

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
CURSO DE DIREITO

JÚLIA DE ALMEIDA MACHADO NICOLAU MUSSI

**HIPÓTESES DE SUSPENSÃO, DESTITUIÇÃO E EXTINÇÃO DO PODER
FAMILIAR**

MARÍLIA
2010

JÚLIA DE ALMEIDA MACHADO NICOLAU MUSSI

HIPÓTESES DE SUSPENSÃO, DESTITUIÇÃO E EXTINÇÃO DO PODER
FAMILIAR

Trabalho de Curso apresentado ao Curso de Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador:
Prof. ROBERTO BRIANEZI DE LIMA

MARÍLIA
2010

Mussi, Júlia de Almeida Machado Nicolau

Hipóteses de suspensão, destituição e extinção do poder familiar / Júlia de Almeida Machado Nicolau Mussi; orientador: Roberto Brianezi de Lima. Marília, SP: [s.n.], 2010.

139 f.

Trabalho de Curso (Graduação em Direito) - Curso de Direito, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2010.

1. Evolução do Pátrio Poder 2. Poder Familiar no Direito Brasileiro. 3. Suspensão, Destituição e Extinção do Poder Familiar.

CDD: 342.163



FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA"

MANTENEDORA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM

Curso de Direito

Júlia de Almeida Machado Nicolau Mussi

RA: 36885-7

**HIPÓTESES DE SUSPENSÃO, DESTITUIÇÃO E EXTINÇÃO DO
PODER FAMILIAR**

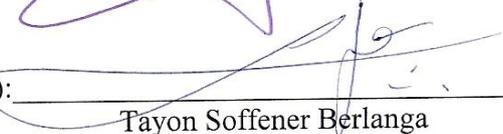
Banca examinadora do Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Programa de Graduação em Direito da UNIVEM, F.E.E.S.R, para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Nota: 100 (DEZ)

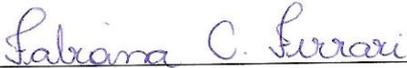
ORIENTADOR(A):


Roberto Brianezi de Lima

1º EXAMINADOR(A):


Tayon Soffener Berlanga

2º EXAMINADOR(A):


Fabiana Christina Ferrari

Marília, 24 de novembro de 2010.

Aos meus amados pais.

À minha querida vovó Ana.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Deus.

Em seguida, agradeço aos meus pais, pelo estudo que puderam me proporcionar e por todo amor que recebo.

Agradeço a toda a minha família, em especial à minha vovó Ana, pelo carinho de sempre e a tia Thaís pela “força”, que foi essencial para este trabalho.

Agradeço aos meus queridos amigos Vitor, Seme, Ana Gabriela e Karine que sempre me apoiaram e aos “brothers” Tiago, Marielen e Mariana pelo apoio moral.

Agradeço a minha irmã por ser tão presente em todos os momentos de minha vida.

Agradeço ao meu sobrinho Pedro pela companhia. Enquanto estudava, ele rabiscava.

Agradeço ao Renan pela paciência, compreensão e palavras de incentivo durante este trabalho e à Cris por sua contribuição que foi fundamental.

Agradeço à Bruna por toda ajuda neste trabalho e viva o chocolate!

Agradeço o meu orientador, pelo apoio e dedicação que foram essenciais para este trabalho.

Por fim, agradeço a todos os funcionários do Centro Universitário Eurípedes de Marília - UNIVEM, em especial aos funcionários da Biblioteca pelo atendimento proporcionado e aos professores e professoras que me ensinaram muitas lições durante o curso.

*“A noção de liberdade
num contexto amplo
o calado exposto
o deposto medo
o segredo aberto.*

*Um fio de liberdade
inatingível
inaudível som
de paz total.*

*O real manso belo
o elo verdadeiro
o maneiro jeito
de efeito branco.*

*A real liberdade
de alma.*

*A real calma:
Sabedoria”.*

José Neder Nicolau Mussi, meu pai.

MUSSI, Júlia de Almeida Machado Nicolau. **Hipóteses de Suspensão, Destituição e Extinção do Poder Familiar**. 2010. 139 f. Trabalho de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2010.

RESUMO

A presente monografia tem por objetivo tecer um esmiuçado estudo sobre o instituto do poder familiar, especialmente sobre as hipóteses de sua suspensão, destituição e extinção. O poder familiar abrange todos os direitos e deveres dos pais, biológicos ou não, em relação aos seus filhos. Por um lado, são asseguradas determinadas prerrogativas aos genitores para promoverem a criação e a educação de seus filhos, de modo que, estes se tornem adultos bem desenvolvidos e contribuam para a sociedade. Por outro lado, o Estado incumbe aos pais determinadas obrigações que devem ser cumpridas no exercício do poder familiar. Isto ocorre porque ao Estado interessa que as gerações futuras, que irão compor a sociedade, tenham um bom desenvolvimento e proporcionem o crescimento do país. Assim, apesar da relação de poder familiar se dar no âmbito privado, ela se caracteriza por ser um *munus* público, já que ao Estado interessa o bom desenvolvimento de seus cidadãos. Desta forma, a legislação estabeleceu hipóteses de violação aos deveres parentais nas quais os pais devem ser impedidos, de maneira temporária (suspensão) ou definitiva (destituição), de exercerem o poder familiar. Além disso, a lei estabelece casos nos quais é considerada atingida a maturidade do infante, não sendo necessária a manutenção do poder familiar (extinção). Nesta linha, por meio de um levantamento bibliográfico e documental, com ênfase ao estudo de decisões dos Tribunais de Justiça do país, serão analisadas as hipóteses de suspensão, destituição e extinção do poder familiar; o que se fará após um estudo detalhado de sua evolução histórica e de seus principais aspectos na legislação brasileira, quais sejam conceito, sujeitos, características e conteúdo.

Palavras-chave: Evolução do Pátrio Poder. Poder Familiar no Direito Brasileiro. Suspensão, Destituição e Extinção do Poder Familiar.

MUSSI, Júlia de Almeida Machado Nicolau. **Hipóteses de Suspensão, Destituição e Extinção do Poder Familiar**. 2010. 139 f. Trabalho de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2010.

ABSTRACT

The present monograph has the objective of weaving a thorough study about the institute of the familial power, especially on the hypotheses of its suspension, destitution and extinguishing. The familial power encloses all the rights and duties as parents, biological or not, in relation to his children. On the one hand, they are assured determined prerogatives to the genitors to promote the creation and the education of his children in order to have those becoming good adults and contributing for society. On the other hand, the State charges to the parents obligations that must be fulfilled in the exercise of the familial power. This occurs because to the State interests the future generations, which will compose society, develop and provide the growth of the country. That way, although the familial power relation is inside a private scope, it characterizes for being a public duty, since to the State interests the good development of its citizens. In such a way, the legislation establishes hypotheses of breaking apart the parental duties in which the parents must be hindered, in temporary way (suspension) or definitive (destitution), to exert the familial power. Moreover, the law prescribes cases, as the infant's maturity considered reached, not being necessary the maintenance of the familial power any longer (extinguishing). In this line, by means of a bibliographical and documentary survey, with emphasis the study of decisions of the Courts of Justice from the country, the hypotheses of suspension, destitution and extinguishing of the familial power will be analyzed in a detailed study from its historical evolution to its main aspects in the Brazilian legislation, as concept, citizens, characteristics and content.

Keywords: Evolution of Familial Power. Familial Power on Brazilian Right. Suspension, Destitution and Extinguishing of the Familial Power.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
CAPÍTULO 1 – DO PÁTRIO PODER AO PODER FAMILIAR.....	11
1.1 O Pátrio Poder no Direito Romano.....	11
1.2 O Pátrio Poder entre outros Povos da Antiguidade.....	16
1.3 O Pátrio Poder na Idade Média.....	18
1.4 O Pátrio Poder no Antigo Direito Luso-Brasileiro.....	19
1.5 O Pátrio Poder no Código Civil Brasileiro de 1916.....	22
1.6 O Pátrio Poder e o Estatuto da Mulher Casada.....	26
1.7 O Pátrio Poder e a Lei do Divórcio.....	29
1.8 A Constituição Federal de 1988.....	31
1.9 O Poder Familiar à Luz do Estatuto da Criança e do Adolescente.....	33
CAPÍTULO 2 – O PODER FAMILIAR NO DIREITO BRASILEIRO.....	36
2.1 Disposições quanto ao Instituto do Poder Familiar e o Código Civil de 2002.....	36
2.2 Conceito de Poder Familiar.....	38
2.3 Sujeitos na Relação de Poder Familiar.....	40
3.3.1 Sujeito Ativo: Titularidade do Poder Familiar.....	40
3.3.2 Sujeito Passivo.....	43
2.4 Características do Poder Familiar.....	45
2.4.1 Indisponibilidade.....	45
2.4.2 Indivisibilidade.....	47
2.4.3 Imprescritibilidade.....	47
2.4.4 Incompatibilidade com a Tutela.....	48
2.4.5 <i>Munus</i> Público.....	49
2.4.6 Outras Características.....	50
2.5 Conteúdo do Poder Familiar.....	51
2.5.1 Quanto à Pessoa dos Filhos.....	51
2.5.1.1 Dirigir-lhes a Criação e Educação.....	52
2.5.1.2 Tê-los em sua Companhia e Guarda.....	54
2.5.1.3 Conceder-lhes ou Negar-lhes Consentimento para Casarem.....	56
2.5.1.4 Nomear-lhes Tutor por Testamento ou Documento Autêntico.....	58
2.5.1.5 Representá-los e Assisti-los nos Atos da Vida Civil.....	60
2.5.1.6 Reclamá-los de quem Ilegalmente os Detenha.....	62
2.5.1.7 Exigir que lhes Prestem Obediência, Respeito e os Serviços Próprios de sua Idade e Condição.....	64
2.5.2 Quanto aos Bens dos Filhos.....	67
2.5.2.1 Da Administração dos Bens dos Filhos.....	68
2.5.2.2 Do Usufruto dos Bens dos Filhos.....	73
2.5.2.3 Bens Excluídos do Usufruto e da Administração dos Pais.....	75
2.5.2.3.1 Bens Adquiridos pelo Filho Havido Fora do Casamento, Antes do Reconhecimento.....	75
2.5.2.3.2 Valores e Bens Auferidos pelo Filho Maior de Dezesesseis Anos no Exercício de Atividade Profissional.....	76
2.5.2.3.3 Bens Deixados ou Doados ao Filho sob Condição de Não Serem Usufruídos ou Administrados pelos Pais.....	77

2.5.2.3.4 Bens que aos Filhos Couberem na Herança Quando os Pais Forem Excluídos da Sucessão	77
--	----

CAPÍTULO 3 – DA SUSPENSÃO, DESTITUIÇÃO E EXTINÇÃO DO PODER FAMILIAR

79

3.1 Suspensão do Poder Familiar	79
3.1.1 Abuso de Autoridade por Descumprimento dos Deveres Inerentes aos Pais e por Dilapidação do Patrimônio do Filho.....	83
3.1.1.1 Jurisprudências	85
3.1.2 Condenação Criminal de Crime cuja Pena Exceda Dois Anos de Prisão	86
3.1.2.1 Jurisprudências	88
3.1.3 Descumprimento Injustificado dos Deveres e Obrigações do Artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente	88
3.1.3.1 Jurisprudências	90
3.1.4 Interdição e Ausência dos Pais	92
3.2 Destituição do Poder Familiar	92
3.2.1 Castigar Imoderadamente o Filho	96
3.2.1.1 Jurisprudências	99
3.2.2 Deixar o Filho em Abandono	100
3.2.2.1 Jurisprudências	104
3.2.3 Praticar Atos Contrários à Moral e aos Bons Costumes.....	106
3.2.3.1 Jurisprudências	108
3.2.4 Incidir Reiteradamente nas Faltas do Artigo 1.637 do Código Civil	110
3.2.5 Condenação por Crime Doloso Cometido Contra o Filho	111
3.2.5.1 Jurisprudências	112
3.3 Procedimento da Suspensão e Destituição do Poder Familiar	113
3.4 Extinção do Poder Familiar	116
3.4.1 Morte dos Pais ou do Filho.....	117
3.4.2 Maioridade.....	118
3.4.3 Emancipação nos Termos do Art. 5º, Parágrafo Único.....	120
3.4.3.1 Concessão dos Pais mediante Instrumento Público.....	121
3.4.3.2 Casamento	123
3.4.3.3 Exercício de Emprego Público Efetivo	124
3.4.3.4 Colação de Grau em Curso de Ensino Superior	126
3.4.3.5 Estabelecimento Civil ou Comercial ou Existência de Relação de Emprego, com Economia Própria	126
3.4.4 Adoção.....	128
3.3.5 Decisão Judicial na Forma do Artigo 1.638 do Código Civil	131

CONSIDERAÇÕES FINAIS	132
----------------------------	-----

REFERÊNCIAS	135
-------------------	-----

INTRODUÇÃO

O poder familiar passou por relevante evolução através dos tempos, destacando-se como principal alteração a sua titularidade, que deixou de estar concentrada apenas na figura do pai (pátrio poder) e passou a pertencer conjuntamente ao pai e à mãe.

No âmbito do direito de família, chegou a se defender que este não se trataria de um ramo do direito privado, mas de um ramo de direito público, isto porque nele ocorre uma ingerência atípica do Estado na esfera do particular. Esta posição foi superada, mas serve para demonstrar que o direito de família tem grande interesse por parte do Estado.

Por sua vez, o poder familiar é um instituto do direito de família, que tem por finalidade precípua o bom desenvolvimento da criança e do adolescente, para que estes possam ingressar na vida adulta com as devidas aptidões para melhorarem o convívio social. Evidencia-se que, para o Estado, muito interessa que seus cidadãos bem se desenvolvam, já que isto infere diretamente na segurança social no futuro.

Assim, no instituto do poder familiar o Estado ingressa na esfera privada familiar e fiscaliza a criação e a educação dos infantes. Por um lado, assegura prerrogativas aos pais para o bom exercício destes direitos. Por outro, determina o cumprimento de deveres aos pais em relação aos filhos, sob pena de sanção.

A sanção aplicada pelo Estado pode ser temporária, que é a suspensão do poder familiar, ou definitiva, que é a destituição do mesmo.

Não obstante, quando o menor atinge o seu bom desenvolvimento, não interessa ao Estado manter o instituto do poder familiar, razão pela qual surgem as hipóteses de extinção.

No primeiro capítulo deste trabalho será analisada a evolução do poder familiar no mundo, nos períodos da Roma Antiga e da Idade Média, e no Brasil, desde a vigência das ordenações portuguesas, passando pela análise do Código Civil de 1916 e de diplomas como o Estatuto da Mulher Casada (1962) e a Lei do Divórcio (1977), até a promulgação da Constituição Federal de 1988, na qual se consagrou a igualdade entre homem e mulher, e do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Já no segundo capítulo será analisado de maneira detalhada o instituto do poder familiar no Código Civil de 2002, sem prejuízo da compilação de legislações diversas a título de complementação, como a Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Penal. Essencialmente serão abordados os seguintes aspectos: conceito, sujeitos, características e conteúdo.

Finalmente, no terceiro capítulo serão estudadas as hipóteses de suspensão, destituição e extinção do poder familiar, com análise doutrinária e jurisprudencial, sempre que possível. O referido estudo se dará também com base no fundamento teórico dos dois primeiros capítulos, que proporcionarão a compreensão do instituto do poder familiar como um todo.

Quanto à metodologia adotada, prevalece a utilização de pesquisa bibliográfica, fundamentada em livros e artigos científicos de civilistas, e de pesquisa documental, com análise e transcrição de legislação, bem como por meio do levantamento de jurisprudências.

Trata-se de pesquisa qualitativa, pois foi necessário promover a integração de variáveis para compreender o objeto de pesquisa; e exploratória, posto que se adotou sistemática de comparação de informações associada ao levantamento de dados.

Justifica-se o tema de pesquisa porque a sociedade precisa se atentar para a importância do bom convívio familiar para formação das futuras gerações e para a necessidade de denunciar aqueles que violam este dever, assegurando assim a tranquilidade social futura e o bom desenvolvimento das crianças e adolescentes do país.

CAPÍTULO 1 – DO PÁTRIO PODER AO PODER FAMILIAR

O pátrio poder, atualmente, chamado de poder familiar pelo direito brasileiro, trata-se de um instituto que sofreu diversas mudanças no decorrer da história, acompanhando a evolução da própria família, bem como das conquistas da mulher na sociedade.

De acordo com Lôbo (2009):

As vicissitudes por que passou a família, no mundo ocidental, repercutiram no conteúdo do poder familiar. Quanto maiores foram a desigualdade, a hierarquização e a supressão de direitos, entre os membros da família, tanto maior foi o pátrio poder e o poder marital. À medida que se deu a emancipação da mulher casada, deixando de ser *alieni juris*, à medida que os filhos foram emergindo em dignidade e obtendo tratamento legal isonômico, independentemente de sua origem, houve redução do quantum despótico, restringindo esses poderes domésticos [...].

Nessa seara, será estudada a evolução histórica do pátrio poder no direito romano, no antigo direito germânico, entre outros povos da antiguidade, na Idade Média e no direito antigo luso-brasileiro.

Após, será estudado o instituto do pátrio poder pelo Código Civil de 1916, que se centrava na ideia de que o pai era o chefe da sociedade conjugal e exercia o pátrio poder sobre os filhos menores de 21 anos e não emancipados, visando exclusivamente os interesses de chefe da família, sendo que a mulher com o casamento era tida como incapaz.

Em seguida será feito um breve estudo sobre o Estatuto da Mulher Casada e a Lei do Divórcio e as suas contribuições para o instituto do pátrio poder.

E por fim serão estudadas as contribuições da Constituição Federal de 1988, onde a mulher passou a ter direitos e deveres assim como os homens e o surgimento do Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990.

1.1 O Pátrio Poder no Direito Romano

O instituto do pátrio poder no Direito Romano foi de grande valia, já que sofreu grande regulamentação e influenciou diversos povos de todo o mundo no decorrer da história.

A *patria potestas*, não deixava de ser uma expressão, no direito romano, levando-se em conta momentos históricos envolvendo a organização política e econômica. As famílias romanas eram formadas por núcleos políticos conformadores do Estado, todavia, dotadas de uma inquestionável independência, onde o pai abdicava de autoridade própria, não conferida por lei, nem imposta pelo Estado, sendo semelhante a uma autoridade pública. (SILVA, 2002, p. 24-25).

Deve-se frisar que de acordo com ensinamento de Veronese, Gouvêa e Silva (2005, p. 15-16), “a *patria potestas* é a designação usada para indicar a autoridade de que possui o detentor do poder de educar. Ele é quem exerce as funções sagradas, o chefe do culto”

Ainda nesse sentido, Santos Neto (1994, p. 17) evidenciou que a família romana era fundada em relações de poder com profunda desigualdade entre os indivíduos.

Ataíde Junior (2009, p. 22), preconizou que:

Todo cidadão romano enquadrava-se em uma de duas categorias: ou era *sui iuris*, não sujeito ao poder alheio, ou *alieni iuris*, submetido à potestade de outro e, conseqüentemente, incapaz de direito. Na família romana, destacava a figura do *paterfamilias*, como personagem de poder absoluto na estrutura familiar, como cidadão *sui iuris*, em relação ao qual, outros membros – mulher, filhos e escravos – eram *alieni iuris*, sujeitos ao poder paternal.

Coulanges (1975, p. 70-71) apud Santos Neto (1994, p. 18) evidenciou ainda que:

[...] em linguagem jurídica, o título de *pater* ou *pater familias* podia dar-se ao homem que não tivesse filhos, não fosse casado, ou não estivesse mesmo em idade de contrair matrimônio. A concepção de paternidade não estava, portanto, ligada a esta palavra [...]. A palavra *pater* tinha ainda outro sentido. Em linguagem religiosa aplicava-se esta expressão a todos os deuses; no vernáculo do foro a todo homem que não dependesse de outro, que tivesse autoridade sobre uma família e sobre um domínio, *pater familias*.

O *pater familias* como elemento catalisador e organizador, além de líder de natureza econômica, apresentava grande importância no aspecto religioso, sendo condutor da religião doméstica, justificando o seu excesso de rigor (COULANGES, 1967, p. 128 apud SILVA, 2002, p. 25).

Segundo Venosa (2009, p. 301):

O pai romano não apenas conduzia a religião, como todo o grupo familiar, que podia ser numeroso, com muitos agregados e escravos. [...] De fato, sua autoridade não tinha limites e, com frequência, os textos referem-se ao direito de vida e morte com relação aos membros de seu clã, aí incluídos os filhos.

Com os ensinamentos já expostos, nota-se que a denominação *pater*, não possuía o conceito de paternidade como hoje existe, mas sim uma idéia de autoridade. Não se encaixava apenas ao pai propriamente dito, já que possuía tal título também os homens que não tivessem filhos, que nem mesmo fossem casados e na linguagem religiosa aplicava-se esta expressão a todos os deuses.

Observa-se, ainda, que o pátrio poder, era fundamentado pela conotação política e religiosa, de grandes exageros, onde o *pater familias* era tido com supremacia no grupo familiar, com autoridade consolidada dentro do lar, figurando como indivíduo *sui iuris*, enquanto que os filhos, a mulher e os escravos se submetiam a todo este poder figurando como indivíduos *alieni iuris*.

O poder do *pater* tinha por princípio o culto doméstico, logo o filho nascido do concubinato, nesta época, não estava subordinado a autoridade do pai, pois não havia comunidade religiosa entre eles (VERONESE; GOUVÊA; SILVA, 2005, p. 16).

Santos Neto (1994, p. 29), nos lembra a questão da aquisição da *patria potestas*, quando preconiza “[...] a fonte do pátrio poder era o nascimento de filho oriundo de justas núpcias [...]. Entretanto, imprescindível era a formalidade do reconhecimento pelo pai [...]”.

Existiam ainda outras duas formas de aquisição do pátrio poder a *adrogatio* e *adoptio*. *Adoptio* nada mais era que a transmissão do pátrio poder de um *pater familias* a outro sobre a pessoa *alieni iuris*, enquanto a *adrogatio* consistia no ato de adoção pela qual uma pessoa *sui iuris* e todos que se submetiam a ele passavam a se submeter a família do adrogante, assumindo a situação de *alieni iuris* (SILVA, 2002, p. 27-28).

Importante destacar que os filhos nascidos fora do casamento e não reconhecidos não ficavam sob o pátrio poder, isso em um período que o parentesco era determinado por vínculo agnático, pela adoração de deuses-lares comuns, ou seja, as famílias eram baseadas em relações religiosas. Eles viviam na companhia da mãe. Com o passar dos tempos passou a predominar a família cognática, baseada no parentesco sanguíneo (SANTOS NETO, 1994, p. 28-30).

Vislumbra-se que na Roma antiga o pátrio poder era exercido exclusivamente pelo homem, e que o filho apenas estaria sujeito ao pátrio poder se fosse fruto de um casamento legítimo e se fosse reconhecido pelo *pater*. Podia o pai simplesmente rejeitar o seu filho.

Inicialmente não importava o laço sanguíneo, teria o *pater familias* que reconhecer o indivíduo como seu filho e este passar a fazer parte do culto religioso, para então a se sujeitar a *patria potestas*.

Além da mulher e dos filhos, podia fazer parte da família, qualquer outra pessoa, independente de existir ou não laço sanguíneo, desde que tivesse sido admitida por um culto, como exemplo a *adrogatio*, uma das formas de aquisição da *patria potestas*.

Rodrigues (2002, p. 396), descreveu a autoridade do pai como sem limites, abrangendo o direito de punir, de expor, de vender o filho e ainda o direito de matá-lo.

De fato, como indicou Santos Neto (1994, p. 21-23), podia o pai matar o filho sem cometer qualquer ofensa a lei (*ius vitae et necis*), ou ainda, abandonar o filho recém-nascido, se este apresentasse com defeitos físicos, sendo arremessados de um penhasco já que seriam inúteis para o serviço do estado militar (*ius exponendi*), ou ainda, aproveitar-se em prol do próprio grupo familiar como instrumento de trabalho ou cedê-lo a outrem, sendo esta última a

venda do próprio filho que durava tão somente cinco anos, ao cabo dos quais restaurava-se o poder paterno (*ius vendendi*).

A Lei das XII Tábuas determinava que o pai que praticasse a operação de venda do filho por mais de três vezes, perderia o pátrio poder (SANTOS NETO, 1994, p. 23).

Ataíde Junior (2009, p. 23-24) frisou que o direito do pai de matar o filho, foi se atenuando, deixando de concentrar no *pater* a única decisão sobre a vida do filho, devendo passar pela aprovação do Conselho de Parentes (*judicium domesticum*), que se reunia para opinar na aplicação ou não da pena de morte. Tal direito foi abolido com o Imperador Valentiniano I, em conjunto com Valêncio, em 374 d.C, sendo que no período de Justiniano, transformou-se em direito de correção (*ius domesticae emendationes*), com interferência estatal.

O mesmo ocorreu com direito de expor o filho, que foi afastado com o decorrer da história, podendo o *pater* ser condenado por homicídio, caso cometesse tal ato e com o direito de vender o filho que foi abolido com Dioclesiano, mas encontrou aceitações restritas em períodos posteriores (ATAÍDE JUNIOR, 2009, p. 24).

O *pater familias* tinha ainda o direito de emancipar seu descendente, ou seja, excluí-lo da família e do culto, tornando-o, portanto, *sui iuris*, extinguindo-se todo o poder do pai sobre ele, de casar os filhos independente de suas vontades, de deserdá-los, de deixar tutor para os filhos e para a mulher no caso de seu falecimento, de reconhecer o filho ao nascer ou rejeitá-lo, dentre outros direitos (SANTOS NETO, 1994, p. 23-26).

O poder de emancipar seu descendente era reservado apenas para as pessoas sujeitas à *patria potestas*, não podendo incluir como sujeito passivo os escravos, já que no direito romano eles nada mais eram do que coisas (SANTOS NETO, 1994, p. 23).

O patrimônio era integralmente do pai, sendo que seus filhos não tinham bens próprios. Essa primeira concepção foi se abrandando com o tempo, onde o filho adquirira o pecúlio castrense, propriedade de bens adquirida e decorrente de atividade militar. Venosa (2009, p. 301) explicitou que outros pecúlios foram sendo permitidos aos *filius familiae*.

Nesse sentido Veronese, Gouvêa e Silva (2005, p. 16) evidenciaram:

[...] neste tipo de estrutura familiar o filho não podia possuir nem adquirir nada; os frutos do seu trabalho, os lucros que pudesse auferir eram, em sua totalidade, do pai. Caso o filho fosse herdeiro de alguém, quem recebia a herança era o pai. Daí resulta um princípio do Direito Romano: o pai que vendesse algo a seu filho estaria vendendo a si mesmo.

Essa concepção do direito romano que vedava aquisição de bens pelo *filius*, também se abrandou com o surgimento do chamado pecúlio *profetium*, que consistia em uma parcela

de bens de administração do *pater familias* e que este por ato voluntário colocava nas mãos dos descendentes, podendo ele revogar tal liberalidade a qualquer momento (SANTOS NETO, 1994, p. 27).

De acordo com Santos Neto (1994, p. 24):

Caso existisse *peculio profetiuim*, podia o emancipado levá-lo consigo, se o pai consentisse, para iniciar-se patrimonialmente. Como filho, em razão de seu novo estado, passasse a estar excluído da partilha da herança filial, coisa que ocorria quando da morte do pai, é crível que, através da liberação do *peculio profetiuim*, se assegurasse ao emancipado o seu quinhão.

De fato, como comentou Rodrigues (2002, p. 396), o *filius familiae* a partir desse momento é senhor de bens que não se confundem com o patrimônio de seu pai.

Com o decorrer dos tempos, surgiram outros pecúlios deferidos ao *filius familiae*, tais como o quase castrense e o adventício (RODRIGUES, 2002, p. 396).

Nesse sentido preconizou Santos Neto (1994, p. 27):

A partir do reinado de Constantino, os princípios referentes ao *peculium castrense* estenderam-se aos bens adquiridos no exercício de profissão ou cargo público (*militia inermis*). Formou-se, destarte, o *peculium quasi castrense*. Menciona-se, ainda, o *peculium adventitium*, que resultava dos bens que os *filius familias* recebia por herança de sua mãe ou de seus ascendentes pela linha materna (*bona materna ou bona adventitia*) ou ainda daqueles havidos em razão de casamento (*lucra nuptialia*).

Percebe-se que as famílias romanas eram comandadas por um indivíduo que detinha todo o poder, seja no aspecto econômico, religioso e político.

Tal poder era despótico, autoritário e sem limites, todos os demais membros da família, que incluía os filhos legítimos, a mulher e os escravos deveriam ser submissos ao detentor do pátrio poder, que figurava como senhor de direitos e não de obrigações.

Inicialmente podia o pai praticar atos extremos como o de matar, expor e vender os seus filhos e era pai o detentor absoluto dos bens, porém, com o decorrer da história tais direitos foram se abrandando, podendo o pai sofrer punição por atos despóticos que praticasse com seu filho e podendo o filho ser em algumas hipóteses detentor de bens.

É de se destacar ainda que enquanto o homem tinha poderes como o de emancipar os filhos, os excluindo da família, arranjar casamento para eles, ou mesmo de deixar tutor para eles e sua mulher no caso de sua morte, a mulher não detinha poder algum, sendo que não podia divorciar-se do marido, ou nem mesmo ficando viúva tinha os filhos sob seu poder.

Outro direito do pai era de adotar estranhos, desde que não tivesse filhos. Isso porque não tendo filho, a família se extinguiria, e não haveria mais quem cultuasse seus antepassados (VERONESE; GOUVÊA; SILVA, 2005, p. 16).

A *patria potestas* excepcionalmente seria extinta pela emancipação voluntária do *pater*, por eventual acidente que privasse o *pater* de exercê-la, pela prisão por guerra do *pater*, se, por exemplo, o *pater* sujeitasse o filho a maus tratos ou prostituísse a filha ou ainda pela *adoptio* de filho a ele sujeito. No caso da prisão por guerra, a *patria potestas* era recuperada, quando o pai retornasse à pátria (SANTOS NETO, 1994, p. 30).

Os autores Veronese, Gouvêa e Silva (2005, p. 18) preconizaram que:

É no Baixo Império [...] que se desenvolve a última fase do Direito Romano. O cristianismo torna-se a religião oficial do Estado Romano. Surgem então os problemas da difícil relação entre a sociedade religiosa a sociedade civil, pois o cristianismo trouxe uma nova concepção sobre o indivíduo e o Estado. As leis antigas recebem uma nova interpretação. Em matéria de Poder Familiar, proíbe-se a venda do filho, sua morte ou entrega a um credor, pois o Cristianismo ensina o amor mútuo entre pais e filhos. O sacerdócio, até então exercido pelo pai, passa para as mãos do clero, perdendo a autoridade paterna o seu caráter sacral.

Este autoritarismo paternal absoluto e ilimitado com relação aos filhos, escravos e as mulheres, foi marcante durante a República romana, já que todos se submetiam a ele, enquanto ele não possuía obrigação nenhuma para com os submissos, o que o tornava um poder perpétuo, que só se extinguiu em regra com a morte do *pater*. Esse despotismo passou a se atenuar com o Principado. (ATAÍDE JUNIOR, 2009, p. 22-23).

Conclui-se que o pátrio poder na antiga Roma era exercido de forma exclusiva pelo homem, sendo que este detinha absoluto poder sobre os indivíduos *alieni iuris*, não possuindo a mulher poder algum sobre os seus filhos.

Com o evoluir dos costumes, todo esse despotismo exacerbado no exercício da *patria potestas* foi se abrandando, e a partir do momento que o Cristianismo tornou-se religião oficial em Roma, poderes como de matar, vender e expor os filhos foram abolidos e o pai deixou de conduzir a religião, passando para as mãos do clero tal função.

1.2 O Pátrio Poder entre outros Povos da Antiguidade

Assim como no Direito Romano, a figura do chefe familiar esteve presente em todos os povos da história antiga. O direito de matar, expor e vender os filhos, também foram previstos em leis de outros povos e igualmente foram se abrandando no decorrer da história (ATAÍDE JUNIOR, 2009, p. 25-26).

Entre os hindus, o poder do pai sobre o filho, a mulher e os escravos era vitalício, com a ressalva de que no caso de disposição voluntária do pai ou senilidade deste, o primogênito o substituía (SANTOS NETO, 1994, p. 32).

Enquanto que no Direito Romano o pai exercia durante toda vida um poder político sobre os submissos, na Grécia Antiga essa autoridade se limitava, sempre em favor dos submetidos e se regulava por lei (ATAÍDE JUNIOR, 2009, p. 26).

