



DEPARTAMENTO DE DIREITO

MESTRADO EM DIREITO

ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA

“LUÍS DE CAMÕES”

**A TUTELA DOS INTERESSES DE FILHOS MENORES DE PESSOAS
COM DEFICIÊNCIA**

Dissertação para obtenção do grau de Mestre em Direito

Autor: André Arruda Lobato Rodrigues Carmo

Orientadora: Professora Doutora Anja Martha Bothe

Número do Candidato: 20151944

Janeiro de 2021

LISBOA

ANDRÉ ARRUDA LOBATO RODRIGUES CARMO

**A TUTELA DOS INTERESSES DE FILHOS MENORES DE PESSOAS COM
DEFICIÊNCIA**

Dissertação apresentada ao Departamento de
Direito da Universidade Autónoma de Lisboa –
UAL para obtenção do grau de Mestre em Direito,
especialidade Ciências Jurídicas

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Anja Martha Bothe

LISBOA

2020

ANDRÉ ARRUDA LOBATO RODRIGUES CARMO

**A TUTELA DOS INTERESSES DE FILHOS MENORES DE PESSOAS COM
DEFICIÊNCIA**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado no Departamento de Direito da Universidade Autónoma de Lisboa – UA, como requisito para obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídicas.

COMISSÃO JULGADORA:

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Anja Martha Bothe

Instituição: Universidade Autónoma de Lisboa

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Lisboa-PT, Janeiro de 2021

DEDICATÓRIA

Dedico esse trabalho a Bento,
que hoje não entende,
mas é total inspiração para a luta e a alegria de viver.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, sempre, meus pais que acreditam em mim como projeto de vida, minha amada Waleska, ferrenha estimuladora do meu melhor potencial, sem vocês não conseguiria.

RESUMO

A presente dissertação propõe-se a discutir a tutela jurídica dos filhos menores de pais com deficiência, respondendo ao questionamento principal de em quais condições se dá o exercício da parentalidade pelas pessoas com deficiência no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro e português; e, de forma específica, analisar e estudar a responsabilidade do Estado em garantir o direito de igualdade entre os grupos sociais, coadunando ao maior interesse do menor, seu pleno desenvolvimento no melhor convívio com ambos os genitores; compreender como o Estado vem criando políticas públicas afirmativas, a fim de equalizar o problema; investigar se há normatização proibitiva ou a ausência de norma reguladora que marginalizam o deficiente, ou sequer enfrentam o problema; analisar em que medida a proteção da dignidade da pessoa humana atua como elemento nuclear para exercício da parentalidade. Para tanto, será travado um diálogo entre as normas pertinentes aos sistemas jurídicos internos dos dois países, incluindo sistema comunitário europeu em que Portugal está inserido, bem como os instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos que são ratificados tanto por um quanto pelo outro. Nesse sentido, no primeiro capítulo, é feito um apanhado histórico com o escopo de demonstrar a evolução nas relações parentais, seguido por um estudo sobre a definição contemporânea de família e uma exposição sobre o dever de assistir, criar e educar os filhos menores; no segundo capítulo, é trabalhada a evolução dos tipos de guarda e exercício das responsabilidades parentais no Brasil e em Portugal, fazendo-se uma conceituação dos institutos e as dinâmicas relacionadas, e analisa-se a preferência pela guarda compartilhada no Brasil, bem como do exercício conjunto das responsabilidades parentais em Portugal; no terceiro capítulo é feita uma análise sobre as normas de proteção aos direitos das pessoas com deficiência, sua origem e trajetória, com a consolidação do modelo social de deficiência e da aplicação do princípio da igualdade; no quarto capítulo, é feito um estudo sobre a aplicação da equidade no direito de família, a partir da tutela no direito internacional, a proteção constitucional no Brasil e a aplicação da discriminação positiva nas decisões envolvendo pessoas com deficiência enquanto pais de filhos menores. Conclui-se, por fim, que, apesar da sistematização tardia, é possível encontrar nos instrumentos de proteção aos direitos das pessoas com deficiência, especialmente em tratados internacionais, o aporte necessário para fomentar o seu direito ao exercício da parentalidade, em observância ao melhor interesse da criança. Nada obstante, é mister a criação de instrumentos específicos de modo a regulamentar de forma mais adequada esses direitos, para que não haja vazios de proteção às relações entre pais e filhos,

fundamentais para o pleno desenvolvimento da criança e da concretização de uma sociedade efetivamente inclusiva.

Palavras-chave: Direito de família; direitos humanos; pessoa com deficiência; guarda.

ABSTRACT

The present dissertation proposes a discussion about the legal protection to the rights of the minors who are children of parents with disabilities, answering to the main question of the conditions under which the exercise of parenting by disabled persons is carried out under the Brazilian and Portuguese legal order; and, specifically, to study the State's responsibility to guarantee the right to equality among social groups, in line with the child's best interest, and to fully develop the best relationship with both parents; to understand how the State has been creating affirmative public policies in order to equalize the problem; to investigate whether prohibitive regulation or the absence of a regulatory standard that marginalizes the disabled, or does not even face the problem; to analyze to what extent the protection of the dignity of the human person acts as a core element for the exercise of parenthood. To fulfil this objective, a dialogue will be held between the rules relevant to the internal legal systems of both countries, including the European Community system in which Portugal is inserted, as well as the international documents about the protection of human rights that are ratified by both. In this sense, in the first chapter, a historical survey is made with the scope of demonstrating the evolution in parental relationships, followed by a study on the contemporary definition of family and an exposition about the duty to assist, raise and educate the minor children; in the second chapter, the evolution of types of custody and exercise of parental responsibilities in Brazil and Portugal is analyzed, making a conceptualization of institutes and related dynamics, and analyzing the preference for shared custody in Brazil, as well as the joint exercise of parental responsibilities in Portugal; in the third chapter, an analysis is made of the norms for the protection of the rights of persons with disabilities, their origin and trajectory, such as the consolidation of the social model of disability and the application of the principle of equality; in the fourth chapter, a study is made of the application of equity in family law, based on the protection of international law, constitutional protection in Brazil and the application of positive discrimination in decisions involving people with disabilities as parents of minor children. Finally, it is concluded that, despite its late systematization, it is possible to find within the instruments about the protection of the rights of people with disabilities, especially in international treaties, the necessary contribution to promote their right to exercise parenthood in the best interests of the child. Nevertheless, it is necessary to create specific instruments in order to regulate these rights more adequately, so that there is no gap of protection between

parents and children, which are fundamental for the full development of the child and for the realization of an effectively inclusive society.

Keywords: Family Law; human rights; people with disabilities; custody law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 AS RELAÇÕES PARENTAIS E A DEFICIÊNCIA FÍSICA.....	13
1.1 Evolução Histórica	14
1.1.1 Grécia Antiga	15
1.1.2 Império Romano	18
1.1.3 Tempos Medievais	22
1.1.4 Codificação do Direito Civil na Europa e no Brasil	26
1.2 Definição de Família e a afetividade.....	32
1.3 Dever de assistir, criar e educar os filhos menores	35
2 A TUTELA DOS FILHOS MENORES EM COESÃO COM O DIREITO DE INCLUSÃO DO DEFICIENTE FÍSICO.....	38
2.1 Princípio do Melhor Interesse da Criança	39
2.2 O Conceito de Guarda no Contexto das Responsabilidades Parentais e do Poder Familiar	40
2.3 A Inclusão Social e Direitos dos Deficientes	43
2.3.1 Origem e Evolução	45
2.3.1.1 Trajetória no Ordenamento Jurídico Brasileiro	51
2.3.1.2 A Tutela Jurídica da Pessoa com Deficiência em Portugal e União Europeia	56
2.3.2 O direito à Igualdade, o Direito a Diferença (não-discriminação) e o Exercício do Poder Familiar por Deficientes Físicos.....	64
3 EVOLUÇÃO DOS TIPOS DE GUARDA E RESPONSABILIDADE PARENTAL	70
3.1 Guarda e Responsabilidade Parental no Brasil	71
3.2 Guarda e Responsabilidade Parental em Portugal.....	75
3.3 Tipos de Guarda e o Exercício da Tutela por Pais Deficientes	82
3.3.1 Guarda Unilateral.....	84
3.3.2 Guarda Alternada.....	87
3.3.3 Guarda da Nidação ou Aninhamento	88
3.3.4 Guarda Estatutária.....	88
3.4 A Guarda Compartilhada Como Modalidade Adequada para o Melhor Interesse da Criança e Fomentadora da Inclusão Social de Pais Deficientes	89
4 EQUIDADE NO DIREITO DE FAMÍLIA COM RELAÇÃO AOS PAIS DEFICIENTES	94
4.1 A Tutela da Equidade no Direito Internacional	97
4.2 A Proteção Constitucional da Equidade no Brasil	103

4.3 Discriminação Positiva.....	108
CONCLUSÃO	113
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	116

INTRODUÇÃO

Após a Segunda Guerra Mundial, como reação aos horrores cometidos contra a humanidade durante o período, iniciou-se a consolidação do que hoje entendemos pelo Sistema Internacional de Direitos Humanos, o qual é composto por múltiplos níveis de proteção em instrumentos ratificados por diversos países.

No entanto, em sua origem, esse sistema acabava por não ser suficiente para atender as questões mais delicadas, que surgiam da diversidade humana. Sobre essa questão, ao se reportar ao ponto que ensejou a origem do sistema, Hannah Arendt (1989, p. 335) pontua que a razão pela qual comunidades políticas altamente desenvolvidas, como as antigas cidades-Estados ou os modernos Estados-nações, tão frequentemente insistiam na homogeneidade étnica, é que esperavam eliminar, na medida do possível, “essas distinções e diferenciações naturais e onipresentes que, por si mesmas, despertam silencioso ódio, desconfiança e discriminação, porque mostram com impertinente clareza aquelas esferas onde o homem não pode atuar e mudar à vontade, isto é, os limites do artifício humano”.

Dessa forma, com o passar do tempo, esse complexo sistema evoluiu de uma instância mais geral sobre os direitos humanos para buscar proteger grupos especialmente vulneráveis por meio de instrumentos específicos. Dessa forma se deu o surgimento dos dois instrumentos fundamentais para a discussão que ora se propõe, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e a Convenção sobre os Direitos da Criança, as quais são ratificadas tanto pelo Brasil quanto por Portugal, e produziram extensos efeitos em suas legislações internas.

A complexidade da experiência humana indica que existem muitos pontos de intercessão entre os direitos previstos nos dois instrumentos, mas o foco da presente discussão está em um aspecto largamente marginalizado na regulamentação desses direitos em suas nuances mais peculiares. É a questão dos filhos de pais com deficiência, o direito que esses têm de conviver e ser educados por seus pais, e, em contrapartida, o direito de seus pais em exercer a parentalidade.

A questão que se coloca é: de que forma os ordenamentos jurídicos português e brasileiro, no contexto da proteção multinível dos direitos humanos, tem respeitados as condições necessárias para que esse exercício seja possível em sua plenitude, observando o melhor interesse da criança?

Essa questão perpassa pela evolução das relações parentais ao longo da história, de um período no qual a família era vista como um universo privado, praticamente impenetrável pelo Estado e dominado pela figura paterna, a qual ditava as regras e detinha o poder de vida e morte

sobre seus filhos. Essa estrutura se perpetuou por eras, tendo sua influência deixado vestígios nos ordenamentos jurídicos até tempos relativamente recentes.

Nada obstante, o Direito de família não poderia se manter alheio a realidade das transformações sociais, que produziram uma pluralidade de arranjos sociais, os quais não mais se encaixavam no modelo de família tradicionalmente concebido, para o qual o arcabouço jurídico tinha respostas prontas.

Assim, aliado a valores democráticos, proclamou-se a igualdade entre os cônjuges e mudou-se o centro da proteção jurídica para a tutela do melhor interesse da criança. A família tomou uma roupagem instrumental, tornando-se o lócus de desenvolvimento pleno de seus membros e proteção da dignidade da pessoa humana.

Nessa nova abordagem, os pais viram sua relação de conjugalidade ou falta dela, perder importância na tutela da família pelo Direito em favor de seu papel como pais, tendo os conflitos eventualmente advindos passado a encontrar solução na manutenção dos laços de parentalidade, e do bom desempenho dessa função, de modo a proteger os direitos das crianças.

Os atuais esforços aparentam estar direcionados na busca de fomentar uma igual participação dos pais na vida dos filhos, tendo como alvo as desigualdades fundadas nos papéis de gênero tradicionalmente construídos na sociedade. No entanto, existem outros fatores causadores de desigualdades dentro da família, como a deficiência.

De uma forma geral, as pessoas com deficiência têm travado uma luta longa na busca do reconhecimento e garantia de seus direitos, os quais foram objeto de regulamentação de uma geração mais tardia tanto de instrumentos internacionais quanto legislação doméstica no Brasil e em Portugal. É necessário, dessa forma, observar quais os princípios e soluções essas normas trazem para responder o âmbito mais íntimo onde operam as chamadas barreiras sociais, como são compreendidas.

Nas palavras de Hannah Arendt (1989, p. 335), “nossa vida política baseia-se na suposição de que podemos produzir igualdade através da organização, porque o homem pode agir sobre o mundo comum e mudá-lo e construí-lo juntamente com os seus iguais, e somente com os seus iguais”.

As dificuldades em lidar com as diferenças naturais surgem uma vez que “o cenário obscuro do que é simplesmente dado, o pano de fundo constituído por nossa natureza imutável, adentra a cena política como elemento alheio que, em sua diferença demasiado óbvia, nos lembra as limitações da atividade humana - que são exatamente as mesmas limitações da igualdade humana” (ARENDT, 1989, p. 335). O “estranho”, dessa forma, é “um símbolo

assustador pelo fato da diferença em si, da individualidade em si, e evoca essa esfera onde o homem não pode atuar nem mudar e na qual tem, portanto, uma definida tendência a destruir”.

Dessa forma, é necessário verificar quais os instrumentos oferecidos pelas instituições para solucionar esses problemas, no esforço da proteção da dignidade da pessoa humana em toda a sua diversidade e nos diferentes modos em que manifesta sua vulnerabilidade.

1 AS RELAÇÕES PARENTAIS E A DEFICIÊNCIA FÍSICA

Reconhecer o Direito de Família como um ramo jurídico especial ou unidade coerente com o objetivo de ordenar a totalidade de suas normas em um sistema é uma matéria complexa. Quando um campo da lei é tão complexo, é especialmente desejável analisar e dividir suas diferentes funções. Os regulamentos legais da família são muito vulneráveis a súbitas mudanças nos objetivos sociais e políticos, porque dizem respeito a interesses pessoais vitais. Eles se tornam alvos para muitos centros opositores de poder (religiosos, grupos políticos seculares e assim por diante). O conhecimento do longo, específico e agitado desenvolvimento histórico do Direito de Família é uma pré-condição especial para entendê-lo. Caso contrário, visto isoladamente, a legislação pertinente permanece “uma selva incompreensível de regras e remédios”. Somente quando eles são considerados como parte de nossa história e evolução social eles emergem como a estrutura para o nosso modo de vida atual. Assim, o Direito de Família só pode ser entendido de acordo com seu próprio cenário particular, como parte de sua história específica e distinta, incluindo sua peculiar evolução social (MÜLLER-FREIENFELS, 2003, pp. 31-32).

Nesse sentido, talvez a seara mais sensível dessas regulações seja a da relação entre pais e filhos. A filiação é também a mais relevante dentre as múltiplas relações de parentesco, dada a proximidade do vínculo estabelecido e a sólida afetividade decorrente, que evidencia o liame existente entre pais e filhos, designado paternidade ou maternidade, sob a ótica dos pais (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 557). Em tempos remotos, já dizia o filósofo romano Macróbio ao seu filho Eustáquio, que nenhum laço nos liga tão fortemente como o da afeição que nos une àqueles que geramos; a natureza quis que o desvelo dos pais em criar e instruir os seus filhos fosse para eles o supremo prazer; assim ela queira satisfazer-lhes esse desejo, pois não haveria para eles maior aflição que vê-lo recusado (THOMAS, 1996, p. 202).

Dessa forma, observou-se uma evolução no sentido de privilegiar o elemento subjetivo das relações familiares sobre o patrimonial, religioso ou político, que prevaleceu noutras eras. Essas preocupações já não encontram eco na família atual, marcada por outros interesses de

cunho pessoal ou humano, tipificados por um elemento aglutinador e nuclear distinto – a afetividade, que a define de fato na tutela jurídica (LÔBO, 2011, pp. 25-26). Em busca de compreender efetivar esses novos objetivos, é necessário antes refletir acerca das origens da família enquanto elemento social, bem como os conceitos básicos que norteiam o pensamento do Direito de Família na atualidade.

É ainda mais sensível, complexo e necessário relacionar o exercício da parentalidade ou poder parental pelo portador de deficiência física, frente a crença incapacitante que a sociedade possui em relação a pessoas com redução de mobilidade.

De acordo com Maciel (2000, p. 51), as sociedades, em sua estrutura, desde o princípio da história humana, em todo o tempo inabilitaram os portadores de deficiência, discriminando-os e vedando-lhes de liberdade. Os deficientes sempre foram alvo de atitudes preconceituosas e ações impiedosas.

Apesar da família ser importante perante a sociedade e grande parte de trabalhos acadêmicos a tornarem objeto de estudo, o conhecimento é reduzido em relação a sua dinâmica, principalmente quando possui algum membro com algum tipo de deficiência. Os estudos que tratam sobre a pessoa que possui alguma deficiência são em maior quantidade do que em relação àqueles que evidenciam o exercício das relações familiares, sendo estas complicadas, diferentes e variadas, sendo impossível generaliza-las. (POWELL, 1992, p. 35)

Assim, também é necessário trazer o desenvolvimento histórico dos direitos da pessoa com deficiência em comunhão com o direito de família, com ênfase naqueles que possuem mobilidade reduzida, sendo uma pré-condição especial para entender e estudar a tutela dos interesses dos filhos menores e o exercício parental de pessoas com deficiência.

1.1 Evolução Histórica

Para que a sociedade exista, não basta que a união dos sexos e a procriação estabeleçam ligações biológicas entre os seus membros. É também necessário que em determinados pontos do tecido social esses laços não sejam suscetíveis de se distender e romper (LÉVI-STRAUSS, 1996, pp. 8-9). Dessa forma, com o escopo de enriquecer o estudo sobre as relações parentais e a família enquanto instituto juridicamente tutelado, é importante compreender de que forma essas relações se transformaram ao longo da história, bem como os fatores que contribuíram para desencadear tais transformações.

Importa a ressalva, no entanto, de que os grupos familiares não obedecem rigorosamente a uma evolução clara ou contínua, nem sobretudo, a um destino uniforme, estando sua coesão

ou o seu desmembramento estreitamente sujeito ao contexto social e até mesmo econômico do momento em que estão inseridos. Ademais, os contornos e cambiantes tendem a desvanecer com o passar do tempo (FOSSIER, 1997, p. 89).

Nesse sentido, será feito, em síntese, um estudo das relações dentro da família elementar, a qual, assim como o amor e o individualismo, existiram em todas as épocas (GUICHARD; CUVILLIER, 1997, p. 18).

Além da evolução histórica com relação as relações parentais, também se faz importante apresentar o tratamento e a transformação histórica em relação aos deficientes físicos.

Deformidades físicas ou mentais, anomalias congênitas, perda de membros de maneira traumática, doenças graves e de efeitos incapacitantes, sejam de natureza transitória ou permanente, são tão ancestrais em relação a própria humanidade” (Silva, 1987, p. 11).

Ademais, é necessário deixar claro que durante a história, o processo de integração dos deficientes na sociedade não foi um movimento contínuo e linear, pois a maneira como a sociedade enxergava o deficiente, de modo geral, variava de um país para outro.

Nesse sentido, é importante reconhecer que na sociedade, desde a antiguidade até o presente, sempre existiu pessoas que nasceram ou adquiriram alguma limitação física, sendo ainda necessário informar que, durante muitos séculos, a presença dessas pessoas sempre foi tratada com preconceito na diversidade de sociedades e culturas.

Assim, tal análise irá destacar os aspectos pertinentes ao relacionamento entre pais e filhos, também evidenciará o tratamento aos deficientes físicos e suas implicações jurídicas no contexto dos marcos civilizatórios mais relevantes para o presente estudo: a Grécia Antiga, o Império Romano, a Idade Média, e, por fim, a perspectiva consagrada pelas Grandes Codificações do Direito Civil na Europa e no Brasil.

1.1.1 Grécia Antiga

Foram os gregos que primeiro sistematizaram observações e pensamentos, e até mesmo teorias sobre parentalidade e educação dos filhos, impelidos por sua crença de que a estabilidade da sociedade e do Estado dependia da produção de novas gerações comprometidas e capazes de manter a comunidade (FRENCH, 2002, p. 367). Na Grécia antiga, o grupo doméstico, família, recebia a denominação de oikos, representando a comunidade formada pelas três constituintes elementares que são a relação entre senhor e escravo, a associação marido e esposa, e os laços entre o pai e seus filhos. Aristóteles situava a família entre o indivíduo e a

cidade, como um agregado necessário ao bom funcionamento de uma sociedade política (SISSA, 1996, p. 143).

Filósofos políticos da Grécia antiga viam a parentalidade e a criação dos filhos como ingredientes cruciais na criação e manutenção do estado ideal. Os gregos eram observantes e versados nos estágios do desenvolvimento infantil e atenciosos sobre como os pais deveriam responder às necessidades dos filhos—não tanto pelo bem da criança, mas pelo bem-estar da comunidade (FRENCH, 2002, p. 367).

Na Atenas clássica, mesmo entre os aristocratas, havia uma considerável divisão de opiniões sobre quão longe deveria chegar o alcance da polis dentro do agregado familiar; e quando o Estado tentava entrar no lar, era frequentemente em razão da criação dos filhos. Os democratas mais radicais traçavam o limite na porta da frente, clamando um direito a privacidade nesse assunto, de forma muito semelhante a que juristas contemporâneos encontraram na constituição estadunidense. As famílias aristocratas conservadoras, no entanto, alarmadas quanto ao declínio dos antigos e altamente disciplinados métodos de criação dos filhos e, ainda, a erosão da deferência as suas posições, defendiam esquemas de educação impostos pelo Estado que começavam no nascimento e continuavam até o início da idade adulta (FRENCH, 2002, p. 359).

Os homens, enquanto pais, não eram ausentes da criação dos filhos. Ao contrário, assim como as mães, eles tinham um sólido entendimento sobre as características e necessidades de seus filhos pequenos; tanto os pais quanto a sociedade acreditavam que as famílias deveriam satisfazer essas necessidades (FRENCH, 2002, pp. 365-366).

Nesse sentido, a autoridade do chefe de família exercia-se sobre a mulher e os filhos como sobre seres igualmente livres, mas de uma maneira diversa sobre cada um deles: sobre a sua mulher, ele exercia como um homem de Estado; sobre seus filhos, como um rei. O fundamento dessa dinâmica de poder era encontrado por Aristóteles (I, 12, 1) na natureza. A autoridade do pai sobre os filhos era compreendida como uma espécie de realeza, fundada no afeto e a superioridade de idade (I, 12, 2).

Havia também um entendimento básico de que as crianças eram plásticas, moldáveis, que guiava os esforços parentais na educação e formação da juventude no tipo de adultos que eles acreditavam serem necessários a sociedade (FRENCH, 2002, p. 361). Ademais, a parentalidade era frequentemente encarada como um esforço comum. Era socialmente esperado que os pais e mães biológicos compartilhassem e recebessem apoio de uma gama de outros adultos, inclusive outros homens (FRENCH, 2002, p. 366).

A adoção também era praticada sob a égide de rígidas regras quanto a motivação do ato e a origem genética do filho adotado. Um filho adotado preenchia um lugar vazio colmatando uma lacuna da fecundidade, sendo remédio para a solidão da velhice, contra a extinção de um *oikos*. Era um cuidado tomado por homens privados de filhos biológicos legítimos do sexo masculino para ter quem, em vida os amparassem na velhice, na morte os amortilhasse e, depois, lhes prestasse os costumeiros deveres (SISSA, 1996, p. 154).

Fora da hegemonia da Atenas clássica, em Esparta, a dinâmica das relações entre pais e filhos obedecia a uma ordem atrelada a um estado de permanente preparação militar contra ameaças internas (representadas por uma enorme população servil atrelada ao solo) e externas, nas fronteiras (membros de sua própria Aliança do Peloponeso, assim como Atenas e a Pérsia). Até os quarenta anos, os homens espartanos em campos militares e raramente passavam tempo na casa em que suas esposas e filhos pequenos viviam. Às mulheres espartanas cabia quase inteiramente educar os meninos até a idade de sete anos e as meninas até que se casassem; enquanto que em Atenas, os filhos eram uma parte importante, bem-observada e majoritariamente bem-vinda do agregado familiar, na antiga e clássica Esparta, eles eram o centro das atenções (FRENCH, 2002, p. 366).

A prática de eugenia também era aparente no contexto espartano. As mulheres não se casavam até o fim da adolescência ou os vinte e poucos anos, uma vez que se acreditava que nessa idade produziriam bebês mais saudáveis e estariam menos suscetíveis a morrer no parto do que adolescentes mais jovens. Era possível para os homens “cruzar” suas esposas com homens mais jovens cujos atributos físicos eles admirassem, com base na crença de que, com idade, o sêmen tendia a se deteriorar. Ademais, os bebês eram inspecionados logo após o nascimento por um time de homens espartanos que, provavelmente aconselhados pela parteira, determinavam se a criança era saudável o suficiente para ser criada (FRENCH, 2002, p. 366).

Esse estilo de criação tinha o intuito de gerar homens e mulheres capazes de continuar o rigoroso e altamente disciplinado estilo de vida espartano durante dois séculos, sofrendo uma mudança dramática nos últimos estágios da Guerra do Peloponeso, quando Esparta tomou o poder hegemônico em toda a Grécia, uma vez que, por causa da enorme perda de homens e da difusão dos cidadãos remanescentes no território, as mulheres espartanas começaram a exercer funções adicionais no contexto do Estado, particularmente na gestão de enormes propriedades possuídas por cada família, assim como uma boa parte do comércio diário e da atividade comercial (FRENCH, 2002, p. 366).

Nesse contexto, as crianças espartanas passaram a ser educadas por pessoas alheias ao sistema espartano, e que, por esse motivo, não conseguiam transmitir de forma bem-sucedida

os valores espartanos para os mais jovens. Destarte, Esparta não conseguiu êxito quando tentou reclamar o poder e retornar para a dura autodisciplina de outros tempos, sendo um excelente exemplo de como mudanças na parentalidade podem ser conectadas claramente com mudanças na sociedade adulta (FRENCH, 2002, p. 366).

Com relação ao tratamento dispensado aos deficientes na Grécia antiga, existem referências no tocante ao amparo a pessoas com deficiência, por exemplo, em Atenas e em Esparta, apesar de ser grandes rivais, possuíam determinações oficiais e legais oferecendo aos soldados feridos e sus familiares benefícios de variadas naturezas. Inclusive, uma lei de Solon (640 a 558 a.C.) determinada que “Soldados feridos gravemente e os mutilados em combate serão alimentados pelo Estado”. (SILVA, 1987, p. 64)

No entanto, o amparo fornecido a deficientes não era estendido a crianças deficientes, era focado à soldados feridos. Em Atenas, por exemplo, quando uma criança nascia esta era apresentada aos parentes pelo pai e iniciada no culto dos deuses, terminando com um banquete familiar e, caso não fosse realizado, era sinal do extermínio do próprio filho que havia nascido com algum tipo de problema de saúde. ". (SILVA, 1987, p. 64)

Em Esparta, o tratamento direcionado a crianças deficientes não era muito diferente daquele realizado em Atenas, havendo a prática espartana de jogar crianças com deficiência em um precipício, “pois tinham a opinião de que não era bom nem para a criança nem para a república que ela vivesse, visto que, desde o nascimento, não se mostrava bem constituída para ser forte, sã e rija durante toda a vida” (PLUTARCO apud SILVA, 1987, p. 82). A criança recém-nascida deveria ser apresentada a um Conselho de Espartanos que avaliaria se o bebê era forte e normal e, então, era devolvida ao pai que cuidaria dele até os sete anos.

No entanto, a literatura não traz referências a criação de filhos por pais deficientes na Grécia Antiga, apenas tratando da possibilidade de “ajuda” do Estado a soldados e pessoas com algum tipo de deficiência e ao tratamento direcionado a bebês que nasciam com algum tipo de problema de saúde.

1.1.2 Império Romano

Apesar de guardar muitos traços em comum com a Grécia quanto as ideias e práticas na parentalidade e educação dos filhos, além do pensamento filosófico, os romanos expressavam mais interesse e atenção aos laços afetivos entre pais e filhos que os gregos (FRENCH, 2002, p. 367). De fato, ao enumerar os bens que prendiam um contemporâneo de Cícero ou de Sêneca ao mundo, nomeava-se em primeiro lugar os filhos (THOMAS, 1996, p. 171).

Em outras palavras, a paternidade era a herança de perpetuidade do homem e da sociedade que o cercava, assim entendido também pelo Estado Romano que outorgava amplos poderes à figura paterna, para a manutenção daquele cenário.

Havia, para eles, duas dimensões de família: uma pública e outra privada. A esfera privada se referia ao agregado familiar, ou seja, a habitação e os membros da família nuclear. A dimensão pública se referia, além dos pais e filhos, aos parentes coabitantes e outros dependentes, criados, escravos e outros bens pessoais, além das terras e construções. Era essa a dimensão que interagia com o Estado e a qual se aplicava a lei romana (FRENCH, 2002, p. 368).

Dentro do lar e do agregado familiar, o *pater familias* romano, assim como o *kurios* grego, estava no comando. No entanto, o poder do pai romano, o *patria potestas*, era absoluto; um pai tinha o direito de matar qualquer um, inclusive seus próprios filhos crescidos; seu direito de impor penas menos rigorosas também era absoluto; e ele podia vender seus filhos como escravos. Existiram muitos exemplos de pais que exerceram seu direito de executar seus filhos adultos (FRENCH, 2002, p. 368). Também a eles competia aceitar ou recusar seus rebentos, para quem nascer na família não bastava para assegurar sua condição de descendente legítimo (THOMAS, 1996, p. 172).

Esse poder absoluto detinha a sanção legal por quase um milênio, terminando apenas no fim do quarto século da Era Cristã, após o cristianismo ter mudado significativamente os valores intrínsecos que estruturavam o Império Romano. Na prática, o exercício do *patria potestas* era restrito por um número de fatores. Antes de matar, exilar, ou punir severamente filhos adultos, era esperado que o pai se aconselhasse com outros adultos, incluindo as mulheres da família; poucos pais arriscavam agir em contravenção a esse conselho familiar. Nesse contexto, o papel de *mater familias* tradicionalmente esperava da mulher que abrandasse o rigor da disciplina paterna. Ademais, uma lei romana, supostamente instituída pelo fundador de Roma, *Romulus*, limitava o direito do pai sobre a vida e a morte de seus filhos recém-nascidos; os romanos eram obrigados por lei a criar todos os filhos e, pelo menos, as filhas primogênicas até a idade adulta (FRENCH, 2002, p. 368), num contexto em que a exposição de crianças era comum, tanto entre as famílias pobres quanto entre as mais abastadas. Enquanto os primeiros buscavam aliviar a sobrecarga de bocas a alimentar, os segundos preservavam a fortuna em benefício de um primogênito (THOMAS, 1996, p. 172).

Tal lei sugere alguma noção de intervenção legítima do Estado na esfera privada das famílias romanas (FRENCH, 2002, p. 368). Nesses casos, o pai nutridor é sobretudo aquele de

quem nada se pode exigir a não ser alimentos, sendo obrigatório nutrir o recém-nascido, e facultado renega-lo posteriormente, se assim o quiser (THOMAS, 1996, p. 174).

Conforme a disposição que o pai achasse conveniente, um filho podia ser confiado à guarda da mãe na sequência de um divórcio, mas ele teria forçosamente que lhe ser remetido para aparecer a seu lado em manifestações oficiais (THOMAS, 1996, p. 202). As altas taxas de divórcio e novos casamentos faziam com que a família romana individual fosse mais frequentemente um conjunto de famílias misturadas, formando uma teia complexa de sangue e relacionamentos envolvendo casamentos atuais e casamentos passados, em razão de muitos divórcios amigáveis que mantinham os laços de amizade que uniam as famílias razoavelmente intactos (FRENCH, 2002, p. 368). Ademais, entre os humildes, as inscrições romanas revelavam apenas haver casamento legítimo, união celebrada entre cidadãos, em um terço das famílias (THOMAS, 1996, p. 175).

Nos tempos mais antigos de Roma, antes que adquirisse um império ultramarino, o cuidado com os filhos pequenos ficava a cargo dos pais, mães e parentes coabitantes, com os pais, aparentemente, tomando conta do treinamento e educação dos filhos homens desde os três anos de idade. No entanto, por volta do século II A.C., ambas as classes alta e média de Roma passaram a contar com vários subordinados para cuidar dos bebês e crianças pequenas, criando uma série de substitutos parentais, desde parentes mais velhos até tutores que começavam a ensinar as crianças o alfabeto e números simples. Muitas crianças cresciam conhecendo e sendo capazes de confiar em uma ampla gama de adultos (FRENCH, 2002, p. 371), dos quais a ama e o pedagogo eram responsáveis por veicular a autoridade do pai (ROUSSELLE, 1996, p. 223).

Das mulheres, esperava-se que se portassem como o ideal de mulher e esposa romana: casadas somente uma vez, bem-educadas e intimamente e absolutamente devotadas ao bem-estar de seus filhos. No entanto, as condições em que os romanos levavam sua vida familiar necessariamente resultavam em um relacionamento fisicamente e emocionalmente mais distante entre mãe e filho do que contemporaneamente se entende por natural (FRENCH, 2002, p. 371). A mulher, mesmo depois de casada, continua pertencendo a instância doméstica e o poder de seu pai, e seus filhos conservavam-se estranhos a ela e sua família (THOMAS, 1996, p. 178).

Ademais, as crianças nobres não eram alimentadas por suas mães, e dormiam no quarto de uma de suas amas. A multiplicidade de amas dadas às crianças era justificada para que essa não se prendesse a nenhuma e não sofresse demasiado com a separação se uma delas deixasse de amamenta-la, partisse ou morresse, sendo que os encontros se limitavam as horas dos banhos

e da amamentação, ficando a criança bastante isolada nos primeiros meses (ROUSSELLE, 1996, p. 208).

O ideal ou estereótipo da mãe romana era uma figura importante e vocal dentro do agregado familiar, cuja posição de influência dependia fortemente do costume e tradição, não sendo mais intimamente conectada com os bebês e filhos pequenos do que com os adolescentes e adultos, intimamente associada com o pai num papel genérico de parentalidade responsável pela disciplina dos filhos, educação e desenvolvimento do caráter moral, além de ser uma forte protetora dos interesses e bem-estar dos filhos, sem, no entanto, ser uma fonte especial de afeição e ternura em comparação com outros membros da família, incluindo o pai. Em suma, os papéis de pai e mãe em Roma não parecem tão intimamente ligados com construtos de gênero masculino e feminino, como se via na Grécia (FRENCH, 2002, p. 372). De fato, os manuais de pediatria eram dirigidos aos pais de família, e não às mães (ROUSSELLE, 1996, p. 224).

Nesse sentido, provavelmente desde os períodos mais remotos, os pais romanos encaravam seu papel com importância e devotavam tempo e atenção consideráveis na criação de seus filhos. Do pai era esperado que supervisasse a educação de seus filhos homens pessoalmente (FRENCH, 2002, p. 373).

Relatos de pais que deixavam as atividades políticas por um tempo para assistir as lições e exercício de seus filhos, que levavam seus pequenos para a escola pela mão, que ensinavam seus netos adotivos a ler e a escrever, aplicando-se até fazê-los imitar sua escrita foram deixados na literatura latina, sendo que os literatos redigiam tratados dedicados à edificação de seus filhos, para que por meio de seu exemplo, da sua palavra, o jovem varão fizesse sua instrução cívica (THOMAS, 1996, p. 202). Os laços que uniam pais e filhos podem ter ficado cada vez mais afetivos a partir do século II a.C. Assim como os Gregos, os romanos viam a criação dos filhos primariamente em termos de influenciar o desenvolvimento moral, intelectual e físico da juventude, e, nesse processo, a educação era crucial (FRENCH, 2002, p. 373).

As meninas, que eram dadas a outra família em casamento antes da puberdade, tinham sua educação continuada por seus maridos ou pela família desses (ROUSSELLE, 1996, p. 212). De qualquer forma, era para a sociedade política que um pai devia preparar os filhos, filhos nascidos de uma esposa que era instrumento dessa ordem, uma educação focada no adestramento cívico. Enquanto a mulher permanecia no lar, o filho já na infância acompanhava o pai a todo lugar público, incluindo à basílica para o ouvir pleitear, ao Fórum, onde ele se encontrava com os amigos, ao Senado, aos banquetes, onde ele tinha lugar cativo, às províncias, num ano de missão, e até mesmo no exílio, quando proscrito (THOMAS, 1996, pp. 201-202).

