-as do aleitamento materno numa fase em que esse é enfaticamente recomendado pelos especialistas.

Por fim, finalizando seu voto, o Ministro destacou que as privações narradas, além das inaceitáveis consequências pessoais que provocam, prejudicam a sociedade como um todo porque, para se desenvolver plenamente, é preciso, antes de tudo, priorizar o bem-estar das crianças: crianças que nascem em ambientes desvantajosos apresentam maiores riscos de não se desenvolverem adequadamente, além de enfrentarem mais problemas do que outras pessoas ao longo das respectivas vidas, sendo grande a probabilidade de virem a cometer crimes. Para ele, as principais habilidades cognitivas e sócio-emocionais dependem do ambiente que encontram na primeira infância.

Essa é a razão pela qual, acrescentou o Relator, políticas públicas voltadas à correção precoce desses problemas podem redundar em melhores oportunidades para as pessoas e no incremento de sua qualidade de vida. Disso resultará, finalizou, uma economia mais robusta e uma sociedade mais saudável.

Por tudo isso, concluiu que o Estado brasileiro vem falhando enormemente no tocante às determinações constitucionais que dizem respeito à prioridade absoluta dos direitos das crianças, prejudicando, assim, seu desenvolvimento pleno, sob todos os aspectos, sejam eles físicos ou psicológicos.

Assim, concedeu ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar – sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP – de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes relacionadas no processo, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas, mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionais, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício.

Ademais, estendeu a ordem, de ofício, às demais mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional.

Acompanharam o voto do Relator os Ministros Dias Toffoli, Gilmar Mendes e Celso de Mello. O Ministro Edson Fachin divergiu parcialmente do Relator, condicionando a substituição da prisão preventiva pela domiciliar à análise do caso concreto e individualizada do melhor interesse da criança, sem revisão automática das prisões preventivas decretadas.

O que se extrai do julgamento é que a conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar não teve por enfoque direito subjetivo da presa, que é mãe. O principal fundamento da decisão, inclusive do voto vencido, foi o melhor interesse da criança. Afinal, a decisão de não manter as mulheres no cárcere teve por finalidade permitir que elas cuidem de seus filhos em ambiente familiar. É certo que a concessão do *habeas corpus* poderá dar ensejo a abuso de direito por parte da mulher que, propositalmente, poderá engravidar para usufruir do benefício da prisão domiciliar ou outra medida alternativa prevista no art. 319 do CPP. Todavia, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente prevalecerá apesar da possibilidade de efeitos sociais perversos (LIMA; SÁ, 2019).

A decisão em evidência ilustra a eficácia do princípio no exame prático do interesse da criança ou do adolescente dentro de dado contexto. Os muros da prisão, que eram óbices ao exercício da autoridade parental pela mãe que se encontrava presa preventivamente, ruíram em prol do melhor interesse da criança e do adolescente:

É incontestável que a mulher que está dentro dos muros de uma prisão depara-se com óbices para o exercício do poder familiar, o que mitiga a sua autonomia. Todavia, dentro ou fora de instituições prisionais, o exercício, a suspensão ou a destituição desse *múnus* ficam submetidos ao princípio jurídico do melhor interesse da criança.

[...]

Portanto, a possibilidade de conversão de prisão preventiva para prisão domiciliar não se destina a proteção de suposto direito subjetivo da presa mãe, mas de tornar efetivo o direito da criança a adequado desenvolvimento físico, educacional e emocional (LIMA; SÁ, 2019, p. 112).

No que diz respeito a crianças e adolescentes com nanismo, o debate em torno do alongamento ósseo de membros reclama que a questão seja apreciada à luz do princípio do melhor interesse porque, para melhor eficácia do tratamento, é importante que ele se inicie na idade de aceleração do crescimento, geralmente em torno dos oito ou nove anos. Ademais, o alongamento dos membros é uma intervenção tanto estética quanto funcional, sendo um procedimento longo, complicado, doloroso e com muitos efeitos colaterais.

A criança é sedada e inserem-se parafusos de metal nos ossos da perna abaixo do joelho, a intervalos de cerca de quatro centímetros, de modo que fiquem salientes para fora da perna. Cada perna é então quebrada em cerca de dez lugares. Uma vez que já não há um osso funcional na parte inferior da perna, fixa-se uma braçadeira larga na sua parte externa, presa aos parafusos salientes. Em cerca de um mês, o osso começa a se curar – com efeito, os fragmentos se aproximam um dos outros. Quando estão quase conectados, a braçadeira é ajustada para separá-los de novo e esticar a perna, mantendo as quebras no osso. Isso é repetido a intervalos regulares por cerca de dois anos, com o osso mantido perpetuamente quebrado, perpetuamente em processo de cura, e os ligamentos, os músculos e os nervos esticados o tempo inteiro. Quando a parte inferior das pernas está curada, o processo é repetido nos antebraços. A cirurgia de alongamento dos ossos significa passar o fim da infância e a maior parte da adolescência com uma dor considerável, a fibra do corpo despedaçada. Significa passar esses anos com enormes braçadeiras metálicas que cobrem o corpo e parafusos de metal que se projetam dos braços e pernas. Mas ela funciona. É possível acrescentar até 35 centímetros de altura numa pessoa, fazendo a diferença entre ter 1,15 metro e 1,50 metro, que pode ser a diferença entre ser visto como uma aberração e ser visto como normal. A cirurgia custa entre 80 mil e 130 mil dólares (SOLOMON, 2013, p. 195-196).

A discussão que se afigura acalorada é que o procedimento não se justifica, já que as pessoas pequenas podem funcionar na sociedade muito bem sem essa intervenção médica.

Como aqueles que militam contra os implantes cocleares, os adversários do alongamento fazem objeções à implicação estigmatizante da cirurgia de que a “condição anão” precisa ser corrigida (SOLOMON, 2013).

Todavia, é inegável que o procedimento pode permitir que pessoas vivam sem a desvantagem da baixa estatura e pode ajudar, também, na autoestima: “olhar para cima o tempo todo é difícil. Não é apenas duro para o pescoço, mas duro para o espírito” (relato de um anão que passou pelo procedimento) (SOLOMON, 2013, p. 196).

Ademais, conforme estudos apresentados por Solomon (2013), as vantagens da altura já foram amplamente estabelecidas. Pessoas mais altas conseguem mais votos em eleições; homens com mais de 1,80 metro ganham, em média, 12% a mais do que homens mais baixos; pessoas altas são ícones de beleza em filmes, nas publicidades e nas passarelas da moda.

Acredita-se que o alongamento dos ossos, mesmo se tratando de uma intervenção extrema dos pais no corpo dos filhos, seja legítimo, ao pensar na autonomia futura da criança

ou do adolescente. A decisão prestigiará o princípio do melhor interesse porque ampliará a capacidade de exercício das liberdades e não liberdades. “Embora possa ser uma benemerência tornar o mundo mais acolhedor para os anões, é mais fácil em qualquer caso dado fazer os anões se adequarem ao mundo” (SOLOMON, 2013, p. 198).

Ainda que não se considere o nanismo uma deficiência e sim um traço de identidade, é inegável que a cirurgia de alongamento de ossos pode permitir uma melhoria nas condições de vida, na medida em que proporciona outras possibilidades de ser e atuar no mundo. Aos pais incumbirá o dever de, mediante a biografia do filho, analisar se a intervenção será conveniente às particularidades de sua prole.

O melhor interesse da criança e do adolescente funcionará como uma baliza ao exercício da autoridade parental, o qual deverá ser tutelado pelo Estado, notadamente pelas autoridades judiciais, sempre que houver rompimento dos limites por aqueles que exercem o *mínus*.

Com efeito, o exercício da autoridade parental requer respeito à originalidade da pessoa do filho, valorizando-se outras qualidades que não a obediência e a tradição. Os pais colocam-se na posição de ajudar os filhos a se tornarem si mesmos, sendo este considerado atualmente o melhor interesse da criança e do adolescente (MORAES, 2018).

Não é demais lembrar que, como já dito, o exercício da autoridade parental não se dá no campo da autonomia privada, sendo, na verdade, o desempenho de um *mínus*:

[...] As decisões dos cuidadores não estão lastreadas na autonomia privada e, sim, no exercício de um *mínus* e, por isso mesmo, devem ser norteadas pelo melhor interesse da criança e do adolescente com deficiência. Quem exerce a autonomia privada pode fazê-lo, legitimamente, no seu próprio interesse. Quem exerce o *mínus* está vinculado a tomar decisões no interesse de outrem, ainda quando contrariem seus próprios interesses (LIMA; SÁ, 2019, p. 55).

Não se afirma que os pais não possuem poder de escolha e direcionamento na criação de seus filhos, mas apenas que esses direitos devem ser sempre direcionados à proteção e ao livre desenvolvimento da criança. Sempre que houver a efetivação de direitos fundamentais, pode-se falar em exercício legítimo da autoridade parental (OLIVEIRA; SÁ, 2020).

Em síntese, o dever dos pais de defender os interesses dos filhos não lhes confere o direito de escolher como devem ser esses interesses, com a pretensão de homogeneização, em especial no caso de nanismo, dada a tendência, ainda que inconsciente, de rejeição dessa identidade horizontal.

Deve-se reconhecer uma esfera de autonomia e autogoverno, mediada pela maturidade

e pelo discernimento apresentado por cada criança ou adolescente, de forma a considerar suas opções de vida, preconizar a tolerância, o reconhecimento e a promoção em suas peculiaridades e cenários, bem como a tutela da coexistência de diversidades.

4 ADEQUAÇÃO ENTRE AUTONOMIA E PROTEÇÃO

Retomando o debate em torno do alongamento ósseo de membros de crianças e adolescentes com nanismo, teriam os filhos autonomia para decidir a respeito dessa intervenção médica?