No sistema babilônico consagrado no Código de Hamurabi, o pátrio poder seria extinto pela emancipação voluntária do pai, pelo abandono feito pelo pai da gestão da família a um de seus filhos, dentre outras hipóteses. O Código de Hamurabi tratava ainda do poder do pai de escolher uma prometida para o seu filho ou de dar sua filha em matrimônio, de dar seus filhos em adoção ou arrendamento, de colocar o seu filho sob o poder de outrem ou de vender sua filha como escrava (SANTOS NETO, 1994, p. 32-33).

Entre os hebreus há controvérsias entre a existência ou não do poder de vida ou morte sobre os filhos. Já entre os judeus, não era lícito matar os filhos, enquanto que na antiga Índia e China tal direito estava presente na antiguidade (SANTOS NETO, 1994, p. 32).

O instituto do pátrio poder no antigo direito germânico foi de grande importância e apresentou diferenças significativas com direito romano.

Segundo Gilissen (1995, p. 612) apud Silva (2002, p. 29-30) o pátrio poder germânico, chamado de *mundium*, possuía algumas características distintas do direito romano e outras semelhantes a ele, conforme ficará demonstrado a seguir:

[...] o pátrio poder no direito germânico apresentava as seguintes características que o diferenciavam do direito romano: a) emancipação dos filhos com a maioridade; b) a atribuição do pátrio poder à mãe, em caráter subsidiário ou supletivo. Por outro lado, o *mundium* – poder paterno germânico – guardava muitas semelhanças com a *patria potestas*. O direito de expor os filhos existiu também entre os germânicos, mas desde que as crianças ainda fossem tenra idade. Entre os frísios, por exemplo, até o VIII século, o pai podia expor o filho, desde que o fizesse antes que a criança tivesse “tocado a água do mar”.

Embora se conhecesse entre os germanos dos primeiros tempos o direito de vida e morte, de exposição e abandono, de venda e punição dos filhos, o poder doméstico não era um serviço de interesse apenas do pai de família, cabia também à mãe o dever de criar e educar os filhos. Tal instituto estava ligado à ideia de proteção e era cessado assim que o infante pudesse se defender sozinho, existindo a ideia de maioridade, que em cada época correspondia a uma idade ou a uma condição. Porém, tais benefícios aplicados apenas aos filhos homens, enquanto as mulheres eram protegidas pelos pais até se casarem, quando então passavam a proteção dos maridos. As mães não poderiam nunca exercer pátrio poder, na falta do pai, passaria tal exercício ao parente masculino mais próximo. (SANTOS NETO, 1994, p. 35-36).

Segundo Ataíde Junior (2009, p. 26):

Destacava-se no pátrio poder germânico, a prevalência dos interesses dos filhos. Aqui, não havia o caráter perpétuo típico do sistema romano. O filho estaria liberado do jugo paterno quando reunisse condições de se defender sozinho. Criou-se a maioria como causa de extinção do pátrio poder.

Enquanto no direito romano o pátrio poder era vitalício, não visava à proteção dos filhos, não havia nenhuma participação da mãe na educação dos filhos e com raríssimas exceções seria extinto que não na hipótese da morte pai, no direito germânico o filho homem poderia ser emancipado quando pudesse se defender sozinho, a mãe participava na proteção e educação dos filhos.

O direito germânico contribuiu de forma relevante para o instituto pátrio poder.

Nota-se através dos exemplos citados que o instituto do pátrio poder esteve presente em todos os povos da antiguidade, sendo que cada local apresentava suas peculiaridades, alguns de forma mais despótica, possuindo o pai um poder ilimitado, enquanto outros inicialmente e de maneira muito tímida visavam os interesses do filho.

1.3 O Pátrio Poder na Idade Média

No período da Idade Média é confrontado a ideia do pátrio poder despótico com a ideia de o exercício de um pátrio poder visando de alguma forma atender aos interesses dos filhos.

De acordo com Venosa (2009, p. 301): “na Idade Média é confrontada a noção romana de pátrio poder com a compreensão mais branda de autoridade paterna trazida pelos povos estrangeiros. De qualquer modo, a noção romana, ainda que mitigada, chega até a Idade Moderna [...]”.

Ainda nesse sentido, Rodrigues (2002, p. 397) preconizou que:

Na Idade Média se encontra o conflito entre, a orientação romana, prevalecente em países de direito escrito e manifestada na forma da legislação justinianeia, e, de outro, a orientação germânica, vigente nos países de direito costumeiro, esta muito mais branda do que aquela e inspirada mais no interesse do filho do que no do pai.

Como exemplo, podemos citar a França, já que na maioria das regiões do norte do referido país, a tradição germânica prevalecia, enquanto que no sul onde dominava o direito escrito, prevaleciam os princípios do direito romano justinianeu e teodosiano, adaptados às particularidades locais (SANTOS NETO, 1994, p. 39-40).

Os direitos do pai em relação aos filhos sofreram influência benéfica do direito germânico e do Cristianismo, quando o pátrio poder deixou de ser vitalício por sua natureza e sua extinção ligava-se a independência patrimonial do filho (ATAÍDE JUNIOR, 2009, p. 27)

Ao se casar e formar um lar próprio, o filho desligava-se do poder do pai e mais, todos os bens que o filho adquirisse seria exclusivamente seu e não incorporado ao monte familiar gerido pelo pai (SANTOS NETO, 1994, p. 39).

Dispunha os árabes de direitos despóticos sobre os filhos que gozaram os povos da antiguidade, como o direito de vida e morte. Com o Alcorão tal prática foi proibida. Já no Direito Canônico o direito de matar e expor os filhos eram veemente condenados. (SANTOS NETO, 1994, p. 40-41).

Gilissen (1995, p. 615) apud Silva (2002, p. 32-33) preconizou que:

Durante a Idade Média, da confluência do sistema romano, do germânico e da influência eclesiástica, resultou que o pai não tinha mais o direito de morte e vida sobre o filho. Mas, poderia puni-lo fisicamente, desde que o castigo não o levasse a morte. Era comum, em certos lugares, os pais encerrarem os filhos em cadeias públicas, como forma de castigo. Em várias partes da Europa, segundo os costumes, o pátrio poder era exercido também pela mulher, especialmente, na falta do marido. Em geral, cessava o pátrio poder com a emancipação econômica do filho, pelo casamento ou pelo exercício de altos cargos. Somente, em algumas localidades, a partir já do século XVI, é que a idade foi tomada em conta como critério para a emancipação.

Logo durante a Idade Média poderes como de expor, matar e vender os filhos foram desaparecendo, surgindo em alguns locais a possibilidade o pai colocar seus filhos em cadeias públicas como forma de castigo e ainda nesse período em alguns países da Europa a mãe exercia o pátrio poder na falta do pai.

Verifica-se pelo exposto que a Idade Média foi um período de conflito entre o Direito Romano e o Direito Germânico e que alguns povos aderiram às influências romanas, com um pátrio poder mais rigoroso, outros foram influenciados pelos germânicos, possuindo o pai um poder mais brando e buscando os interesses dos filhos, enquanto que ainda outros possuíram um pátrio poder híbrido, com influências de ambos os povos.

1.4 O Pátrio Poder no Antigo Direito Luso-Brasileiro

O patriarcalismo vem ao nosso encontro através do direito português, apresentando os senhores de engenho e barões do café, como exemplo, deixando marcas permanentes para a nossa história (VENOSA, 2009, p. 301).

De acordo com Pereira (1956, p. 274) apud Comel (2003, p. 23) “sob evidente influência romana, ainda que com modificações que o tempo e os costumes foram operando, no antigo direito luso-brasileiro vigoravam as ordenações, leis e decretos promulgados pelos reis de Portugal”.

Segundo Silva (2002, p. 40), “o direito civil vigente no Brasil, antes do Código Civil de 1916, era o direito civil português, sistematizado fundamentalmente, nas Ordenações Filipinas, que, com alterações e adaptações, mantinha a herança romana”.

Lôbo (2010) descreveu algumas das disposições previstas nas Ordenações Filipinas:

[...] Vigoram no Brasil de 1603 a 1916, com modificações. A mulher necessitava de permanente tutela, porque tinha “fraqueza de entendimento” (Livro 4, Título 61, § 9 e Título 107) O marido podia castigar (Livro V, Títulos 36 e 95) sua companheira; ou matar a mulher, acusada de adultério (Livro 5, Título 38), mas idêntico poder não se atribuía a ela contra ele; bastava apenas a fama pública, não sendo preciso “prova austera” (Livro 5, Título 28, §6°).

O pátrio poder antes do Código Civil Brasileiro de 1916 era exercido exclusivamente pelo pai e incidia apenas sobre os filhos de justas núpcias e sob os filhos legitimados, em razão de casamento superveniente ao nascimento da criança (SILVA, 2002, p. 41).

Segundo Pereira (1956, p. 275) apud Silva (2002, p. 41): “não bastava o filho estar sob o pátrio poder, era necessário ser filho família, isto é, ser nascido de ‘justas núpcias’. Não estavam, portanto, sob o pátrio poder os filhos então denominados ilegítimos, fossem naturais ou espúrios, mesmo reconhecidos, muito menos os adotivos”.

Verifica-se até então que o pátrio poder brasileiro inicialmente foi regulamentado pelo Direito Português, através das Ordenações Filipinas com influências do direito romano e era exercido exclusivamente pelo pai sobre os filhos legítimos e legitimados,

Rocha (1960, p. 38-39) apud Comel (2003, p. 24), traz as seguintes características do pátrio poder no antigo direito luso-brasileiro:

a) só o pai exercia o pátrio poder, não competindo à mãe senão certos direitos relativos à obediência filial; b) a maioridade iniciava aos 25 anos de idade, mas não cessava com ela o pátrio poder se o filho continuasse sob a dependência do pai; c) o pátrio poder só dizia respeito aos filhos legítimos e legitimados, não alcançando os naturais e os espúrios; o pai podia nomear tutor aos filhos naturais, que eram chamados à sucessão se o pai fosse peão.

Silvia (2010) lecionou que:

As Ordenações Filipinas traziam em seu âmago o conservadorismo do poder patriarcal vivido na idade média. No regime das Ordenações ao marido não era imputado pena por aplicação de castigos corporais à mulher e aos filhos; à mulher era vedado ser testemunha em testamento público; o pátrio poder era de exclusividade do marido, não podendo a mulher ser tutora ou curadora sempre que contraísse novas núpcias, as viúvas poderiam sê-lo desde que

“vivessem honestamente”. Não podia, a mulher, praticar quase nenhum ato sem a autorização do marido [...].

Com as características acima descritas nota-se que a mulher inicialmente não tinha participação no exercício do pátrio poder e que a maioridade iniciava aos 25 anos, sendo que o pátrio poder só seria cessado se nessa idade o filho conseguisse se prover sozinho.

Quanto às relações patrimoniais detinha o pai a propriedade e o usufruto do pecúlio profetício e do pecúlio castrense ou quase castrense, quanto ao pecúlio adventício o filho tinha a propriedade e o pai o usufruto enquanto o filho estivesse sob o seu poder. Com exceção dos bens que o filho adquirisse por seu trabalho ou indústria e os bens adventícios extraordinários como, por exemplo, aqueles que o filho adquiria com a condição de que desde logo teria a propriedade e o usufruto deles (ROCHA, 1960, p. 40-41 apud COMEL, 2003, p. 24-25).

Miranda (1955, p. 109) apud Santos Neto (1994, p. 42) trouxe as hipóteses em que seria extinto o pátrio poder, quais sejam: pela morte do pai ou filho; pela entrada do pai, ou do filho em religião aprovada; pelo casamento do filho; por carta de emancipação passada por juiz de órfãos, em virtude da escritura de demissão do pátrio poder, voluntariamente concedida pelo pai em favor do filho, quer fosse maior, quer menor; pelo exercício, pelo filho, de cargos públicos, se já fosse maior de vinte e um anos; pela colação de graus acadêmicos; pela investidura de ordens sacras maiores e por sentença passada em julgado, nos casos em que pudesse o pai ser compelido a emancipar os filhos. Esta última hipótese ocorria, por exemplo, se o pai praticava maus tratos nos filhos, se forçasse sua filha a se prostituir ou, ainda, se o pai abandonava o filho e em razão disso ele era criado por terceiro.

De acordo com Ataíde Junior (2009, p. 27-28):

O pátrio poder, em regra, era vitalício, uma vez não ocorrentes uma das causas de extinção então previstas. Além disso, o poder parental era exercido exclusivamente pelo pai. Mas, o direito lusitano, expresso nas Ordenações, passou a não atender mais às necessidades do Brasil da época. Assim foi que, em 1831, instituiu-se a maioridade em 21 anos, como causa de extinção do pátrio poder, retirando a sua característica de perpetuidade. A prerrogativa exclusivamente paterna na titularidade do pátrio poder somente deixou de ser em 1890, em plena República, quando se concedeu as viúvas o pátrio poder sobre os filhos do casal extinto, cessando, porém, se convolava novas núpcias.

A evolução da sociedade brasileira acarretou mudanças nas relações sociais e familiares e o sistema das Ordenações já não mais satisfazia, assim, por força da resolução de 31 de outubro de 1831, combinada com a lei de 22 de setembro de 1828, a maioridade foi fixada em vinte e um anos, com a conseqüente emancipação dos filhos. (SANTOS NETO, 1994, p. 43-44).

No período da República, em 24 de janeiro de 1890 surgiu o Decreto n. 181 que trouxe o direito a viúva de exercer o pátrio poder, desde que não convolassem novas núpcias, o que foi uma evolução já que deixou de considerar o pátrio poder como uma prerrogativa apenas masculina (COMEL, 2003, p. 25).

Ainda de acordo com o decreto citado acima, Miranda (1955, p. 110) apud Santos Neto (1994, p. 44), evidenciou que se consideravam como causas de extinção do pátrio poder:

[...] a morte do pai ou da mãe; o segundo casamento da mãe; o casamento do pai, ou da mãe, que tendo filho de matrimônio anterior, ainda não tivesse feito o inventário dos bens do casal; a maioridade do filho; a emancipação solene; o casamento do filho; a colação de graus científicos, ou quaisquer outros, em cursos superiores; a sentença de destituição do pátrio poder.

Constata-se que o direito luso-brasileiro sofreu fortes influências do direito romano já que o pai inicialmente exercia sozinho o pátrio poder, sendo que em regra tal exercício era vitalício.

Com o decorrer dos tempos a maioridade dos filhos passou a se dar com vinte e um anos, sendo que nesta idade ele deixava de se submeter ao pátrio poder, se emancipando.

Outra grande evolução ocorreu no período da República, onde foi dada a possibilidade da mulher exercer o pátrio poder, no caso de morte de seu marido e desde que não se casasse novamente.

Em janeiro de 1916, surgiu a Lei n. 3.071 - Código Civil Brasileiro, que revogou as Ordenações em sua totalidade, passando o Brasil a contar com sua própria normatização.

1.5 O Pátrio Poder no Código Civil Brasileiro de 1916

Em janeiro de 1916, surgiu o Código Civil brasileiro, instituído pela Lei n. 3.071, que revogou as Ordenações Filipinas em sua totalidade, passando o Brasil a possuir sua própria normatização codificada (ATAÍDE JUNIOR, 2009, p. 28).

De acordo com Oliveira (1990, p. 302) apud Comel (2003, p. 26):

Sob a égide da Constituição Federal de 1891, que assegurava a democracia, a liberdade e igualdade de todos perante a lei, numa sociedade basicamente rural, em que a família se caracterizava como entidade patriarcal, hierarquizada, matrimonializada e patrimonializada, o primeiro Código Civil brasileiro, instituído pela Lei n. 3.071, de 01.01.1916, constitui a família sob o princípio da unidade de direção.

Nota-se que o Código Civil brasileiro, surgiu sob a égide da Constituição da República de 1891, que previa em seu artigo 72, §2º: “todos são iguais perante a lei. A República não admite privilégios de nascimento, desconhece foros de nobreza e extingue as

ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho” (BRASIL, 2009).

Segundo Ataíde Junior (2009, p. 29):

De uma forma geral, o Código revogado estabelecia regras gerais quanto ao pátrio poder (arts. 379 ao 383), direitos e deveres dos pais quanto à pessoa e aos bens dos filhos (arts. 384 a 391) e causas de suspensão e extinção do pátrio poder (arts. 392 a 395).

O Código Civil de 1916 previa em seu artigo 233 que o marido era o chefe da sociedade conjugal (BRASIL, 2010).

O homem tinha a função formal e solene de cabeça do casal, com poderes para comandar e representar a família, enquanto que a mulher com o casamento era tida como relativamente incapaz, submissa, portanto, ao poder marital (COMEL, 2003, p. 26).

Segundo Lafayette (1956, p. 25) apud Comel (2003, p. 26), “não poderia a sociedade conjugal subsistir regularmente se o poder de dirigir a família e reger-lhe os bens não estivesse concentrado em um só dos cônjuges”.

Há quem acreditasse que o homem tinha tal função pela superioridade natural, pois ele era mais forte, mais inteligente, enfim, mais capaz de dirigir os interesses da família (PEREIRA, 1955, p. 56 apud COMEL, 2003, p. 27).

Por outro lado, havia quem entendesse que a família não tinha por base a autoridade do homem por ele ser mais forte que a mulher, já que ambos estavam no mesmo plano jurídico (BEVILÁQUA, 1960, p. 99-100 apud COMEL, 2003, p. 27).

De acordo com o artigo 240 do Código Civil de 1916, “a mulher assume, pelo casamento, com os apelidos do marido, a condição de sua companheira, consorte e auxiliar nos encargos da família” (BRASIL, 2010). Segundo Comel (2003, p. 27), isto demonstra que apesar de ser o marido o chefe da sociedade conjugal, não havia nenhuma relação hierarquizada de autoridade.

Apesar disso, a mulher com o casamento perdia a direito a livre administração de seus bens, o direito de exercer profissão sem autorização do marido, o que a colocava em uma posição de estreita dependência para com o cônjuge perante a sociedade machista, já que pela lei era somente do marido a chefia e direção da sociedade conjugal (COMEL, 2003, p. 28).

De acordo com Silva (2010) o artigo 240 acima citado e também o artigo 242 do Código Civil de 1916, que restringia a prática de determinados atos pela mulher, nada mais eram do que formas de discriminação, que colocavam a mulher em segundo plano.

Nesse contexto, o pátrio poder era direito subjetivo do pai, a cabeça do casal com relação aos filhos, era privilégio do marido enquanto chefe da sociedade conjugal, só sendo

exercido pela mulher de modo subsidiário, nos termos do artigo 380 do Código Civil de 1916 (COMEL, 2003, p. 28). O referido dispositivo preconizava: “durante o casamento, exerce o pátrio poder o marido, como chefe da família (art. 233), e, na falta ou impedimento seu, a mulher” (BRASIL, 2010).

De acordo com Silva (2010):

O Código Civil de 1916 sustentou os princípios conservadores mantendo o homem como chefe da sociedade conjugal limitando a capacidade da mulher a determinados atos [...]. Vai mais além o Código Civil quando prevê, no artigo 186, que em havendo discordância entre os cônjuges prevalecerá a vontade paterna. Ainda, o artigo 380 do mesmo código dá ao homem o exercício do pátrio poder permitindo tal exercício a mulher apenas na falta ou impedimento do marido [...].

Nesse sentido lecionou Santos Neto (1994, p. 79):

[...] o exercício da autoridade parental pela mãe era admitido apenas em caráter excepcional. Ao homem era dada, em condições normais, a titularidade exclusiva do direito em pauta. Sua vontade prevalecia e contra ela não havia remédio previsto, salvo, é claro, no caso de comportamento abusivo e contrário aos interesses dos menores.

Rodrigues (2001, p. 350) evidenciou:

O Código Civil deferia ao marido, como chefe da sociedade conjugal, o exercício do pátrio poder, que só em sua falta, ou impedimento, passava a ser exercido pela mulher. Entendiam os intérpretes que, embora ambos os pais fossem titulares do direito, seu exercício não era simultâneo, mas sucessivo, de modo que a mulher só era chamada a exercê-lo na falta ou impedimento do varão. Assim sendo, em caso de divergência entre os cônjuges, prevalecia a opinião do marido, exceto em caso de manifesto abuso de direito.

Entretanto, apesar da lei prever que pátrio poder era um direito subjetivo conferido ao pai, a doutrina foi abrindo caminho para considerar cada vez mais, a vontade da mulher na criação dos filhos (PEREIRA, 1959, p. 59 apud COMEL, 2003, p. 28).

Estavam sujeitos ao pátrio poder, nos termos do artigo 379 do Código Civil de 1916 os filhos menores legítimos, os legitimados, os legalmente reconhecidos, e os adotivos (BRASIL, 2010). Sem o reconhecimento dos filhos, sequer se falava em autoridade paterna e ainda que só pelo casamento se constituísse a família legítima, foi conferida a proteção a esses demais filhos, tendo em vista o instituto do pátrio poder não ser privativo da família legítima, e sim uma organização da autoridade protetora dos pais, durante a menoridade dos filhos. (BEVILÁQUA, 1960, p. 279 apud COMEL, 2003, p. 29-30).

Segundo Rodrigues (2001, p. 351), “o legislador, com efeito, parece ter dedicado sua atenção principalmente a filiação legítima, tanto que afirma exercer o marido – e não o pai – o pátrio poder, o que confirma ter tido em vista quase que exclusivamente o pátrio poder dentro do casamento”.

A exceção ao mencionado artigo 379 estava no artigo 383 que previa: “o filho ilegítimo não reconhecido pelo pai, fica sob o poder materno” (BRASIL, 2010).

Os filhos ilegítimos, que não fossem reconhecidos pelo pai, ficavam sob o poder da mãe e caso a mãe não fosse conhecida ou não fosse capaz de cuidar, seria nomeado um tutor para o menor (COMEL, 2003, p. 30).

Ainda nesse sentido Beviláqua (1917, p. 360) apud Silva (2002, p 48-49) observou que:

[...] o filho ilegítimo estava marginalizado no sistema do Código Civil, a despeito do autor de seu projeto insistir em dizer que “o pátrio poder não é, no sistema do Código, um instituto privativo da família legítima. Não o é unicamente no sentido de que os filhos naturais, legalmente reconhecidos, mesmo que não legitimados por posteriores núpcias, estavam sob o “pátrio poder” de quem os reconheceu como tais. Porém, os filhos então chamados ilegítimos, isto é, os adúlteros e os incestuosos, nos termos do Código, estavam impedidos de investigar a paternidade (art. 358) ou a maternidade, se casada a mulher (art. 364) [...] .

É de se destacar que se o filho fosse reconhecido pelo pai, à mãe perderia o pátrio poder sobre o menor.

Outro dispositivo que colocava a mulher sobre uma escala inferior a do homem era o artigo 393 do Código Civil de 1916 (BEVILÁQUA, 1960, p. 379 apud SILVA, 2002, p. 51-52). Este dispunha que a viúva que contraísse novas núpcias, perdia o pátrio poder sobre os filhos do primeiro casamento e caso ficasse viúva novamente recuperava o pátrio poder (BRASIL, 2010).

O artigo 384 do Código Civil de 1916 trazia o conteúdo do poder familiar quanto à pessoa dos filhos e conferia ao pai a competência de: dirigir-lhes a criação e educação; tê-los em sua companhia e guarda; conceder-lhes, ou negar-lhes consentimento para casarem; nomear-lhes tutor, por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais lhe não sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o pátrio poder; representá-los, até aos 16 (dezesseis) anos, 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 (BRASIL, 2010).

Quanto ao patrimônio dos filhos o pai detinha a administração dos bens, com algumas restrições, sendo que na sua falta caberia a mãe tal função; já quanto à extinção o pátrio poder se extinguia pela morte dos pais, ou do filho; pela emancipação, pela maioridade, que na época ocorria com vinte e um anos e pela adoção, tudo nos termos dos artigos 385 e 389 a 392 do Código Civil de 1916 (BRASIL, 2010).

A administração dos bens dos filhos pelo pai, nada mais foi que mais uma forma de discriminação contra as mulheres.

Com o fim da sociedade conjugal em nada se alterava o pátrio poder, existindo consequências na questão da guarda dos filhos. No caso de desquite amigável a guarda seria decidida por mútuo acordo dos pais; no desquite judicial, se houvesse cônjuge culpado os filhos ficariam com o inocente; se os dois fossem culpados, o filho seja ele menina ou menino de até seis anos ficaria com a mãe, após essa idade os meninos passariam a ficar sob a guarda do pai e as meninas permaneciam com a mãe (COMEL, 2003, p. 31).

Vale ressaltar, que o desquite nada mais era do que a separação voluntária do casal e só era permitida depois de dois anos do casamento (CARDOSO, 2010).

De acordo com Silva (2010):

O legislador de 1916 deixou bastante claro os papéis dos cônjuges. Ao marido, provedor do lar, o mundo exterior. À mulher, dona de casa, submissa ao regime patriarcal, os domínios das lides domésticas. O casamento era uma instituição que previamente determinava as atribuições e condutas dos cônjuges. Ao marido, a palavra final, à mulher a submissão.

Conclui-se que o Código Civil de 1916, seguindo as tradições anteriores colocou o homem como o chefe da família, exercendo o pátrio poder de forma exclusiva. A mãe só exerceria tal poder na falta ou impedimento do pai.

A mulher com o casamento era tida como incapaz, sendo que perdia o direito a livre administração de seus bens, não podia trabalhar sem autorização de seu marido que figurava como chefe da sociedade conjugal.

Estavam submetidos ao pátrio poder, apenas os filhos legítimos, legitimados, legalmente reconhecidos e os adotivos, desde que menores de vinte e um anos de idade. Os filhos ilegítimos não podiam ser reconhecidos e ficavam quando possível sob o pátrio poder da mãe.

A mulher que ficasse viuva ficaria no exercício do pátrio poder. Caso a mesma contraísse novas núpcias, deixaria de exercer o pátrio poder. Se ficasse viuva novamente voltava a exercer o pátrio poder sobre os filhos.

Quanto à administração dos bens dos filhos, caberia o pai e apenas na falta do mesmo caberia a mãe a exercer.

1.6 O Pátrio Poder e o Estatuto da Mulher Casada

Em 27 de agosto de 1962 surgiu a Lei n. 4.121, denominada Estatuto da Mulher Casada, que apesar de manter o marido na chefia na sociedade conjugal trouxe algumas

mudanças importantes para o instituto do pátrio poder, além de ter reconhecido a plena capacidade da mulher, inclusive na constância do casamento. (COMEL, 2003, p. 33).

De acordo com Lôbo (2009):

No Brasil, foram necessários 462 anos, desde o início da colonização portuguesa, para a mulher casada deixar de ser considerada relativamente incapaz (Estatuto da Mulher Casada, Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962); foram necessários mais 26 anos para consumir a igualdade de direitos e deveres na família (Constituição de 1988), pondo fim, em definitivo, ao antigo pátrio poder e ao poder marital.

Silva (2010) lecionou que:

Em 1962, com o Estatuto da Mulher Casada, surgiu o primeiro marco histórico da liberação da mulher no Brasil. Quer nos parecer que o maior mérito do Estatuto foi abolir a incapacidade feminina, revogando diversas normas discriminadoras. Consagrou o princípio do livre exercício de profissão da mulher casada permitindo que esta ingressasse livremente no mercado de trabalho tornando-a economicamente produtiva, aumentando a importância da mulher nas relações de poder no interior da família. Este aumento do poder econômico feminino trouxe decisivas modificações no relacionamento pessoal entre os cônjuges [...].

Segundo Santos Neto (1994, p. 79), referido estatuto conferiu à esposa a condição de colaboradora do varão no exercício do pátrio poder, alterando assim o artigo 380 do Código Civil de 1916. O dispositivo passou a ter a seguinte redação:

Durante o casamento, compete o pátrio poder, aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade. Parágrafo único. Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz para solução da divergência. (BRASIL, 2010).

Conquistou a mulher com referido dispositivo, o direito subjetivo inerente ao pátrio poder, entretanto o pai ainda continuou em primeiro plano. O parágrafo único deixou mais evidente a predominância do pai quando descreveu que na divergência prevalecia a vontade do homem, não podendo dizer que a mãe estava protegida apenas pelo fato de ter o direito de recorrer ao juiz. Essa foi a mudança mais significativa que ocorreu e que permaneceu em vigor até a promulgação da Constituição Federal de 1988 (COMEL, 2003, p. 33-34).

Há ainda quem entendesse que a intervenção judicial era o único remédio para que não prejudicasse o filho, diante da prepotência do pai (COMEL, 2003, p. 34).

Gonçalves (2009, p. 375) evidenciou que “conferiu-se, desse modo, o exercício do então denominado pátrio poder aos dois genitores, malgrado tivesse colocado a mulher na condição de mera colaboradora. Reconheceu-se-lhe, todavia, o direito de recorrer ao juiz em caso de divergência entre os cônjuges”.

Rodrigues (2001, p. 350-351) observa que muitas foram as críticas em desfavor da permissão dada a mulher de recorrer ao juiz no caso de divergência e posicionou-se no sentido de que tais críticas eram exageradas, pois em casos raros seria necessária a intervenção judicial, como na hipótese de divergências mais profundas e em decisões de maior alcance, e que a vantagem de tal inovação era a de impedir o despotismo do marido; disse ainda que o artigo 160, inciso I, §2º do Código de 1916 previa ser ilícito o exercício irregular de um direito, logo se o pai no exercício do pátrio poder decidisse de maneira exorbitante, poderia a mãe já antes do Estatuto da Mulher Casada recorrer ao judiciário.

O Estatuto da Mulher Casada, também deu nova redação ao artigo 393 do Código Civil de 1916, que passou a dispor que a mulher que ficasse viuva e contraísse novas núpcias, não perderia o pátrio poder e o exerceria sem a intervenção do marido (BRASIL, 2010).

Nesse sentido Silva (2010) preconizou que:

[...] com o advento da Lei n. 4.121/62 (Estatuto da Mulher Casada) nosso Código Civil sofreu significativas mudanças. O artigo 393 que retirava da mulher o pátrio poder, em relação aos filhos do leito anterior, quando contraísse novas núpcias, teve sua redação alterada proclamando que a mulher não mais perderia os direitos do pátrio poder quando contraísse novas núpcias. O artigo 380 que dava o exercício do pátrio poder ao marido e somente na falta deste à mulher, concedeu o exercício do pátrio poder a ambos os pais, prevalecendo a vontade do homem no caso de discordância do casal, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz para solução da divergência.

A terceira e última mudança trazida pelo Estatuto da Mulher Casada veio de encontro com a alteração do artigo 393 do Código Civil de 1916 dando nova redação ao artigo 283 do mesmo diploma legal, onde deu à mulher a prerrogativa de cuidar dos filhos e dos bens dos filhos do leito anterior. Antes os bens dos filhos estavam vinculados apenas ao pai (COMEL, 2003, p. 35).

Rodrigues (2001, p. 351-352) ainda comentou a questão do exercício do pátrio poder sobre o filho ilegítimo ao observar que:

[...] a Lei n. 4.121/62, embora não tenha cogitado do pátrio poder sobre o filho ilegítimo (nem podia fazê-lo, pois ela constitui estatuto jurídico da mulher casada, alterou o regime estabelecido pelo art. 383 do Código Civil; De acordo com esse dispositivo a mãe tinha o pátrio poder do filho ilegítimo, se o pai não o houvesse reconhecido. Se este o reconhecesse, entretanto, o pátrio poder passava a ser por ele exercido. Solução que era lógica, porque o pátrio poder não é um efeito do casamento, mas efeito da paternidade. Ora, havendo se alterado, por aquele diploma de 1962, a titularidade e o exercício do pátrio poder sobre o filho legítimo, não há razão para não se aplicar a inovação no que diz respeito ao filho ilegítimo.

De acordo com Lôbo (2010):

O advento da Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962, representou o marco inicial da superação do poder marital na sociedade conjugal e do tratamento legal assimétrico entre homem e mulher. Foi saudada como a lei da abolição da incapacidade feminina. Com efeito, foram revogadas diversas normas consagradoras da desigualdade, mas restaram traços atenuados do patriarcalismo, como a chefia da sociedade conjugal e o pátrio poder, que o marido continuou a exercer “com a colaboração da mulher”; o direito do marido de fixar o domicílio familiar, embora com a possibilidade de a mulher recorrer ao juiz; e, o que é mais grave, a existência de direitos e deveres diferenciados em desfavor da mulher.

Nota-se pelo exposto que o texto original do Código Civil de 1916 foi modificado, porém, homem se manteve na chefia da sociedade conjugal, passando a mulher a exercer uma colaboração no exercício do pátrio poder.

O referido estatuto também trouxe a possibilidade da mulher recorrer ao poder judiciário no caso de divergência com o pai no exercício do pátrio poder, porém previu que enquanto não fosse solucionado tal conflito prevalecia a decisão do pai.