Aos deficientes e ao tratamento que possuíam na Roma antiga, não há muitas referências, no entanto haviam leis que se atribuíam aos direitos de recém-nascidos que não admitiam a vitalidade de bebês prematuros ou com características “imperfeitas”. Porém não havia, imediatamente, a execução da criança, apesar de também ocorrer. (SILVA, 1987, p. 87)

Caberia ao *pater familias* romano, em vez de executar o bebê, uma alternativa “poderia expor a criança às margens do rio Tibre ou em lugares sagrados, desde que antes de o fazer tivesse mostrado o recém-nascido a cinco vizinhos, para que fosse de certa forma certificada a existência da anomalia ou da mutilação”. (SILVA, 1987, p. 87)

Porém, mesmo existindo uma lei que autorizava o infanticídio de crianças que nasceram com má-formação, doentes ou com anomalias, nem todas crianças consideradas anormais foram sacrificadas. Sendo, em sua grande maioria, as crianças abandonadas às margens do rio Tibre. (DICHER; TREVISAM, 2014, p. 7)

Foi muito comum na época, a utilização comercial de pessoas deficientes para esmolar ou prostituir-se, no último caso como forma de entretenimento de pessoas ricas. (SILVA, 1987, p. 89)

Novamente, não há na literatura referências a criação de filhos por pais deficientes no Império Romano, assim como não há na Grécia Antiga, apenas existem alguns registros tratando da possibilidade de execução a bebês que nasciam com algum tipo de problema de saúde ou o abandono em locais sagrados.

1.1.3 Tempos Medievais

A passagem da sociedade pagã do final da República para o Baixo Império é marcada pela mudança da moralidade acerca do casamento, o qual era, para o aristocrata romano do século I a.C. apenas uma opção entre outras na organização de sua vida e passou a ser o centro da existência para o alto funcionário imperial dos séculos II e III, sendo uma associação para toda a vida, vista como uma comunidade de direito divino e humano (GUICHARD; CUVILLIER, 1997, p. 19).

Essa visão correspondia ao ideal conjugal cristão, que seria retomado pelos canonistas na Idade Média (GUICHARD; CUVILLIER, 1997, p. 18). No início do período, a Igreja, insistente na pureza clerical e na continência periódica das pessoas casadas, bem como na abjeção ao incesto, fez oposição, por meio dos impedimentos ao casamento, a todas as práticas que, na sociedade do Baixo Império, visavam a conservação familiar do patrimônio

(concubinato, casamento dos viúvos, casamentos consanguíneos, adoção), fundada em razões morais e econômicas (GUICHARD; CUVILLIER, 1997, p. 21).

Tal mudança acarretou na alteração das relações parentais, quando comparado com a maneira exercida na Grécia e Roma antiga, resultando na emergência do modelo ocidental de família restrito ao tipo conjugal (GUICHARD; CUVILLIER, 1997, p. 22). A coesão entre os membros da família nuclear representada pela tríade pai-mãe-filhos, em muito influenciada pela severa monogamia imposta pela Igreja e o poder carolíngios (GUICHARD; CUVILLIER, 1997, p. 50) limitavam a percepção das relações de parentesco, e podia ser identificada nas práticas onomásticas como a de modelar o nome das crianças a partir de um ou de ambos os progenitores, sem repetir nenhum exatamente (GUICHARD; CUVILLIER, 1997, p. 17). Os filhos, que antes podiam advir de uniões concomitantes ou sucessivas de um homem com diversas mulheres, legítimas ou não, passaram a ser gerados apenas por uma única esposa (GUICHARD; CUVILLIER, 1997, p. 50).

O surgimento do Cristianismo também significou, em diferentes ângulos, uma transformação na maneira de tratamento direcionado a pessoas com deficiência, porém é importante ressaltar que a mudança não foi linear e homogênea. De acordo com Otto Marques da Silva (1987, p. 106) houve um forte impulsionamento ao sentimento fraternal entre pessoas que seguiam a doutrina cristã, inclusive não sendo considerado situação financeira, social ou nacionalidade.

No entanto, apesar da mudança, devido ao conteúdo da doutrina cristã voltado para caridade, humildade e amor ao próximo, era comum que as classes mais carentes ficassem mais expostas a riscos de acidentes e modificação na estrutura parental. De acordo com Barbara Hanawalt (1997, p. 14), na Inglaterra, tanto as mães camponesas quanto as das classes mais baixas amamentavam seus próprios filhos, porém não recebiam leite sob livre demanda, uma vez que eram deixados sozinhos por longos períodos, normalmente em um berço perto do fogo, o que ocasionava constantes acidentes.

Essas e outras instâncias em que as crianças eram vítimas de negligência, geralmente se davam em lares empobrecidos em que todos os corpos hábeis eram necessários nos campos, sendo os filhos pequenos deixados, quando possível, com seus irmãos mais velhos ou com os idosos e acidentados. Aos dois ou três anos, as crianças começavam a ter mobilidade e a seguir seus pais e imitá-los no trabalho, tornando-se parte da economia produtiva da casa com a idade de sete anos. (HANAWALT, 1997, p. 14).

De maneira constante e veemente, o cristianismo condenava a prática da “morte de crianças não desejadas pelos pais devido a deformações” (SILVA, 1979, p. 110). No entanto, a

sociedade de maneira geral, acreditava que a deficiência era um “castigo de Deus”, inclusive acreditavam que o corpo com alguma má formação era reflexo de uma mente má, sendo vistos como feiticeiros ou bruxos, restando-lhes apenas o abandono e a discriminação. (DICHER; TREVISAM, 2014, p. 9)

Dentre os povos bárbaros, o pai da casa tinha a responsabilidade de preservar nela o seu caráter de “local de paz”, detendo o direito de vida e de morte, aplicação de castigos corporais e de renegação e venda de crianças em caso de força maior, vistos no interior como autoridades e no exterior como protetores (GUICHARD; CUVILLIER, 1997, p. 27). Nesse contexto, nem as estreitas relações entre as crianças e seus avôs e tios, nem a influência da Igreja limitavam a autoridade do pai sobre a prole sob o teto que os abrigavam (GUICHARD; CUVILLIER, 1997, p. 29).

Os filhos permaneciam com os pais até o casamento ou a entrada do jovem guerreiro num séquito de vassalos, sendo o pai obrigado a assegurar a todos os seus filhos pão e papas de farinha em quantidade suficiente segundo a Igreja. A adoção era comum entre os germanos, sendo os “filhos nas armas” confirmados por um juramento de fidelidade recíproco (GUICHARD; CUVILLIER, 1997, p. 29).

A transição para a Era “feudal” foi marcada pela ascensão da Igreja, a qual tornou-se senhora do pensamento e passou a ditar a lei (FOSSIER, 1997, p. 89). Ademais, observou-se o nascimento do sentimento específico de infância, bem como o do amor conjugal, e do estreitamento do controle dos pais sobre os filhos, a sua educação e aprendizagem (FOSSIER, 1997, p. 92). Do ponto de vista legal, os juristas da Idade Média mantiveram os institutos jurídicos consagrados na antiguidade, em nada alterando o aspecto da sistematização. Eles se contentavam primariamente com o comentário acadêmicos e interpretações do Direito Romano, conforme proferidos e incluídos nas Instituições Justinianas, abstendo-se de criar uma nova ordem radicalmente universal (MÜLLER-FREIENFELS, 2003, p. 32).

Às crianças, as quais padeciam de um elevado índice de mortalidade em tenra idade (FOSSIER, 1997, p. 96), foi, por muito tempo, dada pouca importância, tendo, no entanto, aparecido um sentimento de sua realidade própria no seio da família medieval, sendo vistas no início de suas vidas como um ser precioso, mas ainda desprovido de espírito (FOSSIER, 1997, p. 97).

Em relação aos filhos, após 1140-1180, difundiu-se a prática de beneficiar o primogênito, a qual revelou-se perigosa, ao fomentar rivalidades entre irmãos coerdeiros, ou da desagregação do núcleo familiar, com os secundogênitos deserdados partindo em aventuras. Ademais, a tendência em não aceitar o casamento senão dos primogênitos, a fim de evitar que

tais rivalidades acontecessem nas gerações seguintes contribuía para a possibilidade de uma accidental extinção da linhagem e encorajava o concubinato e o adultério (FOSSIER, 1997, p. 98).

Na ocorrência dessas relações clandestinas, era amplamente reconhecido ao pai o direito de retirar o filho à mãe imoral e educá-lo. Os chamados “filhos bastardos” apareceram em força dentre as classes nobres nos séculos XIV e XV, sendo numerosos e bem-vindos, mesmo no lar da legítima esposa, uma vez que o adultério masculino é visto com uma “fanfarronice”, facilmente aceita pela esposa e raramente punido pela justiça. (BRESC, 1997, p. 128) A mesma leniência não era, usualmente, dispensada as mulheres adúlteras, sendo os filhos frutos de suas relações ilegítimas sujeitos a tornarem-se vítimas de infanticídio, visto como uma punição severa, a qual implicava em uma condenação eterna a criança não batizada.

De uma forma geral, no entanto, o desejo de ter filhos era certamente universal nas famílias da Baixa Idade Média, as quais os tinham em números elevados, justificados, por, entre outras razões, as altas taxas de mortalidade das crianças e a idade tardia com a qual os homens se casavam, a qual não deixava muitos anos para levar a cabo o ciclo de reprodução da família. O ritmo dos nascimentos era influenciado pelas condições financeiras das famílias, sendo as mais abastadas, que dispunham de amas de leite, mais propensas a encurtar o intervalo entre gestações. Essas práticas davam origem a outras famílias sentimentais, a dos irmãos de leite (BRESC, 1997, pp. 131-132).

Também merece destaque a desigualdade no trato das filhas mulheres e os homens, sendo responsável por um desequilíbrio numérico entre os dois sexos. Desejavam-se filhos rapazes, que perpetuassem a linhagem e o nome do pai. As meninas estavam sujeitas a ser negligenciadas ou vítimas de acidentes fatais ocasionados por práticas de infanticídio dissimulado (BRESC, 1997, p. 131). Quando cresciam, eram casadas muito jovens e conseqüentemente deixavam a casa dos pais para morar com os sogros, muitas vezes ainda na época do noivado. Isso fazia com que seus laços de identificação com a família de origem fossem muito mais frágeis do que em relação aos homens, os quais, de modo geral, privilegiavam os pais em relação as esposas (BRESC, 1997, p. 134).

De qualquer forma, sendo a mortalidade infantil de um modo geral alta, a frequência com que se dava podia provocar nos pais uma forte melancolia, sobretudo em relação a crianças mais velhas que já estivessem integradas afetivamente na família, uma vez que os pais buscavam não estreitar laços com os bebês, com medo de se afeiçoarem (BRESC, 1997, p. 131).

A figura do pai era elevada na percepção de suas responsabilidades na formação da personalidade e cultura do futuro adolescente, ao passo que se condenava vivamente os mimos

tidos como excessivos com que mães e amas tratavam crianças de tenra idade (BRESC, 1997, p. 132). No entanto, os pais envelhecidos eram figuras longínquas cuja relação com seus filhos muito jovens era geralmente dificultada pela idade, sendo muitas vezes, após sua morte, principalmente quanto a prole póstuma, substituídos por outras figuras paternais, na pessoa dos avôs e dos tios maternos. De qualquer forma, a autoridade paterna era forte, mas a relação era cordial (BRESC, 1997, p. 133).

1.1.4 Codificação do Direito Civil na Europa e no Brasil

O Código Civil Francês de 1804, também chamado de “Código Civil Napoleônico” é considerado, ao longo da História do Direito, uma das obras mestras no estabelecimento dos direitos dos cidadãos, não somente da França, como também dos demais lugares de onde serviu como inspiração para a promulgação de seus próprios documentos legislativos (SALCEDO, 2015, p. 20). Nesse sentido, o Código Napoleônico foi extremamente influente no Direito de Família e foi copiado e adotado amplamente no continente europeu e na América Latina (HTUN; WELDON, 2011, p. 23).

Aplicado aos assuntos das famílias, o Código Napoleônico confirmou que homens e mulheres da mesma classe social não tinham os mesmos direitos em sociedade ou no âmbito familiar. Se, por um lado, confirmou-se a revogação de muitos institutos como a primogenitura e o *patria potestas* além da fase adulta dos filhos, e introduziu-se um novo conceito de casamento enquanto um pacto entre indivíduos e não entre famílias, por outro, confirmou-se e até reforçou-se a autoridade do marido e do pai dentro a família conjugal, a qual estava livre do controle da família estendida e dos ascendentes homens. Ao mesmo tempo, o princípio da autoridade do marido se fez estabelecida, tendo as mulheres muito pouca liberdade para dispor livremente de seu patrimônio e de sua família e sendo muito limitadas em sua habilidade legal de proteger seus interesses. Nesse sentido, o Código Napoleônico também garantiu às mães muito menos poder que os pais nos assuntos relacionados a educação e ao futuro de seus filhos (SARACENO, 2015, p. 430).

Os pais tinham direitos de guarda sobre os filhos menores, podendo as mães tornarem-se guardiãs no caso da morte de seus maridos. Esse direito, no entanto, não era absoluto, uma vez que um pai podia apontar um conselho especial para dividir os direitos de guarda com a mãe. Nesse caso, se a mulher se casasse novamente, a lei requeria a convocação de um conselho de família para decidir se ela poderia reter os direitos de guarda (HTUN; WELDON, 2011, p. 24).

Muita ênfase era dada na influência emanada pelos direitos de propriedade nas dinâmicas de poder dentro da família, no que diz respeito as disposições de herança. Acreditava-se que a autoridade parental era fundada no patrimônio a ser deixado a prole em testamento, e sua força era diretamente proporcional ao tamanho desse patrimônio. Nesse sentido, a parte do Código relativa aos testamentos era base mais importante da autoridade dos pais sobre os filhos, a qual dava ao pai o meio principal para ter sua autoridade respeitada (MARTIN, 1998, p. 32).

Essas disposições não eram fundadas em uma ideia de reconhecimento legal da autoridade natural do pai sobre seus filhos, sendo, de outra forma, pensados como um instrumento para a efetivação dos objetivos do Estado dentro da família, emanando da ordem jurídica, não da natureza. O pai era visto como um guardião dos costumes e da manutenção da paz pública, sendo responsável por apoiar as leis, corrigir comportamentos e fomentar a obediência em sua casa. Essa autoridade era considerada fundamental para a manutenção do Estado. No entanto, esse mesmo ideal artificializado das relações familiares importava inferir que, da mesma forma que a autoridade paternal era concedida pela lei, ela poderia ser retirada (MARTIN, 1998, p. 35).

Apesar do Código Napoleônico ter sido bastante influente no Direito de família, no princípio do século XIX, não se cogitava a efetiva inclusão das pessoas com deficiência na sociedade, no entanto também houve a mudança no tratamento que a sociedade possuía com relação a essas pessoas. (DICHER e TREVISAM, 2014, p. 11)

De acordo com Otto Marques da Silva (2009), ascendeu-se um entendimento de que o tratamento dispensado a pessoas deficientes, anteriormente aplicados, não sanaria ou resolveria os problemas sofridos por eles, uma vez que “não era apenas uma questão de abrigo, de simples atenção e tratamento, de esmola ou de providências paliativas similares, como sucedera até então”.

Foi constatada a necessidade de dar uma atenção especial aos deficientes, não sendo exclusivos e únicos abrigos e hospitais, ou seja, observou-se que era necessário organizações separadas que trataria das questões dessas pessoas com mais cuidado e atendimento racional. (SILVA, 1987, p. 141)

O Código de Napoleão Bonaparte, de maneira indireta, criou o braille, sistema de leitura que é utilizado até hoje por pessoas com deficiência visual. (GUGEL, 2007, pp. 4-5)

Não há no Código Civil de 1804, no entanto, a maneira que deveria ser realizado o poder parental pelo portador de deficiência, apenas manteve-se e reforçou-se a autoridade do homem e pai sobre a família, sem tratar de especificações como seria exercida em casos de deficiência, e sendo permitido as mães a guarda dos filhos apenas com a morte do marido.

Seguindo o exemplo do Código Civil Napoleônico, em seguida aos grandes acontecimentos ideológicos e políticos que marcaram o trânsito do século XVIII para o século XIX, o primeiro Código Civil Português, também conhecido como Código de Seabra, foi aprovado em 1867, sob o princípio de que o homem nasce dotado de certos direitos naturais e inalienáveis, e que a exclusiva missão do Estado, o qual tem raiz pactual e sem fins próprios, é a promoção e a salvaguarda desses direitos individuais e originários. E como esses direitos se reconduzem às diferentes formas que pode revestir o direito de liberdade (religiosa, política, jurídica), logo resulta a ideia de igualdade, em ligação íntima à ideia da liberdade de todos como meio indispensável para garanti-la (COSTA, 1961, p. 140).

Essa igualdade, no entanto, não se estendia de todo as mulheres, principalmente naquilo que se referia as relações familiares. A posição de predominância do marido na direção da família permanecia absoluta, tendo, no entanto, uma inovação significativa sido feita em relação a mãe e sua participação no poder paternal. O artigo 138.º do Código de Seabra estabelecia que a mãe deveria ser ouvida em tudo que respeita ao interesse dos filhos, sendo, entretanto, ao pai que especialmente competia durante o matrimônio, como chefe de família, dirigir, representar e defender os filhos.

De forma geral, o Código de Seabra buscou adotar as soluções a problemas já identificados no intervalo de sua aprovação e o advento da codificação francesa, buscando ser algo mais que pura e simples cópia servil do modelo napoleônico, paradigma de todos os legisladores individualistas (COSTA, 1961, p. 153).

O Código de Seabra, também tratou sobre deficientes, porém especificamente aqueles ditos “dementes”, sendo equiparados a menores e submetidos à curadoria. Havia, de acordo com Cordeiro (2007, p. 464), regras específicas com relação ao interdito, por exemplo, os rendimentos e os bens do interdito deveriam ser aplicados com intuito no melhoramento do seu estado de saúde, a sua liberdade deveria ser respeitada quando possível, estabelecimento de nulidade dos atos do interditado após sentença e os surdos-mudos que não possuísem a capacidade de reger seus rendimentos e bens deveriam ser tutelados.

Durante a vigência do Código Seabra, o principal objetivo da interdição era proteger o patrimônio da pessoa denominada incapaz com intuito de transmitir os bens aos seus herdeiros em um futuro (SOALHEIRO, 2016, p. 18). Porém, a referida codificação não traz disposições acerca da inclusão e proteção de deficientes físicos, assim como o exercício da guarda de filhos pelos pais que possuíssem mobilidade reduzida.

O Código Civil Alemão também teve como modelo e inspiração a Codificação Napoleônica, tendo sido adotado quase um século depois, em 1900, o qual, no entanto, tinha

uma estrutura diferente e era muito mais detalhado (HTUN; WELDON, 2011, p. 23). Os esforços dos alemães em criar uma sistematização do Direito Civil culminou na separação do Direito de Família no Código, coisa que não havia sido feita pelos franceses (MÜLLER-FREIENFELS, 2003, p. 37).

Campos como os direitos de propriedade matrimonial, a lei de sucessões ou a lei dos filhos ilegítimos inspiravam uma consciência mais cautelosa e restrita dos sujeitos legislados, muito embora mudanças fundamentais nas condições sociais trazidas pela nova era de industrialização chamavam por novas e muito menos temerosas abordagens para esses problemas básicos. Os problemas sociais especiais pertinentes ao trabalho da mulher casada, ou da compensação para a mulher casada que ajuda o marido em seus negócios, ou do emprego de crianças por seus pais, a situação econômica particular da casa da família, como os móveis e equipamentos domésticos a serem divididos entre os cônjuges após o divórcio, o poder governante do bem-estar das crianças nas relações familiares, a necessidade dominante de proteção especial de crianças ou adolescentes nascidos fora do casamento ou que sofrem sob estressores físicos ou mentais incomuns, a importância dos resultados de investigação psicológica, médica e pedagógica da vida familiar para a lei das relações domésticas, a influência da família em mudança, funções, etc. - nenhuma destas questões foi resolvida ou realmente tocada no Código (MÜLLER-FREIENFELS, 2003, p. 411).

No entanto, os critérios vagos e gerais contidos nas chamadas "cláusulas gerais" do Código permitiram aos tribunais lidar com eles sob a forma de jurisprudência. No entanto, esse tipo de abordagem se mostrou inadequada face as mudanças nas condições sociais após a entrada do Código em vigor, constatação que pode ser provada pelo fato de que nenhuma seção do O Código Civil Alemão sofreu alterações tão básicas quanto o campo do Direito da Família, sendo isso também verdade para a maioria dos outros sistemas jurídicos europeus e alguns não europeus. No vigésimo século, a reforma do Direito de Família tornou-se em todos os lugares uma matéria política de alta prioridade (MÜLLER-FREIENFELS, 2003, p. 411).

No que dispõe sobre os deficientes, o Código Civil Alemão comparava prodigalidade, alcoolismo e a fraqueza de espírito com a interdição, também realizava a diferenciação da tutela e da curatela, sendo a primeira relacionada a incapacidade absoluta e a segunda a relativa (SOALHEIRO, 2016). Entretanto, o legislador não dispôs acerca da inclusão e proteção de deficientes físicos, nem do exercício da tutela dos filhos pelos pais que possuam mobilidade reduzida.

As experiências com a codificação do Direito Civil na França, Alemanha e Portugal tiveram papéis importantes nas discussões que antecederam a promulgação do Código Civil

brasileiro de 1916 (NEDER, 2018, p. 493). O caráter patriarcal da família foi mantido de forma soberana, manifestado de forma primordial pela posição de autoridade na qual figurava o homem no papel de pai e marido no âmbito do Direito de Família. A família tinha base matrimonial, assentada no instituto do casamento, sendo requisito legal para a legitimidade dos filhos, que eram classificados em legítimos ou ilegítimos, estando esses últimos classificados em naturais, espúrios e adulterinos (VELLOSO, 2004, p. 26).

Sendo legítimos apenas os filhos havidos dentro de uma relação de casamento civil, os demais, ilegítimos, dividiam-se em naturais (de pais que, de outra forma, não estavam impedidos de se casar) e espúrios (de pais que legalmente não podiam se casar, em virtude de impedimento). O impedimento poderia ser em razão de um ou ambos os pais serem casados com outras pessoas, pelo que a filiação espúria era classificada como adulterina. Se o impedimento para o matrimônio procedia de parentesco entre os pais, o filho nascido dessa relação era chamado incestuoso (QUEIROGA, 2004, p. 212). Conforme o art. 355 Código Civil brasileiro de 1916, era permitido aos pais o reconhecimento dos filhos naturais, os quais, se legitimados, passavam a ser, em tudo, equiparados aos legítimos, de acordo com o art. 352.

No entanto, até ao advento da Constituição Federal de 1988, a legislação civilista não permitia o estabelecimento de vínculo paterno-filial aos filhos espúrios, mesmo quando esse tinha conhecimento de sua origem genética. A presunção legal tinha valor superior à realidade da vida, concebendo toda uma estrutura discriminatória para a manutenção do casamento, acima de quaisquer preocupações com a dignidade das pessoas, incluindo a de crianças e adolescentes (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 557).

O filho reconhecido, enquanto menor, ficava sob o poder do genitor que o reconheceu, e, se reconhecido por ambos, sob o do pai. Se, no entanto, o genitor que o reconheceu estivesse casado, o filho ilegítimo, mesmo reconhecido, não poderia residir no domicílio conjugal sem o consentimento do outro cônjuge. Se um dos cônjuges negasse consentimento para que residisse no lar conjugal o filho natural reconhecido, caberia ao genitor que o reconheceu, prestar-lhe, de outro modo, fora do seu lar, inteira assistência, assim como alimentos correspondentes à situação social em que vivia, iguais aos que prestaria a um filho legítimo (PONTES DE MIRANDA, 1955, p. 97)

A forte influência do *patria potestas* era alvo das limitações pelas quais o Código era designado por meio de vários institutos jurídicos, dentre eles a maioridade civil. O costume, no entanto, ditava que os filhos permanecessem em casa, sob o teto e a conseqüente autoridade do pai, como um dever de proteção e obediência, sendo essa autoridade quebrada somente pelo

casamento, o qual, por sua vez, manteve-se indissolúvel no Brasil até 1977 (NEDER, 2018, p. 498).

Os denominadores comuns da disciplina do Direito de Família nos códigos pioneiros mantiveram-se pouco alteradas até meados do século XX, quando as lutas pela igualdade de gênero e o fim da discriminação entre os filhos tomaram força, mas só após a eclosão de duas grandes guerras mundiais, que trouxeram ao mundo jurídico um olhar mais acurado à dignidade da pessoa humana e aos direitos de minorias, algumas atenções voltaram-se aos deficientes físicos, ainda relegados ao instituto da curatela e tutela.

A família, gradualmente, deixou de ser legalmente dirigida pela primazia da autoridade patriarcal, movendo-se em direção aos ideais mais contemporâneos da superioridade do interesse do menor e da proteção aos direitos humanos. Essas transformações, no entanto, ainda não estão completas, principalmente no que diz respeito a manutenção dos papéis de gênero na sociedade e sua influência na definição de família e nas relações de parentalidade.

Com relação aos direitos pertencentes as pessoas com deficiência, o Código Civil brasileiro de 1916 não os trazia, explicitamente, dispondo apenas sobre a incapacidade de deficientes mentais e outras situações pontuais, porém sem mencionar aqueles que possuíam alguma mobilidade reduzida.

Art. 5. 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 (art. 147, I), ou à maneira de os exercer:
I – os maiores de 16 (dezesseis) e os menores de 21 (vinte e um) anos (arts. 154 a 156).
II - As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal.
III – os pródigos.
IV - os silvícolas.
Parágrafo único. Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, e que cessará à medida de sua adaptação. (BRASIL, 1916)

Assim, através de uma rasa interpretação da legislação vigente à época não havia impedimento ao exercício da tutela de filhos por pessoas deficientes físicas, porém sempre existente um histórico cultural de preconceitos que impediam a parentalidade. Ademais, é importante ressaltar que aos surdos mudos que não conseguissem expressar suas vontades lhes eram atribuídos a incapacidade absoluta e, no entanto, não poderiam exercer o poder parental de maneira eficaz.

E apenas um século depois, os deficientes físicos foram abraçados pela proteção jurídica dada ao núcleo paterno do grupo familiar, sendo tratados à luz de um modelo social de inclusão. No entanto, preliminarmente, apesar das legislações específicas e atuais de preservação e inclusão de deficientes ainda há dificuldades no exercício da tutela dos filhos menores por pais deficientes, conforme se explicará mais à frente.

1.2 Definição de Família e a afetividade

O apanhado histórico trazido revela que as regulamentações das relações familiares eram componentes importantes das mais antigas legislações humanas. Eles pertencem às primeiras regras estabelecidas pelos seres humanos, mesmo antes que uma separação clara da moral, costume, uso e lei fosse alcançada (MÜLLER-FREIENFELS, 2003, p. 32).

No entanto, mesmo sendo a família a instituição mais antiga do mundo, seu próprio conceito não pode ser considerado tranquilamente fechado, tendo as tentativas do direito em estabelecer uma definição arbitrária ao longo da história sempre se encontrado em conflito com a complexa realidade social. De fato, a família é uma entidade histórica, ancestral como a história, interligada com os rumos e desvios da história ela mesma, mutável na exata medida em que mudam as estruturas e a arquitetura da própria história através dos tempos; a história da família se confunde com a história da própria humanidade (HIRONAKA, 1999, p. 7).

Esse esforço em pensar uma conceituação acurada para a família hodierna encontra-se atualmente em plena ebulição. No entanto, um elemento norteador parece se aproximar das relações de parentalidade e conjugalidade atuais: a afetividade. Se, anteriormente, prevaleciam os costumes, a tradição e o bom nome em sociedade, a “nova” família é estruturada nas relações de autenticidade, afeto, amor, diálogo. A noção da vida comum atual repousa soberana sobre sua solidariedade constantemente provocada pela intensidade afetiva. Nesse sentido, a permanência das relações passa a independer de condutas preestabelecidas e formalizadas na legislação, mas decorre da atitude de cada membro em relação ao outro (LEITE, 1991, p. 367).

A entrada do divórcio no ordenamento jurídico (em Portugal, pelo Decreto de 3 de Novembro de 1910; no Brasil, somente com a Emenda Constitucional nº 9 de 1977, regulamentada pela Lei nº 6.515/77) já havia quebrado a hegemonia da família nuclear formada por pai, mãe e filhos para a crescente realidade das famílias monoparentais por ruptura conjugal, que antes viam sua origem majoritária na viuvez de um dos genitores. Todavia, ainda se observa uma falha do Estado em oferecer condições adequadas, por meio de políticas públicas e adequada prestação jurisdicional para apoiar a adequada manutenção e florescimento dessas

famílias, as quais, ainda nos dias de hoje, são as principais vítimas de mazelas sociais (OLIVEIRA, 2002, p. 221).

Nesse sentido, o reconhecimento da proteção legal de famílias formadas por casais sem o vínculo formal do casamento, dada em Portugal pela Lei n.º 135/99, de 28 de agosto e, no Brasil, após o reconhecimento constitucional em 1988, regulamentada pela Lei 8.971 de 1994 solidificaram essa tendência em priorizar laços afetivos sobre a formalidade dos postulados jurídicos.

Para além do reconhecimento de uma multiplicidade de famílias conjugais, as relações parentais também ganham contornos com a supremacia da afetividade que sobrepõem o elemento puramente biológico, muito embora a desconsideração desse último não seja novidade no Direito de Família. Dessa forma, a verdade afetiva suplanta a verdade biológica na determinação da filiação, à medida que, mesmo os filhos biológicos, precisam ser amados e desejados por seus pais, para que possam garantir-lhes o desenvolvimento saudável. Isto porque entende-se que todo processo de paternagem/maternagem exige um sério processo de relacionamento, no qual o amor é ao mesmo tempo causa e resultado (SANCHES; VERONESE, 2012, p. 77).

Mesmo nas recentes discussões sobre o reconhecimento de filiação comum para casais homossexuais, parece haver convergência da comunidade científica sobre o fato da configuração familiar (seja ela homoparental ou heteropaterntal) não ser um aspecto determinante para o desenvolvimento das crianças, mas sim a dinâmica relacional familiar. O fundamental é que o contexto familiar ofereça afeto e comunicação, seja sensível às necessidades da criança, viva de modo estável e impondo normas adequadas, no seio de relações harmoniosas. Se estas funções parentais forem cumpridas, a orientação sexual dos pais, em si mesma, não parece ser a variável mais relevante quando se tem de determinar o modo de construção do desenvolvimento psicológico das crianças (ORDEM DOS PSICÓLOGOS PORTUGUESES, 2013, p. 30).

A filiação socioafetiva e a multiparentalidade são produtos dessa nova perspectiva, determinando uma paternidade diversa, baseada no afeto, nos casos em que as relações de afeto entre pai e filho não condizem com a paternidade jurídica, ou ainda quando comprovada a paternidade biológica (BOEIRA, 1999, pp. 112-113).

Aliado aos avanços científicos que possibilitaram a democratização da procriação assistida e a maternidade de substituição, o critério biologistar de filiação, que predomina ainda sobretudo em Portugal, já não se mostra suficiente para caracterizar a peculiar ligação entre pais e filhos (OLIVEIRA, 2016, pp. 274-275).

Ademais, com a percebida fragilidade do amor entre os adultos para manter os laços familiares no contexto da conjugalidade hodierna, a família viu crescer a partir da segunda metade do século XX a hipervalorização da relação com os filhos. Dessa forma, os filhos, sua educação e cuidado trouxeram novas referências de sentido e de valores, podendo até converter-se no centro do sentido da existência privada. O amor e afeição, anteriormente estranhos a linguagem jurídica, tornam-se protagonistas no discurso do Direito de Família (OLIVEIRA, 2016, p. 277).

Dessa forma, a vontade, e sobretudo o cuidado, emergem como o critério da parentalidade. De fato, toda paternidade é necessariamente socioafetiva, independentemente da origem biológica, baseada na posse de estado de filho (OLIVEIRA, 2016). Por esse critério, inclusive, pode-se inclusive questionar o vínculo de parentalidade, demonstrada a verdade biológica, ante o crivo da verdade afetiva (FUJITA, 2009, p. 104).

Por essa razão, a proteção e o fomento da manutenção desses laços tornam-se o mais importante objetivo para os operadores do Direito de Família, de acordo com o superior interesse da criança. Nesse sentido, tem-se desenvolvido uma crescente partilha de responsabilidades, com a intenção clara é de reforçar os laços de convivência em que a criança ou o jovem vive, e garantir a sua manutenção no caso de ocorrer alguma vicissitude (OLIVEIRA, 2016, p. 286).

Com relação as famílias que possuem algum membro com alguma deficiência, ainda existe uma grande dificuldade a integrar pessoas vulneráveis a sociedade, inclusive com relação ao exercício parental por essas pessoas devido ao trato social e cultural, pois, de acordo com Carolina Valença Ferraz e Manuel Camelo Ferreira da Silva Netto (2018, p. 141), quando se conversa sobre deficiência costuma-se supor como um elemento que limita o indivíduo, tornando-o imperfeito e limitado quando se comparado com outras pessoas.

Ao exercício da parentalidade por deficientes físicos, há uma barreira devido a estigmatização sofrida por essas pessoas na sociedade, tendo em vista que a cultura preconceituosa da incapacidade ainda é forte e persistente no mundo. Assim, diante deste fato, a Convenção da ONU (2007) reconheceu o direito a pessoas deficientes decidirem a quantidade de filhos e o tempo entre seus nascimentos, assim como a informação sobre planejamento familiar, procriação e o oferecimento de recursos necessários para exercer esses direitos.

O Brasil também adotou o entendimento disposto na Convenção da ONU de 2007, assim, podemos perceber que as legislações vem contribuindo com o ponto de vista da igualdade, quando reconhecem os deficientes físicos pessoas capazes de se autodeterminar com

relação as suas vontades, particularmente com relação a formação familiar e o exercício do poder parental (FERRAZ; NETTO, 2018, pp. 143-144).

Assim a família, ao se converter em espaço de realização da afetividade humana, marca o deslocamento da função econômica-política-religiosa-procriacional para essa nova função. Essas linhas de tendências enquadram-se no fenômeno jurídico-social denominado repersonalização das relações civis, que valoriza o interesse da pessoa humana mais do que suas relações patrimoniais. É a recusa da coisificação ou reificação da pessoa, para ressaltar sua dignidade. A família é o espaço por excelência da repersonalização do direito (LÔBO, 2011, p. 22).

Sendo assim a definição de família atual é formado principalmente pelo afeto, tido como elemento estruturante, onde o respeito, a convivência e a solidariedade são primordiais para a convivência e respeito mútuo, aceitação de diversos comportamentos sociais e da não discriminação.

1.3 Dever de assistir, criar e educar os filhos menores

Uma criança, ao nascer, só pode sobreviver se um adulto estabelecer com ela uma relação de cuidados, alimentando-a e agasalhando-a. Para desenvolver sua personalidade integral, ela precisa ainda receber atos de afeto por parte do adulto (BRUNO, 2008, p. 85).

O art. 229 da Constituição Federal Brasileira resume três deveres jurídicos básicos dos pais para com seus filhos: assistir, criar e educar. É um dos fundamentos do princípio da solidariedade familiar, onde a relação de responsabilidade entre pais e filhos encontra sua base. Essa relação tem uma peculiaridade caracterizada pela vulnerabilidade dos filhos menores, assim como ampliação, cada vez maior, das intervenções jurídicas nas relações de filiação, com vistas à proteção dos menores. Diante da natureza *sui generis* do vínculo paterno-filial, seu reconhecimento pelo constituinte brasileiro contribui para uma tutela mais eficaz da criança e do adolescente nas relações de família, uma vez que, no âmbito das relações entre pais e filhos, o vínculo de solidariedade familiar é o mais forte que existe (MORAES; TEIXEIRA, 2016, p. 125).

Nesse contexto, a solidariedade, como categoria ética e moral que se projetou para o mundo jurídico, significa um vínculo de sentimento racionalmente guiado, limitado e autodeterminado que compele à oferta de ajuda, apoiando-se em uma mínima similitude de certos interesses e objetivos, de forma a manter a diferença entre os parceiros na solidariedade.

Dessa forma, a solidariedade cresce na sua importância na medida em que permite a tomada de consciência da interdependência social (LÔBO, 2008, p. 1), causando impactos nas instituições.

Nesse sentido, a “defesa da ordem social a partir da criança” diz respeito a uma ideia de parentalidade substancialmente diversa daquela referenciada pelo Código Civil Brasileiro de 1916, quando a autoridade parental tinha apenas duas funções: limitar a capacidade negocial do menor no mercado e educá-lo para a convivência em sociedade, obedecendo a lógica patrimonialista então em vigor (MORAES; TEIXEIRA, 2016, p. 126).