Para enfrentar essa questão, é imperioso estabelecer o equilíbrio entre a autonomia da criança e do adolescente para tomada de decisão – quando tiverem discernimento para exprimir sua vontade – e sua proteção – quando se encontrarem em situação de vulnerabilidade.

Assim, neste capítulo, inicialmente, tecem-se considerações sobre crianças e adolescentes frente ao Regime das Incapacidades. Na segunda seção, fala-se sobre vulnerabilidade, tendo em vista conceituá-la. Por fim, analisa-se a construção da autonomia da criança e do adolescente a partir do avanço da condição de objeto a sujeitos de direitos em formação.

4.1 Crianças e adolescentes frente ao Regime das Incapacidades

Capacidade “é a aptidão inerente a cada pessoa para que possa ser sujeito ativo ou passivo de direitos e obrigações” (FIUZA, 2008, p. 128).

Para o Direito, o conceito de capacidade implica ter direitos (capacidade de gozo) e exercê-los por si só. A capacidade de gozo não é negada a nenhum ser humano; a de exercício é reconhecida aos seres humanos que têm discernimento para tomar decisões e suportar as consequências dessas.

“A capacidade de direito materializa a pessoa, tornando-a sujeito de direito, e a capacidade de fato realiza a pessoa, habilitando-a ao exercício efetivo da subjetividade, ou seja, dos direitos e deveres” (FIUZA; NOGUEIRA, 2017, p. 13).

Portanto, o fato de todos possuírem capacidade de direito não quer dizer que todos possam exercer os atos da vida civil. A capacidade de fato é o poder efetivo que capacita os indivíduos para a prática plena de atos da vida civil (FIUZA, 2008).

As Codificações Civis do ordenamento jurídico brasileiro, vigentes e revogadas, classificam as pessoas naturais em absolutamente incapazes, relativamente incapazes e capazes.

Historicamente, a capacidade de fato é atribuída em razão da idade ou de outros critérios.

No CCB/16, havia a seguinte realidade:

Art. 5º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I – os menores de dezesseis anos;

II – os loucos de todo o gênero;

III – os surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade;

IV – os ausentes, declarados tais por ato do juiz.

Art. 6º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

I – os maiores de dezesseis e os menores de vinte e um anos;

II – os pródigos;

III – os silvícolas.

Art. 7º Supre-se a incapacidade, absoluta ou relativa, pelo modo instituído neste Código, Parte Especial.

[...]

Art. 9º Aos vinte e um anos completos acaba a menoridade, ficando habilitado o indivíduo para todos os atos da vida civil. (BRASIL, 1916).

Como se infere dos dispositivos acima transcritos, a capacidade plena – de direito e de fato – em razão da idade era alcançada aos vinte e um anos. Entre os absolutamente incapazes, encontravam-se os menores de dezesseis anos, os loucos de todo o gênero, os surdos-mudos que não pudessem exprimir sua vontade e os ausentes. Os maiores de dezesseis anos e menores de vinte e um, os pródigos e os silvícolas ocupavam o rol dos relativamente incapazes.

A loucura tornava a pessoa sempre totalmente incapaz de realizar os atos da vida civil, ainda que tivesse qualquer expressão de autonomia. Em decorrência da incapacidade civil, os loucos de todo o gênero eram representados por um curador, que exercia em seu nome os atos da vida civil.

A curatela – ato pela qual se reconhece a incapacidade de alguém – era deferida pelo juiz e dependia de prévia interdição. Amparado por um diagnóstico de loucura, pelo exame pessoal e outras provas dos autos, o juiz poderia se convencer da existência ou inexistência de capacidade civil. A mesma sentença que decretava a interdição nomeava um curador ao incapaz.

Na versão antiga do CCB/02, o critério para definir a incapacidade em razão da saúde mental e de seus graus era a falta de discernimento:

Art. 3º São **absolutamente incapazes** de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

(...)

II – **os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;**

(...)

Art. 4º São **incapazes, relativamente a certos atos**, ou à maneira de os exercer:

(...)

II – os **ébrios habituais**, os **viciados em tóxicos**, e os que, **por deficiência mental**,

tenham o discernimento reduzido; (BRASIL, 1916, grifo nosso).

Além da exclusão de “loucos de todo gênero” do Código de 1916, a incapacidade em razão da saúde mental passou a depender do grau de discernimento para que a pessoa fosse considerada relativamente ou absolutamente incapaz.

Assim, ao contrário do CCB/16, na versão originária da Codificação de 2002, o transtorno mental ou a doença não era suficiente para determinar a incapacidade. Era necessário, também, que a patologia compromettesse o discernimento. Por outro lado, quem, em razão da saúde mental, tivesse o discernimento reduzido, continuava sujeito à interdição, total ou parcial.

Nessa Codificação de 2002, houve, ainda, a redução da maioridade civil para dezoito anos, idade que a pessoa alcança a plena capacidade. Os maiores de dezesseis anos e menores de dezoito, os ébrios, os viciados em tóxicos e os pródigos foram considerados relativamente incapazes:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I – os menores de dezesseis anos;

(...)

III – os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

I – os maiores de dezesseis e os menores de dezoito anos;

(...)

III – os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

IV – os pródigos.

Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil (BRASIL, 2002).

Em data recente, o CC/02 foi alterado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência – EPD (Lei n.º 13.146/15) e tem-se, atualmente, a seguinte redação:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial (BRASIL, 2002).

Conforme se infere dos arts. 3º e 4º acima transcritos, registra-se, alterados pela Lei n.º 13.146/15 (Estatuto da Pessoa com Deficiência – EPD), a única hipótese de incapacidade

absoluta é a decorrente da idade, ou seja, somente os menores de dezesseis anos são absolutamente incapazes para o ordenamento jurídico brasileiro atualmente. Entre os relativamente incapazes, encontram-se os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos, não havendo nenhuma situação alusiva à deficiência.

Com a nova redação, houve a exclusão dos incisos que rotulavam previamente as pessoas com deficiência como incapazes, de modo que elas podem praticar atos da vida civil pessoalmente, sem a necessidade de representação ou assistência.

Ademais, a curatela foi modificada. Ela passou a ser medida protetiva extraordinária, temporária, proporcional ao caso concreto e limitada aos atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial, preservando-se os atos existenciais, relacionados aos direitos da personalidade.

Desse modo, no que diz respeito às crianças e adolescentes, infere-se que a idade de uma pessoa, segundo a lei regente, determina uma redução da sua capacidade de exercício (incapacidade relativa) ou nega essa capacidade (incapacidade absoluta), conforme seja ela maior de dezesseis e menor de dezoito ou menor de dezesseis anos respectivamente.

Em decorrência dessa restrição da capacidade de fato, o menor de idade não tem autonomia plena, uma vez que terá que ser assistido ou representado por uma pessoa nos atos da vida civil, na forma da lei.

De acordo com Cézar Fiuza (2008):

a incapacidade absoluta tem como consequência o simples fato de a pessoa não ter sua vontade levada em consideração. É como se não tivesse vontade própria. Tem, assim, que ser representada por responsável legal em tudo que fizer. É a vontade deste representante que conta.

[...]

As consequências da incapacidade relativa são diferentes da absoluta. Os relativamente incapazes têm sua vontade levada em conta. Em outras palavras, os relativamente incapazes já têm direito de expressar sua vontade, necessitando apenas de pessoa que lhe assista. Assistir a relativamente incapaz é autorizar atos que ele queira praticar.

[...]

Finalmente, temos as pessoas capazes, que são os maiores de 18 anos e os emancipados. Estes possuem, assim como os incapazes, capacidade de direito. Mas, além dela, também possuem a capacidade de fato, que os habilita para o exercício real de todos os atos da vida civil (FIUZA, 2008, p. 129-131).

De forma pragmática, é possível afirmar que o legislador reconheceu que crianças e adolescentes não possuem perfeita compreensão da vida e, por isso, são incapazes de exercer seus direitos direta e pessoalmente. Amparado exclusivamente por um fator natural – a idade –, o legislador atribuiu ao menor de dezoito anos a condição de vulnerável e diminuiu-lhe ou

retirou-lhe a autonomia para a tomada de decisões, conforme condicionou o exercício de seus direitos à assistência ou representação legal.

Nota-se, portanto, que o legislador associou vulnerabilidade advinda da menoridade à incapacidade – falta de aptidão para a prática dos atos da vida civil. É de se notar que tanto os vulneráveis quanto os incapazes estão em posição de desvantagem, ambos reclamando proteção jurídica. No entanto, ao vulnerável não é obstada a prática direta de qualquer ato, gozando ele apenas de proteção na relação jurídica na qual estiver enfraquecido. Por outro lado, a proteção legal dedicada ao incapaz o impede da prática direta de qualquer ato.

Há, portanto, uma falsa identificação entre as duas situações – vulnerabilidade e incapacidade – embora ambas estejam relacionadas com a afetação do discernimento.

Em que pese o CCB/02 ter buscado o alinhamento com a visão constitucional, pretendendo-se mais humanista do que patrimonialista, ao estabelecer a Teoria das Incapacidades fundada em critérios generalizados, acabou por criar uma presunção absoluta a respeito da (in)capacidade para os atos da vida civil.

A consequência é de todo desastrosa, já que, ao retirar de crianças e adolescentes a capacidade para o exercício das liberdades e não liberdades, acabou por excluí-los e invisibilizá-los, porque dependerão que outro decida o que é ou não melhor para eles, mutilando, assim, sua autonomia.

A crítica que se faz é que a lógica da Teoria das Incapacidades, conforme previsto atualmente no CCB/02, pressupõe a exclusão de qualquer terceira hipótese (*tertium non datur*), ou seja, se a pessoa é capaz (A - verdadeiro), então ela não é incapaz (1ª – falso), ou vice-versa (MOUREIRA; SÁ, 2017).