Outra inovação foi a de que a mulher que ficasse viuva e contraísse novas núpcias, não deixaria de exercer o pátrio poder sobre os filhos, como antes previa o Código Civil de 1916.

É de considerar que o Estatuto da Mulher Casada apesar de não mudar radicalmente a forma como o instituto do pátrio poder vigorava na época, ele foi um ponto de partida na busca pela igualdade jurídica das mulheres já que as tornou plenamente capazes, inclusive na constância do casamento.

1.7 O Pátrio Poder e a Lei do Divórcio

Em 1977 surgiu a Lei n. 6.515, chamada de Lei do Divórcio que não trouxe alterações significativas quanto ao Pátrio Poder, mas que criou o divórcio colocou a separação judicial no lugar do desquite e teve como maior objetivo regular a situação dos filhos submetidos ao pátrio poder, os quais passariam a viver fora do convívio simultâneo dos pais (COMEL, 2003, p. 35-36).

De acordo com Schwertner (2010):

[...] Em Junho de 1977, foi votada a Emenda Constitucional n. 9, a qual cancelava a indissolubilidade do casamento estabelecida na Constituição existente e que, em 26 de Dezembro de 1977, viabilizou a aprovação do projeto de lei dos senadores Nelson Carneiro e Accioly Filho o qual se transformou na Lei n. 6.515, a qual instituiu o divórcio no Brasil. A instituição do divórcio representa uma evolução social e cultural, liberando o homem e a mulher dos formalismos e da rigidez da união entre os mesmos, que durante séculos os dominaram. [...] As disposições constantes no Código

Civil foram revogadas com a entrada em vigor da Lei n. 6.515/77 – Lei do Divórcio, a qual absorveu as regras a serem seguidas, quanto à guarda dos filhos menores, na ocorrência de dissolução da sociedade conjugal.

Venosa (2009, p. 181) leciona que:

Os dispositivos sobre a proteção dos filhos na dissolução da sociedade conjugal estavam no Código Civil de 1916, arts. 325 a 329. A Lei do Divórcio revogou esses artigos, trazendo regras sobre a matéria nos arts. 9º a 16. Essa dilaceração do também nesse aspecto mostrou-se injustificável [...].

Na dissolução amigável continuaram os pais a decidirem conjuntamente sobre a guarda dos filhos (artigo 9º da Lei do Divórcio); já na separação litigiosa e na anulação de casamento havia três possibilidades no artigo 10, *caput*, §1º e §2º da Lei do Divórcio: a guarda deverá ficar com o cônjuge inocente, igual era previsto no Código Civil de 1916; se ambos os cônjuges forem culpados deverá ficar com a mãe, salvo se o juiz entender que isso será prejudicial; caso verifique que o filho não pode ficar nem com a mãe e nem com o pai, o juiz determinara que o menor fique sob a guarda a pessoa idônea da família (BRASIL, 2010).

Nesse sentido preconizou Cardoso (2010):

Na separação consensual, a Lei do Divórcio, de 1977, permitiu que os cônjuges determinassem livremente o modo pelo qual a guarda dos filhos seria exercida, em solução confirmada pelo novo código. Na separação judicial, a Lei do Divórcio atribuiu a guarda ao cônjuge que não tenha causado a separação e, sendo ambos responsáveis, determinou que os filhos menores, não havendo acordo entre os pais, ficariam em poder da mãe.

Ao manifestar seu entendimento a redação dada ao artigo 9º da Lei do Divórcio, Schwertner (2010) observou: “sabemos que este artigo relega a fixação da guarda dos filhos ao entendimento dos pais, o que poderá ocorrer, inclusive, em separação litigiosa, quando no requerimento da guarda não houver desentendimento entre os cônjuge”.

No caso de rompimento da vida em comum, os filhos ficariam com o cônjuge que estava no momento da ruptura, isso para preservar a situação familiar de antes (artigo 11 da Lei do Divórcio); no caso de separação motivada por doença mental de um dos cônjuges, previu o artigo 12 da Lei do Divórcio, o filho deverá ficar com aquele que tiver melhor condições de assumi-lo (BRASIL, 2010).

Após estabelecer as normas acima descritas, o legislador conferiu no artigo 13 da Lei do Divórcio a discricionariedade de o juiz agir de forma diversa do estabelecido, visando o bem dos filhos (BRASIL, 2010).

Logo, se o juiz verificar que existe motivo grave, pode dispor de forma diversa da prevista, regulando a situação dos filhos da maneira que lhe parecer melhor aos menores (SANTOS NETO, 1994, p. 86).

O artigo 27 da Lei do Divórcio previa que o divórcio não modificava o direito dos pais com relação aos filhos, mesmo que um dos pais ou ambos se casassem novamente (SANTOS NETO, 1994, p. 81).

Um aspecto importante e que não foi tratado no Código Civil de 1916 foi a questão do direito do pai que não tinha a guarda do filho, o que foi resolvido pela Lei do Divórcio que previu em seu artigo 15 o direito de visita, companhia e fiscalização da manutenção e educação dos filhos (COMEL, 2003, p. 38).

Estabeleceu o artigo 16 da Lei do Divórcio a equiparação do filho maior inválido aos menores (BRASIL, 2010). A finalidade foi a de protegê-los quanto à guarda e aos alimentos (COMEL, 2003, p. 39).

Ainda quanto a inovações trazidas pela Lei do Divórcio, Silva (2010) leciona que “privilegiou a mulher com a faculdade de optar, ou não, pelo uso do patronímico do marido, retirando a imposição da mulher se despersonalizar abrindo mão do próprio nome para adotar o do marido”.

Nota-se que a Lei do Divórcio criou o divórcio e colocou a separação judicial no lugar do desquite; manteve a disposição do Código Civil de 1916 de que na dissolução amigável os pais decidem sobre a guarda dos filhos e que caso haja cônjuge culpado, os filhos devem ficar com o inocente e inovou ao prever que se ambos os cônjuges forem culpados o menor deverá ficar com a mãe, a não ser que o juiz entenda que isso será prejudicial ao filho e caso verifique que o filho não pode ficar nem com a mãe e nem com o pai, o juiz determinara que o menor fique sob a guarda a pessoa idônea da família.

A referida lei previu ainda que o juiz poderá decidir de modo diverso ao previsto acima, visando o bem do filho e que pode a mulher decidir se quer ou não usar o patronímico do marido.

Outra inovação importante e que merece destaque foi a regulamentação quanto ao direito de visita, fiscalização e manutenção da educação dos filhos, àquele que não ficou com a guarda do menor.

1.8 A Constituição Federal de 1988

Em 05 de outubro de 1988 foi promulgada a Constituição Federativa do Brasil, que de acordo com Comel (2003, p. 39), revogou cerca de cem dispositivos do Código Civil de 1916 com apenas três de seus artigos, quais sejam: artigo 5º, inciso I; artigo 226, nos §3º, §4º e §5º; e o artigo 227, nos últimos dois parágrafos.

A Constituição Federal de 1988 trouxe diversas contribuições para o instituto do pátrio poder: o artigo 5º, inciso I colocou a mulher em pé de igualdade com o homem; o artigo 226, §5º previu que os direitos referentes a sociedade conjugal serão exercidos igualmente pelo homem e pela mulher; o artigo 226, §3º e §4º reconheceu a união estável e a comunidade formada por qualquer dos pais e descendentes como entidades familiares, deixando o casamento de ser a única forma legítima de constituição de família; o artigo 227 §6º equiparou todos os filhos independente de ser ou não fruto de casamento, sem qualquer discriminação (COMEL, 2003, p. 40).

Segundo Gama (2009) com o advento da Constituição Federal de 1988, a qual estabeleceu igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres, a formação paternalista da família não fazia mais sentido.

Silva (2002, p. 59-60) leciona que a Constituição Federal consagrou a concepção pluralista de família e estabeleceu o regime único de filiação. A filiação se desatrelou do matrimônio e recebe amparo legal como um valor jurídico em si.

Com a igualdade de direitos entre os filhos havidos ou não da relação de casamento, o texto do Código Civil de 1916 perdeu sua vigência, devendo o filho legítimo, ilegítimo, legitimado ou adotivo ser tratado da mesma forma (VERONESE; GOUVÊA; SILVA, 2005, p. 23).

De acordo com Gonçalves (2009, p. 375):

A igualdade completa no tocante a titularidade e exercício do poder familiar pelos cônjuges só se concretizou com o advento da Constituição Federal de 1988, cujo art. 226, § 5º dispôs: “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

Ocorre que o legislador não percebeu que por ser a norma constitucional auto-aplicável, toda legislação contrária a ela seria revogada, deveria então ter sido elaborado um novo ordenamento infraconstitucional (COMEL, 2003, p. 41-42).

Muitas foram as discussões e as formas para solução de tal problema, já que o Código Civil de 1916 se transformou em uma legislação residual. O direito de família acabou sendo revelado pelo intérprete em obras intelectuais e pelo Poder Judiciário por meio da analogia, costumes e princípios gerais do direito. A solução definitiva, o preenchimento da lacuna existente só ocorreu com o Código Civil de 2002. (COMEL, 2003, p. 45).

A promulgação da Constituição Federal de 1988 foi de extrema importância para o instituto do pátrio poder, pois colocou o homem e a mulher em pé de igualdade, passando ambos a exercerem o pátrio poder conjuntamente, sem qualquer diferença.

O casamento deixou de ser a única forma de constituição da família legítima e todos os filhos foram equiparados, não podendo existir qualquer discriminação entre filhos nascidos dentro ou fora do casamento, o que foi outra grande contribuição para o instituto do pátrio poder.

O problema foi que com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 1916 ficou ultrapassado, sendo necessária uma legislação infraconstitucional que resolvesse referidas lacunas. Como isso não ocorreu, passou o poder judiciário a utilizar da analogia, costumes e princípios gerais do direito, já que não poderia deixar de julgar alegando lacuna ou obscuridade da lei.

1.9 O Poder Familiar à Luz do Estatuto da Criança e do Adolescente

Em 13 de julho de 1990, dois anos após a promulgação da Constituição Federativa do Brasil, surgiu a Lei n. 8.069, denominada Estatuto da Criança e do Adolescente, que já a luz do princípio da igualdade entre homens e mulheres, trouxe disposições expressas sobre o pátrio poder (COMEL, 2003, p. 46).

As questões referentes à filiação, à família, à criança e aos adolescentes, receberam um novo contorno com a promulgação da Constituição Federal de 1988, sendo então necessária uma nova normatização, diferente daquela existente. Enquanto não havia uma normatização específica, de acordo com os ditames constitucionais, prevaleceu a aplicação dos princípios constitucionais. Ocorre que os princípios constitucionais nem sempre atendiam as peculiaridades sobre procedimentos especiais de controle dos direitos das crianças e adolescentes. Daí a importância da criação do Estatuto da Criança e do Adolescente, que trouxe ao sistema jurídico normas e institutos exclusivos, aplicáveis a todas as crianças e adolescentes (VERONESE; GOUVÊA; SILVA, 2005, p. 54-56).

O artigo 21 do Estatuto da Criança e do adolescente prevê que “o poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurando a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer a autoridade judiciária competente para a solução da divergência” (BRASIL, 2010, p. 1158).

Tal artigo atendendo ao princípio da igualdade entre homens e mulheres, previu que o pátrio poder será exercido pela mãe e pelo pai, sem qualquer discriminação, deixando a mulher de ter de ser mera colaboradora no exercício do pátrio poder.

Referindo-se ao artigo acima citado preconizou Comel (2003, p. 46):

Tal dispositivo reafirmou o exercício da função paterna em igualdade de condições entre o homem e a mulher, o que já determinara a Constituição

Federal, coibindo quaisquer discriminações, privilégios ou distinções entre eles, pois investidos nas prerrogativas inerentes a tal instituto protetivo.

Ataíde Junior (2009, p. 30) lecionou que “o Estatuto da Criança e do adolescente, encapando as transformações contemporâneas da *patria potestas*, impôs expressamente o princípio da isonomia no exercício da autoridade parental [...]”.

O artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe: “aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais” (BRASIL, 2010, p. 1158).

De acordo com Lôbo (2009) o Estatuto da Criança e do Adolescente Estatuto da Criança e do Adolescente:

[...] especifica o princípio da igualdade definitivamente consagrado na Constituição de 1988, estabelecendo que o pátrio poder será exercido “em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe” e que o dever de sustento guarda e educação dos filhos cabe igualmente a ambos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente consolidou a retirada do pátrio poder dos limites da sociedade conjugal e previu que todos os filhos menores têm direito ao pátrio poder, pois conforme já explicado neste capítulo, apesar da Constituição Federal de 1988 ter previsto outras formas legítimas de constituição de família, que não o casamento e a igualdade entre todos os filhos, a legislação infraconstitucional vigente se referia ao pátrio poder só no casamento e somente a determinados filhos (COMEL, 2003, p. 47).

Ensinou Bittar Filho (1992) apud Comel (2003, p. 47-48), que o Estatuto da Criança e do Adolescente preencheu algumas lacunas deixadas pela promulgação da Constituição Federal de 1988, porém, muitas questões ainda deveriam ser disciplinadas já que o Código Civil de 1916 era em sua maioria incompatível com a ordem constitucional de 1988. Depois de 12 anos de espera, surgiu o Código Civil de 2002, suprimindo as lacunas existentes, revogando o Código Civil de 1916 em sua totalidade (COMEL, 2003, p. 47-48).

Pelo exposto, percebe-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente surgiu à luz da ordem constitucional de 1988 e preencheu algumas lacunas por ela deixadas. Atendendo ao princípio da igualdade entre homens e mulheres, os colocou como titulares do exercício do pátrio poder, sem qualquer distinção e previu ainda que ambos possuam o dever de sustento, guarda e educação dos filhos.

Apesar do Estatuto da Criança e do Adolescente ter preenchido algumas lacunas deixadas pelas Constituição Federal de 1988, muita coisa ainda deveria ser disciplinada o que só ocorreu com o surgimento do Código Civil de 2002, que será tratado no próximo capítulo.

Vale ressaltar que o Estatuto da Criança e do Adolescente quando de sua criação previu que o pátrio poder será exercido em igualdade de condições pelo pai e pela mãe, mas manteve a expressão “pátrio poder”, o que foi alterado pela Lei n. 12.010, de 03 de agosto de 2009, onde foi previsto “poder familiar” em conformidade com o Código Civil de 2002.

CAPÍTULO 2 – O PODER FAMILIAR NO DIREITO BRASILEIRO

Neste capítulo inicialmente será feito um breve estudo do projeto do Código Civil de 2002, de sua aprovação até sua entrada em vigor, especialmente para compreender o instituto do poder familiar na atual legislação brasileira.

Após será feito um estudo do instituto do poder familiar de forma detalhada, analisando seus principais aspectos segundo a doutrina e a legislação vigente.

2.1 Disposições quanto ao Instituto do Poder Familiar e o Código Civil de 2002

O projeto de lei que deu origem ao Código Civil de 2002 (Lei 10.406, sancionada em 10 de janeiro de 2002), teve início na Câmara dos Deputados, sob a coordenação do Professor Miguel Reale, e tramitou durante cinco legislaturas (COMEL, 2003, p. 48).

Enquanto que no Código Civil de 1916 o pátrio poder era tratado em um Capítulo, intitulado “Do Pátrio Poder”, localizado no Título V, “Das Relações de Parentesco”, pertencente ao Livro I, “Do Direito de Família”; no Código Civil de 2002 tal instituto passou a ser disciplinado no Capítulo V, “Do Poder Familiar”, localizado no Subtítulo II, “Das Relações de Parentesco”, do Título I, “Do Direito Pessoal”, pertencente ao Livro IV “Do Direito de Família”, sob o aspecto pessoal (COMEL, 2003, p. 51).

Além disso, sob o aspecto material, o Código Civil de 2002 traz disposições referentes ao poder familiar em cinco artigos do Subtítulo II, “Do Usufruto e da Administração dos Bens de Filhos Menores”, localizado no Título II, “Do Direito Patrimonial”, também pertencente ao Livro IV, “Do Direito de Família” (BRASIL, 2010, p. 17-18).

Segundo Ataíde Junior (2009, p. 29):

Na sistemática do novo Código, o poder familiar possui basicamente as mesmas regras gerais do código anterior (arts. 1.630 ao 1.633), seguidas dos direitos e deveres dos pais quanto à pessoa dos filhos (art. 1.634) e terminando com as hipóteses de suspensão e extinção (arts. 1.635 a 1.638). A parte relativa aos direitos dos pais quanto à pessoa dos filhos passou a integrar o direito patrimonial de família, com suas regras estabelecidas nos arts. 1.689 a 1.693, no subtítulo que diz respeito ao usufruto e à administração dos bens dos filhos menores.

Comel (2003, p. 52) preconizou que:

No que tange ao conteúdo de poder familiar, em linhas gerais, os artigos do Código Civil são praticamente todos inspirados no Código Civil de 1916 (na disciplina do pátrio poder), não trazendo modificações significativas. Houve

uma tentativa de compatibilizar a matéria à igualdade de direitos reconhecida ao homem e à mulher e aos filhos, independente da origem, o que de resto, era imperativo. Mas, sobre o poder familiar, em especial, não regula de modo satisfatório a questão da atribuição da função dos pais em igualdade de condições, a problemática do exercício conjunto, dentre outros, repetindo, ainda, normas do Código Civil de 1916 que já não tem sentido ou aplicabilidade em face das disposições constitucionais referentes à filiação.

Vale ressaltar que no texto original do Projeto do Código Civil havia sido mantida a expressão “pátrio poder”, que foi modificada, pois muitos entendiam que tal expressão era denotadora da prevalência do cônjuge varão sobre a pessoa dos filhos (COMEL, 2003, p. 53).

Por sua vez, Rodrigues (2002, p. 397) criticou o Código Civil de 2002 ao lecionar:

O novo Código optou por designar esse instituto como *poder familiar*, pecando gravemente ao mais se preocupar em retirar da expressão a palavra “pátrio”, por relacioná-la impropriamente ao *pai* (quando recentemente já lhe foi atribuído aos pais e não exclusivamente ao genitor), do que cuidar para incluir na identificação o seu real conteúdo, que, antes de poder, como visto, representa uma obrigação dos pais, e não da família, como sugere o nome proposto.

Para Gonçalves (2009, p. 373), “a denominação poder familiar é mais apropriada que pátrio poder, utilizada pelo Código Civil de 1916, mas não é a mais adequada, porque ainda se reporta ao poder”.

Comel (2003, p. 59) também entende não ser a expressão poder familiar a mais apropriada, pois se a intenção do legislador era adequar a terminologia à concepção de igualdade entre os pais, o termo poder seria inadequado; e, além do mais, a expressão familiar, dá ideia de que é um encargo da família e não só dos pais.

Outras críticas ao Código Civil de 2002 existiram, muitos diziam em todo momento de sua criação visaram o máximo de preservação do Código Civil de 1916. De acordo com Verucci (1999, p. 23) apud Comel (2003, p. 53), o Projeto do Código Civil de 2002, não deixou de ser uma revisão do Código Civil de 1916 e não absorveu a contribuição do desenvolvimento econômico e social dos novos tempos.

Santos Neto (1994, p. 56) se manifestou a favor da permanência da denominação *pátrio poder*, dizendo ser ela tradicional, consagrada e universalmente aceita e que não havia motivo para alterar o que o nosso direito já sancionou e que o termo poder nada mais serve para exprimir a subordinação dos filhos em relação aos pais.

De acordo com Lôbo (2009):

O poder familiar é a denominação que adotou o novo Código para o pátrio poder, tratado no Código de 1916. Ao longo do século XX, mudou substancialmente o instituto, acompanhando a evolução das relações familiares, distanciando-se de sua função originária – voltada ao exercício de poder dos pais sobre os filhos. [...] A denominação ainda não é a mais adequada, porque mantém a ênfase no poder. Todavia, é melhor que a

resistente expressão “pátrio poder”, mantida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), somente derogada com o novo Código Civil. Com a implosão, social e jurídica, da família patriarcal, cujos últimos estertores deram-se antes do advento da Constituição de 1988, não faz sentido que seja reconstruído o instituto apenas deslocando o poder do pai (pátrio) para o poder compartilhado dos pais (familiar), pois a mudança foi muito mais intensa, na medida em que o interesse dos pais está condicionado ao interesse do filho, ou melhor, no interesse de sua realização como pessoa em formação.

Logo, nota-se que não houve uma mudança radical no sistema do instituto do pátrio poder. Com o Código Civil de 2002 tal instituto passou a ser chamado de *poder familiar*, sendo que houve apenas um melhoramento técnico e terminológico nas disposições normativas, de forma que se adaptar as mudanças consagradas pelas Constituição Federal de 1988 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ATAÍDE JUNIOR, 2009, p. 29).

Não se criou uma nova figura jurídica, buscou compatibilizar o tradicional e secular e existente aos novos conceitos jurídicos e valores sociais (COMEL, 2003, p. 54).

É de se destacar ainda, que houve diversas críticas ao Código Civil de 2002 pela abrangência da expressão poder familiar, uns disseram que esta demonstra existir um poder da família no todo, o que não ocorre, pois se trata de um poder exclusivo dos pais, e outros disseram que o novo Código se preocupou demais em preservar o Código Civil de 1916, do que em acompanhar o desenvolvimento social e econômico.

Verifica-se que o Código Civil de 2002 surgiu após a promulgação da Constituição Federal de 1988 e do surgimento do Estatuto da Criança e do Adolescente, de forma a preencher a lacuna já mencionada existente na legislação infraconstitucional.

O instituto do *pátrio poder* passou a denominar-se *poder familiar*, já que a antiga denominação demonstrava uma total predominância do pai no exercício do poder sobre os filhos, o que não mais ocorria.

2.2 Conceito de Poder Familiar

A legislação pátria vigente não trouxe um conceito para o poder familiar, mas definições são encontradas na doutrina. Então, serão estudados alguns conceitos de doutrinadores.

Diniz (2002, p. 447) define o poder familiar como:

[...] conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho.

Rodrigues (2002, p. 398) o definiu como um “[...] conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos, não emancipados, tendo em vista a proteção destes”.

Santos Neto (1994, p. 55) definiu o pátrio poder como:

[...] complexo de direitos e deveres concernentes ao pai e à mãe, fundado no Direito Natural, confirmado pelo Direito Positivo e direcionado ao interesse da família e do filho menor não emancipado, que incide sobre a pessoa e o patrimônio deste filho e serve como meio para o manter, proteger e educar.

Já Gonçalves (2009, p. 372) define o instituto do poder familiar como sendo: “[...] conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores”.

Nesta linha, definem Veronese, Gouvêa e Silva: “é o misto de poder e dever imposto pelo Estado a ambos os pais, em igualdade de condições, direcionado ao interesse do filho menor de idade não emancipado, que incide sobre a pessoa e o patrimônio deste filho e serve como meio para mantê-lo, protegê-lo e educá-lo”.

Comel (2003, p. 66-69) destaca a necessidade de elencar separadamente os elementos que compõem o conceito de poder familiar: o primeiro elemento consiste na função ou encargo de atender ao filho, assegurando o respeito a todos os direitos que a este pertence; o segundo se refere aos direitos outorgados aos pais titulares da função para que possam cumprir seus deveres; o terceiro é inerente à titularidade, isto é, ao fato de ser o poder familiar exercido pelo pai e pela mãe, em igualdade de condições; o quarto consiste no desempenho da função em prol do superior interesse do filho; o quinto se refere ao pólo passivo do poder familiar, que é composto pelo filho menor de idade não emancipado; e, por fim o sexto implica no dever do filho de obediência as orientações e determinações paternas.

Nota-se que os conceitos acima expostos são muitos semelhantes, sendo o conceito elaborado por Santos Neto o mais completo, ao lado das subdivisões estabelecidas por Comel. Destaca-se que o conceito de Santos Neto se refere à expressão *pátrio poder*, porque sua obra foi escrita ainda no período de vigência do Código Civil de 1916.

Conclui-se que o instituto do poder familiar nada mais é do que um conjunto de direitos e deveres dos pais com relação à pessoa e aos bens dos filhos menores de 18 (dezoito) anos e não emancipados, exercido por ambos os pais, sem qualquer discriminação entre eles, visando sempre à proteção, manutenção e educação dos filhos.

2.3 Sujeitos na Relação de Poder Familiar

2.3.1 Sujeito Ativo: Titularidade do Poder Familiar

Como ressaltado, antes da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, apenas o marido era o titular do poder familiar. A partir dela, o homem e a mulher foram colocados em um mesmo patamar, sendo que o artigo 226, §5º da lei máxima previu que os homens e mulheres exercerão em igualdade de condições os direitos e deveres da sociedade conjugal (BRASIL, 2010, p. 913).

Hoje, no pólo ativo do poder familiar temos os pais, em igualdade de condições, isto é, ambos possuem os mesmos direitos e obrigações, não existindo mais a diferenciação somente por serem de sexos diferentes (COMEL, 2003, p. 69).

A expressão poder familiar nos leva ao entendimento de que no pólo ativo se incluiriam outros integrantes da família e não apenas os pais, o que está incorreto, primeiro, pela própria natureza do instituto estabelecido em virtude do vínculo de paternidade e maternidade e, depois, porque não há no ordenamento jurídico vigente a inclusão de terceiro no pólo ativo (COMEL, 2003, p. 69).

Quanto à titularidade ativa do poder familiar, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece em seu artigo 21 que “o poder familiar será exercido em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil” e ainda prevê a possibilidade de recorrer à autoridade judiciária no caso de divergência entre os genitores como previsto no Código Civil de 2002 (BRASIL, 2010, p. 1158).

Explica Venosa (2009, p. 302-303):

Ambos os pais devem exercer o pátrio poder, em ambiente de compreensão e entendimento. O conflito poderá ser, em última análise, definido pelo tribunal: imaginemos, por exemplo, a hipótese de os pais divergirem irremediavelmente acerca da modalidade de educação a ser dada ao menor, bem como da instituição escolhida para fazê-lo; sobre tratamento médico ou psicológico a ser seguido em caso de necessidade; sobre autorização de viagem ao exterior e etc. Ademais, na conduta do patrimônio do menor podem surgir divergências acerca da melhor forma de administração dos bens.

Nesta linha, dispõe o artigo 1.631, em relação ao poder familiar na vigência de casamento ou união estável que “durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade”, complementando, em seu parágrafo único, que “divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo” (BRASIL, 2010, p. 110).

Além disso, o artigo 1.632, que disciplina o poder familiar após o final do casamento e da união estável, prevê que “a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos” (BRASIL, 2010, p. 110).

Referindo-se a tal dispositivo preconizou Rodrigues (2002, p. 399):

O novo Código Civil, atendo à igualdade entre os cônjuges, atribui o poder familiar durante o casamento (ou na constância da união estável) a ambos os pais, só assumindo um com exclusividade na falta ou impedimento do outro. E nesse exercício conjunto, divergindo os pais, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo [...].

Venosa (2009, p. 303) comenta:

Nenhum dos pais perde o exercício do poder familiar com a separação judicial ou divórcio. O pátrio poder ou poder familiar decorre da paternidade e da filiação e não do casamento, tanto que o mais recente Código se reporta também à união estável. A guarda normalmente ficará com um deles, assegurado ao outro o direito de visitas. Atualmente, não é afastada a possibilidade de guarda compartilhada [...].

Nota-se que o Código Civil de 2002 em tal dispositivo refere-se apenas à titularidade dos pais, durante o casamento ou a união estável, silenciando quanto às demais entidades familiares tuteladas pela Constituição. Assim, deve-se utilizar da interpretação, estendendo tal dispositivo para as demais entidades familiares (LÔBO, 2009).

Sobre essa mesma questão Comel (2003, p. 70) faz uma grande crítica ao legislador do Código Civil 2002, alegando que se a própria Constituição Federal de 1988 e o código concebem outras formas de instituição de família, prevendo que todos os filhos sem qualquer distinção estão sujeitos ao poder familiar e são iguais em direitos e obrigações, havidos ou não da relação de casamento, não poderia o legislador ter estabelecido como disposição geral e em primeiro plano, que o poder familiar compete aos pais durante o casamento e a união estável.

Assim, Diniz (2002, p. 449-451) examina a titularidade do poder familiar, separando a hipótese padrão das situações patológicas, que a seguir serão expostas:

- Hipótese padrão é a da família na qual os pais estão vivos e unidos pelo casamento ou união estável, sendo ambos capazes. Aqui o poder familiar é simultâneo, o exercício é de ambos os cônjuges ou conviventes. Neste caso, havendo divergência entre os pais, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo.

- Se os cônjuges estiverem vivos e casados, a mãe exercerá sozinha o poder familiar caso o pai seja destituído ou suspenso de tal exercício, ou não poder, devido a força maior, manifestar sua vontade.

- Se os cônjuges se separarem ou divorciarem ou ocorrer a dissolução da união estável, ambos os pais continuarão titulares do poder familiar, mesmo que apenas um deles tenha a guarda do menor, podendo aquele que não tiver a guarda recorrer ao judiciário caso não concorde com alguma decisão da mãe; há ainda a possibilidade da guarda compartilhada, caso em que o exercício do poder familiar ficará com o casal parental, visto não existir mais o casal conjugal.

- Se a guarda estiver com uma pessoa idônea da família, os pais continuam titulares do poder familiar.

- Se o filho foi reconhecido por apenas um dos pais, a este caberá o exercício do poder familiar.

- Na família civil, quando o filho adotivo foi adotado pelo casal, ambos exercerão o poder familiar, quando for adotado apenas pela mulher, ou apenas pelo marido, caberá a cada um sozinho exercer tal poder.

- Caso um dos pais faleça, extingui-se o vínculo conjugal, ou igualmente dá-se como dissolvida a união estável, e ao outro caberá o exercício do poder familiar, e mesmo que este se case novamente ou passe a viver em união estável, o cônjuge ou companheiro em nada irá intervir, o mesmo se aplica ao pai ou à mãe solteiros que casarem ou passarem a viver em união estável, que exercerão o poder familiar sobre os seus filhos menores sem qualquer interferência do cônjuge ou companheiro.

Em relação à última situação, prevê o artigo 1.636 do Código Civil que “o pai ou a mãe que contrai novas núpcias, não perde, quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro”, complementando o parágrafo único que “igual preceito ao estabelecido neste artigo aplica-se ao pai ou à mãe solteiros que casarem ou estabelecerem união estável” (BRASIL, 2010, p. 111).

Por sua vez, o artigo 1.633 do Código Civil prevê que “o filho, não reconhecido pelo pai, fica sob poder familiar exclusivo da mãe; se a mãe não for conhecida ou capaz de exercê-lo, dar-se-á tutor ao menor” (BRASIL, 2010, p. 110). Esta foi a quinta possibilidade comentada por Diniz, de modo que não havendo o reconhecimento por um dos pais, o outro é o titular do poder familiar. Contudo, é necessário que esteja presente a figura de um dos pais para que exista poder familiar, posto que há incompatibilidade deste instituto com o da tutela.

Neste sentido, explica Gonçalves (2009, p. 590-591):

A tutela constitui um sucedâneo do poder familiar e é incompatível com este. Se os pais recuperarem o poder familiar, ou se este surgir com a adoção ou o

reconhecimento do filho havido fora do casamento, cessará o aludido ônus. Se o menor ainda se encontrar sob o poder familiar, só se admitirá a nomeação de tutor depois que os pais forem destituídos de tal encargo.

Analisadas as disposições legais, destaca-se que as situações aplicadas às famílias matrimoniais, são as mesmas referentes às não matrimoniais, ou seja, aos companheiros, que vivem em união estável.

Em que pesem as divergências doutrinárias acima mencionadas, é preciso considerar o conteúdo axiológico de ser a legislação unânime ao desvincular o poder familiar da instituição do casamento, uma vez que o único requisito para a existência do poder familiar é a condição de filiação, independente da espécie da relação estabelecida entre os pais.

2.3.2 Sujeito Passivo

Em relação ao sujeito passivo na relação de poder familiar, dispõe o artigo 1630 do Código Civil de 2002 que “os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores” (BRASIL, 2010, p. 110). Assim, são os filhos que compõem o pólo passivo na relação do poder familiar, desde que reconhecidos, menores e não emancipados.

Preconiza Diniz (2002, p. 451) que “pelo art. 1.630 do Código Civil sujeitam-se à proteção do poder familiar todos os filhos menores advindos, ou não, de relações matrimoniais, reconhecidos e adotivos”.