A intervenção marcante do legislador, a partir da Constituição de 1988 e do consequente Estatuto da Criança e do Adolescente, entretanto, transformou este estado de coisas, com reflexos (ainda que muito insuficientes) no Código promulgado em 2002. O poder familiar passou a ser concebido como um poder-dever posto no interesse exclusivo do filho e com a finalidade de satisfazer suas necessidades existenciais, consideradas as mais importantes, em observância a cláusula geral de tutela da dignidade humana (art. 1º, CF). Este também é, não por acaso, o teor do art. 227 da Constituição, que preconizava ser dever da família assegurar, com absoluta prioridade, às crianças e aos adolescentes os direitos à vida, saúde, alimentação, educação, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito, liberdade e convivência familiar e comunitária. Dessa forma, o princípio, conhecido como “doutrina jurídica da proteção integral”, ramifica-se em inúmeros dispositivos legais, constantes das mais diversas leis e regulamentos, todos atribuindo às crianças e aos adolescentes preeminência não apenas na família, mas também no âmbito da sociedade e do Estado (MORAES; TEIXEIRA, 2016, p. 127).

Nesse sentido, o macroprincípio da solidariedade perpassa transversalmente os princípios gerais do Direito de Família, do qual dependem institutos que lhe são peculiares, a saber, o princípio da afetividade, o princípio da convivência familiar, o princípio do melhor interesse da criança. Por esta razão, o princípio da solidariedade é observado quando o direito de convivência das crianças com seus parentes próximos não é obstado, ainda que contrarie os interesses pessoais de seus pais, como no caso do contato afetivo entre netos e avós, sobrinhos e tios (LÔBO, 2008, p. 1), e demais famílias estendidas da criança, que esses laços sejam de sangue ou de afetividade e consideração, o que é comum na cultura brasileira.

Assim, a guarda dos filhos em caso de divórcio será fixada do modo que atender aos melhores interesses desses, independentemente de qualquer consideração à imputação de culpa na separação. A proteção do melhor interesse da criança, sendo princípio, depende sempre da interpretação do juiz (do Estado, portanto), trazendo, pela primeira vez, para a esfera pública a problemática dessas relações. Como os filhos menores não estão em condições de se proteger

por si sós, o legislador e o juiz tomam a si o encargo de tutelá-los em face de todos, inclusive dos próprios pais (MORAES; TEIXEIRA, 2016, p. 127).

Nesse entendimento, o princípio jurídico da solidariedade resulta da superação do individualismo jurídico, que por sua vez é a superação do modo de pensar e viver em sociedade a partir do predomínio dos interesses individuais, que marcou os primeiros séculos da modernidade, e continua tendo sua influência notável até os dias de hoje (LÔBO, 2008, p. 5).

A solidariedade em relação aos filhos está relacionada com o direito da pessoa em ser cuidada até atingir a maioridade, figurando entre os princípios a serem observados pela Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e no Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei nº 8.069/90 (LÔBO, 2008, p. 7). Diante da possibilidade do divórcio e de novos casamentos, além dos genitores, outras pessoas se integram ao convívio familiar e podem construir novas relações de amizade, carinho e responsabilidades, exigindo dos adultos bom senso, paciência e concessões recíprocas (PEREIRA, 2008, p. 449).

Dessa forma, os tribunais brasileiros avançam no sentido de assegurar a família estendida, aos ex-companheiros homossexuais de seus genitores, aos padrastos e madrastas o direito de contato, ou de visita, ou de convivência com as crianças e adolescentes, uma vez que, no melhor interesse destas e da realização afetiva daqueles, os laços de parentesco ou os contraídos na convivência familiar não devem ser rompidos ou dificultados. O cuidado passa a ser compreendido como valor jurídico, notadamente quanto a convivência intergeracional como transmissora de valores e cultura, recebendo força subjacente do princípio da solidariedade, como expressão particularizada dessa, em especial na tutela de pessoas vulneráveis, como as crianças e os idosos (LÔBO, 2008, p. 7).

É no seio do grupo familiar que a criança deve desenvolver e completar o ciclo de socialização; nela, assimila novos valores sociais. O espaço familiar é, por excelência, local privilegiado para um aprendizado permanente, orientando-se para resolver seus próprios problemas e enfrentar as dificuldades do dia-a-dia. A criança, no âmbito de sua família, marcada pela interação entre seus membros e cercada de afeto, cuidado e segurança, tem a chance de se tornar um adulto responsável e multiplicador de um modelo equilibrado de convivência (PEREIRA, 2008, p. 449).

Nesse sentido, o cuidado compõe a responsabilidade do detentor da Guarda no âmbito da família, incluindo, mesmo diante de uma maternagem ou paternagem exemplares, o aconchego, o carinho, a delicadeza, o afeto. No processo educacional, a ideia do cuidado deve envolver, ainda, o fomento ao desenvolvimento integral de crianças e jovens, respeito e efetivo

conhecimento das dificuldades próprias e alheias e a consciência dos direitos e deveres que envolvem a vida em sociedade (PEREIRA, 2008, p. 468).

2 A TUTELA DOS FILHOS MENORES EM COESÃO COM O DIREITO DE INCLUSÃO DO DEFICIENTE FÍSICO

Havendo a ciência e o convencimento da família como elemento primordial da sociedade no que concerne ao bem estar e crescimento de todos, em especial as crianças, a Convenção sobre os Direitos das Crianças foi ratificada por mais 196 países, inclusive Brasil e Portugal, e garantindo a assistência e proteção necessárias a elas.

Nesse mesmo sentido, inclusive antecipadamente a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, houve a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, que em suas garantias democráticas, compôs a base substancial do Direito da Criança e do Adolescente (CUSTÓDIO, 2008, p. 27).

É necessário assinalar que, de acordo com Silva (2008, p. 24), “O poder familiar é imposto aos pais pelo Estado, que é o fiscalizador do exercício legal do mesmo”, ou seja, o Estado transferiu aos pais o dever de guarda e tutela dos filhos menores visando a proteção integral da criança.

É conhecido que quando se conversa os direitos fundamentais de grupos vulneráveis, face a sua condição humana ser desprezada, sendo evidente que a legislação geral de defesa dos direitos humanos não atinge esses grupos, foi necessário a elaboração de diplomas disciplinando direitos e deveres atinentes a esses cidadãos.

Assim como a Proteção Especial da Criança foi editada pela ONU, também houve a realização de uma Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2007), que foi responsável pelas intensas modificações em relação a tutela jurídica desses indivíduos e modificou o conceito de deficiência (FERRAZ e NETTO, 2018, p. 6).

Com a ratificação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, os Estados que a adotaram tomaram o compromisso de adequar seus ordenamentos jurídicos e propiciar uma melhor inclusão social.

No entanto surgem entraves quando há um suposto conflito com o direito de inclusão do deficiente físico, quando comparado ao melhor interesse da criança e o exercício da parentalidade, ou seja, da guarda dos filhos. O exercício da parentalidade é dificultado aos deficientes físicos, uma vez que tais pessoas são enxergados por suas deficiência e limitações,

sendo gerada a crença que não possuem a capacidade de exercer a parentalidade (FERRAZ e NETTO, 2018, p. 10).

2.1 Princípio do Melhor Interesse da Criança

O princípio do melhor interesse da criança se revela como uma extensão do princípio da dignidade da pessoa humana, também enfatiza que o interesse das crianças e dos adolescentes prevalece absolutamente (VICENTE, 2010, p. 59).

O surgimento desse importante princípio adveio do *parens patriae*, instituto inglês que tinha como finalidade a proteção de indivíduos incapazes e dos seus bens. Assim com a divisão deste instituto inglês entre a proteção dos deficientes e o amparo a infância, a última evoluiu para o princípio do melhor interesse da criança (COLUCCI, 2014, p. 25).

O princípio do melhor interesse da criança foi adotado pelos demais países, em 1959, após ser oficializado pela justiça inglesa, na Declaração dos Direitos da Criança (COLUCCI, 2014, 2015, p. 27).

No Brasil, o princípio do melhor interesse da criança está previsto no art. 227, da Constituição Federal (1985), e no art. 4º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (1990), onde estabelece que é dever de todos assegurar prioritariamente os direitos à vida, à alimentação, à educação, à saúde, à alimentação, à cultura, à profissionalização, ao lazer, ao respeito e a liberdade.

Em Portugal, a aplicação do princípio do melhor interesse da criança assemelha-se a do Brasil, e todas as decisões judiciais que envolvem adolescentes e crianças devem sempre levar o referido princípio em consideração (COLUCCI, 2014, p. 181).

Ao tratar das reponsabilidades dos pais, o Código Civil Português disciplina em seu art. 1.878 que cabem aos pais zelar e garantir a segurança, a saúde, o sustento a educação e administrar os seus bens, prevalecendo o interesse deles sobre o dos pais (COLUCCI, 2014, p. 185).

O princípio do melhor interesse da criança sempre é aplicado em casos que envolvam menores de idade, por exemplo, guarda, tutela, adoção, regulamentação de visitas etc, no entanto, a legislação relativa não enumera os casos em que ele incide. Ademais, não está ao alcance do legislador antever todos os casos concretos que incidiria o referido princípio.

Por um lado, essa definição é vantajosa, já que seria impossível haver previsão de todas as situações em que o melhor interesse poderia vir a ser aplicado, por envolver variada gama de relações familiares, que não são objetivas. Com isso, embora a

pesquisa estivesse buscando determinar critérios puramente objetivos para a aplicação do melhor interesse, ficou claro que tal intento não é possível. Todos os fatores envolvidos em cada caso concreto devem ser criteriosamente analisados, de preferência com o auxílio de equipe multidisciplinar, para que se determine, naquela situação específica, qual é o melhor interesse para aquela determinada criança ou adolescente (COLUCCI, 2014, p. 227).

Como meio de garantir o melhor interesse da criança, a família exerce um papel fundamental, refletindo a sua importância na formação dos filhos, através a aplicabilidade dos princípios da Responsabilidade Parental e da Prevalência em família, previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente (1990).

Segundo Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel (apud SILVEIRA, 2015, p.39), a convivência familiar é um “direito fundamental de toda pessoa humana de viver junto à família de origem, em ambiente de afeto e de cuidado mútuos, configurando-se como um direito vital quando se tratar de pessoa em formação (criança ou adolescente).”

Portanto, o convívio da criança e do adolescente com os pais é necessário para assegurar o melhor interesse dela, tendo em vista que a família é o alicerce do desenvolvimento humano e essencial para preparar os filhos para conviver em sociedade. Dessa maneira, devem os Estados fornecer recursos que assegurem e facilitem o convívio dos pais com os filhos, independentemente de suas limitações.

2.2 O Conceito de Guarda no Contexto das Responsabilidades Parentais e do Poder Familiar

Etimologicamente, o vocábulo guarda é derivado do antigo alemão *wargen* (guarda, espera), do qual proveio também o inglês *warden* (guarda), que deu origem ao francês *garde*, pela substituição do w em g, é empregado em sentido genérico para exprimir proteção, observância, vigilância ou administração", especificando que guarda dos filhos é locução indicativa, seja do direito ou do dever, que compete aos pais ou a um dos cônjuges de ter em sua companhia ou de protege-los, nas diversas circunstâncias indicadas na lei civil. E guarda, nesse sentido, adquire tanto o significado de custódia quanto de proteção, a qual é devida aos filhos pelos pais (GRISARD FILHO, 2009, p. 57).

Na verdade, o termo guarda pode ser mal interpretado, no sentido de indicar um ato de vigilância, ligada a uma ideia de propriedade e apoderamento unilateral. No entanto, é necessário reafirmar o fundamental significado bilateral do instituto, na medida em que valoriza a efetiva participação infanto-juvenil na sua própria formação pessoa, psicológica e intelectual

(FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 684). Nesse sentido, segundo Maria do Carmo Medina, a concepção atual de guarda diz respeito a um poder-dever, o qual envolve, na sua materialidade, o encargo direto do filho pelos pais e está ligado, portanto, à própria pessoa física do filho. O dever da guarda ou custódia é da maior relevância e pode dizer-se que dele derivam os demais e deveres parentais (MEDINA, 2013, p. 141).

Sobre o assunto, Grisard Filho (2009, p. 58) assevera que guarda não se define por si mesma, senão através dos elementos que asseguram, com forte assento na ideia de posse, surgindo como um direito-dever natural originário dos pais, que consiste na convivência com seus filhos e é pressuposto que possibilita o exercício de todas as funções parentais. Sendo assim, os pais devem manter os filhos em convivência direta consigo, protegendo-os na sua integridade física e moral e integrando-os no seu agregado familiar em vivência comum. O direito de guarda consubstancia-se, dessa forma, na obrigação e no direito do filho a viver com os pais na residência destes (MEDINA, 2013, p. 141).

Esse poder-dever é considerado um dos conteúdos das responsabilidades parentais no ordenamento jurídico português, segundo o qual os pais devem velar pela segurança e a saúde dos filhos (PINHEIRO, 2018, p. 223). Na doutrina portuguesa, era tradicionalmente atribuído ao conceito de guarda um sentido amplo, o qual englobava os poderes-deveres de direção, educação e vigilância dos filhos, abrangendo, assim, todos os atributos do antigo poder paternal, conforme tratado na legislação daquele tempo, e um sentido estrito, o qual consistia apenas num dos atributos desse poder, qual seja, o direito de fixar a residência da criança, retendo-a no domicílio familiar (MELO *et. al.*, 2010, p. 44).

Na determinação da residência do filho e os direitos de visita, o acordo dos pais será tido em conta, mas não é critério de última instância da decisão, sendo, de outra forma, o interesse do filho. A lei se orienta pelo princípio de que a proximidade entre os progenitores em relação a vida das crianças é fundamental para o seu desenvolvimento, e consequentemente, para um processo educativo eficaz, e assim orienta suas decisões, fomentando uma pedagogia de partilha das responsabilidades parentais (PEREIRA, 2018, p. 566).

Nesse contexto, a família surge como um mosaico da diversidade, ninho de comunhão de vida, deixando evidente sua vocação para a realização como pessoa de cada um de seus membros, a qual depende do respeito ao outro e da proteção as suas individualidades no coletivo familiar, conferindo, assim, condições de construção de identidade ao sujeito. Isso se torna plausível na medida em que o indivíduo passa a enxergar nos demais sua própria situação de inserção na vida em sociedade. É possível, dessa forma e a partir desse entendimento, a importância da compreensão da filiação como esse caminho de respeito às individualidades do

outro, figurativamente, como se fosse projeção do seu próprio direito à individualidade no espelho (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 560).

Por essa razão, a disciplina da guarda obedece o princípio do melhor interesse da criança, consagrado pela já mencionada Convenção Internacional dos Direitos da Criança da ONU, a qual norteia a fixação do direito de guarda e de visita, em caso de separação e divórcio, por conter elementos voltados ao pleno desenvolvimento da personalidade, à boa formação educacional, à integridade moral, física e psíquica da prole (DINIZ, 2010, p. 321).

O poder de guarda abarca ainda a vigilância das ações do filho e a regulação das relações desse com outrem que não os pais, com vias de evitar relacionamentos perniciosos aos seus interesses. Da mesma forma, esse poder-dever confere aos pais a faculdade de decidir no que respeita aos cuidados de saúde. É a eles que incumbe autorizar intervenções ou tratamentos médicos atinentes ao filho, com exceção das situações de ação estatal no cumprimento de políticas de saúde pública; urgências; estado de perigo; e nos casos legalmente reconhecidos nos quais se entende que o filho menor, pela sua idade e capacidade de discernimento, pode decidir por si próprio (PINHEIRO, 2018, p. 224).

No ordenamento jurídico brasileiro, a guarda está submetida a uma dualidade de regimes, os quais se manifestam nas disciplinas da guarda na relação familiar, mais precisamente quando da dissolução do casamento ou da união estável, e da guarda como colocação de criança ou adolescente em uma família substituta, referente a situação de uma criança ou adolescente que ficará sob a proteção de uma terceira pessoa. Esse último regime afasta por completo os interesses relativos aos pais, não havendo sequer a necessidade de existência de um litígio pela posse de um filho menor de idade ou mesmo a dissolução de casamento ou união estável (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 681).

De todo modo, o exercício da guarda integra a estrutura do poder familiar, exercido pelos pais enquanto seus filhos forem menores de dezoito anos (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 684), sendo nesse aspecto muito semelhante a dinâmica entre sua contraparte portuguesa e o instituto das responsabilidades parentais. Note-se que parte da doutrina no Brasil prefere o termo “autoridade parental”, ou mesmo “responsabilidade parental” (LOBO, 2015, p. 739), tal qual os portugueses, com a justificativa de que o termo “autoridade” se coaduna com o princípio de melhor interesse dos filhos, além de contemplar a solidariedade familiar.

De qualquer forma, o termo atualmente consagrado pela legislação veio para substituir a expressão “pátrio poder”, juntamente com o movimento de despatriarcalização do Direito de Família, prevalente na codificação anterior (TARTUCE, 2019, p. 539).

De forma geral, quanto aos efeitos da guarda existente na vigência do poder familiar e que visam à proteção dos filhos, pode-se depreender a proteção integral da criança e do adolescente inserida no instituto a partir do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual determina, em seu art. 33 da Lei nº 8.096 de 1990, que a guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança e ao adolescente, conferindo a seu detentor o direito de se opor a terceiros, incluindo aos pais (TARTUCE; SIMÃO, 2014, p. 239).

É de conhecimento que os pais são figuras importantes para o desenvolvimento psicológico dos filhos, sendo parâmetro da construção da personalidade de seus rebentos.

Também é importante informar que não existe na legislação óbice ao exercício da guarda por pais deficientes, tendo em vista que a sua condição física não expõe a criança a risco, ademais estes são titulares de sua capacidade civil plena podendo exercer os poderes inerentes a guarda, se coadunando com o melhor interesse da criança, a convivência familiar e a igualdade. (FERRAZ; NETTO, 2018, p. 13-14).

Vale ressaltar que a fixação da guarda não se submete a autoridade da coisa julgada. As decisões sobre guarda são tomadas segundo as circunstâncias fáticas de cada caso concreto, cujos elementos são de natureza variável, agindo o juiz com certo poder discricionário. Dessa forma, faz-se presente a cláusula *rebus sic stantibus*, a qual atenua os princípios da coisa julgada, podendo ser modificada quando e na medida em que variam as circunstâncias nas quais se baseou a decisão (GRISARD FILHO, 2009, pp. 92-93).

2.3 A Inclusão Social e Direitos dos Deficientes

Os estudos sobre deficiência surgiram nas ciências sociais e humanas seguindo a trajetória percorrida pelos estudos de gênero, feministas e antirracistas, no contexto das narrativas sobre as desigualdades que se expressam no corpo. Nesse sentido, o termo deficiência é compreendido não só a partir da perspectiva biomédica de normalidade como uma expectativa de padrão de funcionamento da espécie, mas sim como a opressão pelo corpo com variações de funcionamento (DINIZ; BARBOSA; DOS SANTOS, 2009, p. 65).

Dentro dessa conjuntura, a Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência surge com o propósito de garantir o reconhecimento, a proteção e a promoção dos direitos humanos das pessoas com deficiência em igualdade de oportunidades e de não-discriminação com as demais, sendo essa sua *raison d'être* (SOUSA, 2017, p. 29).

Os primeiros esforços no sentido de aproximar a deficiência e os direitos humanos foram empreendidos na Inglaterra na década de setenta, tendo a primeira geração de teóricos do

modelo social da deficiência recebido forte influência do materialismo histórico, hoje já considerado insuficiente para explicar as barreiras socialmente impostas aos deficientes. A época, buscava-se uma explicação para a opressão nas ideias de corpos produtivos e funcionais, sendo esses valores centrais do capitalismo. (DINIZ; BARBOSA; DOS SANTOS, 2009, p. 67).

A mudança histórica de perspectiva sobre a causalidade da deficiência, deslocada da desigualdade do corpo aos arbítrios das estruturas sociais fragilizou o discurso que apresentava os recursos curativos e corretivos oferecidos pela biomedicina como única alternativa para o bem-estar das pessoas com deficiência. (DINIZ; BARBOSA; DOS SANTOS, 2009, p. 69).

Estas novas concepções passam a existir e evoluem em associação às “mudanças de concepção do ser humano, às alterações na noção e alcance do conceito de igualdade e de direitos humanos e aos movimentos sociais em prol dos direitos das pessoas e contra a discriminação (desde logo em razão da raça e do gênero)”. E é justamente a partir da perspectiva direcionada por esse “pulsar da sociedade, em todas as suas vertentes, acabamos por verificar que umas vezes é esta que cria e molda o ordenamento jurídico e, noutros momentos, foi este o motor de mudança de mentalidades e comportamentos” (NEVES, 2011, p. 46).

A história da construção dos direitos humanos das pessoas com deficiência compreende quatro fases: a) uma fase de intolerância em relação às pessoas com deficiência, em que esta simbolizava impureza, pecado ou mesmo castigo divino; b) uma fase marcada pela invisibilidade das pessoas com deficiência; c) uma terceira fase, orientada por uma ótica assistencialista, pautada na perspectiva médica e biológica de que a deficiência era uma “doença a ser curada”, estando o foco no indivíduo “portador da enfermidade”; e d) finalmente uma quarta fase, orientada pelo paradigma dos direitos humanos, em que emergem os direitos à inclusão social, com ênfase na relação da pessoa com deficiência e do meio em que ela se insere, bem como na necessidade de eliminar obstáculos e barreiras superáveis, sejam elas culturais, físicas ou sociais, que impeçam o pleno exercício de direitos humanos. (FERRAZ, *et al*, 2012, pp. 59-60)

Nesse sentido, a Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência é um instrumento jurídico fundamental no tratamento específico dos direitos das pessoas que possuem alguma disformidade. É evidente que as pessoas com deficiência devem ser titulares dos mesmos direitos que qualquer outra pessoa (SOUSA, 2017, p. 29).

O sucesso do processo de vinculação à Convenção e a inusitada rapidez da sua entrada em vigor, prova da ampla aceitação da comunidade internacional, vieram confirmar a existência da anterior situação de lacuna e o acerto da decisão de elaborar um instrumento específico de proteção dos direitos das pessoas com deficiências (VALLE, 2016, p. 601).

A Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência foi inspirada em vários princípios, sendo eles: dignidade, autonomia individual, não discriminação, inclusão social, aceitação, respeito às diferenças, acessibilidade, igualdade de oportunidades etc.

Nesse sentido, o art. 1º da Convenção dispõe que o seu propósito é promover e assegurar que os direitos humanos sejam exercidos plena e equitativamente por todas as pessoas que possuem alguma deficiência.

Além, no tratamento com base na dignidade da pessoa humana a Convenção dos Direitos das Pessoas com deficiência também trouxe a necessidade de inclusão social das pessoas com deficiência na sociedade, quando em seu art. 23º determinou que os Estados signatários devem acabar com a discriminação contra as pessoas com deficiência em todos as concepções, inclusive as relativas a família, casamento, paternidade, guarda em similitude a todas as pessoas (FERRAZ, *et al*, 2012, p. 449).

Tanto o Brasil quanto Portugal ratificaram a Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência, em 2008 e 2009, respectivamente, tendo sido observado o longo alcance de seus efeitos no ordenamento jurídico interno de ambos os países.

Nesse sentido, devido às particularidades da Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência, o catálogo específico de direitos das pessoas com deficiência, contribui e complementa, de forma relevante, em Portugal, a Constituição material como um todo (VALLE, 2016, p. 601). O mesmo entendimento pode ser estendido ao Brasil.

Portanto, é necessário que seja assegurado aos deficientes recursos que assegurem e facilitem o convívio familiar, principalmente entre pais e filhos, independentemente de suas limitações físicas, uma vez que é importante para o desenvolvimento da criança, visando o seu melhor interesse, e para a garantir os direitos de inclusão do deficiente.

2.3.1 Origem e Evolução

Em que pese a presente pesquisa ter como foco as relações de pais deficientes físicos com filhos menores, cabe destacar que historicamente toda e qualquer deficiência era vista como agente incapacitante e, apesar de etimologicamente distintas, toda e qualquer produção jurídica visa o posicionamento da figura do deficiente e todas as minorias que representa como sujeito de direitos e conseqüentemente da dignidade da pessoa humana. Portanto, indissociável do presente estudo a produção legal que venha a destaca-los com as proteções atinentes às buscas pela igualdade social e política e sua evolução.

Conforme observa Flávia Piovesan (2013, p. 191), a consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos se deu a partir de meados do século XX, como consequência da Segunda Guerra Mundial. Isso significa que o que se entende hodiernamente por Direito Internacional dos Direitos Humanos é um acontecimento com origem no pós-guerra, e seu desenvolvimento pode ser entendido como uma reação às extraordinárias violações de direitos humanos perpetradas pelo nazismo e ao ideal de que essas violações poderiam ter sido ao menos parcialmente evitadas pela existência de um sistema de proteção internacional de direitos humanos ativo e eficaz.

Nesse contexto, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, veio a definir com precisão o elenco dos “direitos humanos e liberdades fundamentais” (PIOVESAN, 2013, p. 201), tendo alcançado a aprovação de 48 Estados, com 8 abstenções. “A inexistência de qualquer questionamento ou reserva feita pelos Estados aos princípios da Declaração, bem como de qualquer voto contrário às suas disposições, confere à Declaração Universal o significado de um código e plataforma comum de ação”. A Declaração consolidou, dessa forma, a “afirmação de uma ética universal ao consagrar um consenso sobre valores de cunho universal a serem seguidos pelos Estados” (PIOVESAN, 2013, p. 204).

No entanto, como bem observa Jaime Valle (2016, p 585), os textos fundacionais referentes a Proteção Internacional dos Direitos do Homem não contêm menção específica ou autônoma aos direitos das pessoas com deficiência. Na Declaração Universal dos Direitos do Homem não se encontra referência à questão, o mesmo sucedendo com o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (ONU, 1966) e com o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ONU, 1966), restando às pessoas com deficiência, naqueles instrumentos, o abrigo genérico constituído pela previsão do princípio da não discriminação e dos seus corolários, em cujas formulações abertas e compreensivas poderiam encontrar seu fundamento as estruturas encarregues da aplicação de tais disposições para a salvaguarda dos direitos das pessoas com deficiência.

Em 1971, a ONU estabeleceu na forma de “princípios fundamentais e direitos de base”, o direito aos melhores cuidados de saúde, o direito ao tratamento com humanidade e com respeito pela dignidade, o direito a ser protegido de qualquer forma de exploração, discriminação e tratamentos degradantes, o direito a exercer todos os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, o direito a ver reconhecida a sua incapacidade jurídica por um tribunal e o direito a viver, a trabalhar e a ter os cuidados de saúde necessários no seio da sociedade. Consagraram-se, da mesma forma, os direitos e condições de vida nos serviços de

saúde e as garantias processuais e substantivas para o internamento compulsivo (NEVES, 2011, p. 47).

Posteriormente, no mesmo ano, foi proclamada a Declaração sobre os Direitos das Pessoas Deficientes em 1975, que tinha o escopo de tratar da situação das pessoas com deficiência (DHANDA, 2008, p. 45).

Subsequentemente, o *International Classification of Impairments, Disabilities, and Handicaps* (ICIDH), de 1980, baseava-se no modelo biomédico de deficiência, o qual tinha seus objetivos centrados na reabilitação ou na cura dos impedimentos corporais, tornando a criação de um simulacro de normalidade o objetivo das políticas públicas de diversos países aos quais era vinculado. Esse documento foi alvo de severas críticas, inclusive sobre a falta de sensibilidade linguística para a descrição da deficiência como uma questão de direitos humanos e não apenas biomédica (DINIZ; BARBOSA; DOS SANTOS, 2009, p. 71).

Outro marco de evolução foi o Programa Mundial de Ação relativo às Pessoas com Deficiência adotado pela Assembleia Geral da Nações Unidas em 1982. Este Programa buscava acentuar a necessidade de estabelecer uma igualdade de oportunidades para as pessoas com deficiência, bem como a igualdade no acesso à melhoria das condições de vida resultante do desenvolvimento econômico e social (VALLE, 2016, p. 587).

Nota-se que, refletindo o modelo social da deficiência, afirmado no ponto 7 do Programa Mundial de Ação relativo às Pessoas com Deficiência, a incapacidade existe em função da relação entre as pessoas deficientes e o seu ambiente, sendo que a mesma ocorre quando essas pessoas se deparam com barreiras culturais, físicas ou sociais que impedem o seu acesso aos diversos sistemas da sociedade que se encontram à disposição das demais pessoas. Dessa forma, a incapacidade é consistente na perda, ou na limitação, das oportunidades de participar da vida em igualdade de condições com os demais membros da sociedade (NEVES, 2011, p. 48).

Tendo definido como objetivos a igualdade e a participação plena, o Programa Mundial de Ação relativo às Pessoas com Deficiência, nos pontos 25 a 27, assevera que o princípio da igualdade de direitos entre pessoas com e sem deficiência significa que as necessidades de todas as pessoas são de igual importância, e que estas necessidades devem formar a composição do fundamento do planejamento social, e todos os recursos devem ser empregados de forma a garantir uma oportunidade igual de participação a cada indivíduo. Todas as políticas referentes à deficiência devem assegurar o acesso das pessoas com deficiência a todos os serviços da comunidade (NEVES, 2011, p. 48).

Afirma Neves (2011, p. 48) que “Assim como as pessoas com deficiência têm direitos iguais, têm também obrigações iguais”, sendo também seu dever participar da construção de sua sociedade. Dessa forma, “as sociedades devem elevar o nível de expectativas no que diz respeito às pessoas deficientes, e mobilizar assim todos os recursos para a transformação da sociedade”. Nesse sentido, considera-se que, entre outras coisas, deve-se oferecer aos jovens com deficiência oportunidades de carreira e formação profissional, e não restringir seu horizonte de possibilidades a pensões de aposentadoria prematura ou de assistência pública. “Das pessoas com deficiência deve-se esperar que desempenhem o seu papel na sociedade e cumpram as suas obrigações como adultos”, obrigações essas que incluam suas funções no núcleo familiar. A imagem das pessoas deficientes depende de atitudes sociais baseadas em diversos fatores, que podem constituir a maior barreira para a participação e a igualdade. “É costume ver a deficiência como a bengala branca, as muletas, os aparelhos auditivos e as cadeiras de rodas, sem se ver a pessoa”. É necessário, de outro modo, “focalizar a capacidade da pessoa deficiente, e não as suas limitações”. Assim sendo, o Programa inaugurou a co-responsabilização e o empowerment das pessoas com deficiência.

Vale destacar, ainda, a enorme importância que mostraram também as Normas (Standard Rules) sobre a Igualdade de Oportunidades para Pessoas com Deficiência, adotadas pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 1993. As Normas ocupam-se do problema da exclusão das pessoas com deficiência através de uma perspectiva que enfatiza o reforço da autonomia e independência individuais e o aumento do acesso a direitos e da acessibilidade a bens, procurando superar o anterior paradigma assistencialista (VALLE, 2016, p. 587).

Logo no art.º 1.º, o referido instrumento exorta os Estados a adotarem medidas que permitam que a sociedade traga maior consciência das pessoas com deficiência, dos seus direitos, das suas necessidades, das suas possibilidades e da sua contribuição. Ato contínuo, preconiza que cabe aos Estados assegurar cuidados médicos eficazes às pessoas com deficiência, prestar serviços de reabilitação, estabelecer programas de ação para que o meio físico seja acessível, adotar medidas para garantir o acesso à informação, o acesso à comunicação e também ao meio físico, eliminando, dessa forma, os obstáculos à participação (NEVES, 2011, p. 50).

Da mesma forma, assevera que ao Estado compete garantir que os arquitetos possam ter acesso à informação sobre a política em matéria de deficiência. A Resolução afirma, ainda, que os Estados devem reconhecer o princípio da igualdade de oportunidades na educação, reconhecer que as pessoas com deficiência devem estar habilitadas para exercerem os seus

direitos em matéria de emprego, devendo existir igualdade de oportunidades para obter um emprego produtivo e remunerado no mercado de trabalho. Os Estados devem também velar para que as pessoas com deficiência se integrem e possam participar nas atividades culturais em condições de igualdade (para que as pessoas com deficiência tenham oportunidade de utilizar a sua capacidade criativa, artística e intelectual e aceder a locais tais como teatros, museus, cinemas e bibliotecas), devem assegurar a igualdade de oportunidades para a prática de atividades recreativas e desportivas, de modo que as pessoas com deficiência possam acessar a todos os locais, praticar atividades e para que as autoridades turísticas, as agências de viagens, os hotéis, as organizações voluntárias, e outras entidades que participam na organização de atividades recreativas ou de viagens turísticas ofereçam serviços que se mostrem adequados às diferentes deficiências (NEVES, 2011, p. 50).

Ademais, é declarado o dever dos Estados de assegurar o direito à vida familiar e à integridade pessoal, devem garantir rendimentos e o direito à segurança social, devem assegurar a formação adequada do pessoal envolvido no planeamento e execução dos serviços e programas relativos às pessoas com deficiência, devem reconhecer o direito das organizações de pessoas com deficiência para os representar nos planos nacionais, regionais e locais (reconhecendo-lhes um papel consultivo nas questões relativas à deficiência) e devem promover a criação dessas associações, apoiando-as, mantendo-se em permanente comunicação com as mesmas e assegurando a sua participação no desenvolvimento das políticas governamentais. Na seara da legislação, assevera-se que a legislação nacional deve indicar de forma precisa designadamente os direitos e deveres das pessoas com deficiência, assim como proibir a discriminação, prever sanções correspondentes para a violação do princípio da não discriminação e desenvolver mecanismos oficiais competentes para receber as queixas (NEVES, 2011, pp. 50-51).

Dessa forma, pode-se afirmar que esse instrumento exerceu uma importante função na concretização de ideias, conceitos e práticas que viriam a ser consagradas enquanto normas jurídicas pela Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência. Nessa medida, as Normas das Nações Unidas podem também ser integradas na noção de *soft law*, enquanto regras sem eficácia jurídica que prepararam a posterior aprovação de regras jurídicas (VALLE, 2016, p. 587).

Do mesmo modo, após uma evolução advinda de um longo processo de reflexão sobre as potencialidades e limites do modelo biomédico e social da deficiência, a Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde, aprovada em 2001 antecipava o principal desafio político da definição de deficiência proposta pela Convenção sobre os Direitos

das Pessoas com Deficiência, a qual foi ratificada tanto pelo Brasil quanto por Portugal e entrou em vigor em 2008, estabelecendo critérios para mensurar as barreiras e a restrição da participação social, sendo um marco de legitimação do modelo social no campo dos direitos humanos e também da saúde pública (DINIZ; BARBOSA; DOS SANTOS, 2009, p. 70). A Convenção tem encontrado ampla receptividade na comunidade internacional, alargando atualmente o seu âmbito subjetivo a mais de 150 países (VALLE, 2016, p. 589).

Nesse sentido, segundo Amita Dhanda (2008, p. 45), a Convenção das Pessoas com Deficiência sinalizou a mudança do paradigma da assistência para os direitos, introduziu a linguagem de igualdade para conceder tanto o mesmo quanto o diferente às pessoas com deficiências; reconheceu a autonomia com suporte para pessoas com deficiências e, principalmente, tornou a deficiência uma parte da experiência humana.

Conforme pontua Neves (2011, p. 52), “a Convenção tem subjacente uma visão de cidadania plena das pessoas com deficiência, abrangendo os direitos civis, políticos, sociais, económicos e culturais, relevando a organização da vida destas pessoas como membros incluídos na comunidade”.

Dessa forma, pretende-se organizar a comunidade para o convívio com a diversidade humana, “reconhecendo-se todas as pessoas como cidadãos, numa sociedade inclusiva e onde cada pessoa assume responsabilidades perante as restantes - num contexto relacional” (NEVES, 2011, p. 45).

Consequentemente, passou-se a entender que os instrumentos específicos se tornam necessários na medida em que não apenas adaptam a linguagem dos direitos existente, mas uma vez que existe uma dimensão da experiência de certos grupos que lhes é inerente e que merece tratamento jurídico de acordo, o que é o que sucede com a experiência irredutível das pessoas com deficiência, em termos de direitos (VALLE, 2016, p. 588).

Dessa forma, assevera Valle (2016, p. 589) que a Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência não se limita a reafirmar a titularidade, pelos deficientes, de direitos conferidos por anteriores instrumentos internacionais, também reformula e amplia o âmbito de proteção desses direitos já existentes, e formula ainda novos direitos, ou, pelo menos, estrutura-os numa forma nova, específica das pessoas com deficiência, como se pode observar em diversos dispositivos que tratam da vida prática.

A Convenção (2009) traz, ainda, como princípios expressos, na forma do seu art. 3.º, o respeito pela dignidade inerente, autonomia individual e independência; a não discriminação; participação e inclusão plena e efetiva na sociedade; respeito pela diferença; igualdade de

oportunidades; acessibilidade; igualdade entre homens e mulheres; respeito pelas capacidades de desenvolvimento e pelo direito à preservação da identidade das crianças com deficiência.