Essa categorização apriorística conduz a um cenário no qual se corre o risco de serem consideradas (i) capazes pessoas que, de fato, são incapazes; (ii) incapazes pessoas que, de fato, são capazes.

No livro intitulado “A Capacidade dos Incapazes”, Maria de Fátima Freire de Sá e Diogo Luna Moureira (2011) contam a história de Paul Schreber, um doente de nervos, classificação dada pelo próprio protagonista.

Os autores narram que Paul Schreber, de família abastada e culta, teve sólida formação cultural, conhecia várias línguas, tocava piano, estudou Direito e galgou vários postos importantes, com promoções sucessivas, sendo nomeado juiz-presidente da Corte de Apelação na cidade de Dresden, aos cinquenta e um anos de idade, em 1893. Na vida pessoal, casou-se e não teve filhos biológicos.

Ainda, segundo Sá e Moureira, aos quarenta e dois anos de idade, Schreber foi

internado pela primeira vez em uma clínica para doenças nervosas, em razão de manifestações delirantes não sistematizadas e duas tentativas de suicídio. A internação durou seis meses.

Quando contava com cinquenta e um anos de idade, logo após a nomeação para o cargo de juiz-presidente da Corte de Apelação, Schreber foi internado pela segunda vez, na cidade de Leipzig. Após seis meses de internação, foi transferido para o Sanatório de Lindenhof, numa curta estadia de quinze dias. Em seguida, foi para o Sanatório Público de Sonnenstein, onde permaneceu por oito anos e meio, com o diagnóstico de *dementia paranoides*, sendo-lhe nomeado curador o presidente do Tribunal de Instância, segundo consta na obra supracitada.

Seguindo a narrativa dos autores, no Sanatório Público de Sonnenstein, Schreber escreveu o livro “Memórias de um Doente de Nervos”, em razão do interesse do juiz em denunciar como irregular sua curatela. Seu objetivo era o levantamento da interdição e a consequente retomada de sua capacidade civil. Schreber não se reconhecia como doente mental porque, segundo ele, sua razão estava intacta. Ele admitia que seu sistema nervoso encontrava-se em um estado patológico, mas defendia que seu intelecto continuava saudável, de sorte que os delírios que tinha não o impediam de gerir sua própria vida.

Em 1902, a Corte de Apelação, lançando mão da expressão “loucura parcial”, reconheceu que a doença de Schreber não prejudicava seus interesses legais, já que seus delírios não o dominavam totalmente, a ponto de privá-lo da capacidade de pensar e refletir em relação a outros setores da vida. Com esse fundamento, a Corte de Apelação revogou a interdição de Schreber, reconheceu sua capacidade e permitiu que ele deixasse o sanatório e voltasse para casa.

Findo o processo judicial, Schreber passou a viver novamente com sua esposa e adotou uma filha de treze anos. Em 1907, após sua esposa ser acometida de uma hemorragia cerebral, o juiz teve uma recaída e voltou a ser internado. Faleceu aos sessenta e nove anos, em 1914.

Nesse contexto, Sá e Moureira questionam se a existência de uma doença mental seria suficiente para uma interdição ou se seria possível outra solução que preservasse a capacidade de agir, na hipótese de a doença não privar totalmente a pessoa de tomar suas próprias decisões.

A obra foi escrita em 2011, muito antes da entrada em vigor do EPD, e Maria de Fátima Freire de Sá e Diogo Luna Moureira já discutiam se seria possível a atribuição de um curador a uma pessoa que não estivesse inteiramente privada da capacidade de agir, mas que encontrasse dificuldades em lidar com alguns interesses, sem que essa atitude (determinação

de curador) importasse no processo de interdição.

O que se infere da obra é que Sá e Moureira buscavam um modelo de proteção, preservativo da capacidade de fato, da pessoa em situação de vulnerabilidade em razão da deficiência. Não à toa o título do livro é “A Capacidade dos Incapazes”.

Esse raciocínio pode ser reproduzido quando se pensa em crianças e adolescentes. Seria possível criar mecanismos de proteção, resguardando a capacidade de fato, que fossem instrumentos de apoio ao exercício da autonomia?

Seria possível pensar uma Teoria das Incapacidades, diferente de um modelo de substituição da vontade, que permitisse a adequação entre proteção e autonomia, afastando-se a ideia de generalização?

Acredita-se que sim, que seja possível transcender essa ideia binária de capacidade *versus* incapacidade no que diz respeito à criança e ao adolescente, a partir da compreensão particularizada da experiência de vida de cada indivíduo.

Por isso, defende-se que crianças e adolescentes não devem ser tratados como incapazes, mas como sujeitos em formação, que conquistam a autonomia de forma gradativa, conforme o crescimento e o amadurecimento, o que deve ser analisado casuisticamente.

Na verdade, faz parte do próprio crescer e do amadurecer a necessidade de se outorgar gradativa autonomia a crianças e adolescentes, que, passo a passo, vão moldando sua personalidade. Tratá-los indistintamente e automaticamente como incapazes e, mais grave ainda, atrelar o nível de capacidade a arbitrários critérios legais de idade significa frustrar esse processo muito mais profundamente envolvido com a vivência e o experimentar, que conduzem à conquista de discernimento, do que com normas gerais e abstratas, articuladas por meio de parâmetros etários (RODRIGUES; TEIXEIRA, 2019, p. 24).

Nesse aspecto, a Codificação Civil argentina mostra-se mais condizente com a realidade, porque associa idade e maturidade para definir a capacidade para o exercício de direitos pelas pessoas menores de dezoito anos, conforme pode ser visto a seguir:

Artículo 24. Personas incapaces de ejercicio

Son incapaces de ejercicio:

- a) la persona por nacer;
- b) la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la Sección 2ª de este Capítulo;
- c) la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión.

Sección 2ª. Persona menor de edad

Artículo 25. Menor de edad y adolescente

Menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años.

Este Código denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió trece años.

Artículo 26. Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad

La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada.

La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona.

Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física.

Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.

A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo (ARGENTINA, 2014).

A Codificação Civil espanhola, embora preveja a maioridade civil aos dezoito anos, impõe aos pais, no exercício da autoridade parental, o dever de ouvir os filhos que tenham maturidade suficiente, antes de tomarem uma decisão que os afete. Ademais, no que diz respeito aos direitos da personalidade, de acordo com o grau de maturidade, os filhos poderão exercê-los por si mesmos.

Artículo 154.

Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores.

La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental.

Esta función comprende los siguientes deberes y facultades:

1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

2.º Representarlos y administrar sus bienes.

Si los hijos tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten.

Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad.

Artículo 162.

Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados.

Se exceptúan:

1.º Los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo.

No obstante, los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia.

2.º Aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo.

3.º Los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres.

Para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales se requiere el previo consentimiento de éste si tuviere suficiente juicio, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 158 (ESPAÑA, 1889).

Nesse cenário, acredita-se que a maturidade possa ser um indicativo de mitigação da vulnerabilidade, a ser aferida no caso concreto, a partir da constatação de que a criança ou o

adolescente tem discernimento – assim entendido como a possibilidade de compreender, analisar e exprimir vontade. Seria, assim, um caminho para a suplantação da incapacidade do menor de idade, prevista na lei brasileira, e a restituição da autonomia solapada pelo legislador.

É imperioso, portanto, compreender a vulnerabilidade do indivíduo e seu reflexo no campo do Direito.

4.2 Vulnerabilidade

Mas afinal, o que é vulnerabilidade?

Em sua raiz etimológica, a palavra “vulnerabilidade” refere-se ao indivíduo que luta contra as feridas ou doenças de ordem física. Em decorrência disso, a palavra “vulnerabilidade” assume também conotação farmacêutica, para designar um remédio para tais feridas ou doenças (MELKEVIK, 2017).

Ainda, segundo Bjarne Melkevik (2017), em sentido contemporâneo, o adjetivo “vulnerável” pode qualificar aquele que pode ser ferido, afetado, atingido por um mal físico, bem como pode exprimir a qualidade daquele que pode ser facilmente atingido, abstrata ou moralmente, ou aquele que mal se defende.

Ademais, o conceito de vulnerabilidade pode ser aplicado a um indivíduo em particular, a um grupo de indivíduos, a uma situação atual e a uma situação potencial.

Com alguma recorrência, vulnerabilidade é sinonimizada como fragilidade ou fraqueza, consequência da preocupação com a proteção aos fracos, passando pela assistência aos pequenos e pela luta contra os mais fortes. Nessa concepção, as vulnerabilidades são tidas como qualidades dos mais fracos, dos pequenos e dos desvalidos ou desenganados pela sorte, que merecem assistência, tornando-se algo quase indesejável (NOGUEIRA; SOUZA, 2019).

Todavia, o adjetivo “vulnerável” deve ser empregado para qualificar uma pessoa que se encontra em uma posição ou situação de vulnerabilidade, em razão de uma oposição, física ou moral, que a torna mais frágil do que ela normalmente é ou deveria ser.

A nosso sentir, a definição de vulnerabilidade deve ser fomentada a partir de orientações normativas mais abrangentes e gerais, que não se engessam em predeterminações legislativas, ou mesmo em minorias.

[...]

A identificação da vulnerabilidade em sede de Direito Civil pressupõe compreender situações do mundo da vida em que a autodeterminação se frustra, indeterminando o indivíduo que deve ser tratado como interlocutor.

[...] Os vulneráveis são aqueles que possuem restrições participativas na autodeterminação como interlocutores nas relações jurídicas e situações jurídicas nas

quais se posicionam nos polos subjetivos.

[...]

Assim, a identificação da vulnerabilidade no Direito Civil não se dá *ex ante*, mas pressupõe a análise da possibilidade participativa da pessoa no processo de autodeterminação.