Nessa seara, leciona Comel (2003, p. 72):

No pólo passivo do poder familiar está o filho menor que tem os pais juridicamente reconhecidos e determinados, seja por relação matrimonial, seja extramatrimonial, seja por adoção ou qualquer outra relação. Está correta a letra do art. 1.630 do Código Civil, pois já não cabe mais discussão alguma sobre a extensão da sujeição passiva do poder familiar. Todo e qualquer filho menor é sujeito passivo, vínculo que lhe é atribuído tão somente pela determinação de paternidade e/ou maternidade, na forma da lei.

O artigo 227, §6º da Constituição Federal dispõe que “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” (BRASIL, 2010, p. 913).

Verifica-se que a Constituição Federal veda qualquer distinção entre os filhos, não importando se são ou não provenientes da relação matrimonial, logo todos esses filhos são abrangidos pela relação de poder familiar.

Aduz Venosa (2009, p. 305): “todos os filhos, enquanto menores, estão sujeitos ao poder familiar. Já não distingue a ordem constitucional entre legítimos, ilegítimos ou

adotivos. Lembre-se de que, atualmente, há ampla liberdade para o reconhecimento de filiação”.

Neste ponto, destaca-se que a adoção atribui ao adotado a condição de filho, com os mesmos direitos e deveres do filho biológico, guardando a mesma situação jurídica no tocante aos pais, inclusive sob o aspecto sucessório (COMEL, 2003, p. 72).

Pelo exposto, nota-se que são três os requisitos atinentes ao filho que determinam a ocupação do pólo passivo na relação de poder familiar, quais sejam: menoridade, não emancipação e reconhecimento.

Em relação à maioridade, preconiza o artigo 5º do Código Civil que “a menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil” (BRASIL, 2010, p. 23).

Aduz Comel (2003, p. 72) que “[...] após esta idade, ou com a emancipação, já não mais se sujeita ao poder familiar, uma vez que fica habilitado à prática de todos os atos da vida civil”.

Explica, ainda, Ataíde Junior (2009, p. 33): “tem-se, pois, em regra, que os direitos e deveres decorrentes do poder familiar, para os pais, encerram-se com a chegada da maioridade do filho”.

Portanto, somente se o filho se emancipar que deixará de ficar sujeito ao poder familiar antes de atingir a maioridade civil. A seguir, neste trabalho, serão melhores analisadas as questões da emancipação e da maioridade, posto se tratem de causas extintivas do poder familiar.

Em relação ao reconhecimento do filho, aduz Comel (2003, p. 72) “a condição de ser filho natural não basta para se ter o filho sujeito ao poder familiar, senão que seja juridicamente determinada a filiação, que se prova com o regular registro da paternidade no assento de nascimento”.

Na mesma linha, comentam Veronese, Gouvêa e Silva (2005, p. 28):

Independentemente da origem da filiação, terá direito ao poder familiar o pai ou a mãe (art. 1612) que reconhecer o filho por qualquer das formas admitidas pelo art. 1609 do código, ou seja, do próprio registro do nascimento; por escritura pública ou escrito particular, ser arquivado em cartório; por testamento, ainda que incidentalmente manifestado ou por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.

Em consequência, o reconhecimento do filho independe da existência de vínculo biológico, mas exige o preenchimento de formalidades legais.

Uma vez analisados os principais aspectos atinentes à ocupação do pólo ativo e passivo na relação de poder familiar, passa-se ao estudo das principais características do instituto para sua total compreensão.

2.4 Características do Poder Familiar

A doutrina aponta diversas características do instituto do poder familiar, entre as quais, por predominância, destacam-se: indisponibilidade, indivisibilidade, imprescritibilidade, incompatibilidade com a tutela e *munus* público.

2.4.1 Indisponibilidade

A doutrina é unânime ao apontar a indisponibilidade como uma das características do poder familiar. Assim, o poder familiar é indisponível.

Outras nomenclaturas são utilizadas pela doutrina: por Gonçalves (2009, p. 374), “indelegável”; por Diniz (2002, p. 448), “inalienável”; por Venosa (2009, p. 306), por Comel (2003, p. 75) e por Rodrigues (2002, p. 398) “irrenunciável”; por Santos Neto (1994, p. 68), “irrenunciável” e “intransferível”.

A indisponibilidade consiste na impossibilidade de renúncia ou transferência por parte dos pais (GONÇALVES, 2009, p. 374). Diniz (2002, p. 448) destaca a impossibilidade de transferência a título gratuito ou a título oneroso.

Neste sentido, explica Venosa (2009, p. 306): “o poder familiar é indisponível. Decorrente da paternidade natural ou legal, não pode ser transferido por iniciativa dos titulares, para terceiros”.

E ainda, aduz Comel (2003, p. 75-76):

O pátrio poder é irrenunciável porque se trata de poder instrumental de evidente interesse público e social, de exercício obrigatório e de interesse alheio ao titular. Não se reconhece aos pais o direito de abrir mão do poder familiar segundo conveniências ou em proveito próprio. É de direito natural, aliás, que o poder familiar jamais pode terminar por vontade dos titulares. Mesmo porque eventual renúncia certamente viria em prejuízo do filho, uma vez que o poder familiar é reconhecido e exercido especialmente em benefício dele.

Assim, considera-se, basicamente, que a indisponibilidade se fundamenta no fato de constituir o poder familiar um dever de seus titulares. Não sendo possível ao titular do poder familiar abrir mão de seu dever, ainda mais em detrimento de um incapaz, ora ocupante do pólo passivo na relação, mostra-se inviável a renúncia, existindo apenas uma exceção apontada pela doutrina, qual seja a do instituto da adoção.

Gonçalves (2009, p. 374) aponta:

A única exceção é a prevista no art. 166 do Estatuto da Criança e do Adolescente, sob a forma de adesão ao pedido de colocação do menor em família substituta, mas feita em juízo (geralmente em pedidos de adoção, que transferem aos adotantes o poder familiar), cuja conveniência será examinada pelo juiz.

A adoção constitui uma exceção à irrenunciabilidade porque será possível aos pais biológicos abrirem mão dos deveres atinentes ao poder familiar, entregando o menor a uma família substituta. Entretanto, esta exceção somente é possível porque o menor não ficará sem o respaldo necessário, eis que o pólo ativo na relação será ocupado por novos titulares.

Explica Venosa (2009, p. 306):

Os pais que consentem na adoção não transferem o pátrio poder, mas renunciam a ele. Também, indiretamente, renunciam ao pátrio poder quando praticam atos incompatíveis com o poder paternal. De qualquer modo, contudo, por exclusivo ato de sua vontade, os pais não podem renunciar ao pátrio poder. Trata-se, pois, de estado irrenunciável.

Em outras palavras, para o autor, o poder familiar não deixa de ser irrenunciável porque para sê-lo, o ato teria que ser unilateral, enquanto que a adoção é um ato jurídico bilateral, dependendo de homologação judicial.

Nesta linha, Santos Neto (1994, p. 68), além da adoção, apontou outra exceção à irrenunciabilidade, qual seja a emancipação concedida pelos pais.

Ainda, Santos Neto (1994, p. 70) distinguiu a renúncia da transferência e explica que o poder familiar sempre será intransferível, não podendo os pais livremente transferirem a sua titularidade a outra pessoa ou a outras pessoas de sua escolha. Por sua vez, Santos Neto (1994, p. 70) apontou também a indelegabilidade como característica do poder familiar, embora seja reconhecida a possibilidade confiar a terceiros tarefas de educação e criação dos filhos.

Destaca-se que a maior parte da doutrina entende que a impossibilidade de renúncia, transferência ou delegação constitui uma só característica, a da indisponibilidade. Entretanto, autores como Santos Neto (1994, p. 70) e Comel (2003, p. 76) definem separadamente os conceitos de renúncia e transferência e o primeiro ainda o faz quanto à indelegabilidade.

Assim, destaca-se o entendimento de Comel (2003, p. 76):

É intransmissível, pois somente pode ser atribuído aos que ostentam a qualidade de pai e de mãe – daí o caráter personalíssimo – não se admitindo sua outorga ou transferência a terceiros, seja ela a que título for. Trata-se de uma qualidade incita à condição de pai, da qual não se pode apartar por tratar-se de um interesse transubjetivo.

Desta forma, o poder familiar é indelegável, sendo, em regra, irrenunciável, e sempre intransferível.

2.4.2 Indivisibilidade

Trata-se de característica apontada por Venosa (2009, p. 306), que explica:

É indivisível, porém não o seu exercício. Quando se trata de pais separados, cinde-se o exercício do poder familiar dividindo-se as incumbências. O mesmo ocorre, na prática, quando o pai e a mãe em harmonia orientam a vida dos filhos. Ao guardião são atribuídos alguns dos deveres inerentes ao pátrio poder, o qual, no entanto, não se transfere nessa modalidade, quando se tratar de família substituta.

Santos Neto (1994, p. 69) entende que a divisibilidade não se restringe apenas ao exercício, mas ao poder familiar como um todo, de modo que a divisibilidade constitui uma característica do poder familiar. Para tanto, Santos Neto (1994, p. 69) aponta como exemplos da divisibilidade a questão da guarda dos pais separados, do suprimento judicial de consentimento de um dos pais e na restrição à administração dos bens dos filhos, concluindo que apenas pode existir indivisibilidade no tocante à titularidade, mas não quanto ao poder familiar em si, visto como um complexo de direitos e deveres.

Ataíde Júnior (2009, p. 37) corrobora o entendimento de Santos Neto.

O entendimento que mais se coaduna com o atual conceito de poder familiar é o de Venosa, de modo que, mesmo na existência de separação dos pais, ou no caso de estes não tiverem mantido qualquer relação após o nascimento do filho, ambos exercerão juntos o poder familiar, que é um só, apesar da existência natural de divisão de funções.

2.4.3 Imprescritibilidade

A imprescritibilidade, conforme explicam Diniz (2002, p. 448) e Gonçalves (2009, p. 374), consiste no fato de que dele não decaem os pais apenas por deixarem de exercê-lo, de modo que estes somente poderão perdê-lo nos casos previstos em lei.

Complementa Venosa (2009, p. 306) no sentido de que o poder familiar não se extingue pelo desuso, mas apenas dentro das hipóteses legais.

Assim, Santos Neto (1994, p. 72), aponta que “a imprescritibilidade, sem dúvida, está associada à essência do pátrio poder, que, dessa mesma forma, não está sujeito à decadência”.

Assim, exemplifica Comel (2003, p. 76):

[...] é imprescritível, então, o poder familiar, não se extinguindo com o não-exercício. Assim, por exemplo, ainda que os pais não exerçam por longos anos a prerrogativa de nomear tutor ao filho, poderão sempre fazê-lo, a qualquer tempo, desde que investidos na função. Da mesma forma, poderão sempre reclamar o filho de quem ilegalmente o detenha, ou exercer qualquer outra função típica, sem qualquer prejuízo por não tê-la exercido antes e independentemente de qualquer prazo preestabelecido.

Portanto, nota-se que a doutrina é uniforme no sentido de que a imprescritibilidade é uma característica presente no poder familiar.

2.4.4 Incompatibilidade com a Tutela

O poder familiar é “[...] incompatível com a tutela, não se podendo nomear tutor a menor cujos pais não foram suspensos ou destituídos do poder familiar” (GONÇALVES, 2009, p. 374). “Portanto, tutela e poder familiar são institutos que não podem coexistir; onde um incide não há lugar para o outro” (DINIZ, 2002, p. 504).

Explica Venosa (2009, p. 420):

Para assistência e proteção dos menores que não estão sob autoridade dos pais, o ordenamento estrutura a tutela, instituto pelo qual uma pessoa maior e capaz é investida dos poderes necessários para a proteção de menor. A tutela é utilizada quando o menor não tem pais conhecidos ou forem falecidos e quando os genitores forem suspensos ou destituídos do pátrio poder.

Desta forma, somente existirá o instituto da tutela quando o poder familiar não existir, mesmo que apenas por um momento, como no caso de suspensão. Realmente, este entendimento é o mais coerente com o estabelecido no Código Civil.

Estabelece o artigo 1633 do Código Civil que “o filho, não reconhecido pelo pai, fica sob poder familiar exclusivo da mãe; se a mãe não for conhecida ou capaz de exercê-lo, dar-se-á tutor ao menor” (BRASIL, 2010, p. 110). Pelo dispositivo legal, somente será nomeado tutor se um dos pais não puder exercer o poder familiar, até mesmo porque a titularidade do poder familiar restrita aos pais, de onde se extrai a incompatibilidade dos institutos.

Nesta linha, preconiza o artigo 1728 do Código Civil: “os filhos menores são postos em tutela: I – com o falecimento dos pais, ou sendo estes julgados ausentes; II – em caso de os pais decaírem do poder familiar” (BRASIL, 2010, p. 116). Portanto, a legislação é expressa no sentido de que o tutor somente será nomeado na ausência dos pais ou do poder familiar, restando evidenciada a incompatibilidade entre a tutela e o poder familiar.

Continua Rodrigues (2002, p. 436-437):

Assim, a tutela se apresenta como instituto de natureza idêntica ao pátrio poder. Apenas, como o titular do pátrio poder é o progenitor, que ordinariamente ama o filho e anseia por lhe defender os interesses, as prerrogativas do pátrio poder são mais amplas que as da tutela; pelas mesmas razões, tutela fica sujeito à fiscalização mais estrita do que o poder parental. Mas o fim dos dois institutos é igual e consiste não apenas na preservação do patrimônio do menor, mas também no atendimento ao interesse da sociedade, que almeja o aperfeiçoamento das gerações futuras.

“Modernamente a tutela é vista como um encargo, um *munus* público, cuja escusa só é possível nos casos enumerados em lei” (VERONESE; GOUVÊA; SILVA, 2005, p. 111).

Assim, da mesma forma que o poder familiar, a tutela constitui um *munus* público, característica analisada no tópico seguinte.

Destaca-se, por fim, que Santos Neto (1994, p. 75-76) entende que o poder familiar e a tutela são institutos compatíveis, diante das possibilidades de nomeação de tutor *ad hoc*, ou seja, de tutor para a prática de determinados atos, e de tutor para filho havido fora do casamento por mãe menor de idade, até que esta atinja a plena capacidade civil.

Ataíde Junior (2009, p. 34-35) critica o posicionamento do autor, afirmando que o artigo do Código Civil de 1916 que o embasou fala expressamente em suspensão temporária do pátrio poder e a legislação civil atual prevê a nomeação de curador especial para a retirada de parcelas do poder familiar (artigos 1692 do Código Civil e 142 do Estatuto da Criança e do Adolescente). Além disso, segundo Ataíde Junior (2009, p. 36), a mãe menor de idade deverá ser destituída do poder familiar se necessário, conforme o artigo 169 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ou seja, ser efetivamente incapaz de exercer o poder familiar e por isso destituída, ainda que temporariamente, do encargo.

Em consequência, prevalece na doutrina de maneira praticamente unânime o entendimento de que o poder familiar é incompatível com a tutela, posição que vai mais de acordo com o previsto na legislação civil vigente.

2.4.5 *Munus* Público

O poder familiar é “um *munus* público, pois ao Estado, que fixa normas para o seu exercício, interessa o seu bom desempenho” (GONÇALVES, 2009, p. 374).

Explica Diniz (2002, p. 448) que o poder familiar “constitui um *munus* público, isto é, uma espécie de função correspondente a um cargo privado, sendo o poder familiar um *direito-função* e um *poder-dever*, que estaria numa posição intermediária entre o poder e o direito subjetivo”.

Para Santos Neto (1994, p. 73-74), como o instituto do poder familiar interessa à ordem pública, o Estado pode interferir em seu exercício, razão pela qual ele possui um caráter obrigatório, não podendo os pais se recusar a garantir o bem estar dos filhos, de onde se extrai o aspecto do *múnus* público.

De acordo com Rodrigues (2002, p. 397), o poder familiar caracteriza-se:

[...] como um instituto de caráter eminentemente protetivo em que, a par de uns poucos direitos, se encontram sérios e pesados deveres a cargo de seu titular. Para bem compreender sua natureza é mister ter em vista tratar-se de matéria que transcende a órbita do direito privado, para ingressar no âmbito do direito público. É de interesse do Estado assegurar a proteção das

gerações novas, pois elas constituem matéria-prima da sociedade futura. E o pátrio poder nada mais é do que esse *múnus público*, o imposto pelo Estado, aos pais, a fim de que zelem pelo futuro de seus filhos.

Neste ponto, destaca-se um dos principais fundamentos utilizados para alguns doutrinadores que defendem que o direito de família constitui ramo de direito público e não do direito privado, ao contrário do direito civil. Claro, no direito de família o Estado se obriga a impor regras mais rigorosas porque as relações familiares não são relações jurídicas simples, mas extremamente complexas, e que exigem a maior intervenção estatal, o que por si só, não descaracteriza o caráter de norma de direito privado.

Entretanto, no direito de família, especialmente no tocante ao poder familiar, nota-se a necessidade de intervenção estatal, principalmente para salvaguardar o interesse dos menores sujeitos ao poder familiar, por ser um ônus do Estado promover a proteção de todos os membros da sociedade, em especial dos que necessitam de maior assistência, de onde se retira a característica do *munus público*.

2.4.6 Outras Características

A doutrina aponta, ainda, outras características do instituto, não tão exploradas. Santos Neto (1994, p. 62-76) caracteriza o poder familiar como tangível, temporário, não exclusivo e personalíssimo. Além disso, Diniz (2002, p. 449) aponta como característica a existência de relação de autoridade.

Explica Santos Neto (1994, p. 73-75) que o poder familiar:

- É temporário porque se extingue com a emancipação ou a maioridade.
- É tangível por ser possível o controle judicial, não sendo um instituto intocável e nem um direito absoluto.
- Não é exclusivo por ser exercido por ambos os pais. Excepcionalmente, será exclusivo, quando um dos pais não exercê-lo, por qualquer motivo, como a morte.
- É personalíssimo porque somente pode ser exercido pelo pai e pela mãe, em conjunto ou não.

Finalmente, a relação de poder familiar também se caracteriza pela existência de relação de autoridade, segundo Diniz (2002, p. 449), “por haver um vínculo de subordinação entre pais e filhos [...]”.

Analisadas as características mencionadas, nota-se que todas elas acabam sendo discutidas pela doutrina, ainda que de maneira incidental, muitas vezes colocada como requisitos ou fundamentos da relação de poder familiar.

2.5 Conteúdo do Poder Familiar

Como abordado anteriormente, o poder familiar é um conjunto de direitos e deveres dos pais com relação à pessoa e aos bens dos filhos menores de 18 (dezoito) anos e não emancipados.

Nota-se que em tal conceito foi mencionado regras no tocante à pessoa e aos bens dos filhos, o que não poderia ser diferente já que o objetivo do instituto do poder familiar nada mais é que a proteção do incapaz que não possui qualquer condição cuidar de si próprio.

Logo, mostra-se necessário o estudo quanto à pessoa e quanto aos bens dos filhos, de modo a delimitar as figuras atinentes ao exercício do poder familiar.

2.5.1 Quanto à Pessoa dos Filhos

O ordenamento jurídico pátrio regula em três dispositivos o conteúdo pessoal do poder familiar, qual seja, artigo 229 da Constituição Federal; Código Civil de 2002, artigo 1.634 e artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente (COMEL, 2003, p. 94).

Dispõe o artigo 1.634 do Código Civil de 2002, que compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

- I - dirigir-lhes a criação e educação;
 - II - tê-los em sua companhia e guarda;
 - III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
 - IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
 - V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
 - VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
 - VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.
- (BRASIL, 2010, p. 110-111)

No mesmo sentido, referindo-se as regras quanto à pessoa dos filhos menores, o artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente preconiza “aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais” (BRASIL, 2010, p. 1158).

Já a Constituição Federal em seu artigo 229 traz o dever dos pais de assistir, criar e educar os filhos menores (BRASIL, 2010, p. 914).

Verifica-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente traz o dever de sustento, bem como que a Constituição Federal fala do dever de assistir o filho, deveres estes que não foram previstos pelo Código Civil de 2002.

A seguir, passa-se à análise delimitada do conteúdo pessoal do poder familiar.

2.5.1.1 Dirigir-lhes a Criação e Educação

Para Gonçalves (2009, p. 378) e Rodrigues (2002, p. 403), estes são os deveres mais importantes de todos.

Explica Gonçalves (2009, p. 378):

Incumbe aos pais velar não só pelo sustento dos filhos, como pela sua formação, a fim de torná-los úteis a si, à família e à sociedade. O encargo envolve, pois, além do zelo material, para que o filho fisicamente sobreviva, também o moral, para que, por meio da educação, forme seu espírito e seu caráter.

De fato, a figura de criação e educação dos filhos está intrínseca no conceito de poder familiar, porque é por esta necessidade de criação e educação, que não pode ser suprida pelo menor sem a assistência adequada, que os pais são instituídos no poder familiar.

Por isso, as obrigações atinentes ao dever de criação e educação são as mais diversas, envolvendo a assistência ao filho em diversos âmbitos de sua vida, até mesmo o moral.

Nesta linha, comenta Santos Neto (1994, p. 108):

O dever de educar implica no atendimento das necessidades intelectuais e morais do menor, propiciando-lhe a oportunidade de se desenvolver nesses níveis. Enquanto isso, o encargo de criar abarca a obrigação de garantir o bem estar físico do filho, proporcionando-lhe sustento, resguardando-lhe a saúde e garantindo-lhe o necessário para a sobrevivência.

Preconiza o artigo 227 da Constituição Federal:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 2010, p. 913).

O artigo demonstra direitos que estão inseridos no dever de criação e educação dos filhos. Para Comel (2003, p. 98), o dever de criar, em sentido jurídico, implica no respeito a todos os deveres previstos no *caput* do artigo 227, *caput* da Constituição Federal, repetidos no artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Santos Neto (1994, p. 109-113) cita como deveres de criação o sustento, a saúde, a alimentação e o vestuário.

Destaca-se que o atendimento das necessidades materiais do filho deve se dar dentro dos limites financeiros dos pais, que não podem ser responsabilizados por serem pobres e não conseguirem sustentar os filhos de maneira luxuosa ou suprimindo todas as necessidades deles.

É o que dispõe o artigo 23 do Estatuto da Criança e do Adolescente: “a falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar” (BRASIL, 2010, p. 1158).

Quanto ao direito à educação, segundo Comel (2003, p. 103), esta acontece em dois planos, o formal e o informal, constituindo o plano formal o que se dá em instituições de ensino e o plano informal o que ocorre na atuação direta e permanente dos pais na vida do filho, passando a estes valores filosóficos e religiosos que tenham como importantes na vida, valores estes que fornecerão base para a educação formal e para a personalidade do filho, de onde se extrai a importância da educação informal.

O artigo 53 do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê o direito à educação, com igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, respeito pelos educadores e acesso a escola pública e gratuita, entre outros (BRASIL, 2010, 1163).

Os pais irão escolher o estabelecimento escolar, matricular o filho, acompanhar a sua frequência e aproveitamento, não importando se tratar de escola pública ou privada (COMEL, 2003, p. 103-104).

Em consequência, Diniz (2002, p. 452) destaca que embora a legislação traga o dever dos pais de criar e educar seus filhos, não dispõe como tais deveres devem ser executados, isto porque a vida íntima de uma família é ditada pelo bom senso, pela conveniência e pelos laços afetivos.

Complementa Venosa (2009, p. 308): “a atitude dos pais é fundamental para a formação da criança. Faltando com esse dever, o progenitor faltoso submete-se a reprimendas de ordem civil e criminal, respondendo pelos crimes de abandono material, moral e intelectual (arts. 224 a 246 do Código Penal)”.

Por sua vez, os pais possuem o direito de correção de seus filhos, como sanção do dever educacional, mas não podem utilizá-lo de forma imoderada, sob pena de destituição do poder familiar, além de responsabilidade criminal (DINIZ, 2002, p. 452).

Nesta seara, destaca-se o disposto no artigo 226, §8º da Constituição Federal: “o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações” (BRASIL, 2010, p. 913). Nota-se que a responsabilização criminal e as possibilidades de destituição e suspensão do poder familiar constituem mecanismos para coibir a violação dos deveres dos pais em relação aos filhos.

Contudo, explica Gonçalves (2009, p. 378) que caso o pai tenha sido destituído do poder familiar, não deixa de ter o dever de sustento dos filhos, devendo pagar alimentos, pois a suspensão ou a perda do poder familiar não pode ser um prêmio para o faltoso.

Desta forma, o descumprimento dos deveres de criação e educação dos filhos pode até mesmo gerar a responsabilização criminal, isto porque tal dever constitui, acima de tudo, um *munus público*, não possuindo os pais o livre arbítrio de exercê-lo da maneira que julgar adequado, sem respeitar os limites da lei e da moral.

2.5.1.2 Tê-los em sua Companhia e Guarda

Rodrigues (2002, p. 403), Gonçalves (2009, p. 379), Diniz (2002, p. 452) entendem que ter o filho sob sua companhia e guarda constitui um direito-dever. Segundo Venosa (2009, p. 308), este inciso traz um “complemento indispensável do dever de criação e educação”.

Santos Neto (1994, p. 134-135) e Comel (2003, p. 110-111) destacam a diferenciação entre os conceitos de companhia e guarda.

Explica Santos Neto (1994, p. 134-135):

Não se confundem esses dois conceitos, companhia e guarda. [...] A distinção aqui avulta patente quando se considera ser possível que um dos pais, embora conservando o pátrio poder, perca o direito de guarda sem que, por isso perca também o de ter o menor em sua companhia. Esta última prerrogativa, deveras, poderá ser exercitada, sob a roupagem do chamado direito de visita e, também, do direito de retirada do filho.

Comel (2003, p. 110-111) destaca que os conceitos de companhia e guarda são diversos, sendo que o primeiro é mais amplo que o segundo, envolvendo não só a vigilância do filho e a convivência sobre o mesmo teto, mas o estabelecimento de uma comunhão de vida e de interesses.

É coerente a diferenciação entre os institutos da companhia e da guarda, porque é comum que um detentor do poder familiar não possua a guarda do menor, embora continue a ter direito de tê-lo em sua companhia, direito este que somente pode ser retirado em casos excepcionais, nos quais normalmente ocorrerá modificação na titularidade do poder familiar, ainda que de maneira temporária.

Neste sentido, destacam Veronese, Gouvêa e Silva (2005, p. 32):

O direito de guarda não é da essência do poder familiar, mas da sua natureza. O exemplo típico é o caso da separação na qual a guarda é deferida a apenas um dos pais, não perdendo o outro progenitor, contudo, o poder familiar sobre o filho. Inclusive, pode ser a guarda deferida à outra pessoa que não os pais, como um outro parente, ou mesmo um estranho, caso o juiz entenda ser

esta a medida mais conveniente para a criança ou adolescente, sem contanto perder os pais o poder familiar sobre os filhos.

Assim, mesmo que os pais não exerçam a guarda do filho, por exemplo, caso a transfiram para um dos avós para trabalharem no exterior por determinado período, continuarão possuindo o direito e o dever de tê-los em sua companhia.

Sobre o direito-dever de companhia e guarda, explica Rodrigues (2002, p. 403):

Aqui surge um direito e um dever dos titulares do pátrio poder. Dever porque ao pai, a quem incumbe criar, incumbe igualmente guardar. Tanto que, se confia a guarda à pessoa com a qual se sabe que o filho fica moral ou materialmente em perigo, comete o delito compendiado no art. 245 do Código Penal de 1940. Mas, sendo o pai responsável pelos atos ilícitos praticados pelo filho menor, o direito de guarda é indispensável para que possa, sobre o mesmo, exercer a necessária vigilância.

Diniz (2002, p. 452) destaca o caráter de direito e de poder que decorre do dispositivo em análise, podendo os pais reter os filhos no lar, conservando-os junto a si, regendo seu comportamento em relações com terceiros e vedando a frequência de determinados lugares, por ser inconveniente aos interesses dos menores.

E ainda, comenta Gonçalves (2009, p. 379):

Tal dever-direito cabe a ambos os pais. Nenhum tem mais direito do que o outro. Se estes se encontram separados de fato, a tendência é manter o *status quo*, deixando-se os filhos com quem se encontram, até que, no procedimento da separação judicial, o juiz resolva definitivamente a situação, decidindo em favor do que revelar melhores condições para exercer a guarda. O juiz só estará autorizado a alterar o *status quo*, na cautelar de busca e apreensão, a bem dos filhos e se o autor comprovar a existência de motivos graves.

Destaca-se que os artigos 1583 a 1590 do Código Civil regulamentam a questão da guarda no caso de dissolução da sociedade conjugal. Nesta linha, a guarda poderá ser unilateral, quando ficar com apenas um dos genitores ou com um terceiro, ou compartilhada, quando exercida por ambos, de maneira conjunta e com o compartilhamento de direitos e deveres, devendo o juiz dar preferência pela guarda compartilhada no caso de divergência entre os pais sobre quem deverá deter a guarda unilateral. (BRASIL, 2010, p. 108-109).

Por sua vez, merece análise o aspecto da responsabilização dos pais por atos ilícitos praticados por seus filhos, que está ligada ao dever de vigilância dos pais.

Comenta Gonçalves (2009, p. 380) que o direito de guarda é imprescindível para que o pai se responsabilize pelos atos praticados pelos filhos (artigo 932 do Código Civil), por ser o meio para que se exerça a vigilância do filho; destacando que a jurisprudência tem responsabilizado o pai que deveria estar vigiando o filho no momento do ato ilícito causado, estando o progenitor detendo a guarda ou exercendo o direito de visitas.

Portanto, se o pai é responsável pelos atos ilícitos praticados pelos seus filhos, é porque tem o direito-dever de companhia e guarda que abrange o de vigiá-los e de orientá-los a agirem de uma maneira que não cause prejuízos a terceiros.

2.5.1.3 Conceder-lhes ou Negar-lhes Consentimento para Casarem

Segundo Gonçalves (2009, p. 380), “pressupõe-se que ninguém poderá manifestar maior interesse pelo filho do que os seus pais. Daí a razão da prerrogativa a eles concedida. O consentimento deve ser específico, para o casamento com determinada pessoa, não bastando se manifestado em termos gerais”.

Explica Comel (2003, p. 122):

A pouca maturidade, propícia às paixões e aos arroubos inconseqüentes, muitas vezes podem levar o jovem precipitadamente ao casamento sem que tenha condições de assumir adequadamente todos os encargos da vida matrimonial. Aos pais, então, atribui-se a função de consentir ou não com o casamento do filho, que, como todas as demais funções do poder familiar, deve ser exercida de modo fundado e compromissado, sempre no superior interesse do filho.

Como detentores do poder familiar, há a presunção lógica de que os pais são as pessoas que melhor podem interpretar os anseios e as atitudes dos filhos, podendo aconselhá-los e impedi-los da tomada de atitudes precipitadas, especialmente no tocante a um assunto tão sério como o estabelecimento da sociedade conjugal.

Gonçalves (2009, p. 380-381) e Venosa (2009, p. 56) destacam que a partir da Constituição de 1988 não se justifica qualquer diferenciação entre os pais no exercício do poder familiar, razão pela qual é necessário o consentimento de ambos os pais, salvo se um deles não estiver exercendo o poder familiar.

O artigo 1517 do Código Civil é expresso neste sentido: “o homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil” (BRASIL, 2010, p. 103).

Portanto, caso exista recusa por parte de um dos pais ou de ambos os pais, é cabível a discussão da matéria no Poder Judiciário.

Nesta linha, Rodrigues (2002, p. 404) destaca que esta prerrogativa não possui um caráter absoluto, por ser possível o suprimento judicial da vontade dos pais.

Ainda, Santos Neto (1994, p. 115-116) destaca que se trata de direito puro e simples dos pais e não de um dever, porque os pais não estão obrigados a dar consentimento, embora seja admitido o suprimento da vontade pelo juiz em caso de denegação injusta de consentimento, até mesmo porque o pátrio poder não é intangível.

A questão é que embora seja um direito atinente ao poder familiar fornecer consentimento para que o filho case, este direito não é absoluto, principalmente porque o filho que possui capacidade para casar e está sujeito ao poder familiar é o que possui entre 16 e 18 anos, idade na qual a percepção dos atos da vida civil é superior a de outros momentos anteriores de sua vida.

Desta forma, preconiza o parágrafo único do artigo 1517: “se houver divergência entre os pais, aplica-se o disposto no parágrafo único do artigo 1631” (BRASIL, 2010, p. 103).

O artigo 1631 prevê no *caput* que o poder familiar é exercido por ambos os pais, salvo a falta ou impossibilidade de um deles, e no parágrafo único que caso os pais entrem em divergência sobre o exercício, é possível recorrer ao juiz para resolver a situação (BRASIL, 2010, p. 110).

Assim, caberá suprimento judicial caso ambos os pais ou um dos pais não concordem com o casamento do filho.