No entanto, percebe-se que essa lista se mostra, além de incompleta (vez que deixa de incluir, por exemplo, o princípio da universalidade), desequilibrada, uma vez que os princípios nela elencados não têm todos o mesmo peso, vez que os três primeiros, quais são: o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da não discriminação e o princípio da participação e inclusão, destacam-se claramente dentre os demais (VALLE, 2016, p. 595).

A referida Convenção (2009) também trouxe a obrigatoriedade aos Estados signatários, no seu art. 23, em garantir a inclusão dos deficientes em todos os aspectos relativos a família, ou seja, constituição em matrimônio, guarda, custódia, curatela e adoção de crianças e adolescente, devendo o Estado, ainda, oferecer a devida assistência para que exerçam suas responsabilidades na criação de seu.

Porém, observa-se que apesar de toda história e evolução em defesa aos direitos dos deficientes, ainda que a presente dissertação trate da deficiência física em relação a guarda de filhos menores, vê-se que ainda há muito a evoluir culturalmente e juridicamente, tendo em vista que o preconceito exerce uma barreira no exercício de diversos direitos fundamentais, inclusive da família e inclusão, quando não há medidas que promovam e facilitem o exercício do poder parental por pais que tenham alguma mobilidade reduzida.

2.3.1.1 Trajetória no Ordenamento Jurídico Brasileiro

No Brasil, o embrião do conteúdo do direito à integração social da pessoa com deficiência começou a se desenvolver a partir da Constituição de 1934 (tendo os anteriores diplomas, de 1824 e 1891 se absterido do assunto) e, conseqüentemente, do exercício da guarda de filhos por estas pessoas. No contexto da Carta de 1934, seu art. 138, a), preconizava incumbir a União, aos Estados e aos Municípios assegurar amparo aos “desvalidos”, criando serviços especializados e animando os serviços sociais, cuja orientação procurariam coordenar (ARAÚJO, 2011, p. 67).

Não obstante, esse desenvolvimento perdeu velocidade com o passar das vigências das constituições de 1937, de 1946 e 1967, as quais restringiam a garantir o direito à igualdade e a mencionar brevemente ao direito previdenciário em caso de invalidez do trabalhador. (ARAÚJO, 2011, p. 68).

De fato, até a Carta de 1969, não existia de fato previsão constitucional sobre os direitos das pessoas com deficiência. A própria legislação existente a respeito era demasiadamente esparsa (SALES, 2011, p. 204).

Essa situação mudou com a Emenda nº 12, de 1978, à Constituição Federal de 1967, marco a partir do qual se pode verificar uma verdadeira retomada a evolução na proteção dos direitos das pessoas com deficiência, tendo servido como fundamento para uma série de medidas judiciais, a exemplo da ação dos deficientes que requereram acesso às rampas de embarque do metrô de São Paulo (ARAÚJO, 2011, p. 69). Esse dispositivo inaugurou uma sistematização dos direitos das pessoas com deficiência no país (SALES, 2011, p. 204).

O texto da referida Emenda preconizava que ficava assegurado aos deficientes a melhoria de sua condição social e econômica especialmente mediante educação especial e gratuita; assistência, reabilitação e reinserção na vida econômica e social do País; proibição de discriminação, inclusive quanto à admissão ao trabalho ou ao serviço público e a salários; possibilidade de acesso a edifícios e logradouros públicos.

No entanto, conforme avaliação de Luiz Alberto David Araújo, o fato da Emenda Constitucional nº 12 não ter sido incorporada ao texto principal da Constituição, refletindo o quadro de sua época, ficando ao final, sem se mesclar com os outros direitos, era um sinal do momento então vivido. “Havia a preocupação com a defesa dos direitos, era importante mencionar a questão na Constituição, o que ocorreu por emenda constitucional, mas a efetivação não era prioritária”. Isso implicava que “Não havia espaço, dentro de uma leitura simbólica, dentro da constituição anterior, para tais direitos” (ARAÚJO, 2008, p. 204).

Araújo (2008, p. 204) concede que é “inegável que o Estado brasileiro deu um passo importante para a proteção desse grupo vulnerável”; todavia, “tal passo poderia ter sido acompanhado de uma ação governamental forte e decisiva, o que, realmente, não aconteceu”, na prática, escusando-se da responsabilidade com a garantia de direitos a partir da medida legislativa em si.

Na verdade, somente com o posterior advento da Constituição de 1988, foram observados significativos avanços com o estabelecimento da erradicação da pobreza e da marginalização como objetivos fundamentais da República e a reafirmação do princípio da igualdade. Essas disposições constituíram a base sobre a qual pode ser construído um modelo de inclusão para as pessoas com deficiência no convívio familiar e social por meio do exercício da cidadania, pelo fomento ao acesso à educação e pela garantia de sua inserção no mercado de trabalho nas normas constitucionais específicas (SALES, 2011, p. 205).

O texto da atual da Constituição Federal deixou de lado o termo “deficiente”, utilizado anteriormente na legislação, em favor da expressão “pessoa portadora de deficiência”, tornando-se um marco no avanço da terminologia na medida em que muda o núcleo do termo para “pessoa”. Muito embora essa fosse a terminologia mais adequada considerando o contexto histórico do constituinte de 1988, é importante fazer a ressalva que esse não é mais o caso nos dias de hoje, sendo mais amplamente adotada a expressão “pessoa com deficiência”, consagrada na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, o que eliminaria a palavra “portadora”. Conforme destaca Araújo (2008, p. 204) “a pessoa não carrega a sua deficiência, não a leva consigo”. No entanto, o fato da Constituição trazer ainda a terminologia da época de sua feitura em nada altera, de forma concreta, o condão da proteção.

Seguindo a tônica das previsões constitucionais, a legislação infraconstitucional buscou em largo complementar a tutela das pessoas com deficiência (SALES, 2011, p. 204). É possível encontrar uma miríade de diplomas sobre os direitos pertinentes às mais diversas partes da experiência humana relacionada a deficiência, entre leis, decretos e demais normativos.

Nesse sentido, um dos marcos da trajetória legislativa pós-constituição de 1988 foi a Lei Federal nº 7.853 de 1989, o qual buscou dividir entre o Poder Público e a Sociedade Civil a responsabilidade por promover a inclusão e emancipação das pessoas com deficiência. Dentre as medidas previstas para alcançar esse objetivo estão a inclusão no sistema educacional e a formação de profissionais para atender às necessidades das pessoas com deficiência, além de tratar de temas da saúde, formação para o mercado de trabalho e acessibilidade (SALES, 2011, p. 204).

Ademais, a lei também trazia previsões sobre crimes relacionados com o desrespeito e com a discriminação de pessoas com deficiência, tratando ainda da competência do Ministério Público e a outros legitimados ativos para promover Ação Civil Pública com vistas à proteção de pessoas com deficiência, tornando obrigatória a intervenção do Ministério Público em demandas que tratem de seus interesses. Por fim, foi criado um órgão vinculado à Presidência da República incumbido de coordenar assuntos, ações governamentais e medidas referentes às pessoas com deficiência (SALES, 2011, p. 207).

Posteriormente, com o advento da Lei Federal nº 8.213 de 1991, estabeleceu-se um sistema de cotas para empregados com deficiência, cuja implementação e fiscalização se deu com o Decreto nº 3.298 de 1999. Esse dispositivo tencionou buscar a concretização da inclusão social, bem como a promoção da cidadania e o favorecimento da liberdade das pessoas com deficiência por meio do trabalho. Estimulando, dessa forma, a visibilidade e participação desses

cidadãos na comunidade, no ambiente de trabalho ou junto aos sindicatos representativos de suas categorias profissionais (SALES, 2011, p. 208).

Com a publicação da Lei 9.263/96, que se refere ao Planejamento Familiar a todo cidadão, foi assegurada a efetivação desse direito para pessoas com alguma diversidade funcional, inclusive aquelas consideradas como deficiência, pois, de acordo com Ferraz e Netto (2018, p. 148), “a deficiência não retira da pessoa o seu status de cidadão e de detentor de direitos, devendo o Estado preocupar-se em auxiliar na obtenção dessas garantias fundamentais.

As Leis Federais nº 10.048 e 10.098 de 2000 trataram do tema da acessibilidade, estipulando tratamento prioritário no atendimento de pessoas com deficiência em repartições públicas, empresas públicas e outros prestadores de serviços públicos, inclusive com reserva de local adequado para este atendimento, além da imposição da obrigatoriedade de logradouros públicos, sanitários públicos, edifícios de uso público e veículos de transporte coletivo serem planejados de modo a facilitar seu uso por pessoas com deficiência, além da instituição do Programa Nacional de Acessibilidade (SALES, 2011, p. 208).

Essas leis, no entanto, acabam por tratar quase que exclusivamente da acessibilidade para pessoas com mobilidade reduzida, tendo outros tipos de impedimentos recebido menos atenção, fato que pode ser identificado como sintomático da pouca participação da sociedade civil, principalmente de grupos diretamente interessados, na elaboração e na execução das políticas públicas (SALES, 2011, p. 208).

A concentração dos esforços da lei nesse determinado impedimento resulta da própria evolução histórica do modelo social da inclusão, o qual teve início com foco nos que apresentavam lesão na medula, cujas barreiras sociais seriam, via de regra, essencialmente físicas e, por tanto, mensuráveis. A inclusão social dessas pessoas não subverteria a ordem social, pois, no caso deles, o simulacro da normalidade era eficiente para demonstrar o sucesso da inclusão (DINIZ; BARBOSA; SANTOS, 2009, p. 71).

Posteriormente, foi introduzida a Lei nº 10.436/2002 a qual dispõe sobre a Língua Brasileira de Sinais (Libras), a qual representou um marco na efetivação do direito a acessibilidade. A regulamentação da profissão de Tradutor e Intérprete de LIBRAS adveio posteriormente com a Lei nº 12.319/2010.

Da mesma forma, a Lei nº 10.754/2003, dispôs sobre a isenção do Imposto Sobre Produtos Industrializados - IPI, na aquisição de automóveis para utilização no transporte autônomo de passageiros, bem como por pessoas com deficiência física e aos destinados ao transporte escolar. Nesse mesmo sentido, adveio a Lei nº 11.126/2005 - dispondo sobre o direito

do portador de deficiência visual de ingressar e permanecer em ambientes de uso coletivo acompanhado de cão-guia.

No âmbito da educação, a Lei nº 10.845/2004 instituiu o Programa de Complementação ao Atendimento Educacional Especializado. Destaca-se ainda a alteração do Estatuto da Criança e do Adolescente promovida pela Lei nº 12.955/2014 para estabelecer prioridade de tramitação aos processos de adoção em que o adotando for criança ou adolescente com deficiência ou com doença crônica.

Até a ratificação da Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência pelo Brasil em 2009, não se falava da inclusão dos deficientes de maneira integral, apesar de ser previsto em relação ao exercício do casamento, guarda, adoção ou tutela e nem da obrigatoriedade do Estado em facilitar e garantir o exercício desses direitos inerentes ao homem.

Uma das leis mais importantes (e controversas) da última década foi a Lei nº 13.146/2015, a qual instituiu a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, também conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência. Conforme pontuam Araújo e Costa Filho (2015, p. 3), dentre os elogios, crenças, descrenças e contestações, “em linhas gerais, a discussão mais aguda passa pelo problema da mudança do Código Civil”, na medida em que foram retiradas as pessoas com deficiência, inclusive as mentais e intelectuais, do rol dos absolutamente incapazes, remetendo-os para o rol dos relativamente incapazes, criado o instituto da tomada de decisão apoiada e da nova concepção de curatela (2015, p. 4). No entanto, ressaltam os mesmos autores que poucas eram as novidades em relação ao que já se havia sido estabelecido pela Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Nesse sentido, grandes esperanças recaíram sobre as retro mencionadas determinações normativas acerca de uma política pública inclusiva à pessoa com deficiência. Assim, o fato de o Estado legalmente adotá-las, pode, por um lado, parecer demonstrar o cuidado institucional direcionado as necessidades especiais dessas pessoas com impedimentos de toda ordem, mas, por outro, também requer uma análise mais aprofundada e cautelosa da maneira como se tem dado aplicação a essa política (ARAÚJO; COSTA FILHO, 2015, p. 4).

Uma vez adotada formalmente uma nova política de inclusão, é necessário implementá-la de forma consistente. O alcance efetivo da consistência de uma política de direitos humanos voltada às pessoas com deficiência só pode se dar por meio de constante avaliação crítica de sua implementação, em um esforço conjunto com a sociedade civil organizada, a qual deve ser regularmente consultada, assim como as entidades representativas, o que se mostra necessário para possibilitar a identificação e tratamento adequado dos problemas de percurso (ARAÚJO; COSTA FILHO, 2015, p. 4).

Nesse sentido, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, “além de trazer novos institutos jurídicos relativos a concepção de deficiência, capacidade legal, avaliação psicossocial e acessibilidade”, cuidou também da promoção de transformações sentidas em diversos dispositivos legais no ordenamento jurídico brasileiro em suas disposições finais e transitórias, como no Código Civil, Código de Defesa do Consumidor, Lei de Improbidade Administrativa e Consolidação das Leis Trabalho (CLT). Ao dar seguimento ao escopo principal de dar efetivação a muitos princípios e regras trazidos pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, o Estatuto da Pessoa com Deficiência “procura fazer um giro linguístico e conceitual” ao seguir o modelo social de deficiência, reafirmando, dessa forma, que “os impedimentos físicos, sensoriais, mentais e intelectuais não produzem obstáculos por si só”, mas sim que “estas barreiras que impedem o exercício de direitos são produzidos socialmente”, sendo, portanto, fundamental a elaboração de “estratégias políticas, jurídicas e sociais que excluam esses obstáculos e discriminações negativas permitindo aos deficientes demonstrar suas capacidades e usufruir de autonomia e independência para uma real inclusão social política” (ARAÚJO; COSTA FILHO, 2015, p. 4).

O Estatuto da Pessoa com Deficiência (2015, p. 1), também reafirmou, em seu art. 6º que a pessoa com deficiência é civilmente capaz e possui o direito de realizar o seu planejamento familiar, exercer guarda de filhos e adoção, tudo relacionado ao exercício da paternidade e o melhor interesse da criança.

Buscou-se com a Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência e com o Estatuto da Pessoa com Deficiência e a plena inclusão do deficiente em todos os aspectos da sociedade, inclusive na formação familiar, garantindo a efetivação e a garantia dos direitos humanos para todos. No entanto, há de se concordar com a necessidade de fomentar políticas públicas e sociais para que sejam eliminadas as questões preconceituosas que dificultam a efetivação de seus direitos.

2.3.1.2 A Tutela Jurídica da Pessoa com Deficiência em Portugal e União Europeia

A despeito de não reunir sob um título específico as normas sobre as pessoas com deficiência, a União Europeia, ao disciplinar outras matérias, traz inúmeras disposições com vista a estabelecer seus direitos e garantias (NEVES, 2010, p. 95).

Ademais, a discriminação é vista como um elemento especialmente problemático, prejudicial aos objetivos de uma economia social de mercado, do pleno emprego e do progresso

social e os objetivos da livre circulação de pessoas e da coesão económica e social (NEVES, 2010, p. 96).

Por isso, sua eliminação inscreve-se, em parte, na esfera de tutela dos direitos fundamentais na União Europeia, que são princípios gerais de Direito da União Europeia, e constitui um objetivo a alcançar na definição e execução de suas políticas e ações (NEVES, 2010, p. 95).

Nesse sentido, a União Europeia tem competência para tomar medidas contra a discriminação, as quais, após aprovação pelo Parlamento Europeu por unanimidade, devem ser adotadas pelo Conselho. Ambos os órgãos também podem optar por estabelecer princípios de base dessas medidas, com exclusão de qualquer harmonização das disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros, para apoiar as ações dos Estados-Membros destinadas a contribuir para o objetivo da não discriminação (NEVES, 2010, p. 96).

A origem das políticas sociais da União Europeia relativas às pessoas com deficiência pode ser traçada desde o ano de 1974, com o advento da Resolução do Conselho de 27 de Junho de 1974 que estabelecia o primeiro Programa de Ação Comunitária para a Reabilitação Profissional de Deficientes, o qual fazia parte dos esforços da União Europeia para fortalecer o mercado comum por meio da redução do desemprego. Outro marco relevante foi o Ano Internacional das Pessoas Deficientes, proclamado em 1981 pelas Nações Unidas, o qual deu ensejo a publicação de documentos pelo Conselho e a Comissão relacionados a integração social das pessoas com deficiência e uma estruturação para o desenvolvimento de ações comunitárias (WALDSCHMIDT, 2009, p. 16).

O período subsequente foi marcado por um crescimento da atuação da União Europeia na área da integração no mercado de trabalho, tendo várias políticas com o objetivo melhorar as oportunidades de emprego para as pessoas com deficiência. Destarte, foram lançados os programas de ação comunitários HELIOS I e HELIOS II, os quais compreenderam o período de 1988 a 1991 e 1991 a 1996, respectivamente, e tinham ações centradas no treinamento vocacional e reabilitação (WALDSCHMIDT, 2009, p. 16).

Por sua vez, no ano de 1992, o Conselho da Europa desenvolveu uma política direcionada a inclusão de pessoas com deficiência, mediante a Recomendação n.º R (92), de 09 de abril, estabelecendo os princípios gerais a partir de uma perspectiva que se pretendia global, consagrando, dessa forma, a participação plena e ativa na vida da comunidade em que estão inseridas. O instrumento trazia, dessa forma, a ideia do direito a uma vida independente, do direito a uma cidadania plena e ao acesso a todas as instituições e serviços da comunidade, incluindo os educacionais, ou seja, o direito a serem o mais livres possível de contextos

institucionais e restrições. Nesse sentido, incluía também o direito a terem independência económica, seja por meio do exercício de uma ocupação remunerada, seja pela atribuição de uma quantia mínima de subsistência, nos casos em que se mostram necessárias as prestações sociais (NEVES, 2011, p. 54).

Essa política também trazia o direito ao acesso a mobilidade, ou “tanta quanto possível”, assim como o direito ao acesso a edifícios e meios de transporte, o direito à autodeterminação e a desempenharem um papel ativo nas atividades da sociedade, incluindo participarem em atividades de lazer, económicas, sociais, recreativas e culturais (NEVES, 2011, p. 54).

No esforço de sua implementação, os Estados foram exortados a seguir, nomeadamente, as seguintes instruções: desenvolver, em coparticipação com a pessoa com deficiência e a sua família, um programa de reabilitação, de integração no trabalho e de vida em comunidade, assim como um programa para evitar a necessidade de cuidado institucional permanente, para assegurar programas de integração no trabalho, remover todos os obstáculos no ambiente e na sociedade e para torná-la acessível, para garantir o acesso à educação em geral ou à educação especializada, em conformidade com suas necessidades, garantindo, dessa forma, um padrão respeitável de vida, através de benefícios económicos e serviços sociais, e para, também, envolver o público em geral, incluindo profissionais, parceiros sociais e as famílias das pessoas com deficiência em todos estes esforços no desenvolvimento de atividades de lazer, culturais e sociais. Nesse esteio, inclui-se o programa para promover a investigação sobre a prevenção e a reabilitação da deficiência e assegurar que as pessoas com deficiência e as suas organizações possuam os meios que lhes permitam desempenhar um papel pleno e ativo na promoção dos interesses das mesmas (NEVES, 2011, p. 208).

Na esfera das relações de trabalho e emprego, colocaram-se como princípios a integração no mercado de trabalho a partir da vocação, independentemente do tipo e grau de limitação e, no caso daqueles que eventualmente nunca cheguem a reunir as condições para desenvolver atividade profissional, a garantia de atividades ocupacionais que lhes permita desenvolver as suas capacidades, independentemente da questão da produtividade. Privilegiou-se, dessa forma, o trabalho no ambiente laboral ordinário, admitindo-se, porém, o suporte financeiro para a criação de novos empregos. Do mesmo modo, foram estabelecidos princípios de incentivo ao emprego e de estabelecimento de quotas e reservas de emprego. Recomendaram-se também medidas para que os empregadores e os trabalhadores pudessem contribuir para a inclusão laboral, para implementar o emprego protegido para aqueles cujas incapacidades ou desvantagens não lhes permitissem manter o emprego ordinário e a criação

de centros de trabalho e de medidas que implementassem o trabalho domiciliário (NEVES, 2011, p. 54).

No âmbito da integração social e ambiental, a recomendação era que pela necessidade de implementação de políticas que garantissem a autonomia e independência econômica, abrangendo o direito à diferença. Estabeleceu-se como necessário, também, que se procedesse a implementação de “medidas para o melhor conhecimento das questões de acessibilidade pelas pessoas ao serviço da indústria, arquitetos, designers, professores, polícias, pessoas da segurança, da limpeza etc. Indicava-se, além disso, que fosse feita a adequação de uma rede de transportes públicos, “de modo a permitir uma maior independência das pessoas com deficiência”. Da mesma forma, com intuito de encorajar a participação na sociedade das pessoas com deficiência, foi colocado como desejável que a mídia e os meios de comunicação como um todo, nisso incluído a televisão, rádio, imprensa e telefone “estivessem a elas acessíveis: com legendagem e língua gestual, informação em Braille e impressão em letra de maior tamanho, adaptação dos telefones a pessoas com incapacidades ou desvantagens auditivas”. O desporto, igualmente, precisava “ser reconhecido como um fator vital para a inclusão social” e todas as atividades de recreação e atividades culturais “deviam estar acessíveis, retirando-se todos os obstáculos técnicos, estruturais, físicos e comportamentais” (NEVES, 2011, p. 54).

Posteriormente, no ano de 1997, com o Advento do Tratado de Amsterdã, o qual entrou em vigor em 1999, inaugurou-se uma mudança significativa na política social e sobre deficiência, consistente no estabelecimento do direito à não-discriminação (WALDSCHMIDT, 2009, p. 17). As organizações europeias e nacionais de pessoas com deficiência reuniram-se e fundaram o Fórum Europeu da Deficiência – FED, atualmente com sede em Bruxelas, que surgiu como “entidade independente para a defesa, incentivo e implementação dos direitos daquelas” (NEVES, 2011, p. 55).

O referido Tratado de Amsterdã serviu de base, posteriormente, para a Diretiva 2000/43/CE, de 29 de Junho de 2000, que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, sem distinção de origem racial ou étnica, e a Diretiva 2000/78/CE, 27 de Novembro de 2000, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional (NEVES, 2010, p. 95).

Da mesma forma, a Declaração relativa às pessoas com deficiência anexa ao Ato Final do Tratado de Amsterdã, o qual dispôs que, ao serem aplicadas medidas ao abrigo do então art.º 95 as instituições da Comunidade deveriam ter em conta as necessidades das pessoas com deficiência e a proteção deste grupo populacional, foi reforçada com o Tratado de Lisboa, com o reconhecimento de poder vinculativo da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

e a assinatura da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (NEVES, 2011, p. 63).

Tendo 2003 sido o Ano Europeu das Pessoas com Deficiência, uma ação que promoveu novos impulsos para a consciência social das questões sobre deficiência (WALDSCHMIDT, 2009, p. 17), foi introduzido o Plano de Ação Igualdade de Oportunidades para as Pessoas com Deficiência, o qual compreendia o intervalo entre os anos de 2004 e 2010 e tinha como objetivos: concluir a implementação da diretiva sobre tratamento equitativo no emprego e na atividade profissional; reforçar a integração das questões de deficiência nas políticas comunitárias pertinentes; e melhorar a acessibilidade para todos (COMISSÃO EUROPEIA, 2003).

Nessa conjuntura, a Resolução do Parlamento Europeu sobre Deficiência e Desenvolvimento, de 19 de janeiro de 2006, reconheceu a especial condição de vulnerabilidade social que as mulheres e as crianças com deficiência experimentam, afirmando que essas são “as mais pobres, as mais desfavorecidas e as mais excluídas socialmente”. Dessa forma, a Comissão foi convidada a introduzir a questão da “deficiência nas suas políticas e programas de saúde, em particular nas áreas da saúde infantil, da saúde sexual e reprodutiva”, entre outras, tendo sido convidada, da mesma forma, a promover o acesso às tecnologias de apoio e ao desenvolvimento de políticas na área da educação, instando a que se apoiem serviços de formação profissional, de emprego e de desenvolvimento empresarial (NEVES, 2011, p. 57).

A experiência do Plano de Ação Igualdade de oportunidades para as pessoas com deficiência serviu posteriormente como base para a Estratégia Europeia para a Deficiência para 2010-2020, a qual foi adotada em 2010, tendo como objetivos, nominalmente, a acessibilidade, participação, igualdade, emprego, educação e formação, a proteção social, saúde e ação externa (COMISSÃO EUROPEIA, 2010).

Com a ratificação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, inclusive por Portugal, foram estabelecidos critérios para mensurar as barreiras e a restrição da participação social, sendo um marco de legitimação do modelo social no campo dos direitos humanos e também da saúde pública.

A referida Convenção (2009), do mesmo modo, garantiu a inclusão dos deficientes em todas as questões relativas à família, sendo facilitada, portanto a constituição em matrimônio, guarda, custódia, curatela e adoção de crianças e adolescentes e ainda obrigando seus signatários a oferecer a devida assistência para que exerçam suas responsabilidades na criação de seus filhos.

A partir de uma perspectiva baseada nesse panorama representado pelos instrumentos comunitários acima elencados é possível visualizar, como observa Neves (2011, p. 64) que a União Europeia “se encontra alinhada na nova visão das pessoas com deficiência”, destacando que, segundo essa visão, “as mesmas não são apenas destinatárias passivas de assistência”, sendo reconhecidas, de outra forma, “como cidadãos com direitos iguais, com direito a oportunidades iguais para o exercício pleno da cidadania”, sendo detentores de “condições para realizarem opções individuais e organizarem as suas vidas com a mesma autonomia da restante população”. Nessa mesma linha, “é possível concluir que a UE se tem empenhado na identificação dos domínios e mecanismos de intervenção para garantia da inclusão e participação das pessoas com deficiência”.

Como membro da União Europeia, Portugal acompanhou a evolução das políticas sociais do bloco. No contexto do ordenamento jurídico interno, com o advento da democracia, a Constituição de 1976 foi a responsável por estabelecer o conceito da construção de uma política para a deficiência, garantindo de forma plena o gozo dos direitos e a sujeição aos deveres constitucionalmente preceituados as pessoas com deficiência, respeitado o limite dos seus impedimentos nesse sentido. Ainda, estabeleceu como obrigação do Estado a realização de uma política nacional de prevenção e de tratamento, reabilitação e integração dos cidadãos portadores de deficiência e de apoio às suas famílias (MARTINS, 2018, p. 14).

No plano infraconstitucional, a Lei n.º 1/89, de 8 de julho, veio estabelecer que o Estado apoia as associações que têm por objeto os interesses das pessoas com deficiência, e, a segunda, com a Lei n.º 1/97, de 20 de setembro, a qual substituiu a denominação “deficientes” por “cidadãos portadores de deficiência” (NEVES, 2011, p. 65).

Dessa forma, deu-se início a atribuição de um conjunto de subsídios e criou-se um sistema universalista modesto, ao mesmo tempo em que surgiram algumas isenções fiscais e apoios financeiros para programas de educação e de reabilitação (MARTINS, 2018, p. 14).

Além de consagrar, de forma geral, o princípio da igualdade em seu art. 13.º, e proibir a discriminação, a Constituição faz menção específica aos direitos das pessoas com deficiência no art. 71.º, n.º 1, consagrando o referido princípio com os restantes cidadãos, com ressalva das limitações da pessoa com deficiência e, no n.º 2, obriga o Estado a desenvolver uma política de “prevenção, de tratamento, reabilitação e integração da pessoa”, e que no n.º 3, afirma o dever de o Estado apoiar as organizações de cidadãos com deficiência;

Como citado anteriormente, Neves (2016, p. 35) aponta que a redação do artigo se mostra centrada na reabilitação e tratamento da pessoa com deficiência, em detrimento de uma concepção voltada para sua inclusão na comunidade e na construção de uma sociedade plural.

Outro artigo especialmente direcionado é o art.º 74.º, n.º 2, al. g), que consagra o direito ao ensino e o dever de o Estado apoiar o ensino especial, o qual, não obstante, “omite o direito ao ensino inclusivo - com direito a apoio especial -, aparentemente encontrando-se assente na ideia de que as pessoas com deficiência devem frequentar o ensino especial e não o regular” (NEVES, 2016, p. 35).

Dessa forma, no ordenamento jurídico português, é possível afirmar que o direito à autonomia e à autodeterminação, ao ensino inclusivo, a acessibilidades das pessoas com deficiência, entre outros, são direitos materialmente constitucionais porque os mesmos são desenvolvimentos, corolários ou concretizações de direitos e princípios fundamentais. Da mesma forma, o direito à autonomia, à autodeterminação, à proibição da incapacidade geral de exercício do regime de interdição e o direito a constituir família radicam no direito ao desenvolvimento da personalidade, conforme art.º 26.º da Constituição; a proibição da discriminação assenta no art.º 13.º e no art.º 26.º; e o direito à qualidade de vida (art.º 66) encontra-se numa relação direta com o direito a acessibilidades, à saúde, à habitação adequada às necessidades específicas, ao urbanismo, ao trabalho, ao ensino, etc. (NEVES, 2016, pp. 36-37).

Dessa forma, em 1977, foi criado o Secretariado Nacional para a Reabilitação e Integração das Pessoas com Deficiência - SNRIPD, o qual teve como escopo implementar uma política nacional de reabilitação, de forma a tornar possível a concretização do art.º 71.º, da CRP 76. Posteriormente, em junho de 2007, o SNRIPD foi substituído pelo Instituto Nacional para a Reabilitação (INR 77) cujo objetivo é, atualmente, coordenar as políticas nacionais para a promoção dos direitos das pessoas com deficiência (NEVES, 2011, p. 66).

Nesse ensejo, em 1989, surgiu a Lei de Bases da Prevenção e da Reabilitação e Integração das Pessoas com Deficiência, seguida pela Revisão Constitucional de 1997 que mudou o termo “deficientes” para “portadores de deficiência” (MARTINS, 2018, p. 15).

Mister atentar para o momento em que se inseria a mudança no contexto da trajetória da evolução terminológica referente as pessoas com deficiência. Se olhado com a ótica atual, muito difundida no Brasil, o termo era discriminatório e pouco poderia colaborar com a questão da pessoa com deficiência. A expressão “deficiente” ressaltava a incapacidade, o “defeito”. Todavia, considerando o contexto histórico, o avanço foi considerável e pouco se reclamou da terminologia, uma vez que essa era corrente, muito embora não seja mais considerada apropriada (ARAÚJO, 2008, p. 204).

Após a virada do milênio, o advento do I Plano para a Integração das Pessoas com Deficiência ou Incapacidades (I PAIPDI), com um período de execução entre 2006-2009 -

Resolução do Conselho de Ministros n.º 120/2006, DR n.º183, SÉRIE I de 2006-09-21 -, pareceu “revelar uma mudança de mentalidades” e pretendeu constituir um compromisso para a promoção e implementação de políticas nacionais e setoriais, de forma a fomentar a plena participação da pessoa com deficiência, nos seguintes vetores: promoção dos direitos humanos e do exercício da cidadania, integração das questões da deficiência e da incapacidade nas políticas setoriais, acessibilidade a serviços, equipamentos e produtos, qualificação, formação e emprego das pessoas com deficiências ou incapacidade e qualificação dos recursos humanos/formação dos profissionais e conhecimento estratégico. O capítulo I do Plano dedicava-se à intervenção e estratégias para a qualidade de vida, prevê a intervenção nas áreas da acessibilidade e informação, educação, qualificação e promoção da inclusão laboral e habilitação e condições de vida dignas. O capítulo II reportava-se às condições para a intervenção e execução do Plano, no qual se identificavam as condições para se pudesse executar as medidas de forma amparada. Foi também criada uma Comissão de acompanhamento coordenada pelo INR para realizar a avaliação e monitorização da execução do Plano 78 (NEVES, 2011, pp. 66-67).

Posteriormente, por meio da Resolução do Conselho de Ministros n.º 82/2007, de 22 de junho, aprovou-se o III Plano Nacional Para a Igualdade – Cidadania e Género, o qual compreendeu o período entre os anos de 2007 e 2010, o qual teve como principal escopo “o combate à desigualdade de género em todos os domínios da vida social, política, económica e cultural, não tendo esquecido as situações de discriminação múltipla, nomeadamente, em razão do género e da deficiência”. Nada obstante, o Plano reconhece que as situações de pobreza e exclusão são ainda mais acentuadas nas mulheres que enfrentam discriminações múltiplas em função da deficiência. Dessa forma, “o Plano elege como áreas de intervenção a informação, a sensibilização e a educação”, designadamente, contra a violência direcionada a pessoas dependentes e com deficiência, no contexto do ambiente doméstico (NEVES, 2011, p. 67).

Conforme conclui Neves (2011, p. 67) “o Tratado de Lisboa e a assinatura da Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, Portugal mostra-se hoje, aparentemente, atento aos direitos das pessoas com deficiência e de que urge empenhar-se na garantia dos mesmos”.

Dessa maneira, assim como no Brasil, a Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência propiciou a plena integração do deficiente em todos os prismas da sociedade, até mesmo possibilitando a formação familiar, assegurando a efetivação e a salvaguarda dos direitos humanos para todos.

2.3.2 O direito à Igualdade, o Direito a Diferença (não-discriminação) e o Exercício do Poder Familiar por Deficientes Físicos

O direito à igualdade se apresenta como a regra de equilíbrio dos direitos das pessoas com deficiência. Toda e qualquer interpretação constitucional deve ser pautada, obrigatoriamente, pelo princípio da igualdade. Nesse sentido, Araújo (2011, p.49) entende que “só é possível entendermos o tema da proteção excepcional das pessoas com deficiência se entendermos corretamente o princípio da igualdade”.

Da mesma forma, tem-se que, como consequência de sua condição de cidadãos plenos, “e sendo considerados sujeitos de direitos, todas as pessoas com deficiência possuem o direito à igualdade com todas as restantes pessoas e à proibição da discriminação em razão da deficiência” (NEVES, 2016, pp. 31-32).

O princípio da igualdade figura na Constituição Federal Brasileira como um dos princípios gerais, os quais se aplicam a todos os ramos do direito. Isso significa que, sejam quais forem as situações em que se apresentem, esses princípios são sempre prevalentes, sendo “o fio condutor da hermenêutica jurídica”, direcionando o trabalho do intérprete em consonância com os valores e interesses por eles abrigados (DIAS, 2017, p. 50).

Da mesma forma, a Constituição da República Portuguesa de 1976 consagra, em seu art. 13.º, o princípio da igualdade e proíbe a discriminação – sem mencionar expressamente a discriminação em razão da deficiência. No entanto, entende-se que tal proibição se encontra implícita no normativo (NEVES, 2016, p. 35).

Os dispositivos especificamente direcionados para a tutela dos direitos das pessoas com deficiência encontram-se no art. 71.º, o qual, em seu n.º 1, consagra o princípio da igualdade com os restantes cidadãos, com ressalva das limitações da pessoa com deficiência. Reconhece-se, apesar das ressalvas, o art.º 71.º, n.º 1 como uma concretização, em relação às pessoas com deficiência, do princípio da igualdade e da universalidade e, consequentemente, gozando da natureza dos direitos análogos aos direitos, liberdades e garantias (NEVES, 2016, pp. 35-36);

Para entender a importância que é dada ao princípio da não discriminação (direito a diferença) atualmente no âmbito da proteção internacional dos direitos das pessoas com deficiência, é necessário que seja compreendida a evolução pela qual passou a ideia de não discriminação no contexto da Proteção Internacional dos Direitos Humanos, desde o final da década de 40 do século passado até os dias de hoje (VALLE, 2016, p. 596).

O direito a igualdade foi consagrado na Declaração de 1948, inserido no rol dos direitos civis e políticos, os quais, muito tempo mais tarde, seriam chamados de “direitos humanos da primeira geração”, juntamente ao direito à vida, à liberdade e à segurança; a não ser jamais submetido à escravidão, à servidão, à tortura e a penas cruéis ou degradantes; ao reconhecimento de sua personalidade jurídica e a um processo judicial idôneo; a não ser arbitrariamente detido, preso ou desterrado, e a gozar de presunção de inocência até que se prove culpado; a não sofrer intromissões arbitrárias na sua vida particular, na família, no domicílio e na correspondência; à livre circulação e à escolha de seu domicílio; ao asilo quando perseguido por delito político; a uma nacionalidade; ao casamento e à constituição de família; à propriedade singular e em condomínio; à liberdade de pensamento, convicção política, religião, opinião e expressão, reunião e associação pacíficas; a participar do governo do Estado em sua pátria e a ter acesso, em condições igualitárias, à função pública (REZEK, 2014, pp. 135-135).

Dessa forma, em sua origem, a Declaração dos Direitos Humanos destinava-se “também ser uma proteção muito necessária numa era em que os indivíduos já não estavam a salvo nos Estados em que haviam nascido, nem - embora cristãos - seguros de sua igualdade perante Deus”. Dito de outra forma, “na nova sociedade secularizada e emancipada, os homens não mais estavam certos daqueles direitos sociais e humanos que, até então, independiam da ordem política, garantidos não pelo governo” ou pela ordem constitucional, mas pela sistemática de valores sociais, espirituais e religiosos. Assim, “durante todo o século XIX, o consenso da opinião era de que os direitos humanos tinham de ser invocados sempre que um indivíduo precisava de proteção contra a nova soberania do Estado e a nova arbitrariedade da sociedade” (ARENDT, 1989, p. 324).