Identificada a vulnerabilidade, é necessário assegurar reconhecimento, de modo a permitir que todos possam assumir as coordenadas da própria personalidade (MOUREIRA; SÁ, 2017, p. 2-3).

É importante conceber a vulnerabilidade relacionada às circunstâncias, à situação que se está analisando. A proposta é que não se perquiria vulnerabilidade fora de contexto, já que ela não deve ser compreendida como um rótulo aplicável indiscriminadamente.

Florencia Luna usa a metáfora das capas para explicar uma concepção flexível de vulnerabilidade:

[...] La vulnerabilidad debería ser pensada mediante la idea de capas. La metáfora de las capas nos da la idea de algo más “flexible”, algo que puede ser múltiple y diferente, y que puede ser removido de uno en uno, capa por capa. No hay una “sólida y única vulnerabilidad” que agote la categoría, pueden haber diferentes vulnerabilidades, diferentes capas operando. Estas capas pueden superponerse y algunas pueden estar relacionadas con problemas del consentimiento informado, mientras que otras lo estarán con las circunstancias sociales (LUNA, 2008. p. 7-8).

Por isso, a melhor maneira de empregar o termo “vulnerabilidade” é afirmando que a pessoa está vulnerável ao invés de dizer que ela é vulnerável.

Não se nega que a vulnerabilidade é inerente à condição humana, já que todos têm um ponto fraco, um calcanhar de Aquiles. Assim é que todo sujeito de direito é, antes de tudo, um indivíduo vulnerável, porque humano. A vulnerabilidade compreendida dessa forma não pode jamais ser evacuada, suprimida ou apagada da concepção da existência humana. Ela continua a ser um elemento fundamental da condição humana e só se pode escapar dela pela morte (MELKEVIK, 2017).

É de grande valia para a compreensão da questão a distinção entre vulnerabilidade primária e vulnerabilidade secundária:

A vulnerabilidade primária seria a condição inerente ao próprio ser humano, pois basta que esteja vivo para que seja suscetível a sofrer danos. Por outro lado, a vulnerabilidade secundária seria uma característica apresentada por determinados indivíduos expostos a situações desfavoráveis ou de privação que ensejariam o agravamento da vulnerabilidade e a limitação da sua capacidade de resistir a influências externas (ALEGRIA; ARAÚJO, 2018, p. 225).

Com efeito, a vulnerabilidade não possui um modelo fixo e predeterminado e deve ser identificada na situação concreta, mediante a análise da possibilidade participativa da pessoa

no processo de autodeterminação. Se a autodeterminação se frustra, indeterminando o indivíduo, identificada está a vulnerabilidade (MOUREIRA; SÁ, 2017).

Acrescentam Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem que a noção de vulnerabilidade é flexível e não consolidada, em decorrência dos traços de subjetividade que a caracterizam:

Poderíamos afirmar, assim, que a vulnerabilidade é mais um **estado da pessoa**, um estado inerente de risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificado no mercado, é uma **situação permanente ou provisória**, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direito, desequilibrando a relação (MARQUES; MIRAGEM, 2012, p. 117, grifo nosso).

Ademais, a vulnerabilidade é um fenômeno amplo, transversal, que não se circunscreve a ramo específico do Direito e aceita nuances de subjetividade (FIUZA; NOGUEIRA; SILVA, 2016).

De acordo com Ana Thereza Meireles Araújo e Livia Alegria,

a vulnerabilidade, pois, não pode ser reduzida a um conceito uníssono. É necessária a apropriação de **diversas informações** que se apresentam a partir também de **múltiplos contextos**. Tal demanda acentua a dificuldade em admitir a vulnerabilidade como um pressuposto aferível para o Direito. Identificá-la é considerar os elementos subjetivos de difícil absorção pelos comandos normativos. Isso, no entanto, não justifica a defesa de que não é possível contemplar a vulnerabilidade como um pressuposto a ser considerado no desenvolvimento das relações jurídicas e no deslinde dos possíveis conflitos. A vulnerabilidade passa então a ser uma realidade constante nas relações humanas e passa a ser absorvida pelos estudos científicos como uma premissa para a garantia de proteção aos direitos da pessoa (ALEGRIA; ARAÚJO, 2019, p. 80, grifo nosso).

As vulnerabilidades são diversas e aferíveis no contexto da dinâmica social, devem servir para viabilizar iniciativas de tutela adequada ao Direito, responsável por promover a desocultação de subjetividades e a ruptura de barreiras à inclusão e, em última análise, à autonomia (KONDER, 2015).

Nessa perspectiva, a vulnerabilidade é um estado que reduz a capacidade de autodeterminação a ser verificada no caso concreto. Somente se aferida, casuisticamente, a vulnerabilidade, é que será imperiosa a aplicação do regime protetivo, afinal

tão importante quanto aferir e admitir a vulnerabilidade nos casos em que ela se verifica para a consecução do processo de inclusão e desenvolvimento humano é afastá-la quando inexistente no caso concreto, para evitar que discrepâncias sejam implementadas pelo Poder Judiciário, em flagrante desserviço ao Direito (FIUZA; NOGUEIRA; SILVA, 2016, p. 168).

São, pois, as vulnerabilidades determinantes do exercício das liberdades e não

liberdades e potencializam as medidas de proteção e promoção das pessoas. Dessa forma, não há que se falar em tutela protetiva se a criança ou o adolescente, no caso concreto, não se encontra em uma situação de desequilíbrio, apresentando condições de compreender e exprimir sua vontade em determinada situação ou relação jurídica. A mitigação da vulnerabilidade torna injustificável a incidência de qualquer regra de proteção, devendo ser privilegiado o exercício da autonomia.

4.3 Autonomia da criança e do adolescente: uma construção a partir do avanço da condição de objeto a sujeitos de direitos em formação

Até o século XIX, crianças e adolescentes eram tratados como seres sem relevância.

Essa indiferença era decorrente do alto índice de mortalidade precoce da época. Nessa primeira fase,

a criança e o adolescente eram tratados como seres “engraçadinhos”, “bichinhos de estimação” desprovidos de personalidade, cuja serventia era, tão somente, distrair os adultos. Este tratamento (sic) advinha, na maioria das vezes, da costumeira e decorrente morte prematura predominante àquela época. Um dos comportamentos sociais que contribuíam com esta morte precoce era o descuido com a saúde física e higiênica (JOSÉ, LIMA; POLI, 2017, p. 318).

De seres irrelevantes, na primeira metade do século XX, a criança e o adolescente passaram a ser vistos como objeto de tutela paterna ou estatal e não como sujeitos detentores de direitos subjetivos porque eram considerados seres imperfeitos, em fase de desenvolvimento, os quais necessitavam de proteção e cuidado.

Os direitos legais da criança e do adolescente eram considerados autênticos direitos reflexos do interesse paterno ou social. Não havia, portanto, a preocupação em fazer com que esses indivíduos exercessem, ainda que de forma diminuta, a sua autonomia privada (JOSÉ, LIMA; POLI, 2017).

Somente na segunda metade do século XX, a criança e o adolescente passaram a ter a importância e a proteção que realmente necessitam e merecem. Tornaram-se alvo de amparo integral e prioritário e, em decorrência, foram reconhecidos como agentes sociais.

De meros sujeitos passivos, objeto de decisões de outrem, sem qualquer capacidade para influenciar a condução da sua vida, crianças e adolescentes passaram a ser vistos como sujeitos de direitos, dotados de uma progressiva autonomia no exercício de seus direitos em função da sua idade, maturidade e desenvolvimento das suas capacidades. “Concretizou-se a ideia de que as crianças e adolescentes são sujeitos de direitos e titulares de garantias

fundamentais, conferindo-lhes, indistintamente, proteção prioritária, vedando qualquer forma de discriminação” (JOSÉ, LIMA; POLI, 2017, p. 324).

No plano internacional, o marco normativo do reconhecimento da criança e do adolescente enquanto sujeitos de direitos se deu a partir da Declaração dos Direitos da Criança (NOVA IORQUE, 1959), seguida da Convenção sobre Direitos da Criança – CDC (NOVA IORQUE, 1989), que estabeleceu um rol amplo de direitos que traduz uma perspectiva centrada na criança.

A CDC considera criança todo ser humano menor de dezoito anos e a define como “pessoa com habilidades em evolução e que, apesar de sua autodeterminação não ser completamente articulada, em razão de sua imaturidade e dependência, não é inexistente, antes, merece ser reconhecida e valorizada” (ALBUQUERQUE, ELE, 2019, p. 5).

Em linhas gerais, a CDC assegura a primazia do melhor interesse da criança; a participação da criança em decisões que afetam seu próprio destino; a proteção contra discriminação e todas as formas de exploração e abandono; a prevenção contra danos; a prestação de assistência visando ao atendimento de suas necessidades básicas.

No que diz respeito à autonomia da criança e do adolescente, a CDC, no art. 12, item 1, estabelece que a criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos terá o direito de expressar suas opiniões livremente, levando em consideração essas opiniões em função da idade e da maturidade. O item 2, por sua vez, acrescenta que a criança terá o direito de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo.

O Brasil subscreveu e ratificou a CDC em 1990, por meio do Decreto n.º 99.710 (BRASIL, 1990b). Mas, antes disso, com a CRFB/88, concretizou-se a ideia de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos e titulares de garantias fundamentais e consagrou-se a doutrina da Proteção Integral, delineada no ECA.

Assim é que, antes mesmo da ratificação da CDC pelo Brasil, já havia sido reconfigurada a visão sobre a criança e o adolescente, que passaram a ser considerados sujeitos de direitos na ordem jurídica brasileira.

Destaca-se o art. 15 do ECA, no qual o legislador salienta que criança e adolescente são sujeitos de direitos, assegurando-lhes o direito à liberdade, ao respeito, à dignidade como pessoas em processo de desenvolvimento. Por seu turno, o art. 16 disciplina o direito da criança e do adolescente à liberdade de expressão e opinião.