Nesta linha, destaca-se o artigo 1519 do Código Civil: “a denegação do consentimento, quando injusta, pode ser suprida pelo juiz” (BRASIL, 2010, p. 103). “Injusta é a recusa infundada, iníqua ou malévola, a recusa caprichosa ou sem fundamento e consistência” (COMEL, 2003, p. 123).

Razoável o entendimento de Comel, que destaca a relatividade do poder de consentimento dos pais, uma vez que a falta de consentimento injusta, ou seja, desprovida de motivo razoável, pode ser suprida judicialmente.

Desta forma, caso um dos pais se recuse a dar consentimento, deve ser considerada a divergência no exercício do poder familiar, aplicando-se o artigo 1631, parágrafo único do Código Civil. Além disso, é cabível que se busque o suprimento do consentimento de ambos os pais, com base no artigo 1519 do Código Civil, comprovando o motivo injusto da recusa.

Finalmente, o artigo 1518 do Código Civil assegura aos pais o direito de voltar atrás quanto ao consentimento até que ocorra a celebração (BRASIL, 2010, p. 103).

Portanto, a retratação, mesmo que de apenas um dos pais que possua o poder familiar, impede a celebração do casamento, sendo necessário buscar o suprimento judicial. Se apenas um dos pais se retratar, ocorre divergência no exercício do poder familiar, cabendo decisão judicial. (COMEL, 2003, p. 124).

Veronese, Gouvêa e Silva (2005, p. 33) destacam que o consentimento para que o filho case acarretará na extinção do poder familiar, uma vez que se adquire maioria pelo matrimônio.

As causas de extinção do poder familiar serão melhor analisadas no próximo capítulo, razão pela qual não se tecem mais comentários sobre o aspecto acima mencionado.

2.5.1.4 Nomear-lhes Tutor por Testamento ou Documento Autêntico

Nos termos do artigo 1.634, IV do Código Civil, cabe aos pais em relação aos filhos “nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar” (BRASIL, 2010, p. 111).

Trata-se de outro poder concedido aos pais no exercício do poder familiar. Para Gonçalves (2009, p. 381) e Diniz (2002, p. 453), aqui também se aplica o raciocínio de que não há ninguém melhor do que os próprios pais para escolher a pessoa a quem se dará a tutela do filho.

“No exercício da função de cuidar dos interesses do filho, o Código Civil confere aos pais a prerrogativa de escolher quem vai tomar conta dele depois da morte, substituindo os pais da tarefa” (COMEL, 2003, p. 124).

O direito de nomear tutor é exclusivo dos pais que detenham o poder familiar. Por isso, como explicam Veronese, Gouvêa e Silva (2005, p. 34), não é legítima a nomeação de tutor pelos avós.

Diante da exclusividade deste direito aos detentores do poder familiar, preconiza o artigo 1729 do Código Civil: “o direito de nomear tutor compete aos pais, em conjunto” (BRASIL, 2010, p. 166).

Claro, se um dos pais não estiver no exercício do poder familiar, não poderá nomear tutor ao filho. Por isso, estabelece o artigo 1730 do Código Civil: “é nula a nomeação de tutor pelo pai ou pela mãe que, ao tempo de sua morte, não tinha o poder familiar” (BRASIL, 2010, p. 166). Ressalta Comel (2003, p. 125): “somente será válida a nomeação se no ato estiverem regularmente investidos do poder familiar ambos os pais”.

Surge então, o problema da situação na qual um dos pais falece em momento diverso do outro, sobrevivendo um dos legítimos detentores do poder familiar. Explica Santos Neto (1994, p. 122-123):

- Se o genitor sobrevivente deixar testamento ou documento autêntico nomeando como tutor a mesma pessoa que o genitor que faleceu primeiro, esta nomeação é válida.

- Se o genitor sobrevivente deixar testamento ou documento autêntico nomeando como tutor pessoa diversa da que o genitor que faleceu primeiro, prevalece à nomeação do que faleceu por último.

É o que decorre do fato de que deve ser respeitada pela autonomia daquele que sobreviveu no tocante ao exercício do pátrio poder. [...] Aquele dos pais que sobreviver por mais tempo sem dúvida saberá aquilatar melhor aquilo que será de maior proveito para o menor diante da fase de desenvolvimento em que se encontrar. Poderá, igualmente, escolher com mais propriedade a pessoa que, no momento específico da escolha, se apresentar como mais indicada para ser investida na tutela. Por tudo isso é que deve prevalecer a indicação do genitor que morrer por último. (SANTOS NETO, 1994, p. 122-123).

- Se o tutor sobrevivente não nomear tutor e ficar impedido de exercer o poder familiar ou vir a falecer, caso exista nomeação de tutor por parte do genitor que faleceu primeiro esta prevalece; salvo se a nomeação houver sido feita na forma pura e simples, sem estar condicionada à morte ou ao impedimento do genitor sobrevivente, isto porque a tutela deve ser exercida de imediato.

É de se destacar que a exigência de condição para que se aceite a nomeação efetuada pelo genitor que faleceu primeiro, quando não houver nomeação por parte do outro, apontada por Santos Neto, não decorre de previsão expressa na legislação. Além disso, o mais adequado seria examinar o caso concreto, porque quando faleceu o detentor do poder familiar tinha o direito de nomear tutor ao seu filho menor. Assim, a não ser que se comprove que o tutor nomeado não possui condições para assumir o encargo, o correto é respeitar a vontade do genitor falecido, independentemente de constar de maneira expressa na nomeação a ressalva de ser válida somente após o falecimento ou impedimento do genitor sobrevivente.

O tutor poderá ser nomeado por testamento ou documento autêntico, por exemplo, a escritura pública, o codicilo ou um documento particular cujas assinaturas sejam referendadas pelo Tabelião (VERONESE; GOUVÊA; SILVA, 2005, p. 33). Comel (2003, p. 125) aponta ainda como documento autêntico “[...] o escrito particular, inclusive de próprio punho, cuja autoria se possa assegurar”.

Venosa (2009, p. 308) entende que este dispositivo tem pouca utilização prática, sendo utilizado, mormente, para a proteção da prole com o falecimento dos detentores do poder familiar.

Segundo o artigo 1728 do Código Civil “os filhos menores são postos em tutela: I – com o falecimento dos pais, ou sendo estes julgados ausentes; II – em caso de os pais decaírem do poder familiar” (BRASIL, 2010, p. 116). Assim, somente será possível ser nomeado tutor ao menor nestas hipóteses.

Explica Diniz (2002, p. 453): “trata-se de tutela testamentária cabível, ante o fato de que a um consorte não é lícito privar o outro do poder familiar, apenas quando o outro

cônjuge já tiver falecido ou for incapaz de exercer o poder maternal ou paternal sob pena de nulidade”.

Nesta linha, aduz Comel (2003, p. 124): “a tutela, assim, é o instituto de proteção do menor substitutivo do poder familiar, visto ser uma função personalíssima [...]. Se sobreviver o outro pai e puder exercer regularmente a função, não há que se falar em tutela, porque o poder familiar ainda existe”.

Portanto, a nomeação de tutor pelo genitor que faleceu primeiro não causa a retirada dos filhos do genitor que sobreviveu para a entrega ao tutor nomeado. Nem seria lógico, eis que a tutela e o poder familiar são incompatíveis, de modo que somente deve ser dado tutor ao menor quando não existir detentor legítimo do poder familiar.

2.5.1.5 Representá-los e Assisti-los nos Atos da Vida Civil

Como detentores do poder familiar, os pais devem representar e assistir seus filhos até que eles atinjam a plena capacidade. Se aos pais incumbe criar e guardar os filhos, bem como dar todos os meios para que prosperem na vida, nada mais adequado do que transferir a eles o direito de representação. Este direito está intrínseco no conceito de capacidade civil.

Por isso, está previsto no artigo 1634, V, do Código Civil o dever dos pais quanto aos filhos de “representá-los, até os dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após, essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento” (BRASIL, 2010, p. 111).

“É por meio da representação que a vontade do filho vai ser emitida, por intermédio dos pais, possibilitando que ele exerça seus direitos na esfera civil” (COMEL, 2003, p. 116).

Explica Santos Neto (1994, p. 125), sobre a capacidade dos filhos:

Não lhes falta, esclareça-se, a chamada capacidade de direito, que consiste na potencialidade de adquirir e gozar direitos. O que não apresentam é a chamada capacidade de fato, que corresponde ao exercício dos ditos direitos. Esta só se fará presente com a maioridade ou emancipação.

Portanto, os filhos possuem capacidade de direito absoluta. Contudo, para exercerem estes direitos, é preciso representação ou assistência dos pais.

Prevê o artigo 3º do Código Civil: “são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I – os menores de dezesseis anos [...]” (BRASIL, 2010, p. 23). E ainda, o artigo 4º do Código Civil: “são incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: I – os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos [...]” (BRASIL, 2010, p. 23).

Desta forma, as incapacidades do filho menor se dividem em absoluta e relativa, conforme a idade que ele possua. Nesta seara, dispõe o artigo 1690 do Código Civil: “compete aos pais, e na falta de um deles ao outro, com exclusividade, representar os filhos menores de dezesseis anos, bem como assisti-los até completarem a maioridade ou serem emancipados” (BRASIL, 2010, p. 114).

O Código Civil gradua a “incapacidade” diferenciando-a a partir da idade. De um lado há aquela em que o menor de 18 anos de idade está, na sua totalidade, incapacitado para agir na vida civil; e, de outro, aquela em que tais “menores” são incapazes quanto a alguns direitos ou à forma de seu exercício. Aos primeiros a lei civil tem denominado de “absolutamente incapazes”, e aos segundos “relativamente incapazes”. (VERONESE; GOUVÊA; SILVA, 2005, p. 34).

Explica Venosa (2009, p. 308): “ato praticado por menor absolutamente incapaz sem representação é nulo; ato praticado por menor relativamente incapaz sem assistência, é anulável”. Isto se dá porque a capacidade de compreensão dos atos da vida civil é diferenciada quando o menor atinge determinada idade. O critério da legislação é objetivo e entende que aos 16 anos o menor inicia uma fase de transição para a vida adulta.

Comenta Gonçalves (2009, p. 381):

A incapacidade de fato ou de exercício impede que os menores exerçam, por si sós, os atos da vida civil, a absoluta (CC, art. 3º) acarreta a proibição total do exercício, por si só, do direito. O ato somente poderá ser praticado pelo representante legal do absolutamente incapaz, sob pena de nulidade (art. 166, I). A incapacidade relativa (art. 4º) permite que o incapaz pratique os atos da vida civil, desde que assistido, sob pena de anulabilidade (art. 171, I).

Em relação à assistência, destaca Comel (2003, p. 117) que a vontade, neste caso, é manifestada, estruturada e formalizada pelo filho, sem interferência dos pais, que se limitam a anuir ou discordar. Por isso, explica Comel (2003, p. 118) que existem muitos atos que podem ser praticados pelo filho relativamente incapaz sem assistência e com plena eficácia e validade jurídica, entre eles: votar, testemunhar, fazer testamento, requerer nomeação de curador especial quando seus interesses colidirem com os dos pais.

Por outro lado, quanto à incapacidade absoluta, destaca Comel (2003, p. 117):

Porque é absoluta a incapacidade do filho menor de 16 anos de idade, ao qual o direito não conhece a vontade, a representação abrange todos os seus bens, direitos, interesses e deveres, sejam de ordem pessoal, patrimonial, judicial ou extrajudicial (os atos da vida civil), e pode ser exercida sem qualquer formalidade prévia ou autorização, pois existe por força de lei. Mas, apesar da amplitude da representação, não quer dizer que possa ser exercida ilimitadamente e de forma arbitrária, porque, como as demais funções do poder familiar, deve ser exercida sempre em benefício do filho e no seu superior interesse. Além disso, a lei também coloca algumas restrições ao seu exercício, como a proibição de alienar, hipotecar ou gravar de ônus reais os imóveis dos filhos, bem como contrair em nome deles

obrigações que ultrapassem os limites da simples administração, exceto por necessidade, ou evidente utilidade da prole, mediante prévia autorização judicial.

Comel (2003, p. 117) aponta uma exceção à regra da representação, independente de ser a incapacidade absoluta ou relativa, que é a prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente no artigo 45, § 2º.

Estabelece o artigo 45 do Estatuto da Criança e do Adolescente “a adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando” e o § 2º que “em se tratando de adotando maior de doze anos de idade, será também necessário o seu consentimento” (BRASIL, 2010, p. 1160).

O dispositivo se refere à necessidade de consentimento do jovem para sua adoção, e não apenas de manifestação de vontade, donde se pode concluir que para esse ato em especial a lei reconhece a vontade dele (filho) como produtora de efeitos jurídicos, a despeito da incapacidade. E assim, para esse ato em particular, não é permitido aos pais agir em nome do filho, sendo-lhes vedado, até, atuar. (COMEL, 2003, p. 117).

Nada mais lógico, pois se os filhos estão sendo entregues para a adoção é porque os pais, legítimos detentores do poder familiar, que possuíam o dever-direito de zelar pelos seus filhos, descumpriram ou não estão em condições de continuarem cumprindo com suas obrigações legais. Assim, quando a vontade é manifestada pelo filho, não é devido que se exija a representação ou a assistência, até mesmo porque a única finalidade do instituto é respeitar a vontade do menor, que aos 12 (doze) anos já possui certa competência para autodeterminação.

2.5.1.6 Reclamá-los de quem ilegalmente os Detenha

Como os pais possuem a função de ter o filho em sua companhia e guarda para cuidar-lhe da criação e educação, a lei lhes assegura o direito de reclamá-lo de quem o detenha ilegalmente, contra sua vontade e sem justa causa (COMEL, 2003, p. 112).

Para reclamá-los de quem ilegalmente os detenha, como dito no inciso VI, tem-se como instrumento a medida cautelar de busca e apreensão prevista no art. 839 do CPC, que, não obstante ser combatida por parte da doutrina convencida que mais adequada para tal fim seria a ação de rito ordinário, continua a ser objeto de liminares (incidentais e autônomas), concedidas pela Justiça. (VERONESE; GOUVÊA; SILVA, 2005, p. 34).

Nesta ação de busca e apreensão, explica Diniz (2002, p. 453), que o magistrado, convencido da ilegalidade da detenção do menor efetuada pelo réu, concederá liminar *inaudita altera pars*.

Para Santos Neto (1994, p. 146) a ação de busca e apreensão deve ser instruída com a prova da paternidade do autor em relação ao filho e da menoridade deste.

Veronese, Gouvêa e Silva (2005, p. 34) destacam que a ação não poderá ser utilizada pelo pai que não detém a posse dos filhos, ou seja, não é o legítimo guardião, quando o objetivo for o de obter modificação da guarda estabelecida em acordo homologado ou sentença, devendo ser proposta ação próprio.

Por outro lado, Gonçalves (2009, p. 381-382) destaca:

O Tribunal de Justiça de São Paulo, tendo em vista a natureza dúplice da aludida ação, reconheceu a possibilidade de se inverter a guarda, independentemente de ação movida pelo réu para modificar o acordo de separação judicial, devendo ser aberta oportunidade às partes de produzirem provas.

Venosa (2009, p. 309) destaca que é delicada a situação da ação de busca e apreensão no caso de pais separados, sendo necessário investigar o caso concreto em busca de uma solução. Já Rodrigues (2002, p. 405) assevera que, em regra, a ação de busca e apreensão perderá o caráter cautelar e passará a adotar o rito ordinário, exceto nos casos nos quais seja manifesta a ilegalidade da detenção, como no caso de rapto por terceiro.

De fato, o mais coerente é analisar o caso concreto. Em regra, aquele que possui o poder familiar, mas não é o legítimo detentor da guarda, não poderá propor ação de busca e apreensão contra quem o é, devendo propor ação própria, qual seja a ação de modificação de guarda. Contudo, é possível que surjam situações urgentes que justifiquem a propositura de ação de busca e apreensão como procedimento cautelar preparatório de uma ação principal de modificação de guarda, por exemplo, quando o genitor que não possua a guarda tome conhecimento de que o filho está sendo agredido sob a guarda do outro.

Monteiro (1980, p. 279) apud Diniz (2002, p. 453) “ensina-nos que não poderá exercer o direito de reclamar o filho o pai ou mãe que se descuida inteiramente dele ou que o mantém em local prejudicial a sua saúde”. Da mesma forma, sendo o genitor destituído ou suspenso do poder familiar, ainda que em caráter liminar, também não será possível o deferimento da cautelar de busca e apreensão por ele requerida (VERONESE; GOUVÊA; SILVA, 2005, p. 35).

Assim, para o genitor buscar o filho de quem irregularmente o detenha deverá estar cumprindo com os deveres atinentes ao poder familiar.

Assevera Comel (2003, p. 113) que “não podem os pais exigir a devolução do filho quando aquele que o detém o faz lícitamente, como no caso em que o filho ingressa no serviço militar obrigatório ou quando está com o pai que obteve sua guarda”.

Nota-se que o dispositivo traz um mecanismo para o exercício do direito de guarda que os pais, na titularidade do poder familiar, possuem em relação aos seus filhos. Se assim não o fosse, seria impossível aos pais zelarem pelos interesses dos menores e criá-los da maneira adequada, conforme abordado nos tópicos 2.5.1.1 e 2.5.1.2.

2.5.1.7 Exigir que lhes Prestem Obediência, Respeito e os Serviços Próprios de sua Idade e Condição

Os pais não poderiam exercer plenamente o encargo de criar e educar o filho se não lhe fossem assegurados direitos de exigir do filho obediência e respeito (COMEL, 2003, p. 126). O poder familiar traz diversos encargos e a legislação não poderia deixar de assegurar aos seus titulares determinados direitos que possibilitassem o seu exercício pleno.

Nesta linha, para Santos Neto (1994, p. 130), “[...] sem obediência e o respeito dos filhos, difícil seria imaginar um exercício profícuo do pátrio poder, notadamente no respeitante à educação à formação destes últimos”.

Apesar do dever de obediência e respeito, assegura Venosa (2009, p. 309) que não existirá entre os pais e filhos uma subordinação hierárquica, devendo tanto os pais como os filhos agirem com respeito, sob pena até mesmo de suspensão ou perda do poder familiar.

Explica Comel (2003, p. 127):

O dever de obediência do filho consiste em ter ele de se submeter às determinações dos pais relativamente à disciplina doméstica interna, assim como no que tange à sua criação e educação, com sujeição e resignação. Trata-se aqui, evidentemente, de ordens lícitas e de acordo com o direito, de caráter educativo ou protetivo, e sempre no interesse do filho (por exemplo, ordem para estudar ou para ir ao médico), incluindo as proibições (não frequentar determinados locais, não voltar para casa de madrugada, não andar com determinada pessoa). Exclui-se, de outro lado, toda e qualquer ordem ilícita e arbitrária (ordem para mendigar, para colar nos exames, para roubar, trapacear ou corromper), que, evidentemente, não são dadas no interesse do filho nem têm caráter educativo. [...] As principais consequências de natureza civil do descumprimento do dever de respeito são a exclusão da sucessão e deserdação.

Gonçalves (2009, p. 382), Venosa (2009, p. 309) e Rodrigues (2002, p. 405) destacam que para exercer este direito os pais podem até mesmo castigar fisicamente seus filhos, mas deverão fazê-lo de maneira moderada, reconhecendo a possibilidade de caracterização do crime de maus-tratos como uma das causas de perda do poder familiar.

Destaca-se que nenhum direito aparece sem limitações, de modo que para exigir respeito e obediência dos filhos, os pais não poderão agir com excessos.

O artigo 1634, VII do Código Civil, ora em análise, também assegura aos pais o direito de exigir dos filhos serviços compatíveis com sua idade, “[...] o que significa a realização de tarefas comuns à rotina de uma casa e não da exploração do trabalho infantil” (VERONESE; GOUVÊA; SILVA, 2005, p. 35).

Assevera Rodrigues (2002, p. 405):

Permite a lei que os pais exijam dos filhos serviços próprios de sua idade e condição. É óbvio que a regra implica a permissão para os pais guardarem parte ou mesmo todo o salário do filho menor, pois a idéia do legislador é a de que os filhos que trabalham, embora menores, devem participar da manutenção da família. Nos lares menos afortunados, a contribuição dos filhos é uma das fontes importantes da receita.

“Havemos de respeitar a legislação específica a respeito do trabalho do menor. [...] Todos os abusos em matéria de menor devem ser severamente combatidos” (VENOSA, 2009, p. 309).

Nesta linha, seguem abaixo os principais dispositivos de lei apontados por diversos doutrinadores, como Diniz (2002, p. 454), Gonçalves (2009, p. 382), Rodrigues (2002, p. 405) e Venosa (2009, p. 309).

A Constituição Federal, em seu artigo 7º, XXXIII estabelece a “proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menor de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos” (BRASIL, 2010, p. 865).

Corroborando o assunto, preconiza a Consolidação das Leis do Trabalho em seu artigo 403 que “é proibido qualquer trabalho a menores de dezesseis anos de idade, salvo na condição de aprendiz, a partir dos quatorze anos” e no parágrafo único do dispositivo que “o trabalho do menor não poderá ser realizado em locais prejudiciais à sua formação, ao seu desenvolvimento físico, psíquico, moral e social e em horários e locais que não permitam a frequência à escola” (BRASIL, 2010, p. 787).

O artigo 404 do diploma legal prevê: “ao menor de 18 (dezoito) anos é vedado o trabalho noturno, considerado este o que for executado no período compreendido entre as 22 (vinte e duas) e as 5 (cinco) horas” (BRASIL, 2010, p. 787).

Finalmente, o artigo 405 da Consolidação das Leis do Trabalho veda o trabalho do menor em locais e serviços insalubres ou perigosos, bem como prejudiciais à sua moralidade, por exemplo, locais de venda de bebidas alcoólicas, cabarés, cassinos e outros (BRASIL, 2010, p. 787-788).

O Estatuto da Criança e do Adolescente trata do assunto no Título II, “Dos Direitos Fundamentais”, em seu Capítulo V, “Do Direito à Profissionalização e à Proteção no

Trabalho” (BRASIL, 2010, p. 1164). Todos os dispositivos do capítulo vão de encontro com os anteriormente mencionados e buscam trazer mecanismos para assegurar o exercício do trabalho pelo menor sem que ocorra prejuízo ao seu desenvolvimento.

Portanto, em regra, o menor de idade não poderá trabalhar e, quando o puder (acima de 14 ou 16 anos), será necessário o preenchimento de condições específicas, impedindo que o trabalho lhe seja prejudicial, sob diversos aspectos.

Referindo-se ao dever de exigir dos menores serviços próprios de sua idade e condição, contrariando a posição majoritária na doutrina, Lôbo (2009) preconiza:

Tenho por incompatível com a Constituição, principalmente em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana (arts. 1º, III, e 227), a exploração da vulnerabilidade dos filhos menores para submetê-los a *serviços próprios de sua idade e condição*, além de consistir em abuso (art. 227, §4º). Essa regra surgiu em contexto histórico diferente, no qual a família era considerada, também, unidade produtiva e era tolerada pela sociedade a utilização dos filhos menores em trabalhos não remunerados, com fins econômicos. A interpretação em conformidade com a Constituição apenas autoriza aplicá-la em situações de colaboração nos serviços domésticos, sem fins econômicos, e desde que não prejudique a formação e educação dos filhos.

Comel (2003, p. 129-130) se manifesta também no sentido de que não deve ser confundido o trabalho remunerado com os serviços compatíveis apontados pelo dispositivo em análise, que possui finalidade diversa:

Consiste na realização de tarefas domésticas diversas, a serviço da família como um todo, da administração do lar, como por exemplo, lavar e secar louças, varrer o chão, arrumar o próprio quarto e brinquedos, auxiliar no preparo das refeições, pagar conta no banco, ajudar a cuidar dos irmãos menores. [...] Não se confunde com o trabalho remunerado, oriundo de relação empregatícia, regulado em legislação específica, ainda que sob o argumento de que o filho o fará para obter o próprio sustento ou auxiliar nas despesas familiares, pois foge à natureza da figura em exame. São tarefas realizadas exclusivamente com o caráter educativo e/ou de colaboração nos encargos domésticos, com duração limitada e sem remuneração obrigatória, sem que implique sobrecarga ou prejuízo aos estudos e lazer dos filhos, respeitada a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. [...] Ao exigir do filho, os pais devem ter em conta sua idade e condição. A pouca idade e a imaturidade física e mental não recomendam que o filho realize tarefas próprias de adulto, ainda que domésticas, nem tarefas difíceis e árduas. Serviços próprios, insalubres ou fisicamente cansativos também não são indicados, para não dizer proibidos, a crianças e adolescentes, por motivos óbvios. [...] A condição particular do filho, inclusive, deve ser considerada na administração dos serviços domésticos. As crianças mais fortes, mais dispostas e mais ágeis, de compleição física mais avantajada, respondem melhor a certas tarefas, ao passo que as mais frágeis e franzinas devem receber encargos compatíveis com as características pessoais, para que não se perca o caráter educativo e de colaboração, nem se torne um oneroso encargo e de tormentosa execução, prejudicial ao bom desenvolvimento do filho.

De fato, a posição dos dois últimos autores é mais coerente com a finalidade do dispositivo legal. Caso contrário, implicaria em se dizer que o titular do poder familiar pode exigir que seu filho trabalhe fora a partir dos quatorze anos, mesmo contra a vontade deste.

Por sua vez, ao considerar o direito de exigência de deveres dentro do âmbito familiar é coerente quando se destaca o dever de criar e educar os filhos. Normalmente, a exigência da prestação de deveres torna o menor mais responsável, maduro e contribui para o seu crescimento pessoal. Assim, o exercício do direito apontado no dispositivo em análise é extremamente salutar para o bom desenvolvimento do menor.

2.5.2 Quanto aos Bens dos Filhos

Como já abordado, o instituto do poder familiar existe justamente para proteção dos filhos menores e não-emancipados, que não possuem qualquer condição de regerem-se sozinhos, daí a necessidade de regulamentação do conteúdo patrimonial do poder familiar.

Embora o conteúdo pessoal do poder familiar apareça com maior transcendência, não significa que o conteúdo econômico tem menor importância, já que o filho, sendo incapaz de gerir seus interesses, podendo se o fizer sofrer prejuízos, precisa de proteção (COMEL, 2003, p. 141).

De acordo com Venosa (2009, p. 309):

Os filhos menores não possuem capacidade de direito para administrar seus bens, que a eles podem advir de várias formas, mormente por doação ou testamento ou por fruto de seu trabalho. Geralmente, no entanto, a situação de administração ocorre com a morte de um dos pais, com relação aos bens que os menores recebem com a herança do falecido.

O aspecto de ordem patrimonial do instituto do poder familiar está previsto no Código Civil de 2002 no Subtítulo II, “Do Usufruto e da Administração dos Bens de Filhos Menores”, localizado no Título II, “Do Direito Patrimonial”, pertencente ao Livro IV, “Do Direito de Família” (BRASIL, 2010, p. 18).

Dispõe o artigo 1.689 do Código Civil de 2002: “o pai e a mãe, enquanto no exercício do poder familiar: I – são usufrutuários dos bens dos filhos; II – têm a administração dos bens dos filhos menores sob sua autoridade” (BRASIL, 2010, p. 114).

Uma vez que a legislação prevê que incumbe aos pais à administração e o usufruto dos bens dos filhos menores, necessário é que se faça um estudo separado de cada um desses atributos.

2.5.2.1 Da Administração dos Bens dos Filhos

A administração dos bens dos filhos é atribuída aos pais no artigo 1.689 do Código Civil de 2002.

De acordo com Gonçalves (2009, p. 383): “os pais, em igualdade de condições, são, pois, os *administradores legais* dos bens dos filhos menores sob sua autoridade”.

Para Comel (2003, p. 149), justifica-se tal função concedida aos pais, pois, os filhos não possuem capacidade de fato para exercer a administração de seu patrimônio, de modo que ninguém melhor que os pais para assumirem tal encargo.

No caso de os pais divergirem, preconiza o parágrafo único do artigo 1.690 do Código Civil que: “os pais devem decidir em comum as questões relativas aos filhos e a seus bens; havendo divergência, poderá qualquer deles recorrer ao juiz para a solução necessária” (BRASIL, 2010, p. 114).

Claro, não é recomendável que o juiz decida questões inerentes à administração dos filhos, sendo imprescindível que se busque o acordo entre os pais, atendendo da melhor forma o interesse do menor. A busca de solução de maneira litigiosa perante o judiciário deve ser utilizada como último recurso.

Quanto à abrangência da administração dos bens dos filhos menores e não-emancipados preconiza Diniz (2002, p. 454) que incumbe aos pais a administração:

[...] ou seja, a prática de atos idôneos à conservação e incremento desse patrimônio, podendo celebrar contratos, como o de locação de imóveis [...], pagar impostos, defender judicialmente, receber juros ou rendas, adquirir bens, aliená-los se móveis. Contudo não poderá dispor dos imóveis pertencentes ao menor, nem contrair obrigações que ultrapassem os limites da simples administração, pelo fato de que esses atos importam em diminuição patrimonial.

No mesmo sentido, ensina Comel (2003, p. 150):

[...] devem os pais exercer a gestão dos bens do filho como todo administrador, podendo fazer as despesas necessárias e úteis, pagar tributos, celebrar contratos, receber pagamentos, adquirir bens, alienar móveis, enfim, tudo o que for necessário à conservação e manutenção do patrimônio do filho, bem como atuar em busca de incremento do patrimônio do filho, agindo com todo o cuidado e diligência, como se estivesse gerindo os próprios negócios, para evitar danos e prejuízos aos filhos.

Santos Neto (1994, p. 154-155), explica que a administração dos bens dos filhos ligada ao pátrio poder engloba habilitação para prática de todos atos que visem a conservação e o incremento do patrimônio e classifica-a em duas categorias: atos de mera administração, que não dependem de autorização judicial, como locação ou arrendamento de imóvel do filho,

e atos de disposição, que dependem de autorização judicial para serem praticados, como alienação.

No exercício da administração os pais deverão zelar pelo patrimônio que vão administrar, agindo de forma a não causar prejuízo patrimonial (GONÇALVES, 2009, p. 383).

Assim, é função primordial dos pais administrarem da melhor forma os bens adquiridos pelos seus filhos até mesmo em decorrência dos deveres de zelo inerentes ao poder familiar. Presume-se que ninguém melhor para administrar os bens dos filhos do que aqueles responsáveis pela criação e pela educação destes.

Venosa (2009, p. 309) explica que a administração que trata a legislação abrange atos como o de locação e defesa de direito e Rodrigues (2002, p. 406) complementa ao dizer que não poderão os pais, em princípio, praticar atos de alienação direta e indireta.

Desta forma, nota-se que os pais deverão agir de forma a preservar o patrimônio de seus filhos, sendo que não poderão praticar atos de alienação, salvo expressamente autorizados.

Referindo-se a questão da vedação da alienação dos bens dos filhos, diz o artigo 1.691 do Código Civil de 2002: “não podem os pais alienar, ou gravar de ônus real os imóveis dos filhos, nem contrair, em nome deles, obrigações que ultrapassem os limites da simples administração, salvo por necessidade ou evidente interesse da prole, mediante prévia autorização do juiz” (BRASIL, 2010, p. 114).

Portanto, o artigo prevê uma exceção, qual seja, de que no caso de necessidade ou interesse do filho, e, mediante autorização judicial, poderão os pais alienar, gravar de ônus real os imóveis, contrair obrigações que ultrapassem os limites da simples administração.

Complementa Comel (2003, p. 156), que primeiro os pais decidirão se há ou não evidente interesse do filho e depois o juiz apreciará segundo critérios de proporcionalidade e conveniência, qual a solução mais útil ao menor.

Exemplifica Rodrigues (2002, p. 407): “se os imóveis do menor estão em ruína ou se dão renda ridícula, [...] pode o juiz autorizar-lhes a venda, para a aquisição de outros de igual ou superior valor”.

Entende-se por ato de alienação ou gravame algo:

[...] que diminua o patrimônio do menor, produzindo perda de algo nele já existente. A nota distinta da restrição legal está no interesse de conservar o patrimônio do menor e que ele não sofra diminuição. Anote-se que na restrição em apreço não se indaga o valor do bem a ser onerado ou gravado, o que importa é ser imóvel, qualquer que seja o valor dele (COMEL, 2003, p. 153).

Nesta linha, preconiza o parágrafo único do artigo 1691 do Código Civil: “podem pleitear a declaração de nulidade dos atos previstos neste artigo: I – os filhos; II – os herdeiros; III – o representante legal” (BRASIL, 2010, p. 114).