Entende-se nos dias de hoje que os chamados direitos humanos de primeira, de segunda ou de terceira geração são complementares uns aos outros. Uma vez estabelecido que os direitos civis e políticos juntamente com os direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos à paz, à autodeterminação dos povos e a um meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado e outros são essenciais para a manutenção da dignidade, da liberdade e do bem-estar de todos, tem-se que o princípio de indivisibilidade, em conjunto com o de universalidade, é o eixo do sistema protetor dos direitos humanos. Assim, as gerações de direitos não podem ser hierarquizadas, nem a compreensão sobre o que são os direitos humanos pode ser fragmentada. “Todos os direitos para todos, é, sem dúvida, a maior expressão das Declarações de Direitos Humanos” (PESSOA, 2006, pp. 32-33).

Dessa forma, entende-se que, no início, tinha-se “um modelo inicial de igualdade formal, que impunha o tratamento igual de casos iguais, sem qualquer preocupação com o percurso até ao momento da aferição da igualdade”, o qual evoluiu para “um modelo, a partir de meados da década de 70 do século passado, que ultrapassou a perspectiva não intervencionista para aceitar a existência de não discriminação apenas quando forem tomadas as medidas necessárias a estabelecer uma igualdade material, a partir de uma igualdade de oportunidades”, que foi substituído pela atual tendência, “iniciada em meados da década de 90, de consideração multidimensional das desvantagens, que contesta a realização da aferição ou comparação tomando como parâmetro o grupo prevalecente, na medida em que desconsidera ou minoriza as identidades de grupo ou individuais, de quem constitui o outro termo da comparação” (VALLE, 2016, p. 597).

A igualdade, nesse sentido, já estabelecida previamente como a “regra mestra de aplicação de todo o entendimento do direito à inclusão das pessoas com deficiência”, deve ser quebrada em sua dimensão formal quando se coloca perante certas situações as quais, “logicamente, autorizam tal ruptura. Assim, é razoável entender-se que a pessoa com deficiência tem, pela sua própria condição, direito à quebra da igualdade, em situações das quais participe com pessoas sem deficiência” (ARAÚJO, 2011, p. 50)

Conforme o art. 5.º da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, todas as pessoas com deficiência são iguais perante e nos termos da lei e têm direito, sem qualquer discriminação, a igual proteção e benefício da lei (PAZ, 2017, p. 37).

Dessa forma, essa evolução está refletida, em larga medida, na definição de "discriminação com base na deficiência" que o artigo 2.º, alínea c), da Convenção, providencia - "qualquer distinção, exclusão ou restrição com base na deficiência que tenha como objetivo impedir ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade com os outros, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais no campo político, econômico, social, cultural, civil ou de qualquer natureza" (VALLE, 2006, p. 597).

Nesse sentido, “o princípio da igualdade incidirá, permitindo a quebra da isonomia e protegendo a pessoa com deficiência, desde que a situação logicamente o autorize”. Seria, assim sendo, coerente proclamar o direito que goza a pessoa com deficiência a um tratamento especial no âmbito dos serviços de saúde, ou o seu direito à acessibilidade. Todas as situações a princípio quebrariam a igualdade, conforme inicialmente entendida, “mas apresentam autorização lógica para tanto”. Não obstante, pode-se, de outra forma, apontar que nem todas as atividades se encontram no campo das possibilidades de realização de determinada pessoa com deficiência, uma vez que cada deficiência poderá trazer algum tipo de restrição. No

entanto, quanto a essas situações, duas regras devem ser observadas, desde o princípio. “O entendimento deve ser restritivo, diante do dever de incluir, constante do artigo terceiro, da Constituição Federal. O segundo ponto é que, em caso de dúvida, a pessoa deve ser incluída”. Isso significa que, “por força do mesmo princípio constitucional da inclusão, a pessoa, em caso de dúvida, deve ser incluída (aprovada na seleção de seu trabalho, aprovada em concurso público, aprovada no teste para ingresso no emprego etc.)” (ARAÚJO, 2011, p. 50)

São incluídas, nesse sentido, todas as formas de discriminação, incluindo a “negação de adaptações razoáveis”, e, sobretudo, na inovativa previsão do conceito de “adaptação razoável”, cuja formulação, contida na alínea d) do mesmo artigo, ainda que recorrendo em excesso a conceitos indeterminados - “a modificação e ajustes necessários que não imponham uma carga desproporcionada ou indevida, sempre que necessário num determinado caso, para garantir que as pessoas com incapacidades gozam ou exercem, em condições de igualdade com as demais. De todos os direitos humanos e liberdades fundamentais” -, traduz uma mudança de caráter fundamental na visão da não discriminação relativamente as pessoas com deficiência. Por essa razão, não se trata agora de integrar, na medida do possível, as pessoas com deficiência no meio social, mas sim de levar a sociedade, mudando-a, adaptando-a naquilo que for razoável, ao encontro das especificidades das pessoas com deficiência (VALLE, 2006, p. 597).

No contexto jurídico da União Europeia, o princípio da igualdade é uma das principais ideias normativas de referência sobre as quais a deficiência como questão de direitos pode ser compreendida e deve ser tratada. Destarte, a falta de medidas de aplicação dos princípios ou uma aplicação que os viole, da perspectiva de sua expressão normativa, pode ensejar responsabilidade por violação do Direito da União Europeia (NEVES, 2010, p. 100).

Nesse contexto, o sentido essencial de igualdade adotado é o de não discriminação, e, conseqüentemente, de consideração da diferença e a adoção de tratamento ajustado à mesma. Destarte, o princípio da igualdade de tratamento se traduz na ausência de qualquer discriminação, seja direta (se a pessoa é, foi ou pode vir a ser objeto de tratamento menos favorável do que outra pessoa em situação comparável, atual ou anteriormente, por virtude de uma deficiência) ou indireta (quando uma disposição, um critério ou uma prática, que não se reportam a situação de deficiência, sendo aparentemente neutros, colocam em situação de desvantagem pessoa com deficiência ou grupo de indivíduos com deficiência) (NEVES, 2010, p. 102).

Enquanto a discriminação direta é, em geral, inteiramente proibida, a indireta pode ser justificada por um fim legítimo, em respeitando o princípio da proporcionalidade. Isso

significa que justificação da discriminação depende da demonstração de que não poderiam ter sido adoptadas medidas de adaptação razoáveis ou de que a sua adoção não obstrui a sua justificação objetiva. Por outro lado, a ideia de igualdade de tratamento importa que seja tratada de forma suficientemente diferente situação diferente, na medida desta, para que os resultados sejam razoáveis e equitativos (MARTINS, 2018, p. 103).

O princípio da igualdade também se manifesta a partir do ponto de vista das oportunidades, que por vezes faz necessária a desigualdade de tratamento, com vista a garantir direitos sociais e civis, os quais se mostram interdependentes (NEVES, 2010, p. 105).

Nesse sentido, postula-se a adoção tanto de medidas dirigidas a afastar obstáculos à igualdade de tratamento de pessoas com deficiência, quanto de medidas, preventivas ou compensatórias, de discriminação positiva, de ações de promoção de uma igualdade de resultados, de outra forma não alcançáveis pela aplicação do princípio da igualdade de tratamento, que se destinam a assegurar a plena igualdade na vida ativa (NEVES, 2010, p. 104).

Estando, dessa forma, estabelecido que a questão da tutela das pessoas com deficiência passa pelo cumprimento rigoroso do princípio da igualdade, esse vem garantido no texto constitucional brasileiro em diversas passagens, garantida de forma genérica no caput do seu art. 5º, reiterando, em seu primeiro inciso, essa igualdade, agora especificamente entre homens e mulheres. Da mesma forma faz o art. 7º, em seu inciso XXXI, quando proíbe qualquer forma de discriminação no contexto da contratação, o que garante o direito a igualdade formal, com o objetivo de proteger a pessoa com deficiência contra qualquer forma de discriminação (ARAÚJO, 2008, p. 205).

Ao lado da dimensão formal, a ordem constitucional inaugurada no Brasil passou a propor a hipótese da igualdade material. Essa surgiu da busca em compensar a exclusão do processo social presente havia décadas, nascida da ausência de políticas públicas de inclusão. Nesse esforço, o constituinte de 1988 procurou garantir a igualdade na lei, por exemplo, por meio da reserva percentual de cargos e empregos públicos a pessoas com deficiência, respeitadas as regras mínimas de qualificação, na forma do art. 37, inciso VIII (ARAÚJO, 2008, p. 205).

Ao tratar da igualdade, Hannah Arendt (1989, p. 335) pontua que essa contrasta com tudo o que está relacionado com a mera existência, não nos sendo, portanto, dada, mas resultando da “organização humana, porquanto é orientada pelo princípio da justiça. Não nascemos iguais; tomamo-nos iguais como membros de um grupo por força da nossa decisão de nos garantirmos direitos reciprocamente iguais”.

Assim o princípio da igualdade reflete a intenção de garantir as pessoas com deficiência a inclusão na sociedade como um todo em todas as suas esferas, propiciando inclusive o exercício do poder familiar, ou seja, a guarda de filhos.

No Brasil, o Estatuto da Pessoa com Deficiência (2015), ao reconhecer a importância da autonomia, liberdade e independência dessas pessoas previu, expressamente, que a existência de alguma deficiência não afeta a capacidade civil da pessoa. Dessa maneira, foi assegurada a igualdade aos deficientes possibilitando que se casem, constituam união estável, direitos reprodutivos, que realizem o planejamento familiar, exerçam o direito a guarda, tutela, curatela e adoção.

A Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, em seu art. 23, b e c, expressamente prevê o direito de as pessoas com deficiência decidirem o número de filhos, assim como o espaçamento entre eles, como também conservar a sua fertilidade (FERRAZ, *et. al.*, 2012).

A Lei Brasileira de Inclusão das Pessoas com Deficiência, intitulada Estatuto da Pessoa com Deficiência, modificou profundamente o instituto da guarda de crianças e adolescentes por genitores portadores de deficiência, sendo até a sua publicação não considerada o exercício dela por essas pessoas.

Em sede constitucional, no art. 226, §7º, há a previsão do planejamento familiar, sendo este de livre escolha do casal, sendo dever do Estado fornecer os recursos, sejam eles científicos ou educacionais, para efetivar o exercício desse direito (FERRAZ, *et al*, 2012, p. 454).

Dessa maneira, as legislações vêm contribuindo, fundamentadas no princípio da liberdade, ao reconhecer os deficientes em geral, principalmente os físicos, como pessoas capazes de se autodeterminar com relação as suas vontades, até mesmo com relação a formação de sua família, a geração de filhos e o exercício da guarda (FERRAZ, 2018, p. 149).

É importante defender que todos que possuem discernimento para exercer suas escolhas não seja impedido de formar uma família e exercer o poder parental devido a existência de deficiência, tendo em vista que havendo a capacidade civil, podem se encarregar decidir por seus filhos e ter uma vida plena.

Com relação ao exercício familiar, principalmente a guarda de filhos menores, se faz necessário analisar os tipos de guarda e a sua aplicação e exercício com relação a deficiência física.

3 EVOLUÇÃO DOS TIPOS DE GUARDA E RESPONSABILIDADE PARENTAL

A análise do instituto da guarda no ordenamento jurídico brasileiro e português é possível a partir de um elo basilar comum que os norteia, representado pela Convenção sobre os Direitos da Criança, ratificada pelos dois países. Essa convenção contém dois princípios que são de fundamental importância para a discussão sobre o destino das crianças na vida familiar (LOBO, 2015, p. 735).

O primeiro princípio diz respeito ao interesse superior da criança, que já traçamos uma breve dissertação sobre ele no capítulo anterior, o qual, conforme a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, também inclui o adolescente em seu âmbito de proteção (LÔBO, 2011, p. 75) e deve ser entendido como um dever jurídico imposto à família, à sociedade e ao Estado, onde todas as decisões que digam respeito à criança devem ter plenamente em conta o seu interesse superior, “tanto na elaboração quanto na aplicação dos direitos que lhe digam respeito, notadamente nas relações familiares, como pessoa em desenvolvimento e dotada de dignidade” (LOBO, 2015, p. 735).

O segundo princípio é o da convivência familiar, o qual decorre, diretamente, do reconhecimento atribuído à família enquanto núcleo natural e fundamental da sociedade, conforme o art. XVI da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Vertente seguida pelo Princípio VI da Declaração Universal dos Direitos das Crianças, ratificada pela Convenção sobre os Direitos da Criança e nos mesmos termos presente na Constituição da República Portuguesa. Deste modo, a criança tem o direito de viver com os seus pais a menos que tal seja considerado incompatível com o seu interesse superior. A criança tem também o direito de manter relações pessoais e contatos diretos regulares com ambos os pais se estiver separada de um ou de ambos (LOBO, 2015, pp. 735-736).

Nesse sentido, segundo Maria Margarida Silva Pereira (2018, p. 570), o divórcio apenas termina, ou atenua, o conflito entre ex-cônjuges desavindos. A sequele maior da desavença é exercida sobre os filhos menores, sobre quem projeta um progenitor, ou ambos, a animosidade que sente pelo outro. E projeta não poucas e fundadas vezes, também, o medo de que a violência que sofreu no casamento e esteve na origem do divórcio se repercuta agora sobre os filhos. Dessa forma, a saga das crianças após o divórcio dos pais é muitas vezes a história de longas lides judiciais sobre o exercício das responsabilidades parentais e sobre o seu devido cometimento.

Sendo o direito a convivência familiar fundamental a toda pessoa e vital ao desenvolvimento da criança e do adolescente, além da necessária aplicabilidade do princípio

do melhor interesse da criança e da proteção, há a necessidade do Estado facilitar e estimular o convívio dos pais com os filhos independente das deficiências.

Quando há discursões acerca da tutela de filhos por pais deficientes é estabelecido um conflito gerado pelos princípios inerentes a essas pessoas, pois ainda há a dificuldade na sociedade enxergar a capacidade dos deficientes quando, culturalmente, vislumbram apenas as suas limitações (FERRAZ; NETTO, 2018, p. 151).

Tão mais delicada se percebe a questão da alocação da confiança da guarda quando se leva em consideração as expectativas sociais em relação a família que se imiscuem nos processos decisórios levados a cabo nos tribunais. Nesse cenário, torna-se cada vez mais importante exigir dos magistrados uma fundamentação completa, clara e transparente das suas decisões e que estes mostrem uma cadeia de fundamentação racionalmente comprovável, controlável e, assim, discutível (SOTTOMAYOR, 1995, p. 192).

3.1 Guarda e Responsabilidade Parental no Brasil

A situação jurídica da relação paterno-filial no ordenamento jurídico brasileiro adquiriu novos contornos após o advento da nova ordem constitucional, inaugurada em outubro de 1988. O novo cenário descortinado pela Constituição da República, o que, em última análise, corresponde a tutela avançada da pessoa humana e de sua intangível dignidade, já reverte o que, nos ordenamentos anteriores, prestigiava a autoridade do genitor, a desigualdade entre gêneros e submissão da mulher. Confirma-se, assim, que a pessoa humana é um valor em si mesmo, justificando a existência da norma jurídica, feita, por sua vez, pelo homem e para o homem (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 559).

Relativamente a esses conceitos, as antigas instituições jurídicas do direito de família igualmente adquiriram novas características. Em relação ao direito filiatório, Chaves e Rosenvald (2016, p. 560) elencam como características fundamentais: o caráter instrumental do instituto para a afirmação da dignidade humana; a despatrimonialização das relações paterno-filiais; a ruptura entre a proteção dos filhos e filhas e o tipo de relacionamento vivenciado pelos pais.

Essa perspectiva surgiu de uma evolução do entendimento consagrado na legislação. Antes do Código Civil de 2002, vigorava no ordenamento jurídico brasileiro, a égide da Lei n. 6.515/77, que regulamentava o divórcio e a adoção, concomitantemente, da teoria do divórcio-remédio, do divórcio-falência e do divórcio-sanção, aplicável aos casos de divórcio litigioso

direto, não mais admitidos desde a revogação do § 1º do art. 40 daquela lei (DINIZ, 2010, p. 337).

Naquele tempo, era disciplinado que, quando da dissolução da sociedade conjugal, a guarda dos filhos menores caberia ao pai que não a tivesse dado causa, ou com aquele que já convivesse com as crianças, na hipótese da separação de fato. No entanto, conforme o art. 13 da Lei do Divórcio, de 1977, a guarda poderia ser dada segundo outros critérios se houvesse motivo para tal, já evidenciando uma preocupação com a proteção integral e primordial dos menores (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 681).

Porém, a ordem inaugurada pelo Código de 2002 mudou o sistema de guarda anterior, uma vez que a culpa não mais influencia a determinação do cônjuge a quem será confiada (TARTUCE; SIMÃO, 2014, p. 240), tendo sido proclamado, nomeadamente no art. 1.583, que a guarda dos filhos deve atender, prioritariamente, ao melhor interesse da criança ou adolescente, inclusive em relação as disposições legais (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 681).

Tartuce e Simão (2014, p. 241) asseveram, ademais, que a expressão melhores condições, constante do art. 1.584 do Código Civil Brasileiro antes da Lei nº 11.698, de 2008, constituía uma cláusula geral, a qual era preenchida segundo a doutrina pelo atendimento do melhor interesse do menor.

Dessa forma, durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais e, na falta ou impedimento de um deles, o outro exercerá com exclusividade. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer um deles recorrer ao juiz para a resolução do desacordo, conforme o art. 1.631, caput e parágrafo único do Código Civil Brasileiro.

Nesse sentido, 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, independente de condição social ou física, de acordo com o disposto no art. 1.632 do Código Civil. Entende-se que a legislação acaba trazendo um direito a convivência familiar e, ao seu lado, um dever dos pais de terem os filhos em sua companhia. Inclusive, nota-se que nessa norma reside fundamento jurídico substancial para a responsabilidade civil por abandono afetivo, eis que a ideia de companhia inclui esse afeto (TARTUCE, 2019, p. 201).

Assim, a separação judicial e o divórcio, na verdade, não dissolvem a família, uma vez que a reorganizam, mostrando não só os novos papéis desempenhados pelo pai e pela mãe, voltados ao melhor interesse e ao bem-estar da criança e do adolescente, como também a

importância da guarda compartilhada, nos casos em que é mais indicada, e da conversão do direito de visita em direito de convivência, para que a relação entre pais e filhos sofra um aumento de qualidade, possibilitando um crescimento pessoal, voltado ao respeito humano e social, à dignidade do ser humano, à liberdade, assim como aos limites no conviver (DINIZ, 2010, p. 361) .

Aos pais é permitido pela legislação civil deliberar que o exercício da guarda dos filhos fique com um deles, ou seja, de outro modo, distribuído entre os dois na forma compartilhada, devendo o juiz homologar o acordo desde que essa deliberação não contrarie a ordem pública e os interesses das crianças ou adolescentes envolvidos. No entanto, esse ajuste entre os genitores não é definitivo para decidir o destino da criança ou adolescente, uma vez que, caso, após a homologação, apurar-se que o detentor da guarda da prole representa um perigo à sua moral, por exemplo, ou outra razão relevante, poderá o magistrado desprezar o acordo e conferir a guarda ao outro genitor ou a terceiro (DINIZ, 2010, pp. 319-320).

Não sendo possível o compartilhamento da guarda e estando a decisão da confiança dessa nas mãos do juiz, Maria Helena Diniz (2010, p. 321) defende como critérios, sob a égide do melhor interesse da criança, que a guarda deve atender a três referenciais de continuidade, quais sejam:

a) o *continuum* de afetividade, segundo o qual o menor deve ficar sob a guarda do genitor em cuja companhia se sentir mais feliz e seguro, sendo necessário averiguar quem é o genitor que representa para a criança uma figura de apego, seu porto seguro nos momentos difíceis, garantindo-lhe a segurança, o cuidado adequado e a confiança necessários para o bom desenvolvimento de suas potencialidades, de seu caráter e de sua personalidade;

b) o *continuum* social, considerando-se o ambiente vivido pelo menor no instante da separação dos pais; e

c) o *continuum* espacial, preservando seu espaço, uma vez que é nele que a personalidade do menor se constrói e desenvolve, pois considera que quando há mudança do local onde vive, da escola onde estuda, ou da igreja que frequenta, a criança perde seu referencial de espaço, o envoltório espacial de sua segurança e, conseqüentemente, poderá haver desequilíbrio em seus relacionamentos sociais, em virtude de alteração na sua rotina.

Para Tartuce e Simão (2014, p. 207), a observância desses três critérios implica que, geralmente, quem já exerce a guarda tem mais chances de mantê-la. No entanto, isso não significa que essa seja a solução mais adequada. Dessa forma, é cabível ação judicial para dar nova regulamentação a guarda ou para buscar a criança contra quem não a exerce de forma satisfatória.

Nessa seara, o exercício da guarda é um dos conteúdos do poder familiar, o qual é disciplinado na codificação civil brasileira, em seu art. 1.634 do Código Civil Brasileiro, elencando um número de direitos e deveres legais atribuídos aos pais em relação a seus filhos menores, que devem ser exercidos no interesse desses, e que vão se reduzindo gradativamente à medida que vão desenvolvendo suas próprias capacidades (KREUZ, 2012, p. 87).

Segundo este instituto, aos pais detentores do poder familiar compete: dirigir a criação e a educação dos filhos; exercer a guarda unilateral ou compartilhada; conceder-lhe ou negar-lhe consentimento para casarem; conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro município; nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou se o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; representa-los, judicial ou extrajudicialmente, nos atos da vida civil e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição (TARTUCE, 2019, p. 541).

O poder familiar não pode ser confundido como sendo uma espécie de “título de propriedade”, sendo o exercício da paternidade revelado não somente pelos poderes dos pais sobre os filhos, mas, sobretudo, dos deveres e encargos. Consequentemente, o abuso ou descumprimento desses deveres pode conduzir, juridicamente, à suspensão, conforme disposto no art. 394 do Código Civil Brasileiro (a qual é medida temporária e deve ser restabelecida tão logo superadas as causas que a determinaram) ou perda do poder familiar, prevista no art. 1.638 do aludido diploma, que representa medida bem mais grave e definitiva, cabível não sendo possível a superação das causas mencionadas (KREUZ, 2012, p. 89).

Embora a manutenção na família de origem ou sua reintegração deva ser sempre a primeira entre as alternativas, desde que se revele possível e seja do interesse da criança ou adolescente, a solução definitiva da destituição, quando se revele necessária, não pode ser procrastinada, sob pena de evidentes prejuízos para eles. Por outro lado, em contraste com pais que não desejam ou não reúnem condições psicológicas, afetivas, ou sociais para o exercício do poder familiar, a pobreza, a condição de miserabilidade deixou de ser fundamento bastante para a destituição do poder familiar, sendo necessária a verificação de outras situações que coloquem a criança em estado de permanente risco, como, por exemplo, a violência física, a falta de cuidados, de higiene, de afeto, o uso de entorpecentes etc. (KREUZ, 2012, p. 91).

Nesse sentido, é fundamental a observância do princípio do superior interesse da criança, acolhido no Brasil como princípio constitucional, inserido em seu art. Art. 5º, LXXVII,

§ 2º, que deve orientar as ações políticas de fortalecimento dos direitos das crianças e adolescentes e para a interpretação das leis, surgindo como um importante elemento de solução de conflitos em relação à criança, buscando-se sempre o que lhe for mais favorável ao seu desenvolvimento. Esse princípio revela em si a fundamental relevância do adequado exercício do poder familiar, bem como da ponderação na confiança da guarda na formação do indivíduo na infância, uma vez que o interesse da criança e do adolescente está vinculado, também, ao estabelecimento de limites, a disposição para receber educação, ao respeito à autoridade dos pais e professores, ao conhecimento de noções de responsabilidade e no respeito às regras sociais (KREUZ, 2012, p. 73).

3.2 Guarda e Responsabilidade Parental em Portugal

Baseado no conceito de família burguesa do Séc. XIX, em Portugal, inicialmente, a preferência da guarda era dada a mãe, a princípio apenas em relação a crianças de até três anos de idade, mas não para crianças mais velhas, as quais passavam a guarda do pai (SOTTOMAYOR, 2001, p. 148).

Isso se dá ao fato de que o Código Civil de 1867 era herdeiro da tradição patriarcal do direito romano, e dissociava, nos casos de separação dos pais, a guarda e o exercício do poder paternal, pois quando a guarda dos menores era confiada a mãe, o pai continuava a exercer o poder-dever de representar os filhos menores, de dirigir a sua educação e de administrar os seus bens, conforme arts. 137.º e 138.º do referido diploma.

Posteriormente, no curto período, entre 1910 e 1931, passou-se a entender que a preferência deveria ser dada ao cônjuge “inocente” após o divórcio (SOTTOMAYOR, 2001, p. 148).

No mesmo sentido, o Código Civil de 1966, atribuía ao pai o poder de representar o filho, administrar os seus bens, dirigir a sua educação, decidir a sua instrução, autorizar o filho a exercer profissão ou a sua emancipação, conforme disposto em seu art. 1881º (SOTTOMAYOR, 2001, p. 145).

Por sua vez, partindo da incapacidade relativa da mulher casada e seu papel como mera colaboradora do marido dentro da família (AMARAL, 2014, p. 225), a mãe tinha apenas o direito de ser ouvida e de participar em tudo o que dissesse respeito ao interesse do filho, apenas exercendo o poder paternal no caso de ausência ou impossibilidade do pai, de acordo com o art. 1882º. Na prática, a mãe que detinha a guarda dos filhos estava colocada na dependência da

autorização do pai do menor para tomar decisões relativamente à pessoa e aos bens do filho e sujeitava-se a interferências daquele na educação do filho (SOTTOMAYOR, 2001, p. 145).

Havia um tratamento discrepante entre os pais oriundos da cultura do machismo e impondo aos homens a responsabilidade, a guarda e a tomada de decisões sobre toda a família e oferecendo a mulher uma posição secundária não pertencendo a elas o direito de decidir sobre seus filhos.

Esta solução foi criticada porque dissociava a guarda, ou seja, residência e cuidado diário do filho menor, do poder de educar e representá-lo, criava conflitos e impasses nas decisões a tomar, não estava de acordo com o interesse de menor e constituía uma violação do princípio da igualdade. Para tornear esta situação, a doutrina de então já defendia de *iure constituendo* que, como a unidade familiar estava destruída após a separação ou o divórcio, o pai deixava de ser o chefe de família e a mãe podia exercer integralmente o poder paternal (SOTTOMAYOR, 2001, pp. 145-146).

Com o advento da Constituição da República Portuguesa de 1976 e a consagração do princípio da igualdade e sua projeção no domínio da família, casamento e filiação, seguiu-se, no ano seguinte, uma reforma no Código Civil, o qual inaugurou a igualdade entre os progenitores e introduziu o princípio regra exercício das responsabilidades parentais pelo progenitor a quem o menor havia sido confiado (PEDROSO; CASALEIRO, 1996, p. 84), muito embora a preferência maternal em relação à guarda especificamente tenha sido generalizada após a Reforma de 1977, fundada no percebido caráter insubstituível da ação da mãe na educação do filho, sobretudo quando este é de tenra idade (SOTTOMAYOR, 2001, p. 148).

A *ratio legis* desse dispositivo consistia na percepção da necessidade de proteger a estabilidade da vida do menor face aos conflitos entre os pais no contexto do rompimento do vínculo conjugal entre esses e encontrava seu fundamento também em razões de eficácia, por força das quais se considerava que, na prática, era o progenitor residente que educava o menor no dia-a-dia e tomava as decisões de particular importância relativamente ao filho (SOTTOMAYOR, 1998, p. 145-146).

Nessa conjuntura, a preferência materna pela guarda começou a ser fortemente contestada pela classe média urbana, a qual pretendida introduzir, na sociedade, um conceito de família em que não houvesse papéis de gêneros pré-definidos, fomentando decisões judiciais não mais fundadas nas antigas assunções sobre a maternidade, mas nos novos papéis que o homem e a mulher praticam na família e o gradual desaparecimento da mãe tradicional, dona de casa e totalmente dedicada aos filhos (SOTTOMAYOR, 1998, p. 150).

De forma a responder a essa questão, Maria Clara Sottomayor (1995, p. 183) propôs como critérios para decidir a atribuição da guarda dos filhos, primeiramente, a identificação do chamado *Primary Caretaker*, ou figura primária de referência, ou seja, a pessoa que cuida da criança no dia-a-dia, o qual seria um critério neutro em relação ao sexo, criado pela jurisprudência americana, o qual leva em conta a continuidade da educação e das relações afetivas da criança.

Sottomayor (1995, p. 184) reconhece a dificuldade de aplicação desse critério em lares nos quais ambos os pais participam igualmente, na constância do casamento e da educação do filho. Propõe, então, a seguir, o critério da preferência da criança, quanto esta queira e possa exprimir, da qualidade das relações afetivas com os pais e da capacidade de cada um dos pais para consentir que a criança se relacione com o outro.

No entanto, pode se levantar a hipótese da criança ser demasiadamente pequena para exprimir essa preferência, ou mesmo não estar inclinada a fazer tal escolha, como pode ser observado em muitos casos (SOTTOMAYOR, 1995, p. 184), quando as crianças muitas vezes se veem vitimadas pelo denominado “dilema da lealdade”, ou seja, estando com um genitor e se sentindo culpadas em querer usufruir o direito de conviver com o outro. A elas não cabe fazer nenhum tipo de escolha; não é recomendável, dessa forma, prejudicar ou impedir que o filho conviva com o outro genitor pelo simples fato de seus pais não conseguirem, ou sequer tentarem manter uma relação harmônica (LOBO, 2015, p. 742).

Vencidos esses caminhos, restaria tentar seguir um princípio lógico e conforme os princípios gerais do direito em direção a uma decisão subjetiva do juiz (SOTTOMAYOR, 1995, p. 184).

Dessa forma, como resultado de uma evolução histórica do significado social do divórcio, de um acontecimento raro marcado por um alto nível de conflitualidade, concebido como um divórcio-sanção, para um acontecimento mais comum e menos dramático (o divórcio-remédio ou divórcio ruptura) foi introduzido no Código Civil Português o exercício conjunto do “poder paternal”, termo que, após a alteração operada pela Lei nº 61/2008, foi substituído pela expressão “responsabilidades parentais” (SOTTOMAYOR, 1998, p. 150).

Nesse sentido, a Lei nº 61/2008 pôs termo definitivamente no ordenamento jurídico Português à presunção de que o exercício do poder paternal cabia exclusivamente ao cônjuge que tivesse a guarda do filho, assim como estabelecida a distinção entre questões de particular importância para a vida desse, sobre as quais as decisões são tomadas em conjunto por ambos os progenitores, nos mesmos termos que vigoram para os casos surgidos da constância do matrimônio; e as decisões concernentes as questões relativas a atos da vida corrente do filho,

as quais, por sua vez, cabem ao progenitor com quem ele resida habitualmente (AMARAL, 2014, p. 225).

Lobo (2015, p. 745) parte da premissa que a vontade do legislador foi de restringir o conceito a questões existenciais graves e raras de forma a não fomentar a conflitualidade entre os progenitores e a crescente criação de intervalos na vida da criança no que concerne à tomada de decisões sobre a sua vida, para enumerar as situações em que a doutrina e a jurisprudência consideram integrar este conceito de questões de particular importância, quais sejam:

- a) a escolha e inscrição da criança em estabelecimento de ensino privado ou público;
- b) as intervenções cirúrgicas que impliquem risco para a vida ou integridade física da criança (incluindo as estéticas);
- c) o exercício de uma atividade laboral por parte da criança ou adolescente (incluindo as passagens de modelos, participação em espetáculos e atividades artísticas ou de publicidade);
- d) a escolha da orientação religiosa até aos dezesseis anos (artigos 1886.º do Código Civil e 11.º da Lei da Liberdade Religiosa);
- e) as saídas (de férias ou participando em atividades) para o estrangeiro;
- f) a localização ou determinação do centro de vida (a alteração de residência que implique uma mudança geográfica para local distante dentro do próprio país ou para o estrangeiro);
- g) a prática de atividades desportivas que impliquem risco para a vida, saúde ou integridade física;
- h) a celebração de casamento aos dezesseis anos (artigos 1612.º do Código Civil e 149.º do Código de Registo Civil);
- i) a interrupção da gravidez até aos dezesseis anos (artigo 142.º do Código Penal);
- j) a obtenção da licença de condução de ciclomotores e de carta de condução de motociclos de cilindrada não superior a 125 cm³;
- k) o exercício do direito de queixa (artigos 1881.º do Código Civil e 113.º do Código Penal)
- l) as decisões de administração que envolvam onerações ou alienações de bens ou direitos da criança (artigo 1889.º do Código Civil); (LOBO, 2015, p. 746)

As responsabilidades parentais formam uma situação jurídica familiar complexa que apresenta grande parte das características que são comuns a outras situações jurídicas familiares: tem natureza estatutária, conforme o art. 68º, nº 2, da Constituição da República Portuguesa, pois constituem uma situação jurídica que se funda na ligação paterno filial, num grupo cuja importância é expressamente reconhecida pelo Estado; são indisponíveis, de acordo com o art. 1699º, nº 1, alínea b) do Código Civil, como resulta da conexão necessária que a lei estabelece entre essas responsabilidades e o interesse do filho, conforme o art. 1878º, nº 1. Isso significa que o genitor não pode dispor das responsabilidades parentais, uma vez que o interesse principal subjacente da outorga legal de tais responsabilidades não lhe pertence. Ademais, o titular do interesse principal, o filho menor não emancipado, não é beneficiado de capacidade para, isoladamente ou em sintonia com o genitor, alterar as regras dispostas na legislação, de qualquer forma. Da mesma maneira, prevendo a lei o exercício conjunto das responsabilidades

parentais, um dos pais não pode conferir ao outro exclusividade para o exercício por sua mera vontade, pressupondo uma intervenção estatal mesmo que os pais estejam em acordo (PINHEIRO, 2018, pp. 215-216).

As responsabilidades parentais têm também funcionalidade acentuada. O conteúdo legal das responsabilidades parentais é expressamente ordenado em torno do interesse do filho, conforme disposto no art. 1878º, o que sugere que se está perante um instituto destinado a proteção e promoção do crescimento saudável da criança. Inclusive, é exatamente essa específica funcionalidade das responsabilidades parentais que dá legitimação à interferência do Estado na relação dos pais com os filhos (PINHEIRO, 2018, p. 217).

Ademais, muito embora surjam da relação entre pais e filhos, as responsabilidades parentais têm efeito *erga omnes*. O poder de representação inserido nas responsabilidades parentais compreende o exercício da generalidade das obrigações dos filhos perante terceiros. Esses também não podem separar filhos dos pais, salvo quando os pais não estão em cumprimento com suas obrigações fundamentais e sempre mediante ordem judicial, de acordo com o disposto constitucionalmente, no art. 36º, nº 6; as responsabilidades parentais têm também conteúdo típico, estritamente coincidente com aquele que a lei lhe assinala. Não é permitida a criação de situações jurídicas novas, nem a eliminação daquelas que a lei indica como parte de seu conteúdo, conforme indica o art. 1699º, nº 1, alínea b) e o art. 1882º do Código Civil; por fim, as responsabilidades parentais têm tutela reforçada, em razão do peso de sua vertente funcional (PINHEIRO, 2018, p. 2018).

Um dos conteúdos das responsabilidades parentais é o poder-dever de guarda, mediante o qual os pais velam pela segurança e a saúde dos filhos, implicando que os tenham em sua companhia e que vivam no mesmo lar (PINHEIRO, 2018, p. 223). Na determinação da residência do filho e os direitos de visita, o acordo dos pais será tido em conta, mas não é critério de última instância da decisão, sendo, de outra forma, o interesse do filho. A lei se orienta pelo princípio de que a proximidade entre os progenitores em relação a vida das crianças é fundamental para o seu desenvolvimento, e consequentemente, para um processo educativo eficaz, e assim orienta suas decisões, fomentando uma pedagogia de partilha das responsabilidades parentais (PEREIRA, 2018, p. 566).

O poder de guarda abarca ainda a vigilância das ações do filho e a regulação das relações desse com outras pessoas que não os pais, com vias de evitar relacionamentos perniciosos aos seus interesses. Ademais, esse poder-dever confere aos pais a faculdade de decidir no que diz respeito aos cuidados de saúde de seus filhos. É a eles que incumbe autorizar intervenções ou tratamentos médicos atinentes ao filho, com exceção das situações de ações

promovidas pelo Estado no cumprimento de políticas de saúde pública, além de casos de urgência; estado de perigo; e casos em que o filho menor, pela sua idade e capacidade de discernimento, pode decidir por si próprio (PINHEIRO, 2018, p. 224).