Uma vez que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos em formação, é imperioso reconhecer que eles, em maior ou menor grau, a depender da situação concreta, têm autonomia para tomada de decisões.

Nesse sentido, “não há como negar a existência de um direito de participação da criança e do adolescente em processos decisórios, nos assuntos que lhe digam respeito” (LIMA; SÁ, 2019, p. 20), participação essa que deve ser entendida não apenas no sentido de tomar parte, mas como garantia de um exercício ativo na condução da própria vida.

No contexto do Estado Democrático de Direito²⁸ – visão do ser humano como pessoa dotada de dignidade –, a autonomia privada assegura ao indivíduo o exercício autônomo de escolha das próprias condutas, no entanto essa opção só pode ser exercida diante do outro e em consideração ao outro.

Ao se promover a dignidade, deve-se pensar no outro, no concidadão, que não pode ser prejudicado, que deve ser, também, promovido nessas relações (FIUZA, NOGUEIRA, 2014).

A autonomia privada, ao mesmo tempo em que assegura à pessoa a autodeterminação para assumir decisões, também a condiciona ao respeito, à dignidade e à liberdade das demais pessoas (FIUZA, 2008).

Em outras palavras, a autonomia a que se faz referência aqui diz respeito à capacidade que tem um indivíduo de forjar, ele mesmo, sua própria normatividade em função daquilo que ele considera que deve orientar sua vida, o que significa, portanto, um processo de construção de consciência. Assim, a autonomia se manifesta na lucidez e se confirma, acima de tudo, nas deliberações que emanam de um indivíduo e o levam a determinar a conduta apropriada para o que ele considera ser uma vida justa e boa. Portanto, sobre esse plano da consciência, ele pode se tornar responsável para com ele mesmo e para com os outros (MELKEVIK, 2017).

Nessa perspectiva, “sujeito autônomo é aquele que, sendo influenciado por aspectos intrínsecos ou extrínsecos – como a família, a religião, o posicionamento político –, opta por agir de determinada forma, já que possui opções e liberdade de escolha” (ALEGRIA; ARAJÚJO, 2018, p. 224).

À medida que a criança e o adolescente vão desenvolvendo seu discernimento – é preciso identificar, no caso concreto, se são suficientemente maduros para tomar uma decisão responsável –, é imperioso o reconhecimento da conquista da autonomia para que eles possam fazer suas escolhas.

28 O Estado Democrático de Direito supera o Estado Social e o Estado Liberal, para almejar a realização, democraticamente, de uma sociedade justa, solidária e plural, na qual a pessoa humana possa se realizar, não somente em sua dignidade e intimidade, mas também, enquanto inserida no grupo social, para participá-la dos processos decisórios e de produção do Direito, viabilizando o pleno exercício dos direitos e garantias constitucionalmente assegurados. Estabelecem-se novos modelos jurídicos que privilegiam esses objetivos (NOGUEIRA; SOUZA, 2019).

Tem-se discernimento quando as faculdades mentais permitem a autodeterminação, a consciência das opções a serem tomadas. Se há discernimento, há capacidade para conhecer e exercer as liberdades ou não liberdades admitidas em Direito (hoje se fala em atos da vida civil). Se não há discernimento, não é possível conhecer e exercer as liberdades e não liberdades (SOUZA, 2016, p. 366-367).

A constatação do discernimento e, por corolário, o reconhecimento da autonomia há de ser feito em situação concreta. Haverá casos nos quais a criança ou o adolescente terá maturidade suficiente para a tomada de decisão. Em outra situação, pode ser que eles estejam totalmente despreparados para elaborar uma opinião, quanto mais expressá-la (LIMA; SÁ, 2019).

Esse amadurecimento psicológico para a tomada de decisão não tem ligação exclusiva com a idade, mas com a experiência e a vivência de cada indivíduo.

Afinal, como explicar que o menor durma incapaz e acorde capaz? Embora sejam necessários critérios objetivos quanto ao estabelecimento da capacidade de fato, soa estranho que, em um dia, a pessoa não esteja apta a dar seu consentimento e, no outro, quando completar a maioridade, ela esteja capaz. Por determinação legal, o processo de amadurecimento do menor é praticamente ignorado, atribuindo-lhe praticamente de uma só vez e inteiramente a capacidade de fato (RODRIGUES; TEIXEIRA, 2019, p. 27).

Deveras, a autonomia não pode ser pensada em bloco, porque ela se confirma como uma aptidão cognitiva pessoal e, portanto, deve ser avaliada subjetivamente pelo indivíduo em questão.

Admitir, numa situação concreta, que uma criança ou um adolescente tem discernimento e que, portanto, tem maturidade para a tomada de decisões é reconhecê-lo como pessoa, bem como promovê-lo em sua dignidade.

Ser pessoa não é algo dado, mas, sim, construído. O processo de construção de si mesmo se dá a partir da interação com o outro, em um constante processo de reconhecimento. Para assumir uma identidade, um horizonte dentro do qual a pessoa seja capaz de livremente tomar uma posição, a autodeterminação e a autoafirmação são necessárias. A frustração desse reconhecimento obsta a realização da pessoalidade, dando azo à patologia de indeterminação individual (MOUREIRA; SÁ, 2017).

Qualquer impedimento à realização da vontade livre na sociedade moderna, seja a sua incompletude ou a sua insuficiência, leva ao sofrimento de indeterminação, ou seja, uma patologia de fundamentação normativa, capaz de desestabilizar o projeto de direito garantidor de iguais liberdades. Apenas no âmbito da convivência de pessoas livres, capazes de querer e de agir, é que a autorrealização e o reconhecimento se tornam possíveis, pois apenas na

eticidade é que se verifica o reconhecimento da alteridade. Na eticidade é que o reconhecimento do outro enquanto outro se realiza, sendo que esse processo, necessariamente, passa pela afirmação do próprio eu. A superação do sofrimento de indeterminação requer que seja assegurado a todos liberdades em igual medida (MOUREIRA; SÁ, 2017).

Ao Direito cumpre o papel de efetivar a autorrealização ou possibilitar sua efetivação num contexto intersubjetivo de convivência, sem fomentar a indeterminação. Quaisquer tentativas de elidir as possibilidades de manifestação da vontade livre ou mesmo criar empecilhos para a autodeterminação das pessoas comprometem a liberdade individual igual de todos os sujeitos (MOUREIRA; SÁ, 2017).

Nesse sentido, ainda que crianças e adolescentes continuem a exigir o cuidado, a proteção e a assistência condizentes com sua idade e grau de desenvolvimento, é indispensável reconhecer que nem sempre estarão vulneráveis, posto que o discernimento poderá conferir-lhes autonomia para a tomada de decisões relacionadas à sua própria identidade, ainda que contrárias aos interesses e desejos dos pais.

Reconhecer o direito ao exercício da autonomia privada por crianças e adolescentes é assegurar-lhes liberdade de se construírem como pessoa, impedindo a instauração jurídica da patologia de indeterminação.

A esse respeito,

crianças e adolescentes são pessoas em formação, em processo de construção de autonomia, o que implica no (sic) desenvolvimento gradual de uma pessoa dotada de discernimento, apta, autônoma e responsável para assumir consequências advindas de seus próprios atos no contexto intersubjetivo de convivência. Portanto, estabelecer critérios vinculados estritamente à faixa etária, desconsiderando o contínuo processo de desenvolvimento da criança e do adolescente, considerando-os incapazes, pode significar um óbice ao livre desenvolvimento da personalidade (MOUREIRA; SÁ, 2017, p. 7).

No caso da cirurgia para alongamento ósseo em crianças e adolescentes com nanismo, a discussão ganha relevo na medida em que, como já enunciado, para melhor eficácia do tratamento, é importante que ele se inicie na idade de aceleração do crescimento, entre o final da infância e o início da adolescência.

Um executivo da organização “Pequenas Pessoas da América” defendeu que seria necessário esperar uma idade em que se pudesse ter um diálogo aberto e amplo com o indivíduo que vai se submeter ao tratamento, com o auxílio de psicólogo, para que ele decida o que é melhor para si mesmo (SOLOMON, 2013).

Mas esse argumento implica adiar a cirurgia e comprometer sua eficácia, já que a

criança e o adolescente podem não ter maturidade suficiente para tomar uma decisão responsável aos oito ou nove anos.

Na idade adequada para a eficácia da cirurgia de alongamento ósseo, duas situações podem se desenhar.

Em uma delas, a criança e o adolescente não têm o discernimento para compreender a complexidade da situação em que se encontram e decidir sobre ela. Nessa hipótese, patente será sua vulnerabilidade e o comprometimento de sua autonomia, de forma que caberá aos pais decidir entre fazer e não fazer a cirurgia de alongamento, os quais deverão atentar para o melhor interesse da criança e do adolescente, bom como para a preservação de sua autonomia futura.

De fato, se a criança ou o adolescente, à época adequada para a realização da cirurgia, não tiver discernimento para compreender a complexidade da situação e decidir sobre ela, a decisão será dos pais, de acordo com o melhor interesse do filho, conforme a situação a seguir descrita:

Minha filha odiava ser anã. Ela apontava para os anões que introduzimos em casa, pessoas adoráveis, e dizia: “prefiro morrer a ser como essa gente. Eles são uma aberração. Eu os odeio”. Ela não queria fazer parte do mundo deles. Nós nos esforçamos muito para torná-lo agradável a ela. Ela está feliz por ter feito a cirurgia (confissões de uma mãe que decidiu submeter a filha ao tratamento de alongamento dos ossos) (SOLOMON, 2013, p. 198).

Num segundo cenário, a criança ou o adolescente é suficientemente maduro para compreender as consequências da cirurgia de alongamento ósseo e ponderar o que é mais importante para sua vida.