Assim, quanto à nulidade do ato praticado, quando sem autorização judicial preconiza Diniz (2002, p. 455) que poderá opor nulidade: “[...] (a) o filho, após sua maioridade ou emancipação; (b) os herdeiros e o representante legal do filho, se durante a menoridade cessar o poder familiar [...], ou seja, havendo falecimento do menor ou sucessão do pai ou da mãe na sua representação”.

Uma vez ausente qualquer disposição quanto ao prazo para opor a nulidade pelo descumprimento do disposto no artigo 1691 do Código Civil, Veronese, Gouvêa e Silva (2005, p. 51), prevêem que aplica-se o artigo 178 do mesmo diploma legal, qual seja, o prazo de 04 (quatro) anos, contado do momento em que o filho torna-se capaz.

Leciona Venosa (2009, p. 310):

O pedido de alienação ou gravame deve ser feito em juízo e somente podem esses atos ocorrer com autorização judicial. O parágrafo único descreve a legitimidade para ação de nulidade nessas hipóteses. Sem autorização judicial, decorrente de procedimento no qual participa o Ministério Público, o ato é nulo por ausência de agente capaz. Em juízo deve ser provada a necessidade ou conveniência de alienação ou oneração do bem com relação ao menor. Os imóveis devem ser avaliados, não se admitindo alienação por venda inferior ao preço de mercado.

Gonçalves (2009, p. 383) frisa que a competência para o pedido de autorização judicial é do juiz do domicílio do menor, salvo quando o imóvel advier de inventário, caso em que a ação processará na onde este se processar; que depois de expedido o alvará judicial, a venda será feita a quem melhor pagar, não podendo ser pago valor inferior ao avaliado e não se exigindo oferta em hasta pública e que se houver a venda sem a devida autorização judicial caberá aos filhos, herdeiros ou representante legal opor nulidade.

Verifica-se até então que os pais são administradores dos bens de seus filhos menores e não-emancipados, mais devem agir de forma a preservar o patrimônio do incapaz, não podendo praticar atos que tragam prejuízos, bem como atos de alienação, a não ser que no último caso demonstrem necessidade de fazê-lo, quando então deverão pedir autorização ao juiz, e se autorizados o bem não poderá ser vendido por valor inferior ao de mercado. O ato de alienação dos bens dos filhos que não preencherem os requisitos legais é nulo.

Vale ressaltar que os pais não recebem remuneração pelas atividades administrativas e “em caso de falência os bens do menor de idade administrados pelo devedor não são atingidos [...]” (VERONESE; GOUVÊA; SILVA, 2005, p. 51).

Leciona Comel (2003, p. 158) que o Código Civil nada previu quanto à necessidade ou não dos pais prestarem contas relativas à administração dos bens de seus filhos menores. Comel (2003, p. 161) entende que os pais devem prestar contas, se compelido para tanto pelo filho.

Santos Neto (1994, p. 151), destaca que não é preciso deter a guarda para ser administrador, pois a administração decorre do pátrio poder e não da guarda, e defende a prestação de contas, apesar de achar de difícil que ocorra na prática.

Quanto à prestação de contas preconiza Diniz (2002, p. 455) que “os pais não responderão pela administração dos bens do filho, a não ser que hajam com culpa, não estando, ainda, em regra, obrigados a prestar caução, nem a lhe render contas [...]”.

Venosa (2009, p. 311-312) explica que no exercício da administração o pai não precisa dar garantia ou caução, e nem prestar contas, só respondendo por culpa grave, bem como que uma vez alcançada a maioridade, os pais entregarão os bens aos filhos com os acréscimos, sem receber qualquer remuneração.

De fato, é incoerente obrigar os pais a prestarem contas sobre a administração dos bens dos filhos, obrigação que seria até mesmo inviável de atender na prática. Razoável é obrigar a autorização judicial para atos de relevância no tocante ao patrimônio do menor, como o de movimentação de numerário considerável ou de alienação de imóveis ou móveis de alto valor.

Ainda, disciplina o artigo 1.692 do Código Civil: “sempre que no exercício do poder familiar colidir o interesse dos pais com o do filho, a requerimento deste ou do Ministério Público o juiz lhe dará curador especial” (BRASIL, 2010, p. 114).

Comel (2003, p. 165-166) entende que mesmo que este artigo esteja no Subtítulo “Do Usufruto e da Administração dos Bens de Filhos Menores”, ele valerá para qualquer conflito de interesse entre os pais e filho, bem como destaca que ele existe, pois, o curador especial irá agir no resguardo do filho.

Referindo-se a tal dispositivo preconizou Venosa (2009, p. 311):

Quanto colidirem os interesses do filho menor, este deverá ser representado ou assistido por curador especial, a requerimento do filho ou do Ministério Público, também como aplicação dos princípios gerais sobre os conflitos entre representantes e representados (1.692). Tal colisão de interesses deve ser vista objetivamente, sempre que as vantagens colimadas ou os direitos na berlinda possam afrontar ou ferir os interesses do filho. Assim, se o pai demonstrar necessidade ou utilidade para venda ou hipoteca de imóvel do filho, ao ser deferida a autorização judicial, incumbe ao juiz que nomeie o curador.

Diniz (2002, p. 455) lecionou que o juiz nomeará o curador para que o mesmo “fiscalize a solução do conflito de interesses de pais e filho: zelando pelo menor [...], recebendo em seu nome doação que os pais irão fazer-lhe; concordando com a venda que os genitores efetuarão a outro descendente [...].

Santos Neto (1994, p. 162) não acha necessária a nomeação de curador para todo o tipo de doação que o filho venha a receber do pai. Acredita que se for pura, sem encargo não há porque nomear curador,

Exemplifica Rodrigues (2002, p. 406): “quando ambos os pais são herdeiros e se cogita de partilha, pois pode convir a um e a outro serem aquinhoados com o mesmo bem, tornando-se manifesta a divergência de interesses”.

Comel (2003, p. 166) aponta, ainda:

Considera-se, por exemplo, uma ação de investigação de paternidade proposta após a morte do pai investigado (que se propõe contra os herdeiros), e que tanto o autor quanto o requerido sejam filhos da mesma mãe e submetidos ao poder familiar com relação a ela. Obviamente, não poderá essa mãe representar os dois filhos. Se representou o primeiro, na propositura da ação, não poderá concomitantemente representar o segundo, contra o qual a ação se dirige, defendendo seus interesses. Portanto, ter-se-á que nomear curador ao réu da ação, e tão-somente para aquela finalidade, até final decisão. E veja-se que o interesse aqui pode ser eminentemente pessoal no caso de não ter deixado herança o falecido investigado.

Gonçalves (2009, p. 384) também estabelece que quando colidir o interesse dos pais com o do filho será nomeado curador especial e frisa que:

Não se exige, para tanto, prova de que o pai pretende lesar o filho. Basta que se coloquem em situações cujos interesses são aparentemente antagônicos, como acontece na venda de ascendente a descendente, que depende do consentimento dos demais descendentes. Se um destes for menor, ser-lhe-á nomeado curador especial na anuência.

Nessa linha, Veronese, Gouvêa e Silva (2005, p. 51) destacam que o artigo 1.692 do Código Civil comprova que o objetivo do instituto do poder familiar é a proteção do filho menor e que os artigos 9º, inciso I do Código de Processo Civil e 142, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente tratam de matérias semelhantes.

O artigo 9º do Código de Processo Civil prevê que o juiz dará curador especial quando o interesse do incapaz colidir com o de seu representante legal (BRASIL, 2010, p. 177).

Além disso, dispõe o parágrafo único do artigo 142 do Estatuto da Criança e do Adolescente que: “a autoridade judiciária dará curador especial à criança ou adolescente, sempre que os interesses destes colidirem com os de seus pais ou responsável, ou quando

carecer de representação ou assistência legal ainda que eventual” (BRASIL, 2010, p. 1172-1173).

Por fim, Comel (2003, p. 166) destaca que será nomeado curador especial quando o conflito de interesse se der com relação a ambos os pais, já que ocorrendo apenas com relação a um deles, o outro pode prosseguir e no caso de divergência entre eles, basta recorrer ao judiciário, nos termos do artigo 1.631 do Código Civil e que poderá o juiz nomeá-lo de ofício, já ao receber a inicial, sendo o âmbito de sua atuação vasto, podendo representar ou assistir o menor em todos os atos da vida civil quando houver conflito de interesse.

Santos Neto (1994, p. 161) entende que mesmo que o interesse do filho colida com o de apenas um dos pais, deve-se nomear curador especial. Referido autor justifica-se através de uma situação hipotética: não seria correto que pais casados, na constância do casamento, tenham que tomar partido do filho, se opondo ao outro, e nem sempre o pai conseguiria agir no interesse do filho.

Nota-se que a legislação estabelece a possibilidade da nomeação de um curador especial ao menor, quando os seus interesses colidirem com os de ambos os pais, novamente demonstrando o caráter protetivo do instituto do poder familiar.

2.5.2.2 Do Usufruto dos Bens dos Filhos

O usufruto dos bens dos filhos é atribuído aos pais no artigo 1.689 do Código Civil de 2002.

Gonçalves (2009, p. 384) preconiza que:

Aos pais pertence o *usufruto*, as rendas dos bens dos filhos menores [...], como uma compensação dos encargos decorrentes de sua criação e educação. Trata-se de *usufruto legal*, que dispensa prestação de contas e da caução a que se refere o art. 1.400 do Código Civil, uma vez que às questões atinentes à renda produzida pelos aludidos bens não interessam à pessoa do administrado, mas sim à do administrador.

O artigo 1.400 do Código Civil estabelece que: “o usufrutuário, antes de assumir o usufruto, inventariará, à sua custa, os bens que receber, determinando o estado em que se acham, e dará caução, fidejussória ou real, se lha exigir o dono, de velar-lhes pela conservação, e entregá-los findo o usufruto” (BRASIL, 2010, p. 95).

Rodrigues (2002, p. 406) e Diniz (2002, p. 456) apontam entendimentos no mesmo sentido de Gonçalves.

Já Comel (2003, p. 142) entende não ser correto o entendimento de que o fundamento da concessão do usufruto aos pais seja uma compensação, já que se trata de uma

função de origem no direito natural, de um dever legal, de ordem pública e que visa à proteção do filho.

Nota-se que os pais possuem o usufruto dos bens de seus filhos e que de fato não é necessário que prestem caução para tanto.

Aduz Santos Neto (1994, p. 167): “[...] derivado da lei, o usufruto paterno independe de qualquer ato formal, para a sua constituição [...]”.

Referindo-se ao usufruto explica Venosa (2009, p. 311):

Procura-se justificar o instituto sob duas faces: esse usufruto compensaria o pai pelos encargos do *munus* do poder familiar e, sob o prisma da entidade familiar, entendemos que todos os seus membros devem compartilhar dos bens. A estrutura desse usufruto aproxima-se do direito real de usufruto, disciplinado no direito das coisas, mas, como na maioria dos institutos de direito de família, tem compreensão própria. Desse modo, difere do usufruto do direito real porque não deriva de negócio jurídico, mas da lei; não necessita de inscrição mobiliária; abrange todos os bens dos filhos menores, salvo exceções previstas no Código; é irrenunciável e intransferível.

Comel (2003, p. 142), assim como Venosa, diferencia o usufruto do direito real, do usufruto concedido aos titulares do poder familiar.

Santos Neto (1994, p. 166-167) entende ser o usufruto legal intransferível (por ser personalíssimo, já que apenas o titular do poder familiar o detém), irrenunciável e impenhorável.

Para Veronese, Gouvêa e Silva (2005, p. 51), se os pais não possuem usufruto, deverão prestar contas, quando da administração.

Até então, percebe-se que o usufruto aqui tratado, difere do usufruto do direito real, uma vez que o mesmo deriva da lei e não necessita de inscrição imobiliária.

De acordo com Diniz (2002, p. 456):

- cessa-se o usufruto com a maioridade, emancipação ou morte do filho;
- os pais não estão obrigados a consumir as rendas provenientes do patrimônio do filho, podendo revesti-las em proveito do filho;
- o usufruto não abrange bens deixados ao filho com exclusão do usufruto dos pais (artigo 1848 do Código Civil) ou deixados ao filho, para fim determinado, como para educação do incapaz (artigo 1.897 do Código Civil).

Assim como Diniz, Rodrigues (2002, p. 406) traz as mesmas hipóteses de bens em que excluem o usufruto paterno e traz, ainda, uma hipótese de perda do usufruto, qual seja a:

[...] infringência do impedimento matrimonial que lhes proíbe recasar, antes de fazer inventário e dar partilha, aos herdeiros, dos bens de seu primeiro casamento, dissolvido por morte do outro cônjuge [...]. Nessa hipótese, como

o pai só perdeu o usufruto, mas conservou a administração, ao prestar contas, deve devolver as rendas produzidas pelos bens de seu filho.

Para Comel (2003, p. 147), deveria o legislador do Código Civil ter suprimido o usufruto legal, substituindo-o pela obrigação de o filho contribuir com os encargos de família.

Diniz (2002, p. 456) frisa que:

O direito de usufruto, em regra, está associado ao de administração, pois o genitor que detém o poder familiar percebe os frutos do patrimônio administrado, embora seja possível existir um sem o outro. Pode haver administração sem usufruto, e usufruto sem administração, hipótese em que aos pais assiste tão-somente uma pretensão de entrega dos frutos contra o administrador.

Verifica-se que os pais são usufrutuários dos bens dos filhos, independente de qualquer formalidade, isto devido à confiança depositada pelo Estado em relação ao dever dos pais de cuidarem de seus filhos.

A seguir serão analisados os bens em que os pais não terão o usufruto e nem a administração.

2.5.2.3 Bens Excluídos do Usufruto e da Administração dos Pais

O artigo 1.693 do Código Civil traz hipóteses em que os pais não serão usufrutuários e administradores dos bens de seus filhos.

Diniz (2002, p. 456-457) explica que nestas hipóteses a gerência dos bens dos filhos será feita por um curador especial, nomeado por um juiz.

Assim, prevê o referido dispositivo:

Excluem-se do usufruto e da administração dos pais: I – os bens adquiridos pelo filho havido fora do casamento, antes do reconhecimento; II – os valores auferidos pelo filho maior de dezesseis anos, no exercício de atividade profissional e os bens com tais recursos adquiridos; III – os bens deixados ou doados ao filho, sob a condição de não serem usufruídos, ou administrados, pelos pais; IV – os bens que aos filhos couberem na herança, quando os pais forem excluídos da sucessão. (BRASIL, 2010, p. 114).

Passa-se a analisar cada uma dessas hipóteses.

2.5.2.3.1 Bens Adquiridos pelo Filho Havido Fora do Casamento, Antes do Reconhecimento

Preconiza Gonçalves (2009, p. 384-385) cuidar-se tal hipótese de:

[...] bens que já se encontravam no patrimônio do menor quando foi reconhecido, voluntária ou judicialmente, por um dos pais. A restrição não atinge o outro, que tenha eventualmente promovido o registro de nascimento, e tem o fundamento ético de evitar o reconhecimento voluntário pelo puro interesse em aproveitar-se do acervo patrimonial do filho.

No mesmo sentido manifestam-se Diniz (2002, p. 457), Veronese, Gouvêa e Silva (2005, p. 53) e Rodrigues (2002, p. 409).

Complementa Rodrigues (2002, p. 409) que “se o móvel do pai que pretende reconhecer o filho não for somente o de aproveitar-se da fortuna do filho, ele o reconhecerá de qualquer forma, privando-se, contudo, do usufruto e da administração dos bens do menor”.

Explica Venosa (2009, p. 312), que tal norma “[...] tem nítido caráter moral: pretende-se não transformar o ato de reconhecimento como incentivo à cupidez para o pai reconhecente. Ademais, enquanto não houver reconhecimento, não há poder familiar.”.

Na presente hipótese é clara a intenção do legislador, que nada mais é que a de proteger o menor e seu patrimônio, impedindo que sejam reconhecidos apenas pelo fato de possuírem patrimônio. Trata-se, de fato, de norma com evidente conteúdo ético, pois a paternidade é um dever que não pode resultar em benefícios financeiros.

2.5.2.3.2 Valores e Bens Auferidos pelo Filho Maior de Dezesesseis Anos no Exercício de Atividade Profissional

A doutrina não discute o tema, tendo em vista que não pairam controvérsias sobre o dispositivo legal.

Venosa (2009, p. 312) explica que:

Os valores e bens auferidos pelo filho menor, como produtor de seu trabalho, são bens próprios e reservados. A lei menciona o trabalho do maior de 16 anos. Como regra, os valores adquiridos pelo menor dessa idade, embora não se lhe permita, em princípio, o trabalho regular, pertencerão à administração e usufruto dos pais.

Para Veronese, Gouvêa e Silva (2005, p. 53) em tal hipótese “[...] se buscou a ampliação, em proveito do filho, da norma do antigo inciso II, do artigo 391, que limitava a exclusão referida aos bens adquiridos em serviço militar, no magistério, ou em função pública”.

Referindo-se também ao que era previsto no Código Civil de 1916, explica Comel (2003, p. 163) que “[...] agora atinge valores auferidos no exercício de qualquer atividade profissional, seja de que natureza for, pública ou privada, em qualquer área de atuação ou conhecimento, inclusive os bens adquiridos com tais valores”.

Logo, nota-se que os pais não serão usufrutuários e administradores dos valores que seus filhos maiores de dezesseis anos receberem pelos seus trabalhos e os bens que adquirirem com tais recursos.

Tal previsão legal mostra-se coerente, já que ao atingirem idade acima de dezesseis anos, os filhos deixam de ser absolutamente incapazes, tornando-se relativamente incapazes, ou seja, possuindo vontade estruturada, sem interferência dos pais, que se limita a anuir ou discordar, como explicado por Comel (2003, p. 117).

2.5.2.3.3 Bens Deixados ou Doados ao Filho sob Condição de Não Serem Usufruídos ou Administrados pelos Pais

De acordo com Venosa (2009, p. 312):

[...] o doador ou testador pode incluir cláusula vedando a administração ou usufruto dos bens. Há de ser obedecida a vontade do disponente, nesses negócios gratuitos. Se não for nomeado administrador, incumbe ao juiz fazê-lo, na hipótese de ambos os pais terem sido vetados para o encargo.

Santos Neto (1994, p. 178) frisa que se “[...] apenas um dos pais for excluído, o outro não será afetado, mas, se houver casamento, os produtos do usufruto serão reputados incomunicáveis ao cônjuge preterido”.

Diniz (2002, p. 457), Rodrigues (2002, p. 410) e Gonçalves (2009, p. 385) citam como exemplo pais separados que deixam bens por testamento ou por doação aos filhos, com cláusula de que o outro pai não será usufrutuário e administrador daquele bem. Gonçalves (2009, p. 385) destaca, ainda, que caso de doação, o pai poderá determinar um terceiro ou deixar para si mesmo o ato e caso na o faça deverá o juiz nomear um curador especial.

Para Comel (2003, p. 164), com tal restrição, “[...] protege-se [...], a vontade do transmitente, sendo-lhe irrecusável o direito de subtrair à administração ou usufruto dos pais os bens que pretende deixar ao menor. Objetiva, ainda, a norma favorecer a transmissão, resguardando-se a vontade do transmitente”.

De fato, injusto seria se o transmitente não pudesse dispor de seus bens com as restrições que entender necessárias.

Conclui-se que o dispositivo traz uma restrição como forma de preservar a vontade de quem está testando ou doando, sendo este um direito do então proprietário do bem, que destina seu patrimônio da forma como melhor lhe aprouver.

2.5.2.3.4 Bens que aos Filhos Couberem na Herança Quando os Pais Forem Excluídos da Sucessão

Entende Gonçalves (2009, p. 386) cuidar-se tal hipótese de:

[...] consequência natural da pena imposta de indignidade imposta ao herdeiro, pai do menor, que a cometeu. Os filhos do excluído o sucedem

como se fosse pré-morto (CC, art. 1.816). Tal sanção perderia grande parte de sua eficácia se o indigno pudesse administrar ou ter o usufruto dos bens havidos por seu filho, em sucessão de que foi excluído.

Rodrigues (2002, p. 410) explicou que a exclusão por indignidade “[...] é uma pena que se aplica ao herdeiro ingrato e que consiste em privá-lo da sucessão. Como os efeitos são pessoais, ela não atinge os filhos do indigno, que dessa maneira, herdam como se seu pai fosse morto”.

No mesmo sentido ensinam Comel (2003, p. 164) e Santos Neto (1994, p. 180).

Destaca, ainda, Santos Neto (1994, p. 180) que se a indigna for a mãe, o filho receberá a herança, podendo o pai usufruir e administrar os bens, pois se a exclusão por indignidade é uma pena pessoal, não atingindo o filho, também não atingirá o outro cônjuge.

Percebe-se que tal hipótese legal ocorre no caso que em os filhos recebem herança que na verdade seriam de seus pais, que não a receberam por terem sido excluídos da sucessão. Logo, correto que os pais não tenham o usufruto e administração de tal herança. Assim, se não tiver outro, que cuide e usufrua dos bens do incapaz, deverá o juiz nomear curador especial.

Para Venosa (2009, p. 312) tal “regra tem evidente cunho moral”.

Diniz (2002, p. 457) e Rodrigues (2002, p. 410), entendem que se tal restrição não existisse, a pena imposta ao pai, qual seja a de ser considerado indigno ou ser deserdado, não teria qualquer sentido, seria ineficaz.

De fato, tal hipótese é coerente, pois, não surtiria efeito e penalidade alguma ao pai ou mãe que fossem excluídos de uma herança por indignidade, se eles pudessem usufruir e administrar os bens que seus filhos recebessem.

CAPÍTULO 3 – DA SUSPENSÃO, DESTITUIÇÃO E EXTINÇÃO DO PODER FAMILIAR

O instituto do poder familiar existe justamente para proteção do filho menor, já que pelo fato de o mesmo ser incapaz de cuidar-se de si próprio, o Estado atribuiu aos pais o exercício de tal poder, e por outro lado criou mecanismos de fiscalização deste exercício, não deixando de qualquer maneira o menor desamparado.

Rodrigues (2002, p. 410-411) preconizou que:

Dentro da vida familiar o cuidado com a criação e educação da prole se apresenta como a questão mais relevante, porque as crianças de hoje serão os homens de amanhã, e nas gerações futuras é que se assenta a esperança do porvir. Daí a razão pela qual o Estado moderno sente-se legitimado para entrar no recesso da família, a fim de defender os menores que aí vivem. Uma das maneiras pelas quais essa interferência se manifesta é a fiscalização do pátrio poder, com o propósito de evitar que seu exercício possa ser nocivo aos filhos.

É de se destacar toda a evolução do instituto do poder familiar, já que no decorrer da história deixou de ser despótico e arbitrário, tornando-se de ordem pública e voltado para a proteção dos filhos, com fiscalização do Estado, em especial do Poder Judiciário e do Ministério Público. Daí a necessidade de haver mecanismos de suspensão e destituição do poder familiar, nos casos em que os pais fujam das funções que possuem em decorrência deste instituto (ATAÍDE JUNIOR, 2009, p. 43-44).

A partir disso, serão estudadas as hipóteses de suspensão e destituição do poder familiar, que nada mais são do que mecanismos criados pelo Estado com o fim de se evitar quaisquer atos abusivos e lesivos aos filhos por parte dos titulares do poder familiar.

Por fim, serão analisadas cada uma das formas de extinção do poder familiar, também mecanismos para resguardo do menor sujeito ao poder familiar.

Destaca-se que as hipóteses de suspensão e destituição do poder familiar são dotadas de cunho subjetivo, razão pela qual as diretrizes para determinar os casos nos quais estes institutos deverão ser aplicados são definidas, na maior parte das vezes, por decisões judiciais, as quais serão utilizadas neste trabalho.

3.1 Suspensão do Poder Familiar

A legislação pátria prevê a possibilidade de os pais serem suspensos do exercício do poder familiar, quando não cumprirem determinados deveres atinentes ao poder familiar previstos em lei.

De acordo com Gonçalves (2009, p. 393): “a suspensão do poder familiar constitui sanção aplicada aos pais pelo juiz, não tanto com intuito punitivo, mas para proteger o menor. É imposta nas infrações menos graves, [...] e que representam, no geral, a infração genérica aos deveres paternos”.

Rodrigues (2002, p. 411) e Diniz (2002, p. 457) também entendem que a suspensão do poder familiar é uma sanção aplicada aos pais, visando atender ao interesse do menor.

Já Comel (2003, p. 264) evidencia que se o poder familiar “é instituído em proveito do filho, assim também lhe deve ser compreendida a suspensão, em primeiro lugar como proteção dos interesses do menor”.

Na verdade o importante é que a suspensão do poder familiar ocorra quando necessária, colocando o menor em situação regular, independentemente de se adotar o posicionamento de que ela sirva de sanção ou não aos pais.

Diniz (2002, p. 457) explica que por ser o instituto do poder familiar um *munus* público, o Estado vai controlá-lo e por isso prevê hipóteses em que os pais serão privados de seu exercício temporariamente para proteção do menor. Além disso, Diniz (2002, p. 457) destaca o caráter determinado da suspensão do poder familiar, bem como que ela pode atingir todos os atributos ou apenas parte deles, referindo-se a um dos filhos ou a todos eles.

Já Rodrigues (2002, p. 411) lecionou:

A suspensão representa medida menos grave, de modo que, extinta a causa que a gerou, pode o juiz cancelá-la, se não encontrar inconveniente na volta do menor para a companhia dos pais. Ademais, a suspensão pode referir-se apenas ao filho vitimado e não a toda a prole; bem como abranger somente alguma das prerrogativas do pátrio poder; assim, se o pai cuida mal do patrimônio de um filho que recebeu deixo testamentária, mas por outro lado educa bem este e os outros com muita proficiência, pode o juiz suspendê-lo do pátrio poder no que diz respeito à administração dos bens desse filho, permitindo que conserve intocável o pátrio poder no que concerne aos outros poderes e aos outros filhos.

De fato, mostra-se coerente que o ordenamento jurídico estabeleça sanções diversas aos pais que agirem em desconformidade com os deveres a eles atribuídos e com os interesses do menor, conforme a gravidade da violação, bem como que os pais sejam suspensos apenas com relação ao filho vitimado e com a prerrogativa que está deixando de exercer, isto porque o instituto do poder familiar deve ser protegido pelo Estado, que não deverá retirá-lo de seus titulares senão quando necessário, de forma a regularizar a situação do filho.

Venosa (2009, p. 315) e Ataíde Junior (2009, p. 45) evidenciam ser a suspensão menos grave que a destituição do poder familiar, já que possui caráter temporário e que a mesma pode atingir todos os atributos do poder familiar, ou apenas algum deles.

Já Veronese, Gouvêa e Silva (2005, p. 42) preconizam que a suspensão do poder familiar é uma medida temporária, já que cumprida a pena ele se restabelece e que não precisa atingir necessariamente todos os filhos.

Várias são as considerações trazidas por Comel (2003, p. 264) ao evidenciar que:

Na suspensão, o exercício do poder familiar é privado, por tempo determinado, de todos ou de parte de seus atributos, referindo-se a um dos filhos ou a alguns. É a cessação temporária do exercício do poder, por determinação judicial, em processo próprio e sob motivo definido em lei. Consiste numa restrição imposta judicialmente àquele que exerce o poder familiar e que vier ou a abusar de sua função em prejuízo do filho, ou a estar impedido temporariamente de exercê-la, pela qual se retira parcela de sua autoridade. E disso, também, conclui-se que a suspensão não tem o caráter de definitividade, pois consiste em medida provisória, com duração determinada, destinada a ter vigência enquanto perdurar a situação que a ensejou, ou seja, enquanto necessária e útil aos interesses do filho.

Evidenciou, ainda, que a suspensão “será determinada judicialmente, caso a caso, analisando-se a situação do filho, as relações familiares a que se aplicou, a gravidade da conduta do pai faltoso, o tipo de falta cometida, a espécie do dano causado, e efetividade da medida [...]” (COMEL, 2003, p. 282).

Gonçalves (2009, p. 392-394) diz que a suspensão do poder familiar é temporária, já que cessando a situação que a causou, volta o pai ou a mãe a exercer o poder familiar, não havendo em lei qualquer limite de tempo, bem como que ela pode atingir apenas um filho e ser total, quando atinge todos os poderes que os pais possuem com relação aos filhos, inclusive o usufruto dos bens do menor, ou parcial quando atinge apenas um dos poderes, como, por exemplo, a administração dos bens dos filhos.

Gonçalves (2009, p. 392) destaca ainda que: “não é necessário que o atentado contra o bem físico ou moral do filho seja permanente ou reiterado, pois um só acontecimento pode constituir perigo para o menor [...]”.

Até então, verifica-se que a suspensão do poder familiar é temporária, já que cessando o que a ocasionou o pai volta a exercer o poder familiar; que basta apenas um acontecimento para que ela seja decretada; bem como que ela pode atingir apenas um os filhos, e todos ou apenas alguns dos atributos que os pais, como detentores do poder familiar, possuem.

Diniz (2002, p. 459) e Gonçalves (2009, p. 393) explicam que caso a mãe seja suspensa do poder familiar, caberá ao pai exercê-lo, assim como se o pai for suspenso caberá a mãe exercê-lo, de modo que se forem incapazes ou já tiverem falecido, deverá ser nomeado tutor ao menor.

Já Venosa (2009, p. 315) destaca que “uma vez suspenso do poder familiar, perde o genitor todos os direitos em relação ao filho, inclusive o usufruto legal”.

As hipóteses autorizadoras da suspensão do poder familiar estão previstas no artigo 1.634 do Código Civil que dispõe:

Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha. (BRASIL, 2010, p. 111).

E ainda o parágrafo único do mesmo dispositivo: “suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão” (BRASIL, 2010, p. 111).

Referindo-se a tal dispositivo explica Gonçalves (2009, p. 392), que:

A suspensão, deixada ao *arbitrium boni viri* do juiz, poderá assim ser revogada, também a critério dele. As causas de suspensão vêm mencionadas um tanto genericamente no mencionado art. 1.637 do Código Civil justamente para que se veja o juiz munido de certa dose de arbítrio, que não pode ser usado a seu capricho, porém sob a inspiração do melhor interesse da criança. Desse modo, em vez de suspender o exercício, pode o magistrado, dependendo das circunstâncias, limitar-se a estabelecer condições particulares às quais o pai ou a mãe devem atender.

Já Comel (2003, p. 263) preconiza que o texto legal autoriza a adoção de medida que for necessária em relação ao pai faltoso, sendo uma delas a suspensão. Logo a norma regula tanto a suspensão, como modificação do poder familiar.

Nota-se que o legislador prevê a possibilidade de suspensão de forma genérica, quando o pai abusar de sua autoridade faltando com os deveres a ele inerentes ou arruinando os bens dos filhos, bem como se o pai ou a mãe forem condenados por sentença irrecorrível em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos, devendo o magistrado analisar o caso concreto, visando sempre o melhor interesse ao filho.

O artigo 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê a possibilidade dos pais serem suspensos do poder familiar se descumprirem injustificadamente os deveres e obrigações previstos no artigo 22 do mesmo dispositivo legal.

Nesta seara, Veronese, Gouvêa e Silva (2005, p. 41) lecionam que:

O artigo 1.637 do novo Código, repetindo o art. 394 do CC/16, estabeleceu hipóteses genéricas, que, dependendo da gravidade da conduta dos pais, são ensejadoras da suspensão do poder familiar, às quais se acrescenta uma terceira prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, que é o descumprimento injustificado das determinações judiciais (art. 24 c/c 22 do Estatuto).

Nota-se que referida hipótese pode ocasionar tanto a suspensão do poder familiar, como a destituição.

Dispõe o artigo 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente que “a perda e a suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22”. (BRASIL, 2010, p. 158)

Já o artigo 22 dispõe que “aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais” (BRASIL, 2010, p. 1158).

Alguns doutrinadores trazem ainda a interdição e ausência dos pais como hipóteses de suspensão do poder familiar.

Passa-se então a analisar cada uma das hipóteses de suspensão do poder familiar.

3.1.1 Abuso de Autoridade por Descumprimento dos Deveres Inerentes aos Pais e por Dilapidação do Patrimônio do Filho

O abuso de autoridade pelo descumprimento dos deveres inerente aos pais e pela dilapidação do patrimônio dos filhos são as duas primeiras infrações apontadas pelo Código Civil aptas a ocasionar a suspensão do poder familiar.

Como esclarece Diniz (2002, p. 458), as causas de suspensão do poder familiar estão previstas de maneira genérica no artigo 1.637 do Código Civil, podendo o juiz adotar a medida mais conveniente à segurança do menor e de seus bens.

Conforme já estudado neste trabalho, vários são os deveres que os pais possuem com relação a seus filhos, bem como vários são os direitos assegurados à criança e ao adolescente.