Outros poderes-deveres correlatos que integram o conteúdo das responsabilidades parentais são o poder-dever de dirigir a educação; o dever de prover ao sustento; o poder-dever de representação geral; o poder-dever de administração dos bens; e o dever de obediência com a contrapartida do reconhecimento da autonomia da criança e do jovem na organização da própria vida (PINHEIRO, 2018, pp. 222-223).

Como anteriormente destacado, foi introduzido, como regra, o exercício em comum, ainda que mitigado, das responsabilidades parentais, quer nos casos em que os progenitores nunca tenham vivido juntos, quer naqueles em que viveram união de fato, mas não tenham declarado que poder paternal devia ser exercido em comum (SOTTOMAYOR, 1995, p. 150).

A substituição de termos consolidou a ideia de mudança do centro da atenção da lei, que antes estava naquele que detém o “poder”, o adulto, e passa para aqueles cujos direitos se busca salvaguardar, no caso, os filhos menores, afirmando a ideia de que o divórcio dos pais não significava o divórcio dos filhos (PEDROSO; CASALEIRO; BRANCO, 1996, pp. 82- 83), ou seja, dissociação entre relação de conjugalidade e parentalidade, a qual proveio do princípio jurídico da inseparabilidade dos filhos dos seus genitores (LOBO, 2015, p. 737).

Nesse sentido, o atual sistema de exercício das responsabilidades parentais orienta-se pelos princípios do exercício em comum dessas responsabilidades, salvo exceções, como no caso do impedimento ou morte de um dos pais, quando a filiação não se encontrar constituída quanto a um dos pais, ou quando esses não vivam juntos e o exercício comum seja tido como contrário ao interesse do filho; do exercício em comum mitigado quando os pais não vivam juntos – como já mencionado, as responsabilidades parentais em questões de particular importância para a vida do filho são exercidas em comum por ambos os pais, e as relativas aos atos da vida corrente do filho apenas por um ou pelo outro (PINHEIRO, 2018, p. 236).

Sobre o conceito de atos da vida corrente ou de atos usuais, esse consiste numa noção-quadro ou num conceito indeterminado na medida em que nenhuma definição legal poderia abranger as infinitas variações da realidade. Dessa forma, a doutrina tem entendido que o preenchimento do conceito de atos da vida corrente tem que ser feito por contraposição com o conceito de questão de particular importância, abrangendo todos aqueles que se relacionem com o cotidiano da criança, como por exemplo (LOBO, 2015, p. 746):

a) as decisões usuais relativas à disciplina da criança; b) as decisões relativas ao tipo de alimentação; c) as decisões sobre atividades e ocupação de tempos livres, os contatos sociais;

d) as tarefas de levar e ir buscar o filho regularmente à escola; e) o acompanhar nos trabalhos escolares e efetuar a respectiva matrícula (no ensino público obrigatório); f) as decisões quanto à higiene diária, ao vestuário e calçado; g) a imposição de regras de convivência; h) as decisões sobre idas ao cinema e saídas à noite, consultas médicas de rotina; i) o uso e a utilização de celular e do computador (LOBO, 2015, p. 747).

Ademais, traz-se a possibilidade de exercício das responsabilidades parentais de terceiro, nos casos de morte ou impedimento de ambos os pais ou do único sobrevivente relativamente ao qual se encontre estabelecida a filiação, pelo qual será estabelecido, por decisão judicial, preferencialmente, ao cônjuge ou unido de fato de qualquer dos pais e, depois, a alguém da família de qualquer dos pais (PINHEIRO, 2018, p. 234).

Existe ainda a possibilidade de, em caso de morte de progenitor a quem a criança havia sido entregue, ainda que tenha sobrevivido o outro progenitor, o tribunal decretar a confiança à guarda de terceira pessoa, com fundamento em uma das circunstâncias do art. 1918º do Código Civil (perigo para a segurança, saúde, formação moral e educação do filho), sem prejuízo da titularidade do exercício das responsabilidades parentais pertencer aos pais (PINHEIRO, 2018, p. 234), em tudo o que não se mostrar irreconciliável com a providência decretada, conforme disposto no art. 1919º do mesmo diploma.

Embora em princípio, os filhos devem ser educados na família, os poderes-deveres que constituem o conteúdo das responsabilidades parentais não são direitos que o titular possa exercer como e quando quiser, devendo, de outra forma, exercer esses direitos de modo a salvaguardar os interesses da pessoa do seu destinatário, que é o filho. Dessa forma, é possível retirar ao progenitor parte das atribuições próprias do exercício das responsabilidades parentais quando o seu comportamento revele especial inaptidão para o desempenho das mesmas. Nesse contexto, a inibição do exercício das responsabilidades parentais de pleno direito abrange as situações de condenação criminal, de incapacidade civil ou de ausência, situações em que se torna desaconselhável ou impossível ao progenitor o exercício de suas responsabilidades parentais (AMARAL, 2014, p. 250-252).

Assim, atribuição igualitária do exercício do poder parental entre os cônjuges, inaugurada pela reforma do Código Civil de 1977, bem como a evolução legal que se sucedeu até o art. 1671º do Código Civil atual, foi fruto de uma necessária adequação ao princípio da igualdade plasmado na Constituição da República Portuguesa de 1976, inscrito de forma geral em seu art. 13º e de forma específica aos cônjuges no art. 36º, nº 3 (MOREIRA, 2018, p. 94).

Em todo caso, muito embora o direito legislado tenha passado por uma significativa evolução no sentido de tender cada vez mais para a neutralidade gramatical em termos de

gênero, ainda se pode perceber a diferenciação e a desigualdade de gêneros, em se considerando todos os níveis de produção e aplicação jurídicos. Embora, claramente, não crie as relações patriarcais, o Direito tem o condão de reproduzir as condições materiais e ideológicas nas quais estas podem sobreviver, contribuindo para a perpetuação, legitimação e reprodução das mesmas na sociedade, se não a partir de manifesta ou explícita diferença de tratamento na legislação de família (como era comum no passado) e nas práticas aparentes dos tribunais, por processos sutis pelos quais doutrina jurídica, interpretação e aplicação do direito, em especial da família e das crianças, reproduzem e reforçam as identidades de gênero (PEDROSO; CASALEIRO; BRANCO, 1996, pp. 82-83), fatores cuja causalidade está diretamente relacionada aos perigos da estagnação da evolução dos institutos jurídicos.

Os efeitos práticos podem ser observados na realidade dos tribunais. O estudo conduzido por Pedroso, Casaleiro e Branco revelou uma grande desigualdade na atribuição da guarda dos filhos menores, sendo em mais de 70% dos casos às mães, seguido de longe pelos familiares e só então aos pais gênero (PEDROSO; CASALEIRO; BRANCO, 1996, p. 92). Essa tendência, que é inicialmente justificada pelas desigualdades de gênero pré-existentes, acaba por acentuar a questão e reforçar a manutenção do status quo, fundada numa visão estereotipada das funções dos progenitores dentro da família, na qual são as mulheres as cuidadoras das crianças e dos jovens, porque os progenitores do sexo masculino supostamente não querem esse papel gênero (PEDROSO; CASALEIRO; BRANCO, 1996, p. 93).

Apesar do avanço em termos de lei ainda há nos aplicadores do direito a visão do homem como ser incapaz de cuidar, alimentar, vestir, educar, afagar o filho e essa visão é ainda pior quando deficientes. É necessário modificar a cultura tornando normal o exercício da guarda pelos pais, independentemente de suas condições financeiras, sociais, motoras etc.

As disposições legais sobre atribuição de guarda e exercício das responsabilidades fundamentais demonstraram não estarem alheias às dinâmicas sociais, buscado evitar as consequências da estagnação anteriormente discutidas. Nesse sentido, é necessário que se reconheça, na prática forense, a potencialidade do Direito de Família em gerar um impacto social transformador na redução de desigualdades estruturais de gênero, da mesma forma que as fomenta (PEDROSO; CASALEIRO; BRANCO, 1996, p. 98).

3.3 Tipos de Guarda e o Exercício da Tutela por Pais Deficientes

Enquanto os genitores vivem juntos, a guarda dos filhos é por eles exercida em igualdade de condições (GRISARD FILHO, 2009, p. 98), e o exercício do poder familiar ou

responsabilidade parental é compartilhado e decidido por ambos (LOBO, 2015, p. 740). No entanto, quando é perturbada a convivência conjugal, observa-se a cisão da modalidade de guarda comum (GRISARD FILHO, 2009, p. 98), e, em decorrência desse momento de ruptura do vínculo jurídico dos pais, surgem as complicações e dificuldades relativas. Este é o ponto de maior importância, de um lado a estrutura familiar rompida e, de outro, a permanência da responsabilidade dos pais com os filhos menores (LOBO, 2015, p. 740).

Nesse contexto, as modalidades de guarda precisam ser compreendidas como mecanismos de proteção integral da criança e do jovem, apresentando-se como muito mais que um direito dos pais ou de terceiros, sendo, de outra forma, um dever imposto justificadamente a esses em relação a criança ou o adolescente (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 684).

Como mencionado anteriormente, o instituto da guarda no Brasil pode ser subdividido em dois regimes: a guarda de filhos e a guarda como colocação em família substituta. O primeiro desses diz respeito a guarda decorrente da dissolução de uma relação afetiva, ou mesmo de uma situação em que, a princípio, esse tipo de convivência nem se iniciou entre os genitores, impondo-se, de qualquer forma, a disciplina da guarda dos filhos em comum, com vistas a assegurar os interesses dos filhos incapazes (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 681).

Nesse sentido, o regime de guarda dos filhos se manifesta em algumas modalidades preconizadas pela doutrina e reconhecidas pela jurisprudência (TARTUCE, 2019, p. 244), as quais variam conforme a origem e seus fins (GRISARD FILHO, 2009, p. 84), os quais serão analisados de forma mais pormenorizada e em contraposição aos direitos inerentes aos pais portadores de deficiência física e seus direitos inerentes a pessoa humana.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, alterou sobremaneira o instituto da guarda de crianças e adolescentes, no Brasil, ao possibilitar o exercício dela por genitores portadores de deficiência, em razão da capacidade civil ter sido mantida, tendo em vista que até a sua entrada em vigor não considerava o exercício dela por essas pessoas.

Em Portugal, a lei civil só reconhece expressamente a existência da modalidade de guarda “única ou singular”, paralela a chamada guarda unilateral brasileira, no regime de guarda dos filhos, após a dissolução do vínculo conjugal. No entanto, é necessário considerar as nuances e diferenças pessoais atribuídas pelo exercício das responsabilidades parentais (MELO *et. al.*, 2010, p. 48).

Havendo a possibilidade do exercício da guarda por pais deficientes físicos é importante a análise dos tipos de guarda para vislumbrar àquela que melhor se ajusta ao princípio do melhor interesse da criança e ao direito de igualdade conferido a todos.

3.3.1 Guarda Unilateral

Entende-se como guarda unilateral aquela que é conferida a apenas um dos genitores ou a outrem que os substitua, porém deve-se observar que esta modalidade, de certa maneira, priva a criança da convivência diária e contínua de um dos pais (GONÇALVES, 2015, pp. 293-294).

Em relação a guarda unilateral, entende-se que deve ser atribuída para o genitor que dispõe de melhores condições para exercer-la, ou seja, aquele que demonstre capacidade de assegurar aos filhos afeto, saúde, educação e segurança (GONÇALVES, 2015, pp. 293-294).

A guarda unilateral só terá lugar na hipótese em que o casal não tiver interesse em compartilhar a convivência ou quando essa se mostrar mais adequada a atender o melhor interesse da criança. Destarte, é reconhecida a possibilidade de o casal não ter interesse na guarda conjunta por conta de circunstâncias de ordem pessoal ou que dificultam o compartilhamento, como no exemplo de um deles residir em localidade distinta, de considerável distância (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 688). Nesse sentido, o juiz, ao deferir a guarda unilateral, não havendo possibilidade de ser ela compartilhada, deverá ter como única diretriz o superior interesse do menor (DINIZ, 2010, p. 321).

Na lei civil brasileira, o legislador, ao estabelecer critérios objetivos, dando maior concretude à noção do princípio, afasta de forma incisiva a errônea interpretação de ser o genitor considerado em melhores condições para exercer a guarda aquele presente as melhores condições financeiras. Nesse sentido, objetivamente, revela melhores condições quem apresenta mais aptidão para propiciar aos filhos afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar, saúde, segurança e educação (GRISARD FILHO, 2009, p. 198).

Dessa forma, a lei, acertadamente, privilegia a preservação da convivência do filho com seu "grupo familiar", que deve ser entendido como o conjunto de pessoas que ele concebe como sua família, constituído de parentes ou não. A decisão não se restringe mais aos pais, devendo ter preferência quem, por temperamento e conduta, possa melhor assegurar a permanência da convivência do filho com seus familiares paternos e maternos. A experiência demonstra que, em contextos familiares conflituosos, quem fica com a guarda estende sua rejeição não apenas ao outro, mas aos parentes deste, impedindo ou dificultando o contato do filho com eles, convertendo-se em verdadeira alienação parental de todo o grupo familiar. Como já havia sido ressaltado, também os fatores saúde, segurança e educação não são aferidos a partir das condições financeiras de cada um dos genitores. O que interessa é a identificação do genitor que apresenta melhor aptidão, no que concerne ao cuidado que demonstra com sua efetivação cotidiana e o real compromisso para realizá-los. Até porque a fixação dos alimentos devidos

pelo não-guardião proverá a eventual deficiência financeira do genitor que for escolhido para a guarda unilateral por ser considerado o mais apto. A criança ou o adolescente são pessoas em formação física e mental, motivo pelo qual que deve ser observado o melhor ambiente familiar, como base de sustentação para os cuidados com a saúde, a segurança e a educação dos filhos (LÔBO, 2011, p. 193).

Para a realização desses fatores também é importante o grupo familiar a que pertence o genitor que pretende ter a guarda do filho. Saúde não é apenas a curativa, mas, principalmente, a preventiva, com atenção a higiene e a hábitos saudáveis de alimentação e desenvolvimento físico. O critério segurança diz respeito à integridade física, à liberdade de ir e vir ao acompanhamento das relações sociais do filho de modo a evitar os riscos com más companhias e de seu desenvolvimento moral. Por fim, o critério da educação inclui a formação escolar, moral, espiritual, artística e desportiva. É evidente que tudo há de ser dosado de acordo, o com os rendimentos dos pretensos guardiões, vez que o ponto ótimo nem sempre é possível de ser atingido (LÔBO, 2011, p. 194).

Esses fatores, no entanto, não se esgotam em si mesmos, pois não seriam o afeto, a saúde e a segurança do menor e sua educação, os únicos e mais importantes direitos que lhes são assegurados pelo art. 227, caput, da Constituição Federal Brasileira e pelo art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente (GRISARD FILHO, 2009, p. 198).

Na guarda unilateral, uma pessoa tem a guarda enquanto outra tem, em seu favor, a regulamentação das visitas. Essa era a forma mais comum de guarda, trazendo a desvantagem de privar a criança da convivência contínua de um dos genitores, o que foi um dos motivos pelo qual se operou a mudança legislativa em questão. Por outro lado, sendo a guarda unilateral, permanece a obrigação do pai ou da mãe que não a detenha de supervisionar os interesses dos filhos, conforme disposto no art. 1.583, § 3.o. do CC). Aqui está a profunda diferença entre a guarda unilateral e a compartilhada (TARTUCE; SIMÃO, 2014, p. 207).

Nessa seara, embora não afete os direitos e deveres recíprocos, há um desdobramento dessa modalidade de guarda que tem como consequência enfraquecimento do poder familiar do genitor não-guardador, que vê-se impedido do amplo exercício do seu direito com a mesma intensidade e na mesma medida que o outro, o guardador, o que pode originar conflitos relativos a guarda dos filhos. Grisard Filho considera que, dessa forma, que aquele que se encontra, monoparentalmente, gozando da proximidade diária da convivência com o filho, exerce o poder familiar em toda a sua extensão (GRISARD FILHO, 2009, pp. 90-91).

Sendo aparentemente a modalidade padrão da Lei Civil portuguesa, a guarda unilateral tem, nesse ordenamento jurídico, tal desdobramento ainda mais acentuado, em decorrência da

previsão de que, como foi anteriormente mencionado, as decisões sobre os atos da vida corrente seriam tomadas pelo genitor que residisse com o filho menor (MELO, 2010, p. 62).

Em princípio, a restrição jurídica das funções relativas a relação parental ao simples direito de visitação põe o genitor não-guardião em posição de desvantagem (GRISARD FILHO, 2009, p. 199), o que levanta o questionamento: “se ambos os cônjuges durante a convivência exercem conjuntamente o poder familiar/ responsabilidade parental por quê na hipótese de dissolução, aquela forma de exercício será mitigada?” (LOBO, 2015, p. 740).

Em reconhecimento a isso, a lei portuguesa, além de estender esse direito também ao progenitor com quem o filho menor se encontra temporariamente, preceitua o exercício comum quanto às questões de particular importância para a vida desse (MELO *et. al.*, 2010, p. 62). De forma paralela, a lei civil brasileira dá mais amplitude à atuação do genitor não-guardião, sendo que a efetiva supervisão do exercício da guarda contribuirá para garantir a concretização e a manutenção dos fatores e condições que levaram o juiz a homologá-la ou determiná-la na sentença (GRISARD FILHO, 2009, p. 199).

Quanto ao aspecto econômico, na prática, quando os filhos ficarem com um dos genitores, fixar-se-á o quantum certo e determinado com que contribuirá o outro para a manutenção de cada um deles. Ambos os genitores têm obrigação legal e igualitária de prover à subsistência da prole. O genitor não-guardião não pode deixar de contribuir para as despesas dos filhos, mesmo que o guardião o dispense, pois este não tem permissão legal para renunciar montante destinado à prole (DINIZ, 2010, p. 293), vez o titular do direito a verba alimentícia é o filho.

Apesar de ainda existir no ordenamento jurídico brasileiro, estando prevista expressamente no caput do art. 1.583 do Código Civil, percebe-se que, de forma gradativa, a modalidade de guarda unilateral ou exclusiva vem perdendo espaço, uma vez que, na atualidade, estamos vivenciando um momento de progressiva reconfiguração das funções e papéis desempenhados pelos genitores, na nova lógica das relações entre pais e filhos (LOBO, 2015, p. 741).

É importante frisar, ao observar a condição social que estão inseridos os deficientes e traçando um paralelo aos requisitos exigidos ao exercício dessa modalidade de guarda, ao genitor deficiente seria improvável a sua concessão pelos operadores do direito, não se tratando de sua capacidade civil, pois esta é existente, mas sim pelas questões preconceituosas que dificultam a efetivação de seus direitos.

Ademais, é de extrema relevância trazer ao discurso que mesmo possuindo mais condições que o outro genitor, a concessão da guarda unilateral ao deficiente físico seria de

improvável concessão, violando o direito a igualdade inerente ao homem, e sendo provado que o melhor interesse da criança não estaria sendo atendido.

3.3.2 Guarda Alternada

Nesse caso, tanto a guarda jurídica quanto a material são atribuídos a um e a outro dos genitores, o que implica a alternância no período em que a criança mora com cada um dos pais (GRISARD FILHO, 2009, p. 91). Dessa forma, o filho permanece um tempo com o pai e um tempo com a mãe, pernoitando certos dias da semana com o pai, e outros com a mãe (TARTUCE, 2019, p. 244). Cada um dos genitores, dessa forma, exerce de forma exclusiva a totalidade dos direitos-deveres que integram o poder familiar durante o intervalo de tempo pré-estabelecido entre eles (GRISARD FILHO, 2009, p. 91).

Tartuce não considera essa forma de guarda recomendável, uma vez que pode trazer confusões psicológicas para a criança, a qual perde seu referencial de residência, uma vez que recebe tratamentos diferentes quando na casa paterna e na materna (TARTUCE, 2019, p. 245).

A alternância entre as residências pode ser desestabilizadora para a prole, levando a perda da habitualidade, continuidade e rotina de seus vínculos e afazeres cotidianos. Consequentemente, esta modalidade de guarda se opõe fortemente ao princípio da continuidade, que deve ser respeitado para preservar o bem-estar físico e mental da criança (GRISARD FILHO, 2009, p. 91). Algumas denominações alternativas são: guarda pingue-pongue (uma vez que a criança permanece com cada um dos genitores por períodos interruptos) e guarda do mochileiro (pois o filho anda sempre com uma mala ou mochila arrumada para ir para a outra casa). Existe, no entanto, a possibilidade de que essa seja considerada a melhor opção em casos excepcionais (TARTUCE, 2009, p. 245).

Além da modalidade da guarda alternada não ser recomendada por prejudicar o referencial de casa e lar da criança, ou seja, violar o melhor interesse dela que deve sempre ser priorizado, também é importante trazer uma possível aplicabilidade do instituto tendo em vista que seria o modelo que permitiria o convívio dos pais com o filho de maneira similar.

Analisando pelo prisma de convivência familiar, direito da criança e dos pais, de certa maneira, não seria totalmente ruim para o menor ter o convívio igualitário com os pais e, portanto, desenvolver a afetividade de maneira equitativa. Dispõe Grisard Filho (2000, p. 93):

A vantagem oferecida por este modelo, é permitir aos filhos manter relações estreitas com os dois pais e evitar que se preocupem com a dissolução da relação com o genitor que não tem a guarda.

Porém, é importante ressaltar que havendo a possibilidade de fixação desta modalidade de tutela dos filhos, poderia existir alguma dificuldade em sua aplicabilidade principalmente se um dos pais possuísse alguma deficiência em razão do estigma social ainda persistir apesar da legislação os conceder o direito de convivência e planejamento familiar, reprodução, guarda, adoção etc.

3.3.3 Guarda da Nidação ou Aninhamento

Mais comum em países europeus, essa modalidade se dá quando os filhos permanecem no mesmo domicílio em que vivia o casal dissolvido, o qual se reveza na companhia daqueles. A expressão aninhamento tem relação com a figura do ninho, ou seja, o local de residência dos filhos. No Brasil, existe uma dificuldade de assimilação dessa modalidade de guarda relacionada a falta de previsão legal, além dos obstáculos econômicos em razão da necessidade dos pais de manterem suas residências próprias, em adição ao “ninho” (TARTUCE, 2009, p. 245).

Da mesma maneira que a guarda unilateral, a modalidade de guarda denominada aninhamento pode afetar os filhos, uma vez que ocorrerá diversas mudanças dos pais, da prole e do ambiente. Ademais, quando se trata dos pais portadores de alguma deficiência a mudança de ambiente pode não ser favorável, tendo em vista que terá que adaptar duas residências.

3.3.4 Guarda Estatutária

Como já foi previamente estabelecido, o Direito de Família contemporâneo enfatiza o resguardo dos superiores interesses da criança. Dessa forma, verificando o juiz que os filhos não devem permanecer sob a guarda de qualquer dos genitores, deferirá essa a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida (GRISARD FILHO, 2009, p. 88).

Nesse sentido, o segundo regime de guarda diz respeito a chamada “guarda estatutária”, a qual é concedida em favor de uma terceira pessoa, que, juntamente com os pais, prestará assistência moral e material a criança ou adolescente em questão, podendo ser uma regularização de uma anterior situação de fato (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 682 Essa modalidade de guarda pode ser deferida tanto a parentes da criança quanto a pessoas sem qualquer relação de parentesco com ela (GRISARD FILHO, 2009, p. 87).

A alocação de guarda não opera substituindo o poder familiar, o qual coexiste harmonicamente com essa modalidade conjuntamente a manutenção do direito de visitação dos pais, para maximizar a proteção infanto-juvenil (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 682), amparando-se, destarte, um direito fundamental à convivência, caso haja interesse (TARTUCE, 2019, p. 754). Dessa forma, o guardião assume obrigações de manutenção do menor, podendo se opor a terceiros, incluindo os pais (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 682).

Na decisão em favor dessa modalidade de guarda, deve o magistrado levar em conta, de preferência, o grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade, ampliando-se, dessa forma, o leque de pessoas capazes de assumir tal obrigação. Muito embora não exista entre os parentes ordem preferencial, os avós têm sido os preferidos (GRISARD FILHO, 2009, p. 88).

Mister destacar que, salvo expressa e fundamentada determinação em contrário da autoridade judicial competente ou quando a medida for aplicada em preparação para adoção, o deferimento da guarda de criança ou adolescente a terceiros não impede, como já mencionado, o exercício do direito de visita pelos pais, bem como o dever de prestar alimentos, o qual será objeto de regulamentação específica, a pedido do interessado ou do Ministério Público, com fundamento na proteção da dignidade da pessoa humana (TARTUCE, 2019, p. 754).

É importante ressaltar que a modalidade de guarda, geralmente, é aplicada quando há ausência, omissão ou abuso por parte dos pais, ou seja, quando há violação dos direitos expressos no art. 227 da Constituição Federal e no art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Com relação aos pais deficientes, essa modalidade de guarda seria adotada caso nenhum dos genitores tivessem condições de exercer o poder familiar ou houvesse a violação dos direitos da criança, ocorre que a deficiência física não confere a incapacidade, ou seja, são sujeitos capazes de decidir e cuidar de sus filhos.

3.4 A Guarda Compartilhada Como Modalidade Adequada para o Melhor Interesse da Criança e Fomentadora da Inclusão Social de Pais Deficientes

A guarda compartilhada diz respeito a hipótese na qual pai e mãe dividem as atribuições relacionadas ao filho, que irá conviver com ambos, sendo essa sua grande vantagem, segundo Tartuce (2019, p. 245). O filho tem um único lar de referência, convivendo cotidianamente com ambos os pais. Dessa forma, embora a criança tenha uma residência principal, fica a critério dos pais planejar a convivência em suas rotinas quotidianas (PEREIRA, 2011, p. 300), incluindo, de forma equilibrada, o tempo em que passa no lar de seu outro genitor.

Ambos os pais dividem a responsabilidade legal pela tomada das decisões importantes relativas aos filhos menores, conjunta e igualitariamente, tendo exatamente os mesmos direitos e obrigações em relação a esses e dividindo, de forma mais equitativa possível, as reponsabilidades de os criar e educar. Essa modalidade de guarda pode se aproximar da guarda alternada no sentido de que a criança terá moradias diferentes em períodos de tempo alternados, mas encontra sua diferenciação no fato de que na guarda legal conjunta, os guardiães legais são ambos os pais simultaneamente (GRISARD FILHO, 2009, pp. 91- 92).

Ademais, diferentemente do que ocorre na guarda alternada, a referência de lar habitual não deixa de existir, uma vez que a criança saberá qual é o seu lar habitual, com um dos genitores, mas terá um outro lar eventual, ou seja, com o outro e sua família (AKEL, 2009, p. 45).

Destarte, lastreado na necessária visão interdisciplinar do fenômeno familiar, o Direito de Família contemporâneo vem reconhecendo uma nova compreensão da matéria, com o propósito de respeitar a tábua axiológica constitucional (dignidade da pessoa humana, solidariedade social, igualdade substancial e liberdade) e a proteção integral da criança e do adolescente, garantida no Brasil constitucionalmente (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p .685).

Esse salto epistemológico por influência dos direitos humanos fez com que a guarda dos filhos deixasse de ser um tema singelo no trato técnico-jurídico para configurar-se, no presente, elemento relevante de legitimação de novos modelos normativos (GRISARD FILHO, 2009, p. 189).

É a partir dessa conjuntura que surge a guarda compartilhada, ou guarda conjunta, como mecanismo para resguardar os interesses dos filhos menores nas dissoluções afetivas. No Brasil, os arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil de 2002 priorizam a fixação da guarda compartilhada, sempre que possível, tornando-a regra geral no ordenamento jurídico brasileiro (FARIAS; ROSENVALD, 2016, pp. 685-687), reequilibrando os papéis parentais nos cuidados aos filhos menores (GRISARD FILHO, 2009, p. 189).

Nesse sentido, Fabíola Albuquerque Lobo (2015, p. 736) assevera que os pais representam o fundamento mais importante para o desenvolvimento saudável e integral de seus filhos, principalmente durante seu processo de formação, de auto identificação como sujeito inserido em uma sociedade. O vínculo entre eles é reconhecidamente basilar para a saúde física e psíquica das crianças e adolescentes, tornando-se evidente que direito à convivência familiar e comunitária é de natureza essencial para promover a realização e o desenvolvimento de cada um dos membros integrantes daquele núcleo familiar.

Dessa forma, a família é o lócus privilegiado para o desenvolvimento e a realização plena de todos os seus membros. Nestes termos, o princípio da convivência familiar é um corolário lógico do sentido de família e, por conseguinte, é direito fundamental da criança crescer e se desenvolver na companhia dos pais (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 685).

Corroborando com o princípio do melhor interesse da criança, proteção integral e o direito a convivência familiar, é necessário ao desenvolvimento saudável da criança a relacionamento e intimidade com todos os personagens integrantes do núcleo familiar, sem discriminação plausível de raça, gênero ou condição físico-intelectual.

Com relação ao exercício dessa modalidade de guarda por pais deficientes, entende-se ser o mais adequado, tendo em vista que estas pessoas são plenamente capazes de cumprir e exercer os atos da vida civil, tendo em vista que o Estatuto da Pessoa com Deficiência (2015), reconheceu a importância da autonomia, liberdade e independência dessas pessoas.

Em Portugal, a guarda conjunta, não possui previsão legal, mas também não há vedação (LOBO, 2015, p. 747), e passou a ser admitida pelos tribunais em face das transformações familiares tradicionais, que tornaram o divórcio um acontecimento mais comum e menos conflituoso, sendo recomendada para certas circunstâncias como a mais adequada ao interesse da criança (GRISARD FILHO, 2009, p. 73).

No entanto, alguns autores defendem que a forma designada por “guarda conjunta”, em Portugal, que assumiu diferentes significados, enquanto conceito flexível e adaptável à realidade de cada caso particular é, na verdade, a guarda “única”, no sentido da fixação da residência do filho, acompanhada pelo exercício conjunto das responsabilidades parentais em sentido amplo (MELO, *et. al.*, 2010, p. 48).

Porém existem autores que afirmam que a guarda compartilhada, em verdade, não é guarda e sim o exercício do poder familiar, nesse sentido:

Guarda conjunta não é, na verdade, guarda, mas o exercício comum do poder familiar (CC, art. 1.583, § 12, 2ª parte), acatando o princípio da continuidade das relações familiares e o da convivência familiar (CF, art. 227 e Lei n. 8.069/90, art. 19) (DINIZ, 2010, p. 290)

Em todo caso, via de regra, o exercício das responsabilidades parentais em Portugal após a dissolução do vínculo conjugal é feito em comum por ambos os progenitores nos termos que vigoravam na constância do matrimônio quanto as questões de particular importância para a vida do filho (GRISARD FILHO, 2009, pp. 134-135); quanto as demais, cabe ao progenitor

com quem ele reside habitualmente, ou ao progenitor com quem ele se encontra temporariamente, de forma coesa, conforme preconiza o art. 1906º do Código Civil Português.

Vale ressaltar que a delimitação entre os dois tipos de atos é difícil de ser estabelecida em abstrato, existindo uma ampla “zona cinzenta” formada por atos intermédios que tanto podem ser qualificados como atos usuais ou de particular importância, conforme os costumes de cada família concreta e conforme os usos da sociedade num determinado contexto histórico (LOBO, 2015, p. 747).

De forma muito parecida com a experiência brasileira, esse regime surgiu de uma evolução jurídica de um modelo tradicional de exercício das responsabilidades parentais estritamente vinculado a guarda, que era confiada a apenas um dos genitores, pela necessidade em se adequar as mudanças sociais e os princípios consagrados nos instrumentos internacionais, a exemplo do que ocorreu nos EUA, nos países escandinavos, na França, na Itália, na Alemanha e na Inglaterra (MELO, *et al*, 2010, p. 50).

Outro efeito importante da preferência legal brasileira foi a promoção do rompimento da cultura adversarial pela posse do filho, vez que na guarda compartilhada é privilegiada a ideia de “estar com”, eliminando a possibilidade de existir “ganhadores” e perdedores, logrando proclamar o filho como único “vencedor”. Essa principal alternativa de cuidados e atenções aos filhos menores não é uma utopia, mas uma ferramenta eficaz na preservação do bem-estar da criança. Destarte, está-se diante de uma importante mudança de paradigma, mudança essa impulsionada pela intervenção de várias disciplinas para acompanhar as transformações sentidas na sociedade e, de consequência, na forma de família. Nessa, a responsabilidade e o afeto em suas relações. A guarda compartilhada, agora expressamente admitida, resgata e equilibra o exercício do poder familiar pós cisão do casal, reafirmando a complementariedade das funções paterna e materna na formação da personalidade dos filhos. Com a nova lei, além do direito de participar da educação do filho, os pais passam a ter o dever de fazê-lo (GRISARD FILHO, 2009, p. 194).

Sendo assim, a guarda compartilhada é caracterizada pela manutenção responsável e solidária dos direitos-deveres inerentes ao poder familiar, minimizando-se os efeitos da separação dos pais. Na prática, ela incita o diálogo, ainda que cada genitor tenha constituído nova vida familiar. Assim, preferencialmente, os pais permanecem com as mesmas divisões de tarefas que mantinham quando conviviam, acompanhando conjuntamente a formação e o desenvolvimento do filho e, na medida das possibilidades de cada um, devem participar das atividades cotidianas desse (LÔBO, 2011, p. 200).

Diniz (2010, p. 291) chama atenção ainda para outro aspecto peculiar a essa modalidade de guarda, qual seja, a manutenção do casal parental, não obstante o desaparecimento jurídico do casal conjugal. O casal parental, o qual abriu mão da sociedade matrimonial, mas consciente do laço de parentesco, continuará decidindo, então, em conjunto, sobre os estudos, educação religiosa, férias, viagens, lazer e práticas desportivas de sua prole comum.

Apesar da expressa previsão de prioridade preconizada na lei civil brasileira, é possível perceber a existência de certos obstáculos que se apresentam a sua efetivação. Dentre eles, destaca-se a necessidade de uma convivência pacífica mínima entre os genitores. Apesar disso, existe o entendimento de que a guarda compartilhada pode ser imposta pelo magistrado, mesmo não havendo esse consenso entre os genitores (TARTUCE, 2006, pp. 245-246).

Conquanto esse e outros fatores como a ausência de estabilidade emocional da criança, diversidade de critérios educativos e inconveniência de ter dois lares sejam considerados por parte da doutrina como razões para desaprovar a priorização dessa modalidade de guarda, Grisard (2009, p. 193) assevera que esses argumentos não resistem a melhor exame, vez que considera que o exercício compartilhado da guarda obrigará os pais a conciliar e harmonizar suas atitudes pessoais a favor do bem estar dos filhos, afirmando a coparentalidade e o direito de serem criados e educados por ambos os pais em condições de plena igualdade e com eles manter relações pessoais e estreito contato direto.

Nesse sentido, a guarda compartilhada chama os pais a uma profunda reflexão quanto ao seu papel de extrema responsabilidade na consecução da felicidade de seus filhos, os quais poderão crescer e se desenvolver em paz e com equilíbrio, necessários a sua sólida formação moral e espiritual, mesmo estando seus pais separados ou divorciados (FUJITA, 2009, p. 205).

Para os filhos, a estabilidade emocional é a mais importante, na medida em que percebem que ambos os pais continuam por eles responsáveis. O envolvimento dos dois pais na criação dos filhos garante a eles forte estabilidade psicológica. Os critérios educativos podem ser diferentes ou compartilhados, tanto em uma guarda exclusiva como em uma alternada, unilateral ou compartilhada. Em qualquer modelo de guarda, salvo no da nidação, os filhos terão dois lares por onde circularão livremente. Seu domicílio necessário é o do genitor com quem viva, lugar em que habitualmente exercerá seus direitos e cumprirá suas obrigações (GRISARD FILHO, 2009, pp. 193-194).

Então é visando a efetivação do princípio do melhor interesse da criança e da igualdade entre todos, que, com relação ao exercício da tutela dos filhos menores, o exercício da guarda deve ser compartilhado pelos pais, tendo em vista que eles exercem nos filhos um papel de

grande importância na construção psicológica e social da criança. Ora, a família é o alicerce do desenvolvimento humano e, portanto, deve ser estimulado independente de limitações.

Ambos os países, Brasil e Portugal, assumiram a responsabilidade em integrar e garantir a inclusão dos deficientes em todos os aspectos sociais, em especial a família, e ainda assumiram o dever de garantir a essas pessoas a constituição em matrimônio, o exercício da guarda, adoção de crianças e adolescentes.

A guarda compartilhada propicia a participação efetiva na vida dos filhos por ambos os pais, independente de limitações físicas, no entanto, ainda há um estigma social de incapacidade, tendo em vista que a legislação é recente e a cultura não é alterada na mesma velocidade da legislação, devendo o Estado fornecer meios a facilitar o exercício da guarda por pessoas deficientes em geral.

4 EQUIDADE NO DIREITO DE FAMÍLIA COM RELAÇÃO AOS PAIS DEFICIENTES

A realidade de fato das dinâmicas familiares rejeita quaisquer soluções preconcebidas em resposta às suas necessidades, uma vez que o problema do poder paternal e do divórcio, da maternidade e da paternidade e dos direitos da criança toca em questões que não são exclusivamente jurídicas e que se prendem com aspectos sociológicos e psicológicos da natureza humana. A intervenção do Estado, nesta área particularmente conflituosa e em que o Direito revela a sua natureza eminentemente prática, tem limites insuperáveis (SOTTOMAYOR, 1998, pp. 143-144).