Em situações dessa natureza, por apresentar maturidade psicológica, a vontade da criança ou do adolescente deve prevalecer, por não se encontrar em uma situação de vulnerabilidade.

Reforçando o entendimento, quando apurado, no caso concreto, que a criança ou o adolescente tem discernimento suficiente para a prática responsável do ato, em defesa do exercício de sua autonomia, sua vontade deve ser respeitada.

Deveras, a progressiva autonomia dos filhos fixará os limites do exercício da autoridade parental. “A função protetora dos pais para com os filhos deve ser inversamente proporcional ao seu desenvolvimento físico, intelectual e psíquico” (RODRIGUES; TEIXEIRA, 2019, p. 30).

A respeito da harmonização entre autoridade parental e exercício da autonomia pelos

filhos:

o encargo dos pais é reger a formação dos menores, não se esquecendo, porém, de que a decisão sobre temas para os quais já tenham adequado discernimento há de ser deixada a estes últimos. Imprescindível (sic) que os pais resistam à tentativa de fazer, pelos filhos, o julgamento das opções de vida e, ainda, a eleição de qualquer delas. Isso jamais corresponderia ao fomento da liberdade e da responsabilidade; ao revés, equivaleria à sua aniquilação. Em última instância: os menores tornaram-se os sujeitos em questão, ocupando o lugar de destaque nessa relação parental enquanto sujeitos promotores do seu próprio processo de constituição pessoal. O berço lhes confere a existência, mas a vida há de ser obra deles mesmos. Os pais hão de respeitar esse espaço (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p. 449).

Por fim, de acordo com o processo de maturação da vida e com as circunstâncias específicas de cada caso, à criança e ao adolescente deve ser resguardado o exercício de sua autonomia. A superação da incapacidade civil, definida pelo Código Civil, a partir de um critério exclusivamente etário, é possível mediante o reconhecimento da mitigação da situação de vulnerabilidade, extraída da presença do discernimento.

A vulnerabilidade será, pois, o vetor de modulação da autonomia da criança e do adolescente. Quanto menor aquela, maior será a capacidade de se alcançar esta.

5 CONCLUSÃO

Até o século XIX, crianças e adolescentes eram tratados como seres sem relevância. De seres irrelevantes, na primeira metade do século XX, passaram a ser vistos como objeto de tutela paterna ou estatal. Somente na segunda metade do século XX, passaram a ter a importância e a proteção que realmente necessitam e merecem.

Com a CRF/88 e, também, com a consagração da doutrina da Proteção Integral delineada no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), a visão sobre a criança e o adolescente mudou. De meros sujeitos passivos, objeto de decisões de outrem, sem qualquer capacidade para influenciar a condução da sua vida, passaram a ser vistos como sujeitos de direitos, dotados de uma progressiva autonomia no exercício de seus direitos em função da sua idade, maturidade e desenvolvimento das suas capacidades.

A partir da Magna Carta, a relação entre pais e filhos também passou por mudanças, de forma que a autoridade parental deixou de ser um direito sobre a pessoa e os bens dos filhos e transformou-se em um *mínus*, a ser exercido em consonância com o seu melhor interesse.

Com efeito, na atualidade, o exercício da autoridade parental requer, além de cuidado, proteção, educação, sustento, guarda, compromisso de auxiliar os filhos na construção da personalidade e a se tornarem aptos a responder por suas vidas.

Por isso, a autoridade parental sempre deverá ser exercida em prol do melhor interesse dos filhos, de forma dialética e dialógica, pautada no respeito e na compreensão mútua.

A preponderância dos interesses do filho sobre os direitos dos pais fez com que a autoridade parental assumisse uma nova feição: tornou-se instrumento de exercício dos direitos fundamentais do filho.

Respeitar os direitos fundamentais da criança e do adolescente, bem como respeitar sua singularidade e autonomia, de acordo com cada fase do seu desenvolvimento, são formas de promoção de seu melhor interesse.

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente é uma garantia de efetivação dos direitos fundamentais a eles conferidos diante do caso concreto, uma vez ser impossível delimitar seu conteúdo, *a priori*. Deveras, a concretização de qual o melhor interesse da criança ou do adolescente só será possível diante da análise das particularidades da situação.

Como o interesse dos pais passou a estar condicionado ao interesse dos filhos, não lhes cabe tomar decisões arbitrárias.

No entanto, muitas vezes, é difícil distinguir entre o que seria ajudar os filhos a formularem a própria história e o que seria submetê-los à história projetada pelos pais. Assim, um dos grandes desafios do exercício da autoridade parental, notadamente no que diz respeito à promoção dos filhos em direção à autonomia, é encontrar o equilíbrio entre cuidar e emancipar.

O desafio pode tornar-se ainda maior quando se trata das manifestações das identidades horizontais dos filhos – aquelas integradas por características inatas ou adquiridas, que são estranhas aos pais e, muitas vezes, contrárias aos seus ideais e interesses. Essas identidades podem ainda ser reforçadas e sedimentadas por meio da convivência com um grupo de iguais.

As naturais diferenças entre pais e filhos são, muitas vezes, absorvidas pelos genitores com preconceito, como se representassem afronta, desrespeito e inadequação aos seus ensinamentos e à “normalidade” por eles esperada.

Da ótica da Psicanálise, é possível compreender essa rejeição a partir da concepção freudiana de narcisismo.

O narcisista ama o que é, o que foi, o que gostaria de ser ou a pessoa que fez parte de si. Essa autoestima do Eu denota um mecanismo mental de defesa contra ideias que sejam incompatíveis com o Eu – recalque. O narciso constrói em si um ideal e “acha feio o que não é espelho”.

Ademais, o pensamento e o comportamento humano hegemônicos da atualidade, de rejeição às diversidades, evidenciam a presença da colonialidade do poder na modernidade.

O projeto moderno é um projeto narcisista, fruto da construção hegemônica europeia, que expulsa o outro diferente e uniformiza o menos diferente. Na lógica moderna, tudo precisa ser uniformizado, a diferença e a diversidade devem ser ocultadas.

No caso de indivíduos com nanismo – doença genética que causa deficiência no crescimento –, infelizmente, a percepção não é diferente. A descoberta dos pais a respeito da chegada de um filho com nanismo costuma despertar olhares de reprovação, indiferença, desprezo e ironia, tornando extremamente penosa a identidade do indivíduo com nanismo como ser humano.

Não é demais lembrar que os filhos, por mais diferentes que se apresentem relativamente às expectativas e anseios dos pais, não podem ser reduzidos a meros objetos, alvos de intervenções várias que visem a aniquilar sua individualidade e, por vezes, sua autonomia.

Em um cenário de diversidades, no qual está presente a identidade vertical e horizontal

de criança ou adolescente, causam preocupação os limites que devem ser impostos aos pais no exercício da autoridade parental, já que, no caso de pessoas em processo de desenvolvimento, impedir ou obstaculizar a expressão de sua verdadeira identidade pessoal viola a cláusula geral da dignidade e, por certo, a realização plena de todos os seus direitos de personalidade.

No caso da criança e do adolescente com nanismo, acredita-se ser possível pensar uma Teoria das Incapacidades, no que diz respeito ao critério etário, diferente de um modelo de substituição da vontade, que permita a adequação entre proteção e autonomia, afastando-se a ideia de generalização.

Defende-se que é possível transcender essa ideia binária de capacidade *versus* incapacidade, fulcrada somente na idade, no que diz respeito à criança e ao adolescente, a partir da compreensão particularizada da experiência de vida de cada indivíduo.

Nesse sentido, uma vez que a vulnerabilidade não possui um modelo fixo e predeterminado e deve ser identificada na situação concreta – mediante a análise da possibilidade participativa da pessoa no processo de autodeterminação –, crianças e adolescentes não devem ser tratados como incapazes, mas como sujeitos em formação, que conquistam a autonomia de forma gradativa, conforme o crescimento e o amadurecimento, a ser analisado casuisticamente.

Pode, pois, a maturidade ser um indicativo de mitigação da vulnerabilidade, a partir da constatação de que a criança ou o adolescente tem discernimento – assim entendido como a possibilidade de compreender, analisar e exprimir vontade. Seria, assim, um caminho para a suplantação da incapacidade do menor de idade, prevista na lei brasileira, e a restituição da autonomia solapada pelo legislador.

À medida que a criança e o adolescente vão desenvolvendo seu discernimento, é imperioso o reconhecimento da conquista da autonomia para fazer suas escolhas, ainda que contrárias aos interesses e desejos dos pais.

Reconhecer que crianças e adolescentes com nanismo têm autonomia para decidir a respeito da realização de cirurgia de alongamento ósseo é assegurar-lhes liberdade de se construírem como pessoa, promovê-los em sua dignidade e impedir a instauração jurídica da patologia de indeterminação, o que não significa dizer que a sua expressão de vontade deve ser aceita de plano. Há momentos em que a vontade poderá não ser válida; há momentos em que a expressão do discernimento deverá ser analisada conjuntamente com as argumentações dos responsáveis e poderá acontecer de o discernimento ser bastante amplo, cabendo aos pais, apenas, apoiar a decisão.

A vulnerabilidade é um vetor de modulação da autonomia da criança e do adolescente

e, casuisticamente, é possível aferir, com o auxílio de um estudo multidisciplinar, se eles possuem o discernimento necessário para a tomada de decisões. Outrossim, o melhor interesse da criança ou do adolescente funcionará como baliza ao exercício da autoridade parental pelos genitores, permitindo a preservação das diversidades.

REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Aline; ELE, Kalline. Direito à participação da criança nos cuidados em saúde sob a perspectiva dos direitos humanos dos pacientes. **Revista Iberoamericana de Bioética**, n. 09, 2019, p. 1-15.
- ALEGRIA, Livia. ARAÚJO, Ana Thereza Meireles. A conformação protetiva dos direitos fundamentais em pesquisas científicas com seres humanos: um olhar face aos fundamentos autonomia e vulnerabilidade. **Cadernos Ibero-Americanos (sic) de Direito Sanitário**, Brasília: v. 7, n. 2, p. 215-238, abr./jun. 2018.
- ALEGRIA, Livia. ARAÚJO, Ana Thereza Meireles. A vulnerabilidade social dos sujeitos HIV positivo: a alteridade como fundamento para a mitigação do estigma. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, Belo Horizonte: n. 37, p. 77-93, jan./abr. 2019.
- ALEXANDRE, Laurent. **A morte da morte**: como a Medicina Biotecnológica vai transformar profundamente a humanidade. Barueri: Manole, 2018.
- ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito Civil – Famílias**. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.
- ARGENTINA. **Lei n. 26.061 de 26 de outubro de 2005**. Lei de Proteção Integral dos Direitos da Criança e do Adolescente. Buenos Aires, 26 out. 2005. Disponível em: http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi_normativa/argentina_ley_nro_26061_2005.pdf. Acesso em: 29 ago. 2020.
- ARGENTINA. **Códigos Código Civil y Comercial de la Nación**. 1. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2014. Disponível em: http://www.sajj.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf. Acesso em: 14 abr. 2020.
- BAHIA, Alexandre Melo Franco de; BARTH, Rochelle Cardoso. Cotas femininas nos parlamentos: uma discussão sobre o papel da mulher na política e no mercado. In: **Ética, direitos humanos e meio ambiente**: reflexões e pista para uma educação cidadã responsável e pacífica. CALGARO, Cleide; NODARI, Paulo César; SÍVERES, Luiz. Caxias do Sul: Educs, 2017, p. 67-82.
- BARBOZA, Heloísa Helena. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. In: **A família na travessia do milênio**. Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Belo Horizonte: IBDFAM: OAB-MG: Del Rey, 2000.
- BITTAR, Carlos Alberto (Org.). **O Direito de Família e a Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989.
- BRASIL. **[Constituição de 1988]**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 16. Mar. 2020.

BRASIL. **Decreto de 31 de outubro de 1831**. Autoriza credito para as despesas militares da Província do Espírito Santo, no anno financeiro de 1831-1832. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [2020]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/doimperio/colecao3.html>. Acesso em: 13 mar. 2020.

BRASIL. **Decreto Legislativo n. 186, 09 jul. 2008**. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/CONGRESSO/DLG/DLG-186-2008.htm. Acesso em: 26 mai. 2020.

BRASIL. **Decreto Legislativo n. 6.949, 25 ago. 2009**. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 26 mai. 2020.

BRASIL. **Decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890**. Promulga a lei sobre o casamento civil. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, [2020]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-181-24-janeiro-1890-507282-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 03 abr. 2020.

BRASIL. **Decreto n. 99.710, 21 nov. 1990**. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em: 26 jun. 2020.

BRASIL. [**Código Penal (1940)**]. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Brasília, DF, Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 17 set. 2020.

BRASIL. [**Código Civil (2002)**]. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 17 out. 2020

BRASIL. [**Estatuto da Pessoa com Deficiência (2015)**]. Lei n. 13.146, 6 jul. 2015. Brasília, DF: Presidência da República [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm. Acesso em: 31 mai. 2020.

BRASIL. [**Código Civil (1916)**]. Lei n. 3.071, de 01 jan. de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 16 mar. 2020.

BRASIL. **Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962**. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Brasília, DF: Presidência da República [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L4121.htm. Acesso em: 05 set. 2019.

BRASIL. [Estatuto da Criança e Adolescente (1990)]. Lei n. 8069, 13 jul. 1990. Dispõe sobre o ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 26 jun. 2020.

BRASIL. [Código de Processo Civil (2015)]. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília, DF: Presidência da República [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 26 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). REsp 1.074.937/MA. Recurso especial. Desistência. Superveniência de acordo entre as partes. Incidência do art. 34, ix, do ristj. Extinção do procedimento recursal nos termos do art. 501 do cpc. Recurso prejudicado. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 06 maio 2010. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF: 07 jul. 2010. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=REsp+1.074.937&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 26 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). REsp 299.048/SP. Civil e processual. Acórdão. Omissão não configurada. Ação de indenização. Relator: Min. Aldir Passarinho Junior, 21 jun. 2001. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF: 03 set. 2001. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200100024742&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 26 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 143.641/SP. Relator: Min, Ricardo Lewandowski, 23 mar. 2020. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF: n. 247, 20 nov. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5183497>. Acesso em: 29 jun. 2020.

BRUSCATO, Wilges. Há espaço para a dignidade humana no Direito Empresarial? Uma contribuição brasileira. In: SÁ, Maria de Fátima Freire; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto; SCHETTINI, Beatriz. (Org.). **Novos Direitos Privados**. Belo Horizonte: Arraes, 2016, p. 214-239.

CARVALHO, Luiz Henrique Milaré de. A proteção da dignidade humana das pessoas com nanismo: a empatia como superação de adversidades. **Revista São Luís Orione**. Araguaína: v. 2, n. 13, p. 27-38, 2018.

CHOERI, Raul Cleber da Silva. **O direito à identidade na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro, Renovar, 2010.

COLLUCI, Camila Fernando Pinsinato. **Princípio do melhor interesse da criança: construção teórica e aplicação prática no Direito brasileiro**. 2014. 261f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Paulo, 2014.

COSTA, Everaldo Batista. Utopismos patrimoniais pela América Latina, resistências à

colonialidade do poder. *In: XIV Coloquio Internacional de Geocrítica Las utopías y la construcción de la sociedad del futuro Barcelona*, 2-7 de mayo de 2016. Disponível em: http://www.ub.edu/geocrit/xiv_everaldocosta.pdf. Acesso em: 11 jul. 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ESPAÑA. [**Código Civil (1889)**]. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Palacio de la Zarzuela, Madrid, a 11 de noviembre de 1987. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2020.

ESPAÑA. [**Constituição Espanhola (1978)**]. Constituição da Espanha de 1978. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugu%C3%A9s.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2020.

EUROPA. Tribunal de Justiça da União Europeia (Quarta Secção). **Processo C-354/13**. Presidente L. Bay Larsen. Julgado em: 18 dez. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/tj-ue-obesidade-deficiencia.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2020.

FAIMBERG, Haydée. A dimensão narcisista da configuração edípica. *In: Gerações, Mal-Entendido e Verdades Históricas*. Porto Alegre: Sociedade de Psicologia do Rio Grande do Sul: Criação Humana, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: responsabilidade civil**. Salvador: JusPodvm, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

FERREIRA, Paula Veiga; NOGUEIRA, Roberto Henrique Porto. Acesso à justiça, mediação judicial e fomento à desinvisibilização social. **Revista Cidadania e Acesso à Justiça**. v. 3, n. 2, 2017. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/acessoajustica/article/view/2309>. Acesso em: 11 jul. 2020.

FIUZA, César Augusto de Castro; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto; SILVA, Leila Bitencourt Reis da. Vulnerabilidade como parâmetro interpretativo necessário à vedação do conhecimento, de ofício, da abusividade de cláusulas em contratos bancários de consumo. *In: SÁ, Maria de Fátima Freire; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto; SCHETTINI, Beatriz. (Org.). Novos direitos privados*. Belo Horizonte: Arraes, 2016, p. 157-169.

FIUZA, César. **Direito Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

FIUZA, César. NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto. Relações jurídicas interempresariais e artificialidade da atribuição da natureza consumerista em razão da vulnerabilidade. *In: NETTO, Felipe Peixoto Braga; SILVA, Michael César (Orgs.). Direito Privado e contemporaneidade: desafios e perspectivas do Direito Privado no século XXI*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014. p. 243-263.

FIUZA, César; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto. Regime jurídico das incapacidades e tutela da vulnerabilidade. In: LIMA, Taisa Maria Macena de; MOUREIRA, Diogo Luna; SÁ, Maria de Fátima (Org.). **Autonomia e vulnerabilidade**. Belo Horizonte: Arraes, 2017, p. 10/22.

FRADE, Luciana Yuri Trentin; JESUS, José Alfredo Lacerda de; OLIVEIRA, Janaína de. Acondroplasia: diagnóstico clínico precoce. **Revista Brasília Médica**, v. 49, n. 4, p. 302-305, 2012. Disponível em: <https://cdn.publisher.gn1.link/rbm.org.br/pdf/v49n4a12.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2020.

FREUD, Sigmund. **Introdução ao narcisismo, ensaios de metapsicologia e outros textos** (1914-1916); trad. e not. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

GOÉS, Fernando Antônio de Barros. Um encontro inesperado: os pais e seu filho com deficiência mental. **Revista Psicologia, Ciência e Profissão**, v. 26, n. 3, p.450-461, 2006.

GRIMM, J.; GRIMM, W. **Kinder- und Hausmärchen**. Bd. II.. Berlin: Realschulbuchhandlung, 1812.

GRIMM, J.; GRIMM, W. **Kinder- und Hausmärchen**. Bd. II.. Berlin: Realschulbuchhandlung, 1813.

GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família e Psicanálise – rumo a uma nova epistemologia**. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA (IBDFAM). **STJ nega guarda compartilhada por falta de consenso entre os pais**. IBDFAM, notícias, 20 jul. 2016.

Disponível em:

<https://ibdfam.org.br/noticias/6064/STJ+nega+guarda+compartilhada+por+falta+de+consenso+entre+os+pais>. Acesso em: 15 out. 2020.

ITÁLIA. [**Código Civil Italiano (1942)**]. R.D. 16 marzo 1942, n. 262 Approvazione del testo del Codice Civile. Gazzetta Ufficiale, n. 79 del 4 aprile 1942. Disponível em: http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter_Dictum/codciv/Codciv.htm. Acesso em: 14 abr. 2020.