Referindo-se à abrangência dos deveres inerentes aos pais, Gonçalves (2009, p. 391) preconiza que:

[...] não são apenas os expressamente elencados no Código Civil, mas também os que se acham esparsos na legislação, especialmente no Estatuto da Criança e do Adolescente (arts. 7º a 24) e na Constituição Federal (art. 227), tais como os que dizem respeito ao sustento, guarda e educação dos filhos, os que visam assegurar aos filhos o direito à vida, saúde, lazer, profissionalização, dignidade, respeito, liberdade, convivência familiar e comunitária, bem como os que visam impedir que sejam submetidos a discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

De fato, correto está o entendimento de Gonçalves, pois seria incoerente fazer uma interpretação da previsão do Código Civil de forma diversa, já que os deveres que os pais possuem como titulares do poder familiar encontram-se esparsos na legislação.

“Trata-se de disposição ampla, que deixa livre o Juiz para verificar se o abuso existiu ou não e, em caso positivo, que tipo de providência melhor atenderá ao interesse do menor” (SANTOS NETO, 1994, p. 186). Diante dos inúmeros deveres inerentes aos pais em relação aos filhos, mostra-se necessária a visualização do caso concreto para a aplicação de sanções, pois se sempre fosse aplicada a suspensão do poder familiar poderia ocorrer um desvirtuamento das finalidades do instituto, já que o Estado visa, em regra, preservar o poder familiar, apenas o afastando se não houver alternativa. Afinal, o poder familiar é um *munus* público.

Comel (2003, p. 271) preconiza que:

No que se refere ao conteúdo da norma, tem-se que não é qualquer abuso que vai ensejar a intervenção judicial. A concepção da lei é de abuso qualificado, aquele que implica falta aos deveres inerentes às funções paternas (tanto os do art. 22 do ECA, como os do art. 1.634 do CC) ou a ruína aos bens dos filhos, o que não deixa de ser também falta aos deveres paternos, à medida que também é função dos pais administrar o patrimônio dos filhos (art. 1.689, inc. II, do CC). Ocorrerá, então, abuso de autoridade quando o pai ou a mãe exorbitarem de suas atribuições, ou fizerem mau uso, ou uso injusto, excessivo das prerrogativas que a lei lhes confere no que respeita ao poder familiar.

Assim, a intervenção judicial deverá ser fundamentada em infração relevante dos deveres inerentes aos pais ou em grave dilapidação do patrimônio dos filhos, uma vez que a suspensão do poder familiar é uma medida de urgência, devendo o poder familiar ser, em regra, preservado. Por isso, apontou Santos Neto (1994, p. 186) que o juiz poderia optar, conforme a gravidade da infração, em aplicar medida diversa da suspensão do poder familiar, por exemplo, a admoestação oral.

Por outro lado, Ataíde Junior (2009, p. 46) observa que o abuso por descumprimento de deveres inerentes aos pais ou por dilapidação do patrimônio do filho não pode ser excessivamente grave, sob pena de enquadrarem nas hipóteses de perda do poder familiar.

Exemplificam Veronese, Gouvêa e Silva (2005, p. 41):

[...] a partir do momento que os pais abusarem de seu poder, omitindo-se do seu dever de vigilância, deixando, p. ex., o filho em estado de vadiagem, mendicância, libertinagem ou criminalidade ou dilapidando os bens dos filhos, deverá o juiz, provocado por algum parente do menor de idade ou pelo Ministério Público, após apuração devida, e segundo o seu arbítrio, suspender o poder familiar.

Em relação à necessidade de voluntariedade ou não da conduta, Comel (2003, p. 272) entende que não é necessária a voluntariedade, ou seja, a intenção de lesar, bastando que exista um ato dos pais prejudicial ao filho, pois a finalidade do instituto não é discutir a culpa

dos pais e nem sancioná-los, mas apenas proteger o filho. Santos Neto (1994, p. 186) também descarta a necessidade de culpa.

Nesta linha, é prejudicial adotar um posicionamento radical. Muitas vezes, no caso concreto, a conduta de um pai que haja sem dolo, mas com culpa, pode evidenciar que ele não está apto para o exercício do poder familiar, devendo ser suspenso. Por outro lado, é possível que uma conduta dolosa tenha um caráter visivelmente excepcional, não se justificando a suspensão do poder familiar. Contudo, acertada é a posição de que, quando o menor está em risco, o importante é assegurar que ele saia desta situação, independentemente da discussão sobre a existência de culpa ou dolo.

3.1.1.1 Jurisprudências

No primeiro caso, está a figura de um pai que fazia uso de entorpecentes e possuía um histórico de violência doméstica e de desinteresse quanto à menor. Este conjunto de condutas gerou a suspensão do poder familiar, pois evidenciavam a falta de zelo do pai. Nesta linha, no item 2.5.1.1 foi comentado o direito/dever dos pais de dirigir a criação e a educação de seus filhos. Claro, aquele que ignora a existência da filha está sempre drogado e possui um histórico de violência não tem condições de ser mantido no poder familiar.

APELAÇÃO CÍVEL. SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR. NEGLIGÊNCIA E INAPTIDÃO DO GENITOR PARA O EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR. HISTÓRICO DE DROGADIÇÃO E VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. SITUAÇÃO DE RISCO. Comprovada a violação dos deveres parentais, em razão do histórico de drogadição, maus tratos, violência doméstica e desinteresse em relação à filha, impondo-lhe constantes situações de risco, resta configurada situação autorizadora da suspensão do poder familiar. (RIO GRANDE DO SUL, 2010).

Os próximos dois casos encontrados no repertório jurisprudencial do país se referem a agravos de instrumentos interpostos contra suspensões liminares do poder familiar. Neste ponto, destaca-se a possibilidade de exercício do poder geral de cautela pelo magistrado, determinando a suspensão do poder familiar em sede de liminar para retirar o menor da situação de risco, o que será melhor analisado no item 3.3.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. HISTÓRICO DE NEGLIGÊNCIA E MAUS TRATOS PARA COM AS CRIANÇAS. SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR. Uma vez comprovada a negligência dos genitores e os maus tratos a que diariamente eram submetidas as crianças, vítimas de violência física e psicológica, resta configurada situação de risco, justificadora da suspensão do poder familiar. (RIO GRANDE DO SUL, 2010).

No caso, o poder familiar foi suspenso liminarmente porque as crianças eram vítimas de violência física e psicológica, além de sofrerem com a negligência dos pais. Logo, no

mínimo, houve descumprimento dos deveres de criação dos pais quanto aos filhos. Por piores que fossem as situações fáticas da convivência familiar, nada justifica a submissão dos filhos à violência e nem o descaso quanto a eles. Os relatos de violência indicam que o procedimento visava à destituição do poder familiar, pelo menos, por castigos imoderados e por abandono dos filhos, caso não ocorra a condenação por crime doloso.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR. MENOR DE TENRA IDADE. GUARDIÃ VICIADA EM CRACK. AVÓS MATERNOS ALCOOLISTAS. CRIANÇA EM ESTADO DE ABANDONO. DEFERIMENTO DA LIMINAR. Genitora da menor vítima de negligência, de apenas 16 anos de idade, usuária de crack e filha de pais alcoolistas, apresentando conduta inadequada para criar e educar a filha. Núcleo familiar que apresenta vulnerabilidade em sua estrutura para a criação dos filhos. Prova demonstrando o cabimento da liminar de suspensão do poder familiar, colocando a menor em família substituta, medida já efetivada segundo notícia dos autos. (RIO GRANDE DO SUL, 2010).

Trata-se de caso, infelizmente, muito comum no Poder Judiciário brasileiro. A filha de uma família desestruturada (no caso, com pais alcoólatras) acaba não encontrando um bom caminho na vida (por exemplo, se viciando em drogas) e engravida antes mesmo de completar a maioridade. A criança fruto desta situação de desequilíbrio não pode sofrer com os ônus de ser criada por uma família sem condições de mantê-la material ou moralmente. Cabível a concessão de suspensão liminar do poder familiar, e até mesmo a destituição ao fim do processo, diante da conduta imoral de utilizar drogas e álcool em demasia e do quadro de abandono retratado no caso.

3.1.2 Condenação Criminal de Crime cuja Pena Exceda Dois Anos de Prisão

Trata-se de hipótese de suspensão do poder familiar prevista no artigo 1.637 do Código Civil. Assim, será suspenso do poder familiar aquele que for condenado criminalmente à pena superior a dois anos.

“Exige a lei sempre, como requisito para imposição da medida, que a sentença criminal seja definitiva, não mais sujeita a recurso, também o requisito objetivo de que a pena privativa de liberdade imposta seja superior a dois anos” (COMEL, 2003, p. 273).

Explica Ataíde Junior (2009, p. 46) que, no caso desta previsão, a suspensão do poder familiar é automática, não sendo necessária prévia autorização judicial. Neste sentido, Santos Neto (1994, p. 188) destacou ser esta uma hipótese de suspensão automática do poder familiar, que cessa após cumprida a pena ou extinta a punibilidade.

Ressalta Ataíde Junior (2009, p. 46-47):

Quando o parágrafo fala em condenação por crime cuja a pena exceda a dois anos de “prisão”, parece que a intenção do legislador foi suspender o poder familiar dos pais que estivessem impossibilitados de exercerem o poder familiar por estarem reclusos a um estabelecimento prisional, não podendo cumprir com seus deveres parentais por um considerável espaço de tempo, ante a restrição físico-espacial. Assim, não se justificaria a incidência do art. 1.637, parágrafo único, do novo Código Civil, nos casos em que a condenação criminal a pena superior a dois anos não fixasse regime prisional fechado ou semi-aberto, que não exigisse a manutenção do genitor atrás das grades. O mesmo se diga nas hipóteses em que é concedido o livramento condicional ou se procede à substituição por pena não privativa de liberdade. Ora, se o pai ou a mãe, embora condenados criminalmente a pena superior a dois anos, não se encontram presos e podem manter a convivência familiar com os filhos, não há razão, em princípio, para suspender seu poder familiar, impedindo que gerenciem a criação e desenvolvimento de seus filhos, ainda mais que um País em que o abandono familiar é realidade constante. Suspender o poder familiar por causa abstrata (condenação criminal genérica) é estimular a desagregação familiar.

Comel (2003, p. 273) reforça que o radicalismo na interpretação desta regra poderia causar prejuízos ao menor, pois embora a conduta criminosa seja reprovável, não significa que ela gere inaptidão ao exercício do poder familiar. Por exemplo, aquele que é condenado por um crime culposo ou por crime contra a administração pública, ainda que por pena de prisão superior a dois anos, em regra continuará apto para exercer o poder familiar (COMEL, 2003, p. 273).

Mostra-se relevante o posicionamento dos autores, pois se o Estado visa proteger a família e o instituto do poder familiar, não poderá suspender o seu exercício sem que exista um relevante motivo. No caso da prisão, o motivo está no fato de que aquele que está sendo restringido em sua liberdade não pode desempenhar suas funções de pai. Assim, não estando o genitor preso, somente deve se suspender o poder familiar se a infração cometida demonstrar que o menor ficará em situação de risco se mantido sob o poder familiar.

Assim, Comel (2003, p. 275) ressalta que a mera imposição de pena de prisão superior a dois anos não é suficiente para suspender o poder familiar, não só porque é possível a imposição de regime semiaberto ou aberto, mas também porque a justiça criminal não irá apreciar a pessoa do condenado e a sua aptidão para o exercício do poder familiar.

Portanto, será necessário verificar o caso concreto para examinar se é o não o caso de suspender o infrator da lei penal do exercício do poder familiar.

3.1.2.1 Jurisprudências

A condenação criminal a pena superior a dois anos gera a suspensão do poder familiar, com as ressalvas apontadas pela doutrina, especialmente no tocante à necessidade do cumprimento da pena em regime fechado, o que impossibilitaria o exercício do poder familiar.

No primeiro caso em estudo, foi suspenso o poder familiar da genitora que estava cumprindo pena de três anos de reclusão.

APELAÇÃO DIREITO DE FAMÍLIA. ECA. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. GENITORA PRESA. MELHOR INTERESSE DO INCAPAZ. [...] O fato de a apelante estar cumprindo pena de três anos de reclusão por tráfico de entorpecentes é causa suficiente para a suspensão do poder familiar, nos termos do art. 1637, parágrafo único, do CC. Recurso desprovido. (RIO GRANDE DO SUL, 2008).

Destaca-se que pairam controvérsias sobre a aplicação automática da suspensão do poder familiar com a condenação criminal a pena superior a dois anos. No segundo caso em análise, no bojo do julgamento de um recurso de apelação, o Relator Bitencourt Marcondes, referindo-se à hipótese em estudo, decidiu:

Tendo em conta o disposto no art. 1.637, parágrafo único, NCC1, e provando-se, no caso presente, que o genitor do adotando acha-se condenado por sentença irrecorrível cuja pena excede a 2 anos, a suspensão do exercício de seu poder familiar decorre de lei, sendo automática, a dispensar provimento jurisdicional, aspecto que se soma, no caso presente, àqueles que o Em. Relator põe sob relevo como causativas da própria extinção do poder familiar, pelo genitor. (MINAS GERAIS, 2009).

Logo, há posição jurisprudencial que aplica automaticamente a suspensão do poder familiar, o que, aliás, decorre da interpretação literal da legislação, conforme apontado no tópico anterior.

3.1.3 Descumprimento Injustificado dos Deveres e Obrigações do Artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente

No caso de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações previstos no artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, duas consequências são possíveis: a suspensão e a destituição. Tal entendimento se extrai da redação do artigo 24 do diploma, que prevê: “a perda e a suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22” (BRASIL, 2010, p. 1158). O artigo 22, “[...] por sua vez, reporta-se aos deveres de sustento, guarda e

educação dos filhos, bem como à obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais, no interesse deles” (VENOSA, 2009, p. 314).

“Cada uma das hipóteses listadas corresponde a uma obrigação atribuída aos genitores com relação à pessoa dos filhos como consequência da potestade paternal” (SANTOS NETO, 1994, p. 191).

Quanto aos deveres de guarda, sustento e educação, Veronese, Gouvêa e Silva (2005, p. 41-42) ressaltam que o Estatuto da Criança e do Adolescente é expresso no sentido de que a falta de condições financeiras não é suficiente para ocasionar a perda ou a destituição do poder familiar. Esta disposição é coerente, pois não se pode exigir, por exemplo, de uma família pobre que pague uma escola particular ou que compre os alimentos mais caros do mercado, de modo que o dever de guarda, sustento e educação dos filhos é proporcional às possibilidades financeiras dos genitores.

Ainda, apontou Rodrigues (2002, p. 412) que o artigo 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente inova ao prever a possibilidade de suspensão do poder familiar no caso de descumprimento injustificado pelos pais de determinações judiciais.

Insta salientar que não é o descumprimento de qualquer decisão judicial que poderá acarretar a suspensão do poder familiar, mas somente o de decisões que acarretem alguma consequência ao filho. Em relação aos demais deveres previstos no artigo 22, vale ressaltar que também se encontram na legislação civil.

Em relação às penas aplicadas, caberá ao juiz verificar, no caso concreto, a intensidade da infração cometida, aplicando a suspensão do poder familiar ou até mesmo a sua destituição. Neste sentido, apontou Santos Neto (1994, p. 191): “basta a verificação de uma dessas situações para que o efeito perda se torne possível. Possível, mas não obrigatório, pois o magistrado poderá, face das particularidades do caso, optar, à luz da lei, pela simples suspensão do pátrio poder”.

“Nota-se, assim, que irá depender, no caso concreto, da gravidade da falta cometida, que poderá determinar a inibição temporária ou permanente dos direitos familiares” (ATAÍDE JUNIOR, 2009, p. 47).

De fato, o mais coerente é apreciar o caso concreto de modo a visualizar se a suspensão ou a destituição do poder familiar é necessária, devendo ser preservados os superiores interesses do menor.

3.1.3.1 Jurisprudências

Cabe a suspensão do poder familiar nos casos de descumprimento dos deveres de sustento, guarda educação e desobediência reiterada de ordens judiciais.

Nesta linha, aquele que não possui condições materiais e, principalmente, emocionais para criar seu filho deve ter suspenso o poder familiar. Foi o que ocorreu no primeiro caso em análise:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. DEVERES E OBRIGAÇÕES. DESCUMPRIMENTO. Suspende-se o poder familiar da genitora, uma vez comprovada a insuficiência material, bem como ausência de condições psico-emocionais indispensáveis à garantia do bem-estar do menor. Recurso provido. (DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, 2003).

Nota-se, mais uma vez, tratar-se de suspensão liminar do poder familiar. Eventualmente, ocorreria destituição por abandono material, intelectual e moral do menor. Ainda que a genitora tenha incidido apenas em culpa, o infante não pode sofrer com a falta de estrutura familiar para seu bom desenvolvimento, motivo pelo qual é cabível, ao menos, a suspensão do poder familiar. Segue-se ao próximo caso.

APELAÇÃO CÍVEL. SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR. NEGLIGÊNCIA E INAPTIDÃO DO GENITOR PARA PROVER OS CUIDADOS COM OS FILHOS. ALCOOLISMO. SITUAÇÃO DE ABANDONO E DE RISCO. DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES INERENTES AO PODER FAMILIAR. Comprovada a violação dos deveres inerentes à paternidade, ante a conduta negligente do genitor para com os filhos, não demonstrando condições para promover os cuidados básicos com os menores. Negativa ao tratamento contra o alcoolismo. Configurada situação de risco autorizadora da suspensão do poder familiar. Retomada do poder familiar que depende de comprovação da efetiva mudança no comportamento paterno. (RIO GRANDE DO SUL, 2003).

Verifica-se que houve a suspensão do poder familiar do genitor que, por ser alcoólatra, não cumpria com os deveres de sustento e educação dos filhos, ou seja, não fornecia o respaldo material e moral para o bom desenvolvimento destes. No bojo da decisão, o relator André Luiz Planella Villarinho afirmou:

Vê-se que, faltando os genitores com os deveres de sustento, guarda e educação dos filhos, deixando de assegurar-lhes a vida, a saúde, a alimentação, a educação, o lazer, a profissionalização, a cultura, a dignidade, o respeito, a liberdade, a convivência familiar e comunitária, bem como deixando de protegê-los da discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (art. 227 da Constituição Federal), cabível a suspensão do poder familiar. Embora se trate de medida menos grave, em comparação à perda do poder familiar, exige-se análise criteriosa das circunstâncias envolvendo o caso concreto, tendo em vista as conseqüências que tal medida projeta sobre os infantes e seu desenvolvimento. (RIO GRANDE DO SUL, 2003).

Logo, no caso acima, aparentou ser a suspensão a melhor medida, pois era possível vislumbrar a recuperação do genitor, que poderia reassumir os encargos do poder familiar. Nesta linha, segue-se à análise do próximo caso, no qual a inércia da genitora em relação aos abusos sexuais perpetrados por seu companheiro em relação a sua filha evidenciou a desobediência ao dever de guarda:

APELAÇÃO CÍVEL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR. ABUSO SEXUAL PERPETRADO CONTRA ADOLESCENTE PELO COMPANHEIRO DA MÃE. CONVIVÊNCIA DA GENITORA. DESCUMPRIMENTO INJUSTIFICADO DOS DEVERES E OBRIGAÇÕES A QUE ALUDE O ART. 22 DO ECA. PROTEÇÃO À CRIANÇA E EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. Comprovado que a mãe descumpriu, injustificadamente, o dever a que alude o art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, qual seja, de guarda, porquanto descuroou dos cuidados que se impunham em decorrência da alegação de abuso sexual sofrido pela filha e perpetrado pelo ex-companheiro, sujeitando-a ao abandono afetivo, a suspensão do poder familiar é medida que se impõe no caso concreto. Hipótese em que se revela necessária a reavaliação das partes em prazo não superior 1 (um) ano, a fim de verificar-se a possibilidade de retorno da filha à casa materna, diante dos significativos laços afetivos existentes entre mãe e filha. (RIO GRANDE DO SUL, 2010).

Assim, embora a genitora nunca tenha praticado atos de violência em relação a sua filha, permaneceu inerte em relação aos atos de seu companheiro, o que é muito comum na prática. Logo, mostrou-se acertada a decisão de suspensão do poder familiar, pois a genitora deveria ter exercido seu dever de guarda, protegendo a menor dos atos de violência. Com o encerramento da situação, o poder familiar poderá ser retomado.

Cumprindo ainda destacar que, ocorrendo o descumprimento dos deveres aludidos no artigo 22 também é possível a destituição do poder familiar. Por uma questão metodológica, opta-se pela análise conjunta das decisões jurisprudenciais, já que a teoria, nos dois casos, é a mesma relacionada no tópico anterior.

ECA. DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR. Cabível a destituição do poder familiar quando a mãe biológica não apresenta condições de prover o sustento, a guarda e a educação do filho (art. 22 do ECA), pois está internada no Instituto Psiquiátrico Forense, apresenta personalidade anti-social, síndrome de dependência de cannabinoídes e faz uso nocivo de álcool. O interesse a ser preservado, no presente caso, é o da criança, que está vivendo junto aos avós e está recebendo os cuidados de que necessita para crescer de forma saudável e feliz. Apelo desprovido. (RIO GRANDE DO SUL, 2003).

No caso, o poder familiar foi destituído diante da falta de condições da genitora de educar seu filho, por ser deficiente mental e dependente de remédios e de álcool. De fato, a manutenção do poder familiar não se justifica quando o seu titular não possui quaisquer

condições de exercê-lo. Claro, a situação poderá ser revertida no caso de melhora da genitora, ou seja, caso cesse a doença mental e a mencionada dependência.

3.1.4 Interdição e Ausência dos Pais

Santos Neto (1994, p. 188) e Comel (2003, p. 276-277) apontam ainda duas hipóteses em devem os pais serem suspensos do poder familiar: a interdição ou ausência declarada por sentença judicial.

Santos Neto (1994, p. 188) disse que “a suspensão será por tempo indeterminado e perdurará enquanto durar a ausência ou interdição. Ocorrerá automaticamente, em consequência do reconhecimento de qualquer dessas realidades, sem que seja necessário [...] o procedimento dos arts. 155 e seguintes do ECA”.

Já Comel (2003, p. 276) evidencia que na interdição ocorre a suspensão do poder familiar porque se o interditando não pode cuidar de si próprio, muito menos terá condições de cuidar de seu filho menor, que não poderá ficar a mercê de tal condição; e que na ausência ocorre porque a presença física do pai é essencial para o exercício do poder familiar, e se o pai está desaparecido não poderá exercer o poder familiar de forma absoluta.

Voltando o ausente, cessa a curadoria e ele retoma os interesses, retomando também o exercício do poder familiar (COMEL, 2003, p. 277).

De fato, mostra-se necessária a suspensão do poder familiar nestes casos, pois seria incoerente e também um ato de total irresponsabilidade manter os genitores interditados no pleno exercício do poder familiar, causando um total risco ao menor, bem como no caso de ausência, em que o filho também ficaria a própria sorte.

3.2 Destituição do Poder Familiar

A destituição, ou seja, a perda do poder familiar é a sanção de maior alcance no tocante ao descumprimento dos deveres e obrigações dos pais em relação aos filhos. Neste sentido, apontam Rodrigues (2002, p. 412), Diniz (2002, p. 459), Venosa (2009, p. 315) e Comel (2003, p. 283), sendo a doutrina pacífica.

De certo modo, se pode pensar que no caso de perda do pátrio poder, o legislador reconhece que o seu titular não está capacitado para exercer tão alta função, de modo que, para o bem dos filhos, o destitui daquele encargo, o qual excepcionalmente o readmitirá, depois de custosamente convencido de que as causas que anteriormente militavam ora foram removidas em definitivo. (RODRIGUES, 2002, p. 412).

Diante da gravidade da medida, exige-se o procedimento judicial, com garantia de contraditório, o que é apontado de maneira pacífica pela doutrina, destacando-se o pensamento de Diniz (2002, p. 459) e Rodrigues (2002, p. 412). “A destituição ou perda do poder familiar, por sua vez, é espécie de sanção pela violação de deveres jurídicos preestabelecidos aos pais e somente se verifica por ato judicial, em procedimento contencioso, garantidos o contraditório” (ATAÍDE JUNIOR, 2009, p. 44).

Segundo Diniz (2002, p. 459), “a ação judicial, com esse fim, é promovida (Lei 8.069/90, art. 24) pelo outro cônjuge; por um parente do menor; por ele mesmo, se púbere; pela pessoa a quem se confiou sua guarda ou pelo Ministério Público”

Admitiu Rodrigues (2002, p. 412) a possibilidade de concessão de medida provisória, como a remoção da guarda dos pais, até a decisão final, evitando que o menor permaneça em situação de risco.

Realmente, a gravidade da sanção de destituição do poder familiar e a alta capacidade desta de influenciar na vida dos pais e da criança de maneira irreversível justificam a necessidade do procedimento judicial. Da mesma forma, como devem ser preservados, acima de tudo, os superiores interesses do menor, mostra-se coerente a possibilidade de concessão de medida cautelar.

Nesta linha, apontou Rodrigues (2002, p. 412) que devido à seriedade das consequências, o juiz deve ser rigoroso no exame do pedido de destituição do poder familiar, mais do que no caso de suspensão, embora neste também se exija cautela.

Em relação às características da destituição do poder familiar, a doutrina é praticamente pacífica ao apontar tratar-se de medida: imperativa, definitiva ou permanente, reversível, de abrangência de toda a prole (em regra), capaz de envolver um ou ambos os pais, com força de atingir todos os institutos do poder familiar.

Apontam que a destituição do poder familiar é uma medida imperativa, não facultativa, Rodrigues (2002, p. 412) e Gonçalves (2009, p. 394). Esta obrigatoriedade se origina na gravidade das infrações capazes de ocasionar a perda do poder familiar, sendo a medida necessária à preservação do menor.

Explicam tratar-se de medida permanente, embora reversível, Rodrigues (2002, p. 412), Diniz (2002, p. 459), Gonçalves (2009, p. 394) e Comel (2003, p. 296).

Assim, Diniz (2002, p. 459) observa que “a perda do poder familiar, em regra, é permanente, embora o seu exercício possa ser restabelecido, se provada a regeneração do genitor ou se desaparecida a causa que a determinou, mediante processo judicial de caráter

contencioso”. Gonçalves (2009, p. 394) aponta a necessidade de que se comprove a cessação das causas que a determinaram.

Comel (2003, p. 296-297) aponta que deve ser preservado o princípio da proteção integral dos interesses da criança, sendo que embora prevaleça a regra de impossibilidade de que se reverta a destituição, isto deve ocorrer se for mais benéfico ao menor, bastando prova de que foi superada a situação que ensejou a medida.

De fato, não cabe adotar posições extremamente radicais no tocante à irreversibilidade da destituição do poder familiar, pois a preservação dos superiores interesses do menor é um critério absoluto, devendo ser o único adotado para auferir a possibilidade ou não de reversão da medida.

Além disso, a destituição do poder familiar abrange toda a prole (DINIZ, 2002, p. 459). Gonçalves (2009, p. 394) justifica que no caso de destituição resta comprovada a inaptidão do titular do poder familiar para exercê-lo, não só quanto ao filho vitimado, mas quanto a todos os outros. Contudo, esta regra não pode ser interpretada de maneira absoluta, pois pode ser que não interesse ao filho não vitimado que o titular do poder familiar o perca, embora tenha causado prejuízo a outro filho.

Exemplifica Gonçalves (2009, p. 394):

Como se deve dar prevalência aos interesses do menor, nada obsta a que, em caso de perda do poder familiar por abuso sexual de pai contra filha, por exemplo, se decida não atingir o filho, que trabalhava com o pai e estava aprendendo o ofício, sem nenhum problema de relacionamento, entendendo-se que, nesse caso especial, separá-lo do pai trar-lhe-ia prejuízo ao invés de benefício.

Como toda regra comporta exceções, o mais coerente é o exame do caso concreto, embora a gravidade das infrações capazes de ocasionar a destituição do poder familiar demonstre que, normalmente, será mais seguro aos filhos não permanecerem sob o poder familiar daquele que cometeu ato gerador da destituição quanto a um deles.

Veronese, Gouvêa e Silva (2005, p. 44) apontam que “a destituição poderá atingir apenas um dos pais, como ambos e, ainda, excepcionalmente, restringir-se a um só dos filhos, quando o ilícito não afetar também os outros”. Nesta linha, Venosa (2009, p. 315) aponta que “[...] a perda poderá atingir um dos progenitores ou ambos”.

Assim, em relação aos titulares do poder familiar atingidos, prevalece que poderão perdê-lo ambos os pais. Comel (2003, p. 284) aponta que “assim como a suspensão, a perda do poder familiar é personalíssima, quer dizer, vai surtir efeitos apenas em relação ao pai contra o qual for decretada, não atingindo aquele que não deu causa à medida”.

Mais coerente é a posição de Comel, devendo ser destituído do poder familiar apenas aquele que provocou a situação de risco do menor. Contudo, justifica-se a destituição em relação a ambos os pais se a infração foi cometida conjuntamente ou se verificar-se que é inviável manter o poder familiar quanto a apenas um deles, sob pena de ineficácia da medida.

Por sua vez, a perda do poder familiar atinge todas as prerrogativas a ele inerentes, embora não cessem determinados deveres, como o de pagar alimentos, o que foi ressaltado no capítulo anterior. Segundo Comel (2003, p. 294), ocorrendo a destituição do poder familiar, o titular fica inibido de qualquer autoridade quanto ao filho. Neste sentido, Santos Neto (1994, p. 190) apontou que a perda do pátrio poder é total, excluindo-se todos os direitos inerentes ao instituto. Assim, deve-se ter cautela ao falar que o poder familiar é total, pois é preciso destacar que, no caso de destituição, em regra, os deveres permanecem.

Trazendo as hipóteses de destituição do poder familiar, prevê o artigo 1.638 do Código Civil: “perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I – castigar imoderadamente o filho; II – deixar o filho em abandono; III – praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV – incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente” (BRASIL, 2010, p. 111).

Nesta linha, o artigo 1.635 do Código Civil: “extingue-se o poder familiar: [...] V – por decisão judicial, na forma do artigo 1.638” (BRASIL, 2010, p. 110).

Portanto, segundo previsto na legislação, quando ocorre a perda do poder familiar, não é possível o restabelecimento da função (COMEL, 2003, p. 283). Como apontado, a doutrina tende a relativizar a aplicação deste dispositivo, pois entende ser o poder familiar restituível, se comprovado o término dos motivos que geraram a perda.

Nesta linha, as infrações relativas a guarda, sustento, educação e cumprimento de decisões judiciais apontadas no artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente podem gerar a destituição do poder familiar, segundo prevê o artigo 24 do mesmo diploma (BRASIL, 2010, p. 1158).

Assim, de acordo com o que aponta Ataíde Junior (2009, p. 44), é possível a destituição do poder familiar:

Nas hipóteses previstas no art. 1.638 do Código Civil, aliado ao art. 24 do ECA: (1) castigo imoderado; (2) abandono (3) prática de atos contrários à moral e aos bons costumes e, (4) incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no art. 1.638 do CC/2002, que estão em consonância com o descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22 do ECA – dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo, ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Ainda, Gonçalves (2009, p. 394) aponta como hipótese de destituição do poder familiar a condenação penal, por crime doloso sujeito à pena de reclusão, cometido contra filho, conforme previsto no artigo 92, II, Código Penal.

Aliás, assim prevê o mencionado dispositivo: “são também efeitos da condenação: [...] II – a incapacidade para ao exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado” (BRASIL, 2010, p. 356).

Verifica-se, portanto, tratar-se de fato de outra possibilidade de destituição do poder familiar que não foi mencionada no Código Civil, embora seja possível enquadrar a conduta tipificada criminalmente nas hipóteses do artigo 1.638 do Código Civil.

Por sua vez, “os fatos graves relatados na lei devem ser examinados caso a caso. Sevícias, injúrias graves, entrega do filho a delinquência ou sua facilitação, entrega da filha à prostituição etc. são sérios motivos que devem ser corretamente avaliados pelo juiz” (VENOSA, 2009, p. 315).

Para Comel (2003, p. 285), na destituição do poder familiar “[...] é possível afirmar que prescinde de culpa do genitor, senão que basta a imputabilidade da conduta e a necessidade de ampararem os interesses dos filhos”. Assim, não será verificado o dolo ou a culpa do titular do poder familiar infrator, mas apenas se a conduta se enquadra em alguma hipótese legal de perda do poder familiar e se ela causou grave prejuízo ao menor.

Desta forma, segue-se a análise das hipóteses de destituição do poder familiar, consoante ao entendimento doutrinário e jurisprudencial.