Nesse sentido, considerando o sistema do direito positivo, a equidade representa uma ideia de amenização do rigor da lei equiparando-se ou aproximando-se do conceito de justiça ideal, e, dessa forma, impedindo que o rigor dos preceitos se converta em atentado ao próprio direito. Neste contexto, é a justiça do caso concreto, pela qual se aplica o direito de forma a satisfazer às necessidades sociais (PEREIRA, 2011, p. 63).

De forma geral, a equidade costuma ser compreendida no direito a partir de três conceitos: como sinônimo de justiça e virtude própria dos sistemas jurídicos, em consonância com a definição de Ulpiano *suum cuique tribuere*; como faculdade dos operadores de direito na resolução de conflitos, como forma alternativa a uma posição fundado em direito caracterizado como *jus strictum*; como *equity*, um subsistema da *common law* que permite uma maior liberdade dos contratantes e dispensa a tradicional figura do júri em favor de um juízo singular e um sistema recursal mais flexível (SOARES, 2002, pp. 103-104).

Nesse sentido, o esforço doutrinário para agrupar as múltiplas menções a equidade produziu duas acepções fundamentais, consistentes numa noção mais “fraca”, a qual parte da lei positiva para permitir corrigir injustiças ocasionadas pela natureza rígida das normas abstratas no caso concreto; e na sua contrapartida mais “forte”, a qual prescinde do Direito estrito e procura soluções baseadas na denominada justiça do caso concreto para os eventuais problemas (CORDEIRO, 2018, pp. 856).

No ordenamento jurídico brasileiro, a equidade surge como um dos instrumentos para o preenchimento de lacunas deixadas pelas normas, juntamente com a analogia, o costume e os princípios gerais de direito (DINIZ, 2000, p. 120).

Para Ferraz Jr. (2003, p. 305), ao tratar dos fundamentos da ciência do Direito, a equidade é o sentimento do justo concreto, em harmonia com as circunstâncias e adequado ao caso. O juízo por equidade, na falta de norma positiva, é o recurso a uma espécie de intuição, no concreto, das exigências da justiça enquanto a igualdade proporciona.

Destarte, é necessário que, a partir desse princípio, no momento em que a intervenção do Estado na família se faz necessária, sejam levadas em consideração como certas particularidades podem dar diferentes dimensões às dinâmicas familiares. Nomeadamente, a equidade entre os genitores é essencial para o exercício pleno da parentalidade para as pessoas com deficiência, tendo em vista que há o conflito entre o princípio do melhor interesse da criança e da igualdade das pessoas acometidas de alguma deficiência.

Nesse sentido, Maria Helena Diniz (2010, p. 308) chama atenção para o critério da equidade nas decisões judiciais sobre a confiança da guarda “pois o juiz, não mais havendo consideração da culpabilidade pela dissolução da sociedade conjugal, nem prevalência da guarda pela mãe em razão de exercício da profissão pelo pai fora do lar”.

Da mesma forma, no ordenamento jurídico português, o art. 4.º do Código Civil admite, por seu turno, que os próprios tribunais resolvam de acordo com a equidade, quando alguma disposição legal o permita, quando haja acordo das partes nesse sentido e a relação em jogo seja disponível ou quando as partes tenham previamente convencionado o recurso à arbitragem nos termos aplicáveis à cláusula compromissória (CORDEIRO, 201, p. 851).

Apesar disso, é ainda muito comum, quando as contendas sobre a guarda chegam às mãos dos magistrados, que se recaia na opção da modalidade de guarda unilateral, ainda em conformidade com os tradicionais papéis de gênero, sob o argumento de que a mãe se apresenta em melhores condições para o exercício do direito, enquanto que ao homem cabe o dever de alimentos e o direito de visita (LOBO, 2015, p. 741).

É importante ressaltar que os julgamentos existentes sobre o exercício de guarda por pais deficientes dificultam o seu exercício, tendo em vista que, de acordo com Débora Madeira (2019, p. 2), visam unicamente o tema como interesse apenas aos menores ignorando os direitos e interesses das pessoas com deficiência.

Devido ao estigma social e cultural discriminatório, complementa (MADEIRA, 2019, p. 5), não há muitas ações judiciais que versem sobre o exercício da guarda e da convivência familiar por pais portadores de deficiência, comprovando que o Brasil ainda não desenvolveu políticas que possibilitem e facilitem o exercício real desse direito.

Como explicitado nos capítulos acima, ao longo dos anos, tanto as organizações internacionais quanto os ordenamentos jurídicos internos brasileiro e português sofreram uma considerável evolução no tocante a estabelecer direitos e garantias para as pessoas com deficiência.

Nesse sentido, o princípio da não discriminação se encontra presente em todos os instrumentos universais da Proteção Internacional dos Direitos Humanos, aí desempenhando um papel matricial. Também no campo dos direitos das pessoas com deficiência, esse princípio desempenha uma função estruturante, que se reflete na importância que lhe é reconhecida pela Convenção, ao elencá-lo no conjunto dos princípios fundamentais previsto no artigo 3.º, quer numa formulação geral, conforme se dá na alínea b), quer em formulações específicas, como a igualdade de oportunidades inscrita na alínea c) ou setoriais, como igualdade entre homens e mulheres- alínea g) e de forma mais densa em seu regime no art. 5.º, epígrafado “igualdade e não-discriminação” (VALLE, 2016, p. 596).

No entanto, chama a atenção uma importante omissão nesse universo legal: de forma semelhante como ocorreu durante muito tempo no panorama do Direito Internacional dos Direitos Humanos, no qual sua situação era descrita sugestivamente como de invisibilidade (VALLE, 2016, p. 586), no Direito de Família, a questão das pessoas com deficiências físicas enquanto pais foi completamente marginalizada (GRUE; LÆRUM, 2002, p. 672).

Julie Odegard (1993, p. 533) pontua que, muitas vezes as pessoas com deficiência têm seu direito de exercer a parentalidade consistentemente negado ou restrito, muito embora a tecnologia tenha se desenvolvido para auxiliar a vida com deficiência. A ignorância e o medo sobre as pessoas com deficiência ainda se apresentam como obstáculos para a função social básica de formar uma família.

Essa discriminação tende a se manifestar de forma explícita, quando os magistrados negam o exercício das responsabilidades parentais a pais com deficiência em razão dessa

(ODEGARD, 1993, p. 542), e também de forma implícita, quando falham em reconhecer a deficiência como um fator na tomada de decisões sobre guarda e direito de convivência familiar.

Há julgados em que expressamente atribuem ao genitor deficiente uma incapacidade inexistente, vinculando a sua deficiência a impossibilidade de exercer a guarda, assim é importante que “nos casos em que houver disputa de guarda e for constatado que um dos genitores possui deficiência [...], a decisão deve ser alinhada as normativas que visam à proteção dessas pessoas, ao lado do melhor interesse da criança e do adolescente.” (MADEIRA, 2019, p. 6).

Tendo em vista que a lei portuguesa parte do princípio de que é do interesse do filho menor manter um relacionamento íntimo com ambos os progenitores, mesmo no caso de divórcio entre os mesmos (MOREIRA, 2018, p. 99) e vice versa, de forma semelhante a lei brasileira (LÔBO, 2011, p. 196) é necessário levar em consideração como as barreiras sociais para os impedimentos vivenciados pelas pessoas com deficiência na condição de progenitores atuam no cuidado com seus filhos, orientando as decisões legais de modo a agir equitativamente para remover essas barreiras.

Nesse sentido, Paulo Lôbo (2011, p. 196) alerta para a delicadeza das questões relativas à atribuição de guarda e direito de visitação, vez que limitações demasiadas ao convívio entre pais e filhos podem conduzir ao afastamento progressivo do pai não guardião, em prejuízo do filho. Destarte, os tratados internacionais, bem como os ordenamentos jurídicos internos do Brasil e de Portugal oferecem um aporte legal com base no qual pode-se vislumbrar a base jurídica para a garantia desses direitos.

4.1 A Tutela da Equidade no Direito Internacional

Para além do processo de constitucionalização, reflexo a final de uma forma alternativa de conceber a unidade do direito estadual, o direito internacional da família tem sofrido também um acentuado processo de internacionalização, no que se refere ao “aumento do número e importância das regras cuja sede própria se encontra na ordem jurídica especial que organiza a regulamentação das relações na sociedade internacional”, principalmente, “ainda que de forma cada vez menos exclusiva, das relações entre os Estados” (RAMOS, 2016, p. 385).

A equidade encontra lastro, dessa forma, na seara do Direito internacional como meio competente para o deslinde de conflitos. Como pontua Menezes Cordeiro (2018, p. 856) sobre o assunto, essa é, hoje em dia, objeto de referências dispersas. Isso se deve largamente ao fato

de que “sua riqueza significativa permite que, muitas vezes sem grande precisão de linguagem, os textos jurídicos se lhe reportem”.

No mundo ocidental, ao longo da história houve uma gradual evolução dos ordenamentos jurídicos no sentido de combater os efeitos negativos que os preconceitos consolidados em questões sociais exercem sobre a família, notadamente, no caso das questões de gênero que permeiam o exercício da parentalidade de homens e mulheres (MOREIRA, 2018, p. 100) e da equidade entre os filhos, independentemente de sua origem. Essa evolução encontra seu respaldo em documentos internacionais que procuraram estender ao domínio da família o efeito do já consagrado valor fundamental da equidade.

Isso se deve, primeiramente, ao fato de que a equidade foi apontada primordialmente como uma das fontes do Direito Internacional Público no art. 7º da Convenção de Haia, de 1907, ao lado dos princípios gerais do direito (MAZUOLLI, 2015, p. 119).

No Direito romano clássico, certas fórmulas processuais apareciam ligadas a expressão *bonum et aequum*, a qual vinha atribuir ao juiz uma certa margem para calcular o montante de uma determinada condenação. Em termos linguísticos, essa expressão aparece como um fortalecimento de *aequus*, que remonta a um significado presente no indo-europeu equivalente a “igual”, com paralelos no grego clássico para a tradução de “conveniente”, “verdadeiro”, “exato”, e “justo”, assim como no sânscrito, ligado as ideias de igualdade e proporção (CORDEIRO, 2018, p. 852).

São esses os significados ligados a expressão *ex aequo et bono* presente no Artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, o qual reserva a faculdade da Corte de decidir desse modo, se as partes com isso concordarem.

Esse acordo entre as partes remete mesmo a própria teoria original da justiça como equidade, a qual parte da pressuposição de que os sujeitos, “na posição original, ao concordarem com os princípios do justo”, consentem, ao mesmo tempo, com a organização indispensável para dar efetivação a esses princípios efetivos em seu procedimento. “Ou, por outra, as partes ao estabelecerem o consenso, indicam os princípios que consideram razoáveis para atingir ao máximo os interesses e objetivos que possam ter depois que desaparece o véu de ignorância”, e consentem em assumir a responsabilidade pela compreensão da justiça eleita. Dessa forma, “tanto os princípios para instituições quanto os princípios para indivíduos, escolhidos na posição original”, formam a resposta à questão da justiça segundo a equidade (FARO; MARQUES, 2014, p. 6).

Nesse sentido, no contexto das normas de direito internacional, não se trata, portanto, de “instrumentos úteis à correta interpretação da norma jurídica existente”, e sim “de meios

para compensar seja a inexistência da norma, seja sua evidente falta de préstimo para proporcionar ao caso concreto um deslinde minimamente justo” (REZEK, 2014).

No mundo antigo, a virtude abstrata correspondente a *aequus*, *aequitas*, a qual pode ser entendida como igualdade, se identificava com a experiência cotidiana e com o conjunto de instintos morais e intelectuais que constituem uma espécie de sabedoria prática empírica, mais profunda e densa do que qualquer construção artificial da sabedoria humana (CORDEIRO, 2018, p. 97).

Essa virtude possui três particulares acepções, conexas entre si de múltiplas formas. São elas: como bitola de crítica ao Direito e como princípio do seu aperfeiçoamento, sendo ponte entre o direito do passado e do futuro para sanar as injustiças do decurso do tempo; como um princípio de interpretação do Direito, que privilegia o entendimento segundo o espírito subjacente de cada caso em detrimento da letra; como um modo de decisão diferente do Direito, a qual seria encontrada de acordo com o sentir do juiz, e não como uma ordem firme (CORDEIRO, 2018, pp. 853-854).

Com o passar do tempo, a *aequitas* acabou por se confundir com outros conceitos anteriormente independentes, como o *bonum et aequum* e a *bona fides*. A evolução do instituto culminou deixando rastros palpáveis nos dias de hoje no âmbito dos ordenamentos e das próprias culturas derivadas do continente europeu, por meio das diversas recepções do Direito romano, as quais se agrupam em dois cerne mais impressionantes, consistentes na equidade lata, a qual traduz um modo de decisão para além do Direito e que, por isso, acaba ficando de certa forma reservada ao legislador, e uma equidade estrita, a qual implica tão somente certos elementos corretivos em relação ao Direito legislado (CORDEIRO, 2018, p. 856).

Assim, a equidade aparece no Direito Internacional “ao lado da analogia como um método de raciocínio jurídico, um critério a nortear o julgador ante a insuficiência do direito ou a flagrância de sua imprestabilidade para o justo deslinde do caso concreto” (REZEK, 2014, p. 95).

Quando se remete para uma decisão de acordo com a equidade, revela-se uma intenção de abdicar de parte, pelo menos, do Direito positivo. É necessário que seja o Direito estrito o ponto de partida, expurgado de regras formais e limado de aspectos demasiadamente rígidos, sendo o resultado obtido, dessa forma, passível de ser adaptado, dentro de certos limites, com o escopo de melhor corresponder ao equilíbrio almejado no caso concreto (CORDEIRO, 2018, p. 861).

Parece generalizada a convicção de que a equidade pode operar tanto na hipótese de insuficiência da norma de direito positivo aplicável quanto naquela em que a norma, embora

bastante, traz ao caso concreto uma solução inaceitável pelo senso de justiça do intérprete. Cuida-se, então, de decidir à luz de normas outras — mais comumente de princípios — que preencham o vazio eventual, ou que tomem o lugar da regra considerada iníqua ante a singularidade da espécie. Não é, pois, a própria equidade que substitui a norma faltante ou imprópria, qual se aquela, em vez de método, fosse ela mesma uma norma substantiva de ilimitado préstimo. O Estatuto da Corte da Haia é claro ao dispor, no segundo parágrafo do art. 38, que o recurso à equidade depende da aquiescência das partes em litígio. Defrontando-se, pois, seja com a flagrante impropriedade, seja — o que é bem mais comum em direito internacional — com a insuficiência das normas aplicáveis à espécie, a Corte não poderá decidir à luz da equidade por sua própria vontade. A autorização das partes é de rigor (REZEK, 2014, p. 97).

Dessa forma, a natureza da equidade se revela frente a duas orientações: uma que pretende sublinhar uma equidade abstrata, “cuja decisão traduziria uma aplicação do mais alto princípio do Direito ao caso concreto e outra que apela para uma afirmada juridicidade imanente do caso concreto” (CORDEIRO, 2018, p. 861).

Atentando para o fato de que ambas as orientações são, na prática, pouco esclarecedoras, Menezes Cordeiro (2018, p. 861) define que o julgamento de equidade será, dessa forma, em último exame, “sempre o produto de uma decisão humana que visará ordenar determinado problema perante um conjunto articulado de proposições objetivas”. Dessa forma, ele será distinguido do puro julgamento jurídico por apresentar menos preocupações sistemáticas e empirismo e intuição majorados. Mas as proposições objetivas a ter em conta, base de qualquer possibilidade de convicção da própria decisão de equidade, serão sempre as historicamente mais adequadas. O Direito permite que elas sejam conhecidas.

Assim como a analogia, a equidade é um método de raciocínio jurídico: não é adequado, dessa forma, que a segunda constitua “uma fonte alternativa de direito, nem que a primeira represente um recurso de apoio hermenêutico. O método, assim, é de compensação integrativa, e seu uso encontra certas limitações em direito internacional — tal como as encontra em direito interno” (REZEK, 2014, p. 97).

Vale mencionar que esse movimento “não é específico das relações familiares, abrangendo o direito internacional privado no seu todo, e correspondendo aliás a uma convergência entre a vocação deste ramo do direito e a fonte das normas respectivas”. No entanto, não se deve deixar de lado o fato de que “as fontes internacionais vieram a ter uma importância muito significativa no campo das relações familiares, talvez sem paralelo com a que seria a sua nos restantes sectores do direito internacional”. O que, tendo em mente “a

radicação nacional das relações familiares, geradora de maior dificuldade nos consensos alcançáveis a este propósito, só pode explicar-se pela maior premência na criação, nestas matérias, de regras uniformes” (RAMOS, 2016, p. 386).

“Tal avulta sobretudo a propósito das fontes convencionais, em que a maioria dos textos relevantes se encontra em instrumentos de carácter multilateral”, tendo como resultado, nada obstante, em considerável monta, “da atuação de organizações internacionais, tanto de natureza geral (como a Organização das Nações Unidas e o Conselho da Europa), como de natureza especializada, como é o caso da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado e da Comissão Internacional do Estado Civil” (RAMOS, 2016, p. 386).

Reiterando o que foi retro mencionado, tanto o Brasil quanto Portugal ratificaram a Convenção sobre os Direitos da Criança, sendo o sujeito tratado no instrumento possivelmente o elo mais frágil nas relações familiares. Em seu preâmbulo, a Convenção se mostra convicta de que a família, enquanto elemento natural, fundamental da sociedade, meio natural para o crescimento e bem-estar de todos os seus membros, em particular das crianças, deve receber a proteção e a assistência necessárias para desempenhar plenamente o seu papel na comunidade; e reconhece que a criança, para o desenvolvimento harmonioso da sua personalidade, deve crescer num ambiente familiar, em clima de felicidade, amor e compreensão.

Nesse sentido, o artigo 9 do referido instrumento consagra o direito da criança de não ser separada de seus pais contra a vontade destes, salvo se as autoridades competentes decidirem, sem prejuízo de revisão judicial e de harmonia com a legislação e o processo aplicáveis, que essa separação é necessária no interesse superior da criança. Tal decisão pode mostrar-se necessária no caso de, por exemplo, os pais maltratarem ou negligenciarem a criança ou no caso de os pais viverem separados e uma decisão sobre o lugar da residência da criança tiver de ser tomada.

Mesmo assim, o mesmo dispositivo preconiza, no nº 3, que deverá ser respeitado o direito da criança separada de um ou de ambos os seus pais de manter regularmente relações pessoais e contatos diretos com ambos, salvo se tal se mostrar contrário ao interesse superior da criança.

Nesse sentido, O direito da criança de manter contatos “com ambos os progenitores subsiste em todas as formas de separação parental: de origem familiar ou imposta pelo Estado”. O processo para garantir o direito da criança a manter contatos “com os progenitores e à reunificação familiar exige que se tenha o seu interesse superior primacialmente em conta e que as suas opiniões sejam devidamente tomadas em consideração, em função da sua idade e

maturidade”. (AGÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA; CONSELHO DA EUROPA, 2016, p. 83).

No quadro do direito da União Europeia, o artigo 24.º, n.º 3, da Carta dos Direitos Fundamentais da UE “reconhece expressamente o direito de todas as crianças” de manterem-se em contatos com ambos os progenitores. “A formulação dessa disposição clarifica o conteúdo do direito”, em particular a definição de contato, “que deve: ser regular; permitir o desenvolvimento de uma relação pessoal”; e assumir a configuração de um contato direto. “Contudo, existe uma reserva: o direito de cada criança” de manter-se em contato “com os seus pais está expressamente limitado pelo seu interesse superior”. “Esta disposição, como esclarece a nota explicativa da Carta, é expressamente pautada pelo artigo 9.º da CDC” (AGÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA; CONSELHO DA EUROPA, 2016, p. 83).

A proteção desse direito exorta um juízo de equidade nos casos em que o Direito positivo não oferece fontes suficientes para o deslinde dos casos envolvendo o destino das crianças, principalmente nos casos em que a garantia de direitos fundamentais de outros membros está intimamente ligada com a promoção do superior interesse da criança. É o caso, por exemplo, de um dos pais ser uma pessoa com deficiência.

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência foi igualmente ratificada tanto pelo Brasil quanto por Portugal. Ao tratar do respeito pelo lar e pela família, o referido instrumento preconiza que os Estados Partes deverão tomar medidas efetivas e apropriadas para eliminar a discriminação contra pessoas com deficiência, em todos os aspectos relativos a casamento, família, paternidade e relacionamentos, em igualdade de condições com as demais pessoas, de modo a assegurar que: a) Seja reconhecido o direito das pessoas com deficiência, em idade de contrair matrimônio, de casar-se e estabelecer família, com base no livre e pleno consentimento dos pretendentes; b) Sejam reconhecidos os direitos das pessoas com deficiência de decidir livre e responsabilmente sobre o número de filhos e o espaçamento entre esses filhos e de ter acesso a informações adequadas à idade e a educação em matéria de reprodução e de planejamento familiar, bem como os meios necessários para exercer esses direitos. c) As pessoas com deficiência, inclusive crianças, conservem sua fertilidade, em igualdade de condições com as demais pessoas. 2. Os Estados Partes assegurarão os direitos e responsabilidades das pessoas com deficiência, relativos à guarda, custódia, curatela e adoção de crianças ou instituições semelhantes, caso esses conceitos constem na legislação nacional. Em todos os casos, prevalecerá o superior interesse da criança. Os Estados Partes prestarão a

devida assistência às pessoas com deficiência para que essas pessoas possam exercer suas responsabilidades na criação dos filhos.

Dessa forma, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência traz à tona a importância de proteger o direito de formar e manter a família das pessoas com deficiência, em igualdade de condições com seus pares sem deficiência. Isso demanda uma especial sensibilidade com a forma como as barreiras sociais impactam a experiência da parentalidade para pessoas com deficiência.

Dessa forma, em conjunção com o direito internacionalmente reconhecido da criança em ser criada no seio da família, de conviver com os pais, é possível perceber que a proteção do vínculo entre a criança e os pais é uma via de mão dupla na tutela da dignidade da pessoa humana no seio da família.

4.2 A Proteção Constitucional da Equidade no Brasil

A justiça como equidade tem, no ordenamento jurídico brasileiro, um significado tanto mais profundo, na medida em que é passível de ser relacionada com a própria teoria dos direitos e dos deveres fundamentais, possibilitando a formação de um conceito de dignidade da pessoa humana, que é o valor base da ordem constitucional brasileira inaugurada em 1988 (FARO; MARQUES, 2014, p. 5).

Isso porque um dos conceitos básicos utilizados pela teoria da justiça como equidade é o dos bens primários, os quais são classificados em cinco tipos: direitos, liberdades, oportunidades, renda e riqueza, e a autoestima. Dessa forma, os bens primários são formados em conjunto por aquilo que é capaz de dar maior segurança ao indivíduo para alcançar suas metas e interesses, ou seja, elementos imprescindíveis para a manutenção de uma vida humana digna (FARO; MARQUES, 2014, p. 18-19).

Nesse sentido, como pontua Bonavides (2004, p. 562), o atrelamento essencial “dos direitos fundamentais à liberdade é à dignidade humana, enquanto valores históricos e filosóficos, nos conduzirá sem óbices ao significado de universalidade inerente a esses direitos como ideal da pessoa humana”.

Na teoria da justiça como equidade, os bens primários não decorrem do princípio de diferença, e sim se tornam mais nítidos com ele. Ora, com este princípio, fica clara a existência de desigualdades entre os indivíduos da sociedade, e a percepção das desigualdades permite que se destaquem os sujeitos afortunados e os menos afortunados. A clareza sobre a existência de bens primários está no fato de que estes constituem fatores que devem existir para todos os

indivíduos, mesmo que não haja distribuição igual; ou, dito de outro modo: são fatores que devem existir minimamente na vida de todos os membros da sociedade, daí a sua relação com as exigências mínimas (FARO; MARQUES, 2014, p.45).

Nesse sentido, não basta, contudo, o reconhecimento formal da liberdade, uma vez que a dignidade da pessoa humana, na condição de fundamento do Estado Democrático de Direito, “reclama condições mínimas de existência, existência digna conforme os ditames da justiça social como fim da ordem econômica”. Mister recordar que “constitui um desrespeito à dignidade da pessoa humana um sistema de profundas desigualdades”. Nesse sentido, não é concebível, por exemplo, uma vida com dignidade em condições de “fome, miséria e incultura, pois, a liberdade humana com frequência se debilita quando o homem cai na extrema necessidade”, uma vez que, a igualdade e dignidade da pessoa demandam que se atinja a uma situação social mais humana e mais justa. “Resulta escandaloso o fato das excessivas desigualdades econômicas e sociais que se dão entre os membros ou os povos de uma mesma família humana. São contrários à justiça social, à equidade, à dignidade da pessoa humana e à paz social e internacional”. (SILVA, 1998, pp. 93-94).

Dessa forma, o mínimo existencial consiste na essência dos direitos e deveres fundamentais, depois de realizadas todas as restrições autorizadas pela CF/88 ao seu conteúdo, restando o que lhes é essencial, funcionando como uma proteção ao seu conteúdo mínimo. Assim, o mínimo existencial funciona como aquele conjunto de direitos e deveres (mínimos) que todo indivíduo inserido numa sociedade, seja essa a brasileira, inglesa ou italiana, deve possuir, independente das condições políticas, sociais e econômicas da comunidade em que vive (FARO; MARQUES, 2014, pp. 48-49).

A justiça como equidade é uma teoria de justiça que generaliza e leva a um nível mais alto de abstração. A justiça é a primeira virtude das instituições sociais. Cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça, portanto, numa sociedade justa as liberdades da cidadania são consideradas invioláveis, eis a primazia da justiça (FERMETÃO, 2016, p. 884)

A teoria da justiça como equidade proporciona, portanto, uma ligação entre os direitos à liberdade e à igualdade, de tal forma que estes formam o suporte fático (oportunidades) para o exercício daqueles, viabilizando-os, dessa forma. O Estado, através de seus órgãos, deve, mediante prestações – por exemplo: ações ou políticas públicas, realizar a justa distribuição de oportunidades que viabilizem o exercício, pelos indivíduos, de suas liberdades, no esforço constante de relativizar situações de desequilíbrio social, aumentando a prática da liberdade (FARO; MARQUES, 2014, p. 52).

A justiça é a esperança que todo homem traz em sua essência, sendo necessária para que este se realize. A justiça é ideia de virtude suprema, de equidade, de felicidade, de igualdade e de liberdade, verdadeira justiça social. A justiça social é a estrutura básica da sociedade, e a distribuição de direitos e deveres fundamentais, e determinam a divisão de vantagens (FERMENTÃO, 2016, p. 886).

A Constituição Federal de 1988 muito avançou no reconhecimento das mudanças ocorridas na seara da família, determinando novos contornos para a acepção jurídica do que lhe diz respeito. Com efeito, a Carta Magna estabelece novos paradigmas para a família, eliminando as relações de subordinação existentes entre os integrantes do grupo familiar, implantando a isonomia entre os cônjuges, a paridade entre os filhos, a família plural e a proteção da família em cada um de seus integrantes. No entanto, como bem pontua Adélia Moreira Pessoa (2006, p. 31), existe uma grande distância entre essa proclamada igualdade e a realidade brasileira. Coloca-se, portanto, a questão de como assegurar que seja dada efetividade a esses direitos.

Dessa forma, a Constituição de 1988, no parágrafo 8º de seu art. 226, “estabelece que o estado deve assegurar assistência à família, na pessoa de cada um dos que a integram, devendo criar mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”. Por outro lado, a sociedade e a família, os quais são chamados para a proteção integral da criança, com fulcro no art. 227 da Constituição Federal, tem a convivência familiar como um dos direitos ali assegurados (PESSOA, 2006, p. 31).

Não só a constituição brasileira preconiza as normas protetivas da família em novos paradigmas, como apontado anteriormente. “O próprio homem não é mais considerado como ente genérico, ou homem em abstrato, mas é visto na especificidade ou na concretude de suas diversas maneiras de ser em sociedade” - criança, idoso, pessoa com deficiência, mulher etc. “Por outro lado, a multiplicação cada vez mais acelerada dos direitos do homem revela a necessidade de fazer referência a um contexto social determinado e a interdependência entre os direitos” (PESSOA, 2006, p. 32).

A garantia desses direitos, entretanto, está longe de poder se dar por alcançada. “A defesa dos direitos humanos é uma tarefa interminável, porque a cada dia o respeito aos direitos humanos é algo que se constrói”. Nesse sentido, todos os direitos humanos e todas as liberdades fundamentais têm como características a indivisibilidade e independência; “a realização, a promoção e a proteção dos direitos abrangidos constitucionalmente devem beneficiar-se de uma atenção igual e ser encaradas como uma urgência igual” (PESSOA, 2006, p. 33).

Nessa senda, a ruptura conjugal, acontecimento cada vez mais frequente na atualidade, tem nos incitado a busca de garantias para a proteção aos direitos básicos de crianças e

adolescentes. Como pontua Maria Antonieta Pisano Motta (2006, p. 591), “a convivência com pai e mãe é o fundante de uma personalidade saudável. Tal objetivo deve ser visado por todos aqueles que militam em busca da defesa do melhor interesse dos chamados filhos do divórcio”. As variadas composições familiares que caracterizam a atual conjuntura pós-moderna, a cada vez maior participação das mulheres no mercado de trabalho e a dos homens na educação e criação dos filhos, transformaram o cenário.

Maria Celina Bodin de Moraes (2006, p. 615) pontua que esse modelo mais contemporâneo de família vem sendo chamado, por alguns especialistas em sociologia, de “democrático”, e corresponde, em termos históricos, “a uma significativa novidade, em decorrência da inserção, no ambiente familiar, de princípios tais como a igualdade e a liberdade”.

Nesse sentido, já não se pode mais continuar pensando os arranjos de guarda ou de visitação com base em modelos familiares em declínio e em rotinas familiares que são “tradicionalmente conhecidas e inegavelmente ultrapassadas: a mãe no cuidado do lar e dos filhos e o pai como provedor afastado da convivência e da familiaridade na educação e cuidados diretamente dispensados às crianças” (MOTTA, 2006, p. 591).

Diante das realidades atuais, as sentenças tradicionais atribuindo a guarda à mãe e visitas quinzenais ao pai não mais se adequam ao funcionamento familiar que antecedia a própria separação e, portanto, não atendem e talvez nunca tenham atendido aos interesses das crianças. Não se mostrará benéfico qualquer arranjo que venha a atribuir a qualquer dos pais um papel secundário ou acessório, quer na convivência, quer na participação da educação e das decisões importantes referentes aos filhos, bem como nas responsabilidades referentes a eles (MOTTA, 2006, p. 592), baseado em critérios que em nada influenciam o modo como os progenitores se dispõem a exercer a parentalidade, como gênero, renda ou deficiência.

Dessa forma, o tratamento equitativo dos membros da família gera impactos que a transcendem, uma vez que, “sendo a família a base da sociedade, mudanças na família geram mudanças sociais. Quanto mais famílias democráticas, maior o fortalecimento da democracia no espaço público e vice-versa”. Além do mais, e de forma evidente, “quanto mais democracia houver nos pequenos grupos, mais democrática será a sociedade na qual eles coexistem” (MORAES, 2006, p. 619).

E, nesse ensejo, ao colocar a família como base da sociedade, já tendo estabelecida essa como democrática, a constituição buscou corrigir, de pronto, no plano formal, as desigualdades entre seus membros antes arraigadas nos institutos jurídicos. Estabeleceu, ainda, vínculos de solidariedade entre esses, garantiu a assistência a cada membro da família, tutelando

individualmente cada integrante e não apenas o grupo familiar como um todo. Ainda no que se refere à solidariedade, estabeleceu, além da responsabilidade dos pais pelos filhos menores, a responsabilização dos filhos maiores pelos pais idosos, carentes ou enfermos (MORAES, 2006, p. 620-621).

Muito embora a Constituição Federal Brasileira não tenha disciplinado expressamente as questões peculiares que surgem das questões familiares envolvendo pessoas com deficiência no exercício da parentalidade, é possível perceber que a Carta disponibiliza instrumentos bastantes para que se chegue a uma solução baseada em juízo de equidade.

Apesar da legislação brasileira não deixar explícito o tratamento do exercício da guarda por deficientes físicos, ao ratificar a Convenção das Pessoas com Deficiência aceitou o encargo de tomar medidas efetivas e apropriadas para extinguir o preconceito contra pessoas com deficiência e promover a inclusão destes, em todos os aspectos relativos a casamento, família, guarda, paternidade e relacionamentos, em igual condições com as demais pessoas.

Porém, não se olvide que o Brasil promulgou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007, mediante procedimento do parágrafo 3º do art. 5º da Constituição Federal, que equipara todos os tratados e convenções internacionais à qualidade de Emenda Constitucional. Infelizmente, não integram objetivamente o texto da Carta Cidadã.

Então, ao se tornar signatário, o Brasil trouxe para si o dever de proteger o direito de formar e manter a família das pessoas com alguma deficiência, de maneira igual a todos. Ademais, o ordenamento jurídico brasileiro também ratificou a Convenção dos Direitos da Criança e do Adolescente e, portanto, reconheceu a necessidade da criança ser criada no seio familiar.

A proteção dos direitos inerentes a essas pessoas, crianças e deficientes, deve ser equilibrada e exercida através da equidade, tendo em vista que o Direito positivo não discriminou explicitamente como deveriam ser pautados os casos que os envolvem.

Desse modo, deve o magistrado estar atento a essas peculiaridades, para que, em se observando as previsões constitucionais, busque oferecer condições concretas para possibilitar que os filhos menores tenham seu direito de convivência familiar plena com seus pais, com ou sem deficiência.

4.3 Discriminação Positiva

Com a emergência, no mundo ocidental, uma sociedade fundada em princípios democráticos e no respeito pelos direitos fundamentais, o dogma liberal da igualdade formal começa a ser questionado na medida em que não se mostra bastante para a proteção dos direitos das pessoas que são em sua dimensão cultural, econômica e socialmente desfavorecidas e, por isso, “a igualdade passa a ser não só um princípio estruturante do Estado de direito democrático e do ordenamento jurídico para constituir, também, um objetivo a ser atingido pelo Estado” (NEVES, 2011, p. 37).

Isso significa que, não obstante a igualdade formal ou igualdade de tratamento seja o mais antigo e mais bem conhecido conceito, é necessário compreendê-lo a partir da fórmula aristotélica “os iguais devem ser tratados de forma igual e os desiguais de forma desigual”. Apesar da aparente simplicidade desse aforismo, as complicações surgem quando se tenta determinar quais situações são iguais ou desiguais em cada caso particular. O exame da igualdade de duas situações requer um teste para comparar características relevantes ou características em um contexto específico. Neste contexto, as diferenças com base em vários fatores pré-determinados, como sexo, religião, raça, nacionalidade, etc. são tradicionalmente consideradas discriminatórias. A discriminação é, então, um conceito-chave na definição de igualdade e refere-se a qualquer tratamento sistemático de um indivíduo ou grupo baseado em circunstâncias sociais e/ou características (MARTÍN, 2014, p. 21).

A posição neutra do Estado, a livre concorrência e a livre iniciativa privada, sem qualquer interferência do Estado, acaba sendo afastada em favor do surgimento de um Estado ativo, ou Estado social, o qual, por meio da lei e de instrumentos de políticas públicas implementa a igualdade real, efetiva, substancial, material, impõe limites à atividade dos particulares e aos seus abusos, e que se encontra comprometido com a justiça social. Um Estado, portanto, que recorre aos mais variados mecanismos para combater os efeitos das discriminações nas diferentes áreas de intervenção humana (NEVES, 2011, p. 37).

Essa ideia de discriminação pode se dar de duas formas, quando se está trabalhando com o conceito de igualdade formal. Discriminação direta significa um tratamento diferente e desfavorável infringindo a lei porque se baseia diretamente nas circunstâncias pessoais ou sociais de um indivíduo. Assim, o conceito de discriminação direta é essencialmente objetivo. Isso explica por que, neste contexto, a intenção de discriminar ou não é irrelevante e a justificção de conduta discriminatória não é aceita. Analisando o outro lado, a noção de discriminação indireta refere-se a práticas ou medidas que, sendo formalmente neutras, têm

consequências desiguais para diferentes grupos sociais, produzindo um impacto adverso em um ou mais grupos de pessoas (MARTÍN, 2014, p. 21).

Por conseguinte, o conceito de discriminação indireta sublinha o facto de alguém pertencer a um grupo desfavorecido e reflete a dimensão supra individual do fenómeno discriminatório. Portanto, a comparação em casos de discriminação indireta não é estabelecida entre os indivíduos em si, mas entre grupos diferenciados por suas características comuns, levando a uma delimitação de fatores genéricos ou motivos de discriminação. Em contraste com a discriminação direta, os casos de discriminação indireta permitem justificativas objetivas para as diferenças de tratamento (MARTÍN, 2014, pp. 22-23).