JOSÉ, Fernanda São; LIMA, Renata Mantovani de; POLI, Leonardo Macedo. A evolução histórica dos direitos da criança e do adolescente: da insignificância jurídica e social ao reconhecimento de direitos e garantias fundamentais. Brasília: **Rev. Bras. Polít. Públicas**, v. 7, n. 2, 2017, p. 313-329.

KONDER, Carlos Nelson de Paula; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Desafios da tutela do paciente menor de idade. In: SÁ, Maria de Fátima Freire; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto; SCHETTINI, Beatriz (Org.). **Novos direitos privados**. Belo Horizonte: Arraes, 2016, p. 98-110.

KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 99, p. 101-123, 2015.

LIMA, Ivan. **Entenda o caso de Quaden Bayles, o garoto com nanismo, que repercutiu na**

internet. 07 mar. 2020. 1 vídeo (11min08s). Publicado por Fatos desconhecidos. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Mc1ipQBVj7E>. Acesso em: 11 abr. 2020.

LIMA, Taisa Maria Macena de; MOUREIRA, Diogo Luna; SÁ, Maria de Fátima. Transtornos alimentares na infância e na adolescência: qual o papel dos pais. In: DADALTO Luciana; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Autoridade Parental – dilemas e desafios contemporâneos**. Indaiatuba: Editora Foco, 2019, p. 263-273.

LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire. **Ensaio sobre a infância e a adolescência**. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019.

LUNA, Florencia. **Vulnerabilidad: la metáfora de las capas**. Jurisprudencia Argentina, vol. IV, n. 1, p. 60-67, 2008.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros. O novo constitucionalismo latino-americano 2: rupturas-diversidade. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, Belo Horizonte, n. 28, jan.-abr., p. 10-19, 2016.

MARCOS, Cristina Moreira. A introdução do narcisismo na metapsicologia e suas consequências clínicas. **Analytica Revista de Psicanálise**, São João Del Rei: v. 5, n. 8, p. 6-30, jan.-jun., 2016.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo Direito Privado e proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MARTINS, Regina Célia de Carvalho; SILVEIRA, Daniel Barile da. A importância da Bioética no uso da eugenia para a efetivação dos novos direitos fundamentais. **Revista Eletrônica Civilística.com**, Rio de Janeiro, a.7, n. 3, 2018. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2018/12/Martins-e-Silveira-civilistica.com-a.7.n.3.2018.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2020.

MEIRA, Fernanda de Melo. A guarda e a convivência familiar como instrumentos veiculadores dos direitos fundamentais. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Manual de Direito das Famílias e Sucessões**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 225-247.

MELKEVIK, Bjarne. Vulnerabilidade, direito e autonomia. Um ensaio sobre o sujeito de direito. Belo Horizonte: **Rev. Fac. Direito UFMG**, n. 71, jul./dez., p. 641 – 673, 2017.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; MORAES, Maria Celina Bodin de. Autoridade parental e a privacidade do filho menor: o desafio de cuidar para emancipar. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v. 20, n. 2, maio-ago, p. 501-532, 2015.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Processo: **Apelação Cível 1.0313.16.003075-2/00**. Relator: Des. Amauri Pinto Ferreira. Belo Horizonte, 27 abr. 2017. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=23&totalLinhas=407&paginaNumero=23&linhasPorPagina=1&palavras=autoriza%E7%>

E3o%20viagem&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&. Acesso em: 16 out. 2020.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Processo: Apelação Criminal 1.0312.14.002872-0/001**. Relator Des. Glauco Fernandes. Belo Horizonte, 22 abr. 2020. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=4&totalLinhas=890&paginaNumero=4&linhasPorPagina=1&palavras=abandono%20material&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>. Acesso em: 16 out. 2020.

MIRANDA, Pontes de. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos, 1917.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Instrumentos para a proteção dos filhos frente aos próprios pais. **Revista Eletrônica Civilística.com**, Rio de Janeiro, a.7, n. 3, 2018. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2019/01/Bodin-de-Moraes-civilistica.com.a.7.n.3.2018.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2020.

MOUREIRA, Diogo Luna; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **A capacidade dos incapazes: saúde mental e uma releitura da Teoria das Incapacidades no Direito Privado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MOUREIRA, Diogo Luna; SÁ, Maria de Fátima Freire. Autonomia privada e vulnerabilidade: o Direito Civil e a diversidade democrática. In: LIMA, Taisa Maria Macena de; MOUREIRA, Diogo Luna; SÁ, Maria de Fátima (Org.). **Autonomia e vulnerabilidade**. Belo Horizonte: Arraes, 2017, p. 01-09.

MUSTACCHI, Zan.; PERES, Sérgio. **Genética baseada em evidências – síndromes e heranças**. São Paulo: CID, 2000.

NARUYANA, Akimitsu. **Freaks: aberrações humanas**. Florianópolis: Livros e livros, 2000.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Direitos de Personalidade e Dados Genéticos. Revisão crítico-discursiva dos direitos de personalidade à luz da natureza jurídica dos dados genéticos humanos. Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder Câmara – ESDHC, 2007..

NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto; SOUZA, Iara Antunes de. **Pessoa com deficiência: o direito ao casamento a partir da abordagem das vulnerabilidades**. Belém: CONPEDI, 2019, p. 177-194.

NOVA YORK. **Convenção sobre os Direitos da Criança**. 20 nov. 1989. Disponível em: <https://www.unric.org/html/portuguese/humanrights/Crianca.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2020.

NOVA YORK. **Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência**. Disponível em: http://www.mpggo.mp.br/portalweb/hp/41/docs/comentarios_a_convencao_sobre_os_direitos_das_pessoas_com_deficiencia.pdf. Acesso em: 26 mai. 2020.

NOVA YORK. [**Declaração dos Direitos da Criança (1959)**]. Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas n. 1.386 (XIV). Declaração dos Direitos da Criança, de 20 de

novembro de 1959. Adotada pela Assembléia das Nações Unidas de 20 de novembro de 1959 e ratificada pelo Brasil; através do art. 84, inciso XXI, da Constituição, e tendo em vista o disposto nos arts. 1º da Lei nº 91, de 28 de agosto de 1935, e 1º do Decreto nº 50.517, de 2 de maio de 1961. Disponível em:

<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Crian%C3%A7a/declaracao-dos-direitos-da-crianca.html>. Acesso em: 17 jun. 2020.

OLIVEIRA, Lucas Costa de; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Jahi Mcmath e a terminalidade da vida: repensando o princípio do melhor interesse da criança. In: CHAVES, Mariana; DANTAS, Carlos Henrique Felix; FERRAZ, Carolina Valença; NETTO, Manuel Camelo Ferreira da Silva (Coord.). **Direito e Morte**. Belo Horizonte: Letramento, 2020, p. 168-182.

ORPHANET. O portal para doenças raras e medicamentos órfãos. Disponível em: <https://www.orpha.net/consor/cgi-bin/OC_Exp.php?Lng=PT&Expert=15>. Acesso em: 21 ago. 2020.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 13. ed. v. 5. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 15. ed. v.1. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1994.

PEREIRA, Tânia da Silva. O melhor interesse da criança. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 3. Apud TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, Guarda e Autoridade Parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do melhor interesse da criança no âmbito das relações familiares. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de Família e Psicanálise – rumo a uma nova epistemologia**. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

PORTUGAL. [**Código Civil (1966)**]. Decreto-Lei n. 47.344, 25 nov. 1966. Aprova o Código Civil e regula a sua aplicação - Revoga, a partir da data da entrada em vigor do novo Código Civil, toda a legislação civil relativa às matérias que o mesmo abrange. Diário do Governo n. 274/1966, Série I de 1966-11-25. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/477358/details/normal?l=1>. Acesso em: 14 abr. 2020.

RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Manual de Direito das Famílias e das Sucessões**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Processo: **Agravo de Instrumento 70058962002**. Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos, Porto Alegre, 27 maio 2014. Disponível em:

https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index&combo_comarca=700&comarca=&numero_processo=70058962002&numero_processo_desktop=70058962002&CNJ=N&comarca=&nome_comarca=&uf_OAB=&OAB=&comarca=&nome_comarca=&nome_parte=. Acesso em: 14 abr. 2020.

ROCHA, Lucas da; WAGNER, Dione. Pessoas com nanismo acondroplasia: um estudo

acerca dos aspectos psicossociais e as contribuições da atividade física na sua inclusão social. **Ciência em movimento – educação e direitos humanos**, Porto Alegre: v. 20, n. 40, p. 17-29, ago., 2018.

RODRIGUES, Renata de Lima; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Regime das Incapacidades e Autoridade Parental: qual o legado do estatuto da pessoa com deficiência para o direito infantojuvenil? In: DADALTO Luciana; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Autoridade Parental – dilemas e desafios contemporâneos**. Indaiatuba: Editora Foco, 2019, p. 21-36.

SANDEL, Michael J. **Contra a perfeição: ética na Engenharia Genética**; tradução de Ana Carolina Mesquita. 1. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 78, out., p. 3-46, 2007. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/nec/n79/04.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

SOLOMON, Andrew. **Longe da Árvore: pais, filhos e a busca da identidade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

SOUZA, Iara Antunes de. **Estatuto da Pessoa com Deficiência: curatela e saúde mental**. Belo Horizonte: D'Plácido Editora, 2016.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autoridade Parental. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Manual de Direito das Famílias e Sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

VIEIRA, Marcelo de Mello. **Autonomia privada de crianças e adolescentes nas relações extrapatrimoniais**. 2018. 249f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte, 2018.

VILLELA, João Batista. **Direito, coerção & responsabilidade: por uma ordem social não-violenta (sic)**. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, v. IV, série Monografias, n. 3, 1982.