Ficam, assim, criadas as condições para o florescimento da denominada ação afirmativa, discriminação positiva, ação positiva ou ação afirmativa. “Com origem em movimentos sociais, na luta de grupos menos favorecidos pelo acesso a uma vida digna” desenvolveu-se a noção de ações positivas, “cujos objetivos primordiais seriam a promoção dos princípios da dignidade, da igualdade material e da proteção e garantia dos direitos fundamentais de todo o ser humano” (NEVES, 2011, p. 23).

A abordagem formal do conceito de igualdade tem uma falha básica: muitas vezes deixa de abordar adequadamente as desigualdades relacionadas ao contexto pessoal ou coletivo que está fortemente embutido na sociedade. Nesse contexto, em primeiro lugar, a conquista de uma igualdade real ou substantiva requer um arcabouço legal que proteja contra a discriminação, concebido como uma reação repressiva destinada a punir condutas discriminatórias, com sanções. É o tipo de reação legal tradicionalmente aplicada contra a discriminação, baseada em modelo liderado por denúncias individuais, e que tem a consequência legal de restabelecer a igualdade declarando a nulidade do comportamento discriminatório e seus efeitos (MARTÍN, 2014, p. 22).

Esse remédio primário pode ser encontrado tanto na Constituição Federal Brasileira quanto na Constituição da República Portuguesa, ademais das Convenções Internacionais sobre grupos vulneráveis as quais ratificam os dois países.

O problema encontrado na aplicação desse método de proteção reativa é que ele não é absolutamente eficiente na superação de tendências discriminatórias na sociedade. Se por um lado, ele pode ser útil para reparar os efeitos dos tratamentos discriminatórios existentes, por outro não se mostra um instrumento totalmente adequado quando se trata de erradicar a tendência a discriminar e combater os fenómenos discriminatórios coletivos para além dos casos de discriminação indireta. Nesse sentido, é necessária a adoção de novos mecanismos para eliminar as desigualdades sociais persistentes. E é nesse esforço que as atividades

promocionais a favor dos grupos desfavorecidos na tomada de medidas para a chamada igualdade material, real ou substantiva entra em jogo (MARTÍN, 2014, p. 22).

Medidas de ação positiva fornecem uma ferramenta para lutar contra a dimensão coletiva da discriminação, uma vez que se baseiam no ideal de igualdade substantiva dos grupos que compõem a sociedade. Para que estas medidas sejam aplicáveis, o tratamento discriminatório é assumido com base no mero facto de pertencer a um grupo social desfavorecido em vez de considerar o tratamento diferente injustificado em termos relativos por meio do estabelecimento de uma base de comparação *ad hoc*. Portanto, a noção de igualdade "de facto" implica uma dimensão positiva (no sentido de promoção) e também negativa (no sentido de proibição). Dessa forma, em conjunto com remédios projetados para lidar com comportamentos discriminatórios, são introduzidas medidas de nivelamento também para situações de desvantagem social na origem do tratamento discriminatório. O principal obstáculo para a aplicabilidade dessas medidas proativas é o fato de que, consideradas isoladamente, elas violam a proibição de discriminação direta. Assim, medidas de ação positiva restringem a princípio da igualdade entre os grupos na sua dimensão formal, uma vez que estabelecem distinções sobre os fatores tradicionalmente proibidos de diferenciação (por exemplo, a existência de deficiência). No entanto, a adoção deste tipo de tratamento aparentemente desigual foi justificada pelo imperativo de igualdade substantiva dos grupos e indivíduos que compõem a sociedade (MARTÍN, 2014, p. 22).

Nesse sentido, ao analisar a discriminação positiva do princípio genérico de igualdade de oportunidades, podem ser percebidas diferenças entre elas a partir de cinco características: a discriminação positiva abarca ações positivas, enquanto a igualdade de oportunidades tem natureza reativa; a discriminação positiva consiste numa política consciente da raça, gênero, deficiência e outros fatores, enquanto a igualdade de oportunidades é cega no que concerne esses tópicos; a discriminação positiva reconhece a perpetuação de injustiças no sistema e se antecipa em relação a elas, enquanto a igualdade de oportunidades, de certa forma, assume que as oportunidades são, de facto, iguais para todos os cidadãos; a discriminação positiva abstrai as intenções de significado no decurso dos acontecimentos, enquanto a igualdade de oportunidades acredita que boas intenções resultam, automaticamente, em boas ações; a discriminação positiva coloca o enfoque no sistema, enquanto a igualdade de oportunidades permite que as atenções se foquem para os indivíduos (CROSBY; HERZBERGER, 2001, p. 16).

Predominava no direito luso-brasileiro anterior a consagração da Guarda Compartilhada e do exercício conjunto das Responsabilidades Parentais a cultura dos melhores cuidados dos

filhos somente pela mãe, de forma unipessoal e exclusiva, contrariando os princípios da igualdade da corresponsabilidade parental. Esse critério sobreviveu com força na consciência social. Porém, na compreensão do princípio do melhor interesse da criança, o sistema redefiniu o modelo, passando a atribuir a guarda a quem revele melhores condições de exercê-la, sem afastar um ou outro dos pais da vida dos filhos. A mudança jurídica contribui, dessa forma, para a consolidação de uma família democrática (GRISARD FILHO, 2009, pp. 192-193).

Dessa forma, a vertente contemporânea do Direito de Família, baseado em valores democráticos, tem rejeitado os antigos dogmas que permeavam o ordenamento jurídico, os quais eram baseados em noções preconcebidas que culminavam com os tribunais ditando quem, na prática, tinha direito de ser pai ou mãe e quem não tinha. Isso causava prejuízos às crianças, as quais se viam alienadas do direito a uma convivência familiar plena.

O avançar da evolução jurídica culminou no desenvolvimento de fatores objetivos de atribuição da guarda (afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar, saúde e segurança, educação). Não se trata, em verdade, de enumeração ou gradação em importância a ser observada pelo juiz. De outra forma, passe a considerar todas as circunstâncias que o caso oferece, sem prender-se a uma ordem de importância pré-determinada entre fatores, para garantir a melhor solução para salvaguarda dos interesses da criança (GRISARD FILHO, 2009).

Nesse sentido, muito embora a ideia da discriminação positiva seja mais aplicada no âmbito das políticas sociais, é importante observar que seus efeitos no ordenamento jurídico provem de uma noção generalizada de corrigir falhas, tanto nas instituições quanto no tecido social, que causam desigualdades entre determinados grupos.

Dessa forma, no âmbito de aplicação do direito de família, o espírito da discriminação positiva pode encontrar aplicação em muitos aspectos, principalmente nas situações que envolvem a regulamentação do convívio dos filhos menores com seus pais.

Assim, os princípios de discriminação positiva, observando o superior interesse da criança, exortam os operadores do Direito de família a, por exemplo, considerar a existência de barreiras sociais na regulamentação das visitas ou fixação da residência da criança, de modo a permitir que essa resida com ou o mais próximo possível de seu genitor com deficiência, e que sua rotina possa ser organizada de modo a possibilitar ao máximo o convívio entre a criança e o genitor. O estabelecimento de condições rígidas de convivência e residência que, de outro modo, não causariam problemas para pessoas sem deficiência acaba por causar graves danos às dinâmicas familiares daqueles que precisam conviver com barreiras sociais em todas as instâncias da vida. Nesse sentido, a sensibilidade na decisão é imprescindível.

Como pontua Fernando Trindade (1998, p. 1) no tocante ao ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal de 05 de outubro de 1988, não só não veda a adoção de discriminação positiva, mas, antes, favorece. “Com efeito, já no seu preâmbulo, a nossa Lei Maior estabelece como objetivo da Assembléia Nacional Constituinte a instituição de um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais (...) a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...)”.

CONCLUSÃO

O olhar ao passado, convocado no início da presente prelação, serve para revelar que, conforme moderna posição científica, nossas ideias e concepções do modelo familiar, bem como no trato e expectativas relativas às capacidades das pessoas com deficiência, vem de uma conjuntura histórica celular, transmitida através de nosso DNA há mais de 3,5 bilhões de anos, até a formação do homem, com especial explosão nos últimos 3 mil anos, graças ao desenvolvimento da comunicação escrita (HAWKING, 2018, p. 50).

Note-se que, as atenções voltadas às pessoas com deficiência, iniciaram-se efetivamente agora, na década de setenta, e não após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, em um exasperado resgate da dignidade da pessoa humana, no recolher dos cacos da humanidade, deixados ao fim de uma grande guerra mundial.

Com a assinatura da Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência, em 30 de março de 2007, foi direcionado um holofote sobre uma minoria subjugada até mesmo em fatos históricos. Sequer havia, segundo a ciência, uma gama de conhecimento biológico de experiências subjetivas que nos resgatasse da agrura de uma discriminação. “As experiências subjetivas explicam as ações humanas” (HARARI, 2016, p. 100)

Ainda, após um longo período de evolução nas relações parentais e no trato do Direito de família, tem-se chegado a concepção da proteção das relações familiares como instrumentos de desenvolvimento da capacidade e de proteção da dignidade da pessoa humana. Já não se admite mais a prevalência de institutos arcaicos como o *patria potestas* e se tem rejeitado cada vez mais os papéis socialmente concebidos de gênero, a vinculação entre a conjugalidade e a parentalidade e demais fatores que anteriormente restringiam o exercício da parentalidade em sua plenitude, obstaculizando o alcance do objetivo fundamental supramencionado.

Essa evolução tem contribuído para o desenvolvimento de uma rede cada vez maior de proteção aos direitos e interesses da criança, o ponto central da tutela jurídica no âmbito familiar. Entre os direitos relacionados, reconhecido tanto nos ordenamentos jurídicos internos quanto no âmbito da proteção multinível dos direitos humanos, está o de ser educada no seio da família e do convívio pleno com os genitores.

Esse direito em particular tem sido, nas últimas décadas, o alvo ao qual se direcionou um grande esforço por sua concretização, culminando na preferência brasileira pela Guarda Compartilhada e na experiência portuguesa do exercício conjunto das responsabilidades parentais. O advento desses institutos é fruto da necessária adequação do Direito as

transformações das estruturas familiares, causadas por mudanças na própria conjuntura política, econômica, cultural e social na qual estão inseridas.

Em contrapartida, essa evolução jurídica causou também uma necessidade de repensar a parentalidade em si e o compartilhamento das responsabilidades em relação ao filho entre os genitores, reforçando a importância da presença desses na vida e no cotidiano dos filhos menores.

A situação dos pais com deficiência, nesse cenário, inspira mais cuidados. Vê-se, pelo apanhado histórico trazido, que a absorção do progresso social pelo direito não se dá de modo acelerado e ainda está em desenvolvimento, havendo, ainda, a necessidade de criar medidas que efetivem a aplicação desses direitos. A própria regulamentação de direitos específicos a pessoas com deficiência deu-se de forma relativamente tardia em relação as demais lutas sociais que lhe inspiraram, como a igualdade entre os sexos e o antirracismo.

Por muito tempo, os direitos mais básicos dessas pessoas precisaram ser defendidos a partir de instrumentos de caráter mais geral, até que fosse atendida a necessidade de uma tutela mais específica, a qual ainda se encontra largamente em desenvolvimento, havendo uma tutela específica de equidade na aplicação dos princípios de proteção à criança e de igualdade dos deficientes.

Nesse sentido, alguns aspectos ainda permanecem carentes de ações particularmente direcionadas, nomeadamente, o âmbito da família. Isso se deve ainda a um resquício do histórico de menorização enfrentado pelas pessoas com deficiência física, as quais eram vistas como eternos recipientes de cuidados, não sendo delas esperado que fossem sujeitos capazes de atingir uma maioria plena, com a consequente capacidade para uma vida independente em que fossem responsáveis por si mesmas, e eventualmente por outros.

Ainda estamos no estágio de consolidar o direito das pessoas com deficiência a uma vida independente, desde a capacidade civil até as condições materiais de vida sem as barreiras sociais ainda largamente presentes. Nesse sentido, numa realidade permeada por barreiras sociais, as quais fazem parte da vida dessas pessoas, não é razoável ignorar a presença dessas barreiras na esfera mais íntima da existência humana, que é a vida familiar, o cotidiano doméstico.

Dessa forma, deve o magistrado ter a sensibilidade de lidar com essas questões quando da regulamentação do modo como se dará o convívio dos filhos menores com seus pais deficientes, de modo a não permitir que essas barreiras sociais se apresentem com óbices alienadores da relação parental.

Na atualidade, mesmo nos países desenvolvidos, a acessibilidade, tanto física como atitudinal, ainda é uma preocupação relativamente recente, e por isso ainda não pode ser considerada atingida em todos os aspectos, situação que é ainda mais acentuada em países em desenvolvimento.

Nesse sentido, é comum que as pessoas com deficiência organizem suas vidas de modo cuidadoso para superar as barreiras sociais o máximo possível, adaptando os ambientes nos quais desenvolvem suas atividades cotidianas. É coerente, portanto, afirmar que esse é o ambiente ótimo para o florescimento das relações interpessoais, e, conseqüentemente, para o exercício da parentalidade.

Dessa forma, é importante dar preferência a residência dos filhos menores junto a seus pais com deficiência, ou que, ao menos, seja facilitado o máximo possível o exercício do direito de visitas, como verdadeira medida de equidade. Outros aspectos também devem ser levados em consideração, como a acessibilidade dos espaços em que as crianças desenvolvem suas atividades cotidianas para que permitam a participação de seus pais. Isso tudo culmina na mais elementar das realizações, que é de levar as pessoas com deficiência a sério enquanto pais.

Ademais, não se pode ignorar o potencial do direito enquanto transformador da realidade social. Ele não deve apenas reagir às mudanças, mas fomentá-las na direção do cumprimento dos objetivos constitucionais. Nesse aspecto, a Constituição Federal Brasileira de 1988 não foi leviana ao afirmar que a família é base da sociedade.

Dessa forma, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, além de inclusiva, com a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e a marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais e a eliminação das barreiras sociais, e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação começa pela família.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA; CONSELHO DA EUROPA. **Manual de legislação europeia sobre os Direitos da Criança**. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2016. ISBN 978-92-9239-936-8.

AKEL, Ana Carolina Silveira. Guarda Compartilhada - Uma Nova Realidade para o Direito de Família Brasileiro. In **Guarda Compartilhada**. 1ª Ed. São Paulo: MÉTODO, 2009. ISBN 978-85-309-2841-4.

AMARAL, Jorge Augusto Pais de. **Direito da família e das sucessões**. Coimbra: Almedina, 2014. ISBN 978-972-40-5860-3.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. A protecção constitucional das pessoas com deficiência e o cumprimento do princípio da dignidade da pessoa humana. In **Tratado Luso-Brasileiro da dignidade humana**. 1ª ed. Coimbra: Almedina, 2008. ISBN 9788576743484.

_____. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. 4ª ed. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência – CORDE, 2011. Disponível em: <https://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/a-protecao-constitucional-das-pessoas-com-deficiencia_0.pdf> Acesso em: 11 jan. 2019.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; COSTA FILHO, Waldir Macieira da. O Estatuto da Pessoa com Deficiência - EPCD (Lei 13.146, de 06.07.2015): algumas novidades. **Revista dos Tribunais Online**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 104 (2015) 65 – 80. Disponível em <http://www.escolasuperior.mppr.mp.br/arquivos/File/Marina/deficiencia6.pdf>.> Acesso em 15 abril 2019.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. ISBN 85-7164-065-3.1

ARISTÓTELES. **Política**. 2ª ed. Lisboa: Vega, 2016. ISBN 978-989-750-042-8.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. **Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 jul. 1990.

_____. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Instituiu o Código Civil de 1916. Diário Oficial da União: seção 1, p. 133. Rio de Janeiro: 5 jan 1916.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n.

BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de paternidade** - Posse de Estado de Filho - Paternidade socioafetiva. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. ISBN 9788573481198.

BRESC, Henri. A Europa das Cidades e dos Campos (Séculos XII e XV). In **História da Família**. 1ª ed. Lisboa: Terramar, 1997. ISBN: 972-710-133-X. 9-62. 2º Volume Tempos Medievais: Ocidente, Oriente.

BRUNO, Denise Duarte. Intimidade e Racionalidade - A Interrelação da Família com o Direito. In: **Família e Solidariedade**. Rio de Janeiro: IDFAM – Lumen Juris, 2008. ISBN 978-85-0439-0.

CARMO, Apolonio Abadio do. **Deficiência física: a sociedade brasileira cria, "recupera" e discrimina**. 1989. [243]f. Tese (doutorado) - Universidade Estadual de Campinas, Faculdade de Educação, Campinas, SP. Disponível em: <<http://www.repositorio.unicamp.br/handle/REPOSIP/253096>>. Acesso em: 13 jul. 2018.

COLUCCI, Camila Fernanda Pinsinato. **Princípio do melhor interesse da criança: construção teórica e aplicação prática no direito brasileiro**. Orientador: Professor Doutor Eduardo Tomasevicius Filho. 2014. Trabalho de Conclusão de Curso (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de São Paulo, São Paulo-SP, 2014. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-25022015->

083746/publico/Camila_Fernanda_Pinsinato_Colucci_completa.pdf. Acesso em: 19 nov. 2020.

COMISSÃO EUROPEIA. **Equal opportunities for people with disabilities: a European action plan**. Luxemburgo: Publications Office. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=LEGISSUM:c11414>> Acesso em: 11 jan. 2019.

CORDEIRO, António Menezes. A decisão segundo a equidade. **O Direito**. Coimbra: Almedina. ISSN 0873-4372. 150 (2018) 851-867.

_____. **Tratado de Direito Civil Português**. 2ª ed. Parte Geral. Tomo II. Pessoas. Lisboa: Almedina, 2007.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. Enquadramento histórico do Código Civil Português. **Boletim da Faculdade de Direito**. Coimbra: Coimbra Editora. ISSN 0303-9773. 37 (1961), 138-160.

CROSBY, Faye J.; HERZBERGER, Sharon D. For affirmative action. In **Affirmative action: The pros & cons of policy and practice**. Boston: Rowman & Littlefield Publishers, Inc, 2001. ISBN-13 978-0742502109.

CUSTODIO, Andre. Teoria da proteção integral: pressuposto para compreensão do direito da criança e do adolescente. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, p. 22-43, jan. 2008. ISSN 1982-9957. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/657/454>>. Acesso em: 22 nov. 2020.

DHANDA, Amita. Constructing a New HUMAN Rights Lexicon: Convention on the Rights of Persons with Disabilities. **Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos**. São Paulo: Conectas Direitos Humanos. ISSN 1806-6445. 5 (2008) 42-59.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 12ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. ISBN 978-85-203-7095-7.

DICHER, Marilu; TREVISAM, Elisaide. A Jornada Histórica da Pessoa com Deficiência: Inclusão com Exercício do Direito à Dignidade da Pessoa Humana. In: **CONGRESSO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO**. p. 254-276, 2014. Disponível em <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=572f88dee7e2502b>>. Acesso em 10 nov 2020.

DINIZ, Débora; BARBOSA, Livia; SANTOS, Wenderson Rufino dos. Deficiência, Direitos Humanos e Justiça. **Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos**. São Paulo: Conectas Direitos Humanos. ISSN 1806-6445. 6 (2009) 64-77.

DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000. ISBN 9788502071414. Volume 5: direito de família.

_____. **Curso de direito civil brasileiro**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. ISBN 978-85-02-08230-4. Volume 5: direito de família.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 8ª Ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016. ISBN 979-85-442-0732-1.

FARO, Julio Pinheiro; MARQUES, Fabiano Lepre. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: Um Conceito a Partir da Teoria da Justiça como Equidade de John Rawls. **Derecho y Cambio Social**. Lima: OJS. 11 (2014) 1-83. Disponível em <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5472551>> Acesso em: 17 de abril 2019. ISSN 2224-4131.

FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. Análise Filosófica sobre o Princípio da Dignidade Humana como uma Nova Teoria de Justiça. **Revista Jurídica Cesumar – Mestrado**. Maringá: Centro Universitario de Maringá. ISSN 1677-6402. 16 (2016) 877-896.

FERRAZ, Carolina Valença, *et al.* **Manual dos Direitos das Pessoas com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERRAZ, Carolina Valença; NETTO, Manuel Camelo Ferreira da Silva. A pessoa com deficiência e o exercício da parentalidade: o direito à reprodução e ao planejamento familiar

sob a ótica da diversidade funcional. **Revista Direito UFMS**, v. 4, n. 1, p. 139 – 154. Campo Grande: Revista Direito UFMS, 2018. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.21671/rdufms.v4i1.5158>>. Acesso em 15 de nov. de 2020.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2003. ISBN: 978-859-701-397-9.

FOSSIER, Robert. A Era “Feudal” (Séculos XI a XIII). In **História da Família**. 1ª ed. Lisboa: Terramar, 1997. ISBN: 972-710-133-X. 9-62. 2º Volume Tempos Medievais: Ocidente, Oriente.

FRENCH, Valerie. History of Parenting: The Ancient Mediterranean World. In BORNSTEIN, Marc H., **Handbook of Parenting Volume 2 Biology and Ecology of Parenting**. 2ª ed. New Jersey: Lawrence Erlbaum Associates, 2002. ISBN 0-8058-3779-5.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Filiação**. 1ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009. ISBN: 978-8522454488.

GRISARD FILHO, Waldir. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 4ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. ISBN 978-85-203-3420-1.

GRUE, Lars; LÆRUM, Kristin Tafjord. Doing Motherhood': Some experiences of mothers with physical disabilities. **Disability & Society**. London: Routledge. ISSN: 0968-7599. 17 (2002) 671–683.

GUGEL, Maria Aparecida. A pessoa com deficiência e sua relação com a história da humanidade. A Associação Nacional dos Membros do Ministério Público de Defesa dos Direitos dos Idosos e Pessoas com Deficiência – AMPID. 2008. Disponível em: <http://www.ampid.org.br/ampid/Artigos/PD_Historia.php> Acesso em 22 de nov. 2020.

GUICHARD, Pierre; CUVILLIER, Jean-Pierre. A Europa Bárbara. In **História da Família**. 1ª ed. 2º. Vol. Tempos Medievais: Ocidente, Oriente. Lisboa: Terramar, 1997. ISBN: 972-710-133-X. 9-62.

HANAWALT, Barbara A. Childrearing among the Lower Classes of Late Medieval England. **The Journal of Interdisciplinary History**. Cambridge: MIT Press. ISSN: 0022-1953. 8 (1997) 1-22.

HARARI, Yuval Noah. **Homo Deus: Uma Breve História do Amanhã**. 1ª Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2016. ISBN 978-95-889-3162-3.

HAWKING, Stephen. **Breves Respostas para Grandes Questões**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2018. ISBN 978-85-510-0432-6.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese. 1519-1869. 1 (1999) 7-17.

HTUN, Mala; WELDON, Laurel. Sex Equality in Family Law: Historical Legacies, Feminist Activism, and Religious Power in 70 Countries. **In World Development Report 2012 Gender Equality and Development**. 1ª ed. Washington: The World Bank, 2011. ISBN 978-0-8213-8825-9.

KREUZ, Sergio Luiz. **Direito à convivência familiar das crianças e dos adolescentes: direitos fundamentais, princípios Constitucionais e alternativas ao acolhimento institucional**. Curitiba: Juruá Editora, 2012. ISBN: 978-85-362-3654-4.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de direito de família: origem e evolução do casamento**. 1ª Ed. Curitiba: Juruá, 1991. ISBN 852-034-871.

LÉVI-STRAUSS, Claude. Prefácio. **In História da Família**. 1ª ed. Vol. 1 Mundos Longínquos. Lisboa: Terramar, 1996. ISBN: 972-710-132-1.

LOBO, Fabíola Albuquerque. Reflexões sobre o instituto da guarda compartilhada no ordenamento jurídico Brasileiro e Português. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**. Lisboa: Centro de Investigação de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. 1 (2015) 735-748. Disponível em: <http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2015/1/2015_01_0735_0748.pdf> Acesso em: 11 mar 2019. ISSN 2183-539X.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. ISBN 978-85-02-07595-5.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Conferência Magna – Princípio da Solidariedade Familiar. In: **Família e Solidariedade**. Lumen Juris, 2008. Rio de Janeiro: IDFAM ISBN 978-85-0439-0.

MACIEL, Maria Regina Cazzaniga. Portadores de deficiência: a questão da inclusão social. **São Paulo em perspectiva**, v.14, n. 2, p. 51-56, 2000. ISSN 1806-9452.

MADEIRA, Débora Fernandes Pessoa. **Exercício de guarda por pessoas com deficiência mental: análise das possíveis soluções do conflito entre o interesse do guardião e da criança ou adolescente que estiverem sob guarda** Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 30 dez 2020. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/53306/exercicio-de-guarda-por-pessoas-com-deficincia-mental-anlise-das-possveis-solues-do-conflito-entre-o-interesse-do-guardio-e-da-criana-ou-adolescente-que-estiverem-sob-guarda>. Acesso em: 30 dez 2020.

MARTÍN, Nuria Elena Ramos. Positive Action in EU Gender Equality Law: Promoting Women in Corporate Decision - Making Positions. **Spanish Labour Law and Employment Relations Journal**. Madrid: Carlos III University of Madrid. 3 (2014) 20-33. Disponível em <<http://www.uc3m.es/sllerj>> Acesso em: 17 abril 2019. EISSN 2255-2081

MARTIN, Xavier. **The Paternal Role and the Napoleonic Code. In Paternity And Fatherhood**. London: Palgrave Macmillan, 1998. ISBN 978-1-349-13818-0.

MARTINS, Catarina Dias. **Deficiência e Inclusão em Portugal: As Políticas para quem quer ser ouvido**. Lisboa: Instituto Superior de Economia e Gestão, 2018. 51 f. Dissertação de mestrado.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 9ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. ISBN: 978-989-716-143-8.

MELO, Helena Gomes de; *et al.* **Poder paternal e responsabilidades parentais**. 2ª ed. Lisboa: Quid Juris, 2010. ISBN 978-972-724-540-6.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A Família Democrática. In: **Congresso Brasileiro de Direito de Família**. 2005. Família e dignidade humana: anais. coord. Rodrigo da Cunha Pereira. IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thomson, 2006. ISBN 85-7647-702-5

MORAES, Maria Celina Bodim de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Descumprimento do art. 229 da Constituição Federal e responsabilidade civil: duas hipóteses de danos morais compensáveis. **Revista de Investigações Constitucionais**. Curitiba: Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR, 3 (2016) 117-139. ISSN 2359-5639.

MOREIRA, Sonia. Igualdade de Gênero e Parentalidade. **SCIENTIA IURIDICA**. Braga: Universidade do Minho (Escola de Direito). ISSN: 0870-8185. 67 (2018) 89-110.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Compartilhando a guarda no consenso e no litígio. In **Congresso Brasileiro de Direito de Família**. 2005 - Família e dignidade humana: anais. coord. Rodrigo da Cunha Pereira. IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thomson, 2006. ISBN 85-7647-702-5

MÜLLER-FREIENFELS, W. Family Law and the Law of Succession in Germany. **International and Comparative Law Quarterly**. ISSN 0020-5893. 16 (1967) 409-445.

_____. The Emergence of Droit de Famille and Familienrecht in Continental Europe and the Introduction of Family Law in England. *Journal of Family History*. London: SAGE. ISSN 0363-1990. 28 (2003) 31-51.

NEDER, Gizlene. Power and Family Law in Luso - Brazilian Thought: Enlightenment and the circulation of juridical ideas and legal culture. **Passagens: Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica**. Rio de Janeiro: Universidade Federal Fluminense. ISSN: 1984-2503. 10 (2018) 485-501. P. 493.

NEVES, Alexandra Chícharo da. A compatibilização da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência com a legislação em vigor. In **Direitos das Pessoas com Deficiência** [em linha]. 1ª ed. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2016. Disponível em:

<http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_Direito_Deficiencia2016.pdf. ISBN 978-989-8815-78-1.> Acesso em: 11 mar. 2019.

_____. **O Estatuto Jurídico dos “Cidadãos Invisíveis” O longo caminho para a plena cidadania das pessoas com deficiência.** Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2011. 548 f. Tese de doutoramento

NEVES, Ana Fernanda. Os direitos das pessoas com deficiência no direito da União Europeia. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.** Coimbra: Coimbra Editora. ISSN: 0870-3116. 51 (2010) 93-125.

OLIVEIRA, Guilherme de. Critérios jurídicos da parentalidade. In **Textos de Direito da Família: para Francisco Pereira Coelho.** Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016. ISBN: 9789724011479.

ONU. **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.** De 30 de março de 2007. Disponível em: <<http://www.inr.pt/uploads/docs/direitosfundamentais/convencao/ConvTxtOfPort.pdf>>. Acesso em 22 de nov. 2020

_____. **Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança.** 1989. Disponível em <http://www.onu-brasil.org.br/doc_crianca.php>. Acesso em 22 nov. 2020.

_____. **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.** 1966. Disponível em: <http://www.cne.pt/sites/default/files/dl/2_pacto_direitos_civis_politicos.pdf>. Acesso em 20 nov. 2020

_____. **Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.** 1966. Disponível em: <<https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%C3%B3micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>> Acesso em: Acesso em 20 nov. 2020

ORDEM DOS PSICÓLOGOS PORTUGUESES. **Relatório de Evidência Científica Psicológica sobre Relações Familiares e Desenvolvimento Infantil nas Famílias Homoparentais.** Lisboa: Ordem dos Psicólogos Portugueses, 2013. Disponível em:

<https://www.ordendos psicologos.pt/ficheiros/documentos/relataorio_de_evidencia_cientifica_psicologica_sobre_as_relacoes_familiares_e_o_desenvolvimento_infantil_nas_familias.pdf> Acesso em: 15 Dez. 2018.

PAZ, Margarida. A capacidade jurídica na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. In **Direitos das Pessoas com Deficiência**. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2017. Disponível em: <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_DireitoPessoasD2017.pdf>. ISBN 978-989-8815-94-1.> Acesso em: 16 mar. 2019.

PEDROSO, João; CASALEIRO, Paula; BRANCO, Patrícia. A (des)igualdade de género nos tribunais de família e menores: um estudo de sentenças de regulação das responsabilidades parentais em Portugal. **Estudos de Sociologia**. Araraquara: UNESP/FCLAR. ISSN 1414-0144. 1 (1996). 81-100.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 24ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011. ISBN 978-85-309-3381-4.

PEREIRA, Maria Margarida Silva. **Direito da família**. 2ª ed rev e atualizada. Lisboa: AAFDL, 2018. ISBN 978-972-629-241-8.

PEREIRA, Tânia da Silva. Desvendando o Cuidado como Valor Jurídico: Abrigo e Alternativas de Acolhimento Familiar. In: Família e Solidariedade. 2008. Rio de Janeiro: IDFAM – Lumen Juris. ISBN 978-85-0439-0.

PESSOA, Adelia Moreira. Direitos Humanos e Família: da Teoria a Prática. In: **Congresso Brasileiro de Direito de Família**. 2005 - Família e dignidade humana: anais. coord. Rodrigo da Cunha Pereira. IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thomson, 2006. ISBN 85-7647-702-5.

PINHEIRO, Jorge Duarte. **O direito da família contemporâneo**. 6ª ed. Lisboa: AAFDL, 2018. ISBN 978-972-629-248-7.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. ISBN 978-85-02-20849-0.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1955. ISBN 857-468-079. Tomo 9.

POWELL, Thomas H.; OGLE, Peggy A. **Irmãos especiais: Técnicas de orientação e apoio para o relacionamento com o deficiente**. São Paulo: Maltese-Norma, 1992.

QUEIROGA, Antônio Elias. **Curso de Direito Civil: Direito de família**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. ISBN: 978-857-147-412-3.

RAMOS, Rui Manuel Moura. O Direito internacional privado da família nos inícios do século XXI: uma perspectiva europeia. In **Textos de Direito da Família: para Francisco Pereira Coelho**. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016. ISBN: 9789724011479.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. ISBN 978-85-02-21591-7.

ROUSSELLE, Aline. Gestos e sinais da família no Império Romano. In **História da Família**. 1ª ed. 1º Volume Mundos Longínquos. Lisboa: Terramar, 1996. ISBN: 972-710-132-1.

SALCEDO, Juan Carlos Martínez. Codificación del derecho, interpretación de la ley y discrecionalidad judicial. **Civilizar Ciencias Sociales y Humanas**. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda. ISSN 1657-8953. 15 (2015) 17-30.

SALES, Gabriela Azevedo Campos. A Proteção dos Direitos das Pessoas com Deficiência no Brasil: O Diálogo entre o Direito Interno e o Direito Internacional. **Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas**. Erechim: Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões. ISSN 1676-8558. 11 (2011) 203-225.

SANCHES, Helen Crystíne Corrêa; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Dos filhos de criação à filiação socioafetiva**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012. ISBN 9788537521410.

SARACENO, Chiara. Women, Family and the Law, 1750-1942. **Journal of Family History**. Stamford: JAI Press. ISSN 0363-1990. 15 (1990) 427-442.

SILVA, Ana Maria Milano. **A lei sobre guarda compartilhada**. 2 ed. Leme: J. H. Mizuno, 2008.

SILVA, José Afonso da. A Dignidade da Pessoa Humana como Valor Supremo da Democracia. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas. 212 (1998) 89-94. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v212.1998.47169>> Acesso em: 19 jan. 2019. ISSN 2238-5177.

SILVA, Otto Marques da. **A Epopeia Ignorada: A Pessoa Deficiente na História do Mundo de Ontem e de Hoje**. São Paulo: Cedas, 1987.

SILVEIRA, Jessica Ziegler de Andrade. **A Proteção Integral e o Melhor Interesse da Criança e do Adolescente: Uma Abordagem à Luz da Lei n. 8.069/90**. Orientador: Rosângela Gomes. 2015. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro - RJ, 2015. Disponível em: <<http://www.unirio.br/ccjp/arquivos/tcc/2015-1-jessica-ziegler>>. Acesso em: 20 nov. 2020.

SISSA, Giulia. A família na cidade grega (séculos V-IV a. C.). In **História da Família**. 1ª ed. Lisboa : Terramar, 1996. ISBN: 972-710-132-1. 1º Volume Mundos Longínquos.

SOALHEIRO, Luiza Helena Messias. **O Exercício Dialógico entre a Capacidade Civil, os Transtornos Mentais e a Autonomia Privada: Uma Análise no Direito Comparado**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=55285adfd78a019a>>. Acesso em 09 de nov de 2020.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Atlas, 2002. ISBN 85-224-3164-7.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. Exercício do Poder Paternal nos Casos de Divórcio. In: **Congresso Internacional Direito da Família e Política Social**. 1998. Direito da Família e Política Social: actas. Coord. Maria Clara Sottomayor, Maria João Tomé; Fac. de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Porto: Universidade Católica, 2001. ISBN 972-8069-46-4

_____. **A preferência maternal para crianças de tenra idade e os critérios judiciais de atribuição da guarda dos filhos após o divórcio.** Direito e Justiça. Lisboa: Universidade Católica Editora. ISSN 0871-0336. 6 (1995) 169-192.

SOUSA, Filipe Venede de. Interação entre a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e a Constituição da República Portuguesa sob enfoque do princípio pro homine. In **Direitos das Pessoas com Deficiência.** Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2017. Disponível em: <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_DireitoPessoasD2017.pdf. ISBN 978-989-8815-94-1.> Acesso em 16 de mar. 2019

TARTUCE, Flávio. **Direito civil.** Vol. 5: Direito de Família. 14ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. ISBN 978-85-309-8358-1.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil.** Vol. 5: Direito de Família. 9ª Ed São Paulo: Método, 2014. ISBN 978-85-309-4921-1.

THOMAS, Yan. Em Roma: pais cidadãos e cidade dos pais (século II a. C. – II d.C.). In **História da Família.** Vol. 1: Mundos Longínquos. 1ª Ed. Lisboa: Terramar, 1996. ISBN 972-710-132-1.

TRINDADE, Fernando. **A Constitucionalidade da Discriminação Positiva.** Brasília: Senado Federal, 1998. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/125/06.pdf?sequence=3>> Acesso em: 11 jan. 2019.

VALLE, Jaime. A Protecção Internacional Universal dos Direitos das Pessoas com Deficiência. **O Direito.** Coimbra: Almedina. ISSN 0873-4372. 148 (2016) 585-601.

VELLOSO, Andrei Pitten. Mutações paradigmáticas da Codificação: do Código Civil de 1916 ao Código Civil de 2002. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul.** Porto Alegre: Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul. ISSN 0101-1480. 27 (2004) 9-52.

VICENTE, Gabriela. **Guarda Compartilhada: a busca pelo melhor interesse do menor**. Tijucas: Universidade do Vale do Itajaí, 2010.

WALDSCHMIDT, Anne. Disability policy of the European Union: The supranational level. **Alter**. 3:1 (2009) 8-23. Disponível em: <<https://doi.org/10.1016/j.alter.2008.12.002>.> Acesso em: 11 jan. 2019. ISSN 1875-0672.