3.2.1 Castigar Imoderadamente o Filho

O castigo imoderado do filho é a primeira infração apontada pelo Código Civil apta a provocar a destituição do poder familiar. Se, por um lado, os pais possuem o direito de corrigir seus filhos para melhor aperfeiçoarem a personalidade deles, ensinando valores de educação e responsabilidade; por outro lado, o menor tem o direito de ter respeitada a sua integridade física e moral.

Sobre este direito do menor, preconiza o artigo 227 da Constituição Federal:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 2010, p. 913)

O castigo imoderado permite que o juiz decrete a perda do poder familiar aos pais que derem causa a uma situação irregular do menor por terem tornado este uma vítima de maus-tratos, opressão ou outra espécie de castigo imoderado (DINIZ, 2002, p. 459).

Destacam Veronese, Gouvêa e Silva (2005, p. 44):

O conceito de castigo, como sinônimo de violência, ou seja, aquele que se impõe, valendo-se do poder familiar, contra o físico, contra o psique da criança ou do adolescente, deve a todo custo ser expurgado, combatido pela sociedade e pelo Poder Público. Os pais têm obrigação de corrigir os filhos, alertá-los e admoestá-los, tudo isso faz parte do processo de educar. Entretanto, qualquer aflição física ou psicológica imposta à criança ou ao adolescente deve repugnar a todos nós e ser taxativamente repudiada.

A doutrina discute sobre o termo *imoderadamente*, utilizado pelo legislador ao prever esta hipótese de destituição do poder familiar.

Veronese, Gouvêa e Silva (2005, p. 44) e Gonçalves (2009, p. 387) consideram que não somente o castigo imoderado caracteriza razão para destituir o poder familiar, mas também o castigo moderado.

Comentam Veronese, Gouvêa e Silva (2005, p. 44):

Registre-se que não concordamos com o uso do termo *castigo imoderado* pelo atual Código Civil, não somente porque ao condenar o *castigo imoderado*, implicitamente, admite-se o *castigo moderado*, mas também porque tal linguagem encontra-se na contramão do efetivo Direito da Criança e do Adolescente, segundo o qual “nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punindo na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais” (art. 4º, ECA).

Neste sentido, explica Gonçalves (2009, p. 387-388):

Seria realmente iníquo que se conservasse, sob o poder de pai violento e brutal, o filho que ele aflige com excessivos castigos e maus-tratos. A doutrina em geral entende que o advérbio *imoderadamente* serve para legitimar o *jus corrigendi* na pessoa do pai, pois a infração ao dever só se caracteriza quando for excessivo o castigo. Desse modo, ao incluir a vedação ao castigo imoderado, implicitamente o Código Civil estaria admitindo o castigo físico moderado. Parece-nos, todavia, não ser essa a melhor interpretação da regra em apreço, que deve ser aplicada em consonância com os princípios constitucionais pertinentes, especialmente o art. 227 da Carta Magna, que proclama ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta propriedade, dentre outros direitos, o direito à dignidade e ao respeito, além de colocá-los a salvo de toda “violência, crueldade e opressão”. Não resta dúvida de que todo castigo físico configura violência a integridade física da criança ou adolescente e mesmo ofensa a sua dignidade.

Entretanto, esta não é a posição majoritária na doutrina e na jurisprudência, conforme abaixo se destaca.

Rodrigues (2002, p. 413), Schwertner (2010), Santos Neto (1994, p. 189), Comel (2003, p. 287) são alguns dos autores que defendem a interpretação literal do dispositivo de lei no sentido de que por ser vedado apenas o castigo imoderado, é permitido o castigo moderado visando à correção do filho, no exercício do dever de educar e de prepará-los para a vida adulta.

Explica Rodrigues (2002, p. 413) que “o advérbio *imoderadamente* serve para legitimar o *jus corrigendi* na pessoa dos pais, pois a infração ao dever só se caracteriza quando for excessivo o castigo. Portanto, enquanto não exorbita, pode o pai aplicar castigos físicos ao filho, com o propósito de emendá-lo”.

No mesmo sentido, aduz Schwertner (2010): “determinadas atitudes corretivas são aceitas, necessárias para que a educação e o comportamento do menor sejam adequadamente atingidos, mas excessos não são permitidos por Lei. Violência, exageros, arbitrariedades não se justificam”.

Em relação ao modo de sopesar os requisitos para estabelecer a sanção, destaca Santos Neto (1994, p. 189):

Para aquilatar o excesso, sopesará o Juiz a faixa etária em que se encontra o menor, bem como suas condições de desenvolvimento físico e psicológico, cotejando tudo isso com a atitude do autor do castigo. [...] Competirá ao Juiz, em cada caso concreto, avaliar se foi imposta ao incapaz sofrimento desnecessário e excessivo.

Verifica-se que a análise do caso concreto é imprescindível para aquilatar a necessidade de aplicação da sanção. Realmente, determinadas ofensas, principalmente verbais, não serão graves para um adolescente, mas poderão causar prejuízo irreversível a uma criança, que se encontra em pleno desenvolvimento.

Por sua vez, Santos Neto (1994, p. 189) e Comel (2003, p. 287-288) evidenciam que o castigo imoderado a que a lei se refere é tanto o físico como o psicológico.

Nesta linha, Comel (2003, p. 288) exemplifica:

O castigo imoderado pode ocorrer de diferentes modos. Podem caracterizá-lo castigos físicos, como surras, espaçamentos, submissão à dor física, privação de alimentos, exigência de serviços pesados e extremamente dificultosos, impróprios às condições dos filhos, dentre outros. Mas nem sempre a violência física é imprescindível para a configuração do castigo imoderado, pois a tortura psicológica também poderá, máxime, em se tratando de crianças, configurar a hipótese. Assim, ameaças constantes, sujeição a temores infundados e humilhações, graves ofensas verbais também poderão consistir-se em castigo imoderado, conforme o caso, a ensejar a perda do poder familiar.

Claro, o castigo físico restará mais evidenciado, mas nada impede que a tortura psicológica, subestimando e humilhando o menor, independentemente de qualquer agressão física, ocasione a destituição do poder familiar.

Finalmente, é de se considerar que Santos Neto (1994, p. 189) e Comel (2003, p. 287) acreditam que basta uma conduta de excesso, independentemente da intenção de corrigir o filho, não sendo necessária habitualidade para ocasionar a destituição do poder familiar.

Entretanto, é relevante frisar que quanto ao castigo imoderado psicológico, dificilmente, na prática, será aplicada a sanção de destituição por uma única conduta de tortura psicológica, isto porque a agressão verbal normalmente ocasionará abalo ao menor se for repetida. Por exemplo, um pai que uma única vez, no calor de uma discussão, diz que matará o filho e nunca mais torna a fazer esta ameaça, não deve ser destituído do poder familiar, por ser esta uma sanção muito rigorosa, apesar de ter sido grave a ameaça. Contudo, o pai que reiteradas vezes ameaça o filho de morte, o agride verbalmente, o humilha, deverá ser destituído do poder familiar, até mesmo a título de prevenção para que a ameaça não se concretize.

3.2.1.1 Jurisprudências

Assim, em relação à destituição do poder familiar por castigo imoderado ao filho, segue a análise de entendimentos jurisprudenciais. Destaca-se que, na prática, são muito comuns casos de destituição com base neste dispositivo, pois muitas vezes não é viável aguardar a condenação criminal pela violência cometida.

No primeiro caso, verifica-se que existia todo um histórico de maus tratos dos pais em relação ao infante, razão pela qual foi devida a destituição do poder familiar, já que o menor não pode permanecer em situação de risco à sua integridade física e moral. Subsiste violação ao dever de guarda, pois cabe aos pais a manutenção do infante em um local no qual ele possa melhor se desenvolver.

AGRAVO DE INSTRUMENTO - TUTELA ANTECIPADA - GUARDA DE MENORES - HISTÓRICO DE MAUS TRATOS - PREVALÊNCIA DO INTERESSE DA CRIANÇA. Segundo o art. 1.638 do Código Civil, o castigo imoderado aos filhos pode provocar a perda do poder familiar.- Em se tratando de interesse de menores, sempre há que prevalecer o interesse destes. Havendo prova inequívoca da verossimilhança das alegações do Ministério Público, no sentido da concessão da tutela antecipada, bem como urgência no provimento por tratar-se de interesse de menor, deve ser mantida a liminar concedida.- Ausência de prova capaz de refutar a argumentação do órgão ministerial. Recurso improvido. (MINAS GERAIS, 2009).

Já no segundo caso, nota-se que os pais praticavam maus tratos em relação ao filho, da mesma forma que no primeiro caso: “provada a prática de maus tratos pelo pai ao infante, impõe-se a destituição do pátrio poder, conferindo a guarda permanente em favor do casal que já a exerce de fato e uma vez constatada a perfeita integração da criança junto à família substituta” (MINAS GERAIS, 2002). Assim, subsiste a destituição do poder familiar no caso em tela. Destaca-se que o infante do caso foi colocado em família substituta provisoriamente e lá permaneceu após o julgamento definitivo.

No mesmo caso, foi destacado no bojo da decisão:

Do depoimento da testemunha de fls. 58/59 colhe-se a informação de que “no primeiro contato que a depoente teve com o menor ele aparentava marcas de lesões na cabeça e no rosto e segundo a mãe ele teria sido agredido com socos pelo pai [...] que a mãe da criança chegou a informar para depoente que o pai, às vezes, jogava a criança na cama e tentava até a jogá-lo ao chão e também que teria praticado agressões pela garganta da criança”. No mesmo sentido, o depoimento colhido das demais testemunhas ouvidas, que informaram haver ouvido do próprio pai que às vezes tinha “vontade de estrangular” o filho (fls. 60), que a criança “aparentava estado de desnutrição” (fls. 61). Não restam dúvidas, portanto, que o infante vinha sofrendo maus tratos, por parte do pai, nem existem garantias de que tais agressões não voltem a acontecer, pois, em que pesem as alegações de que se cuidava de um momento extremo, configuraram-se a mais não poder os motivos e requisitos hábeis a extrair-lhe o pátrio poder. (MINAS GERAIS, 2002).

Assim, a situação de violência à qual estava sendo submetida a criança estava gerando inclusive um estado de desnutrição. É inviável manter o poder familiar quando está evidente o prejuízo ao infante. Com certeza, esta criança melhor se desenvolveria em uma família substituta.

3.2.2 Deixar o Filho em Abandono

Deixar o filho em abandono é a segunda infração apontada pelo Código Civil apta a provocar a destituição do poder familiar. Tal hipótese foi abordada no item 2.5.1.1, quando foi tratado do dever que os pais possuem de dirigir a educação e a criação de seus filhos.

Conforme já explicado, os pais possuem o dever de educar e criar seus filhos, zelando pelo sustento dos mesmos, garantindo o necessário para a sobrevivência e proporcionando a eles toda uma assistência para a formação moral e intelectual do menor.

Destaca-se o já citado artigo 227 da Constituição Federal, sobre o qual se refere Gonçalves (2009, p. 388):

Prevê o art. 227 da Constituição Federal que a criança e o adolescente têm direito “à convivência familiar e comunitária”. O abandono priva o filho desse direito, além de prejudicá-lo em diversos sentidos. A falta de

assistência material coloca em risco a sua saúde, sobrevivência, mas não constitui a única forma de abandono. Este pode ser também moral e intelectual, quando importa em descaso com a educação e a moralidade do infante.

Nota-se que a própria Constituição Federal frisa deveres que devem ser assegurados à criança e ao adolescente. Os pais que faltarem com os deveres que lhe são atribuídos, como o de criar e educar seus filhos, deixando-os em estado de abandono material ou intelectual deverá ser destituído do poder familiar.

Quanto ao abandono apto a ocasionar a destituição do poder familiar preconiza Comel (2003, p. 288-289):

O abandono do filho é ato que implica desatendimento direto do dever de guarda, bem como do de criação e educação. Revela falta de aptidão para o exercício e justifica plenamente a privação, tendo em vista que coloca o filho em situação de grave perigo, seja quanto a segurança e integridade pessoal, seja quanto à saúde e à moralidade. É ato que afronta um dos direitos mais caros do filho: o estar sob os cuidados e vigilância dos pais. Traduz-se o abandono na falta de cuidado e atenção, na incúria, ausência absoluta de carinho e amor. É o pai que tem desleixo para com a prole, que pouco se lhe importa a nutrição, faltando aos cuidados básicos e essenciais à própria sobrevivência, e mantendo o filho em estado de indigência. O abandono que justifica a perda do poder familiar há que ser aquele em que o pai deixa o filho à mercê da própria sorte, ainda que com terceira pessoa ou com outro pai, mas que não tenha condição alguma de atendê-lo.

Nesse sentido preconiza Santos Neto (1994, p. 189) que “quem abandona menor, com efeito, renega deveres basilares do pátrio poder, como os de criação, educação e guarda. Deixando-o ao desamparo, revela fragrantemente falta de aptidão para o exercício do pátrio poder e justifica-se plenamente que seja dele privado”.

Já Veronese, Gouvêa e Silva (2005, p. 44-45) destacam:

O abandono, previsto no inciso II e já tratado nos comentários do art. 1.634, pode ser tanto material, quanto o moral ou intelectual, exigindo-se sempre o ânimo de definitividade por parte dos pais, eis que “a falta ou carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do pátrio poder” (art. 23 da Lei 8.069/90 – ECA).

Nota-se que os pais não serão destituídos do poder familiar apenas pelo fato de serem pobres, já que o atendimento das necessidades materiais do filho deve se dar dentro dos limites financeiros dos pais, que deverão ser incluídos em programas oficiais de auxílio.

Para serem destituídos do poder familiar, deve haver ânimo de definitividade por parte dos pais, ou seja, devem propositalmente deixar seus filhos em estado de total abandono.

Rodrigues (2002, p. 413) explicou que o “abandono não é apenas o ato de deixar o filho sem assistência material, fora do lar, mas o descaso intencional pela sua criação, educação e moralidade”.

Nessa seara, explicou Santos Neto (1994, p. 189) que:

[...] o simples fato de um dos pais deixar o lar da família em razão de atritos com o cônjuge ou companheiro não bastará para caracterizar o abandono se o que se retirou continua a prestar a devida assistência à prole, do ponto de vista material e moral. Outrossim, poderá haver a destituição pelo motivo referido no caso de o pai separado, mesmo sabendo que os filhos menores necessitam de sua presença e a reclamam, se recusar a visitá-los.

Assim como Santos Neto, Comel (2003, p. 289) destacou que “[...] não se configura o abandono a saída do lar familiar, em virtude de desentendimento com o outro genitor, se o pai que se ausenta continua a atender ao filho naquilo a que está obrigado e de que o filho necessita”.

De fato, se os pais se separaram e o cônjuge que sair do lar continuar prestando a devida assistência a seus filhos, não poderá ser destituído do poder familiar, o que ocorrerá somente se souber que seus filhos precisam de sua presença e propositalmente os deixar desamparados.

Schwertner (2010), como Veronese, Silva e Gouvêa, também evidenciou que o abandono decorrente da pobreza dos pais não poderá destituí-los do poder familiar e que nestes casos deverão ser incluídos em programas oficiais de auxílio, porém, destacou que tais programas não atingem a maioria dos necessitados.

Ainda, Schwertner (2010) evidenciou:

O abandono do menor pode encaminhá-lo à miséria, à fome, ao convívio com a delinquência, com as drogas e outros fatores extremamente negativos. Se comprovado ficar que o abandono é decorrente de desleixo, desinteresse dos que o Pátrio Poder detém, a destituição ocorrerá, mas não liberará os pais da obrigação alimentar, pois essa surge do vínculo parental e não do Pátrio Poder. A quantidade de menores que, ininterruptamente, vimos nas ruas, nos demonstram que difícil é determinar se o abandono é voluntário ou decorrente da pobreza, da situação caótica, sem expectativa e sem esperança dos pais.

De fato, os pais não podem ser culpados por possuírem uma condição financeira desprivilegiada. Por isso, não devem ser destituídos do poder familiar.

Continuando, explicou Gonçalves (2009, p. 378) que caso o pai tenha sido destituído do poder familiar, não deixa de ter o dever de sustento dos filhos, devendo pagar alimentos, pois a suspensão ou a perda do poder familiar não pode ser um prêmio para o faltoso.

Diniz (2002, p. 459) e Venosa (2009, p. 316) também evidenciaram que suspensão do poder familiar suprime alguns direitos com relação ao filho, mas não o exonera do dever de pagar alimentos a ele.

É de grande valia tal observação, já que os pais que abandonarem seus filhos e em consequência forem destituídos do poder familiar, não poderão ser beneficiados e se

isentarem do pagamento de pensão alimentícia. A destituição é uma forma séria de castigo aos pais e de proteção aos filhos, não podendo trazer benefícios aos titulares ativos do poder familiar.

Pelo exposto, verifica-se que os pais que deixarem seus filhos, intencionalmente, em estado de total abandono deverão ser destituídos do poder familiar, o que constitui uma sanção civil, porém, deve-se frisar que a legislação penal prevê punição a eles.

Venosa (2009, p. 308) destaca que: “[...] a atitude dos pais é fundamental para a formação da criança. Faltando com esse dever, o progenitor faltoso submete-se a reprimendas de ordem civil e criminal, respondendo pelos crimes de abandono material, moral e intelectual (arts. 224 a 246 do Código Penal)”.

Santos Neto (1994, p. 189) explica que “[...] o abandono repercute na esfera penal, como se constata a partir dos arts. 133, 134 e 244 do Código repressivo substantivo”.

Já Gonçalves (2009, p. 388) evidencia que “o Código Penal, visando reprimir as diversas formas de abandono de filho, prevê os crimes de ‘abandono material’ (art.244), ‘abandono intelectual’ (art. 245), ‘abandono moral’ (art. 247), ‘abandono de incapaz’ (art. 133) e ‘abandono de recém-nascido’ (art. 134)”.

O crime de abandono de incapaz está previsto no artigo 133 do Código Penal que dispõe: “abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono. Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos” (BRASIL, 2010, p. 362).

Já o crime de abandono de recém-nascido está descrito no artigo 134 do Código Penal que estabelece: “Expor ou abandonar recém-nascido, para ocultar desonra própria: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos” (BRASIL, 2010, p. 362).

Por fim, o crime abandono intelectual está no artigo 246 do Código Penal que dispõe: “deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar: Pena – detenção, de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa” (BRASIL, 2010, p. 377).

Deve-se destacar aqui o artigo 55 do Estatuto da Criança e do Adolescente que prevê que “os pais ou responsável têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino” (BRASIL, 2010, p. 1164).

Por último, tem-se o artigo 247 do Código Penal, crime que Gonçalves denomina abandono moral. Dispõe o referido dispositivo:

Permitir alguém que menor de dezoito anos, sujeito a seu poder ou confiado à sua guarda ou vigilância: I – freqüente casa de jogo ou mal-afamada, ou conviva com pessoa viciosa ou de má vida; II – freqüente espetáculo capaz de pervertê-lo ou de ofender-lhe o pudor, ou participe de representação de

igual natureza; III – resida ou trabalhe em casa de prostituição; IV – mendigue ou sirva a mendigo para excitar a comiseração pública: Pena – detenção, de um a três meses, ou multa. (BRASIL, 2010, p. 377).

Este último crime será estudado também na próxima hipótese de destituição do poder familiar, que se refere à prática de atos contrários à moral e aos bons costumes.

Percebe-se que vários são os crimes de abandono previstos pelo Código Penal, podendo o pai que abandonar seu filho, responder criminalmente por sua conduta de abandono, e ainda ser destituído do poder familiar.

Por sua vez, o abandono que enseja a destituição do poder familiar não necessita ser da proporção das condutas previstas pela legislação criminal, podendo ser de menor de envergadura já que visa preservar qualquer ato prejudicial praticado pelo pai contra o filho menor.

3.2.2.1 Jurisprudências

Como destacado, existem diversas condutas caracterizadoras do abandono, isto porque o abandono pode ser moral, material ou intelectual. Em que pese a possibilidade de condenação na esfera criminal, o que se nota é que normalmente não se aguarda o trânsito em julgado condenatório para a destituição, evitando assim que o menor permaneça em situação de risco. Isto é possível por causa do estabelecido nas hipóteses de destituição do poder familiar. Passa-se à análise dos casos:

DIREITO DE FAMÍLIA - PERDA DE PÁTRIO PODER - ART. 1.638 DO CÓDIGO CIVIL - MENOR EM SITUAÇÃO DE ABANDONO - NOMEAÇÃO DO AVÔ COMO TUTOR - RECURSO PROVIDO. A lei atribui aos genitores o chamado “poder familiar”, deles só o retirando em situações extremas, ou seja, no caso de descumprimento dos deveres inerentes a esse poder. A situação de abandono é causa de destituição do pátrio poder, abandono esse que também se evidencia quando os pais ausentam-se de seu domicílio sem prazo certo para retorno, deixando o infante sob os cuidados dos avós - que assumem, efetivamente, todos os deveres elencados no art. 1.634 do CC/2002. Recurso ao qual se dá provimento. (MINAS GERAIS, 2009).

No primeiro caso, os pais do infante o deixaram com os avós sem prazo para retorno, sendo que estes que acabavam cumprindo os deveres do poder familiar. Ora, vale destacar que o simples fato de não exercer o direito/dever de guarda não caracteriza o abandono, por exemplo, no caso de pais que vão para outro país trabalharem por determinado período a fim de amealharem recursos financeiros. Tal atitude não evidencia abandono, mas preocupação com o futuro bem-estar da família, razão pela qual não é cabível a destituição.

DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR - ABANDONO MATERIAL E MORAL - MAUS TRATOS - PROVAS IRREFUTÁVES - PRINCÍPIO DA

GARANTIA PRIORITÁRIA DO MENOR - SENTENÇA MANTIDA. Comprovado que os pais não reúnem as condições mínimas necessárias para cuidar da formação de seus filhos, deixando-os constantemente sozinhos e sem os cuidados indispensáveis (saúde, higiene, alimentação etc.), resta caracterizado o abandono que autoriza a destituição do poder familiar, face ao princípio da garantia prioritária do menor (art. 227, CF), impondo-se colocá-los em família substituta para que ganhem amor e respeito, enfim, que tenham direitos básicos, dentre eles a qualidade de vida melhor, não apenas quanto aos cuidados materiais, mas também, e principalmente, os afetivos. (MINAS GERAIS, 2009).

Nesta linha, no caso em análise, cuja ementa foi acima transcrita, verifica-se que a prática de abandono moral e material foi vista como maus tratos em relação aos filhos. Isto demonstra que é difícil aplicar taxativamente as hipóteses de suspensão e de destituição do poder familiar, porque não é raro que diversas destas apareçam de maneira conexas.

DIREITO DE FAMÍLIA - AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR - ABANDONO AFETIVO E MORAL - ART. 1.638 DO CÓDIGO CIVIL. - A perda ou a destituição do poder familiar é a sanção mais grave imposta aos pais que faltarem com os deveres em relação aos filhos. Nesta linha de raciocínio, o Código Civil de 2002, prescreve em seu artigo 1.638 as hipóteses em que perderá o poder familiar o pai ou a mãe, ou, ambos, se comprovados a falta, omissão ou abuso em relação aos filhos. - Restando configurada a ausência de devida assistência e o abandono familiar, moral, médico hospitalar, e outros tantos cuidados necessários na criação de crianças, seres humanos ainda em formação, de se julgar procedente a ação de destituição de Poder Familiar ajuizada pelo Ministério Público, em desfavor dos pais negligentes. (MINAS GERAIS, 2010).

No terceiro caso em tela, nota-se que foram praticados diversos atos de abandono em relação aos menores, que não possuíam estrutura familiar, alimentação adequada, atendimento médico, etc. Trata-se de evidente situação de risco e o descaso dos pais em modificá-la justifica a intervenção judicial destituindo o poder familiar.

DIREITO DE FAMÍLIA. DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR. ABANDONO MATERIAL, MORAL, SOCIAL E INTELLECTUAL SUFICIENTEMENTE COMPROVADOS. Estudo social que atesta a ausência de condições estrutural e emocional dos pais para criar e educar os filhos. Agressões físicas, proibição de frequentar escolas, má higienização, subnutrição, instigação dos menores à mendicância para sustento dos genitores e uso de drogas pelos pais na presença dos filhos (venda dos alimentos e brinquedos recebidos por doação pelas crianças) para obtenção de entorpecentes devidamente comprovados. Depoimentos testemunhais que atestam, inclusive, a prática de abuso sexual com uma das menores pelo genitor, com a conivência da genitora, e na presença dos demais filhos. Genitores que empreenderam fuga de maternidade para que não fosse realizada gratuitamente cirurgia corretiva de deficiência física congênita nos membros inferiores de seu nascituro, no intuito de obterem vantagem econômica (esmola) com a deformação. Estudo social que revela a vontade dos filhos em permanecerem afastados do seio familiar. Descumprimento pelos genitores dos deveres que lhes são atribuídos nos artigos 229 da Constituição Federal e 22 do Estatuto da Criança e Adolescente. Exegese do

art. 1.638, II e IV, do Código Civil. Sentença de procedência mantida. Recurso desprovido. (SANTA CATARINA, 2009).

No caso acima, também subsiste situação na qual os filhos foram sujeitos a diversas espécies de abandono: material, moral, social e intelectual. Não obstante, foram vítimas de violência, além de não ter sido cumprido o dever de educação, já que as crianças eram proibidas de frequentar a escola. Já o uso de drogas, caracteriza conduta imoral, capaz de prejudicar o bom desenvolvimento das crianças. Verifica-se ainda que foi mencionada expressamente a violação ao artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o que também demonstra a normalidade de conexão entre as diversas hipóteses de suspensão e destituição do poder familiar.

APELAÇÃO DIREITO DE FAMÍLIA. ECA. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. GENITORA PRESA. MELHOR INTERESSE DO INCAPAZ. 1. Impõe-se a destituição do poder familiar quando evidenciado que a genitora descumpra injustificadamente os deveres inerentes à condição de provedora, expondo o filho a situação de risco por abandono material e moral [...]. Recurso desprovido. (RIO GRANDE DO SUL, 2008).

No último caso, o fato de a genitora estar presa, que já poderia, ao menos, caracterizar hipótese de suspensão do poder familiar, foi interpretado como abandono material e moral. Por isso, lhe foi destituído o poder familiar. Assiste razão ao julgador, caso tenha sido possível verificar no caso concreto que o conjunto de fatores que levou a genitora à prisão demonstrava inaptidão definitiva para o exercício do poder familiar.

3.2.3 Praticar Atos Contrários à Moral e aos Bons Costumes

Praticar atos contrários à moral e aos bons costumes é a terceira hipótese de destituição do poder familiar prevista no Código Civil.

Por serem os pais titulares ativos do poder familiar, e por esse instituto visar única e exclusivamente a proteção do menor, eles deverão agir de forma a proteger, manter e educar seus filhos e em decorrência disso servirão de exemplo a estes incapazes, não podendo assim praticar atos contrários à moral e aos bons costumes que influenciem na formação de seus filhos.

Comel (2003, p. 290) preconiza:

[...] O pai é, antes de tudo, o educador do filho, tarefa que desempenha principalmente através do exemplo. Sua conduta há de pautar-se na mais estreita honestidade e retidão, condição fundamental para que leve a bom termo a educação do filho. O pai, cujo proceder é desregrado, imoral, indecente, licencioso, dado a prática de atos indecorosos e que afrontam aos bons costumes, não está apto para ostentar nem exercer a função. Os filhos submetidos ao poder familiar ainda não têm uma personalidade formada e definida, estando em situação de especial vulnerabilidade diante do

comportamento dos pais, de modo que não se pode admitir que permaneçam sob a autoridade de um pai responsável por atos que lhe possam influenciar, de modo maléfico e pernicioso, o caráter, em franco processo de desenvolvimento.

Gonçalves (2009, p. 389), Rodrigues (2002, p. 414-415), e Veronese, Gouvêa e Silva (2005, p. 46) explicam que os atos contrários a moral e aos bons costumes são aqueles praticados pelos pais e que contaminem ou prejudiquem a formação moral do filho

Explica Rodrigues (2002, p. 414-415): “é óbvio que o legislador visa, nesse dispositivo, evitar que o exemplo dos pais contamine a formação moral dos filhos, Portanto, merece a regra os mais veementes aplausos [...]”.

No mesmo sentido aduz Gonçalves (2009, p. 389):

Visa o legislador evitar que o mau exemplo dos pais prejudique a formação moral dos infantes. O lar é uma escola onde se forma a personalidade dos filhos. Sendo eles facilmente influenciáveis, deve os pais manter uma postura digna e honrada, para que nela se amolde o caráter daqueles. A falta de pudor, a libertinagem, o sexo sem recato podem ter influência maléfica sobre o posicionamento futuro dos descendentes na sociedade, no tocante a tais questões, sendo muitas vezes a causa que leva as filhas menores a se entregarem à prostituição.

Veronese, Gouvêa e Silva (2005, p. 46) destacam “o inciso III trata da prática de atos indignos, desonrados, que serão examinados, caso a caso, pelo Juiz da Infância e da Juventude, segundo a evolução dos costumes e a possibilidade maior ou menor de o ato contaminar a formação moral dos filhos”.

Nota-se que caberá ao magistrado, de acordo com cada caso concreto, analisar os atos praticados pelos pais, não havendo um critério objetivo a ser seguido.

Por tratar-se de hipótese aberta a interpretações, alguns doutrinadores exemplificam atos ou condutas dos pais, que seriam contrários a moral e aos bons costumes, e poderiam ocasionar a destituição do poder familiar.

Exemplifica Diniz (2002, p. 460):

[...] se vive em companhia de mãe prostituta ou de pai que se entrega ao lenocínio ou ao uso de entorpecentes, vivendo desregradamente ou sofrendo abusos de ordem sexual. Entretanto, quando o casal se separa, vivendo o cônjuge que ficou com a guarda do menor em união estável, desfrutando estado de casado, não constitui esse fato causa de destituição do poder

Santos Neto (1994, p. 189) traz como exemplo o pai que “[...] faz apologia do crime, estimula o filho a praticá-lo, ou o empurra para uma vida de devassidão, quer diretamente, quer obrigando-o a conviver com ela, deve perder a autoridade paternal”.

Já Gonçalves (2009, p. 389) destaca que “[...] o alcoolismo, a vadiagem, a mendicância, o uso de substâncias entorpecentes, a prática da prostituição e muitas outras condutas anti-sociais se incluem na expressão “atos contrários à moral e aos bons costumes”.

Santos Neto (1994, p. 190) evidenciou, ainda, que os atos “não precisam necessariamente ser direcionados contra a pessoa deste. Basta que ele conviva com pessoas que agem de maneira viciosa ou depravada, recebendo as conseqüentes influências negativas, para que a destituição se torne cabível”.

Percebe-se que condutas como a prática de prostituição, vadiagem, apologia ao crime, uso de entorpecentes podem ocasionar a destituição do poder familiar, bem como que estas condutas não precisam necessariamente ser direcionadas aos filhos, bastando que o mesmo conviva com pessoas que agem de maneira que os influenciem de forma negativa.

Veronese, Gouvêa e Silva (2005, p. 46) ressaltam que:

[...] a lei penal (art. 247) também estabelece punições àquele que permite que o menor de 18 anos, sujeito a seu poder, freqüente casa de jogo, ou mal-afamada, ou conviva com pessoa viciosa ou de má vida; freqüente espetáculo capaz de pervertê-lo ou de ofender-lhe o pudor, ou participe de representação de igual natureza; reside ou trabalhe em casa de prostituição; ou mendigue ou sirva a mendigo para excitar a comiseração pública.

A prática das condutas descritas no tipo penal comentado, por sua vez, também pode gerar a destituição por abandono do menor.

Nota-se que os pais ao agirem de forma contrária a moral e aos bons costumes poderão se submeter a reprimendas de ordem civil e criminal, ou seja, poderão ser destituídos do poder familiar, bem como se a conduta se encaixar no artigo 247 do Código Penal, responderão criminalmente por ela.

3.2.3.1 Jurisprudências

A hipótese de destituição do poder familiar por prática de atos contrários à moral e aos bons costumes é muito ampla, permitindo o enquadramento de diversos casos concretos.

APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. DESTITUIÇÃO PODER FAMILIAR. PRÁTICA DE ATOS CONTRÁRIOS À MORAL E AOS BONS COSTUMES. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. I - Por se tratar de medida excepcional e definitiva, a perda do poder familiar somente deve ser decretada em situações absolutamente necessárias. II - a personalidade do pai biológico voltada para a prática delituosa reiterada configura a prática de ato atentatório à moral e aos bons costumes, ensejando a perda do poder familiar. (MINAS GERAIS, 2009).

No primeiro caso, a prática reiterada de delitos foi considerada como ato contrário à moral e aos bons costumes. A prática de crime, por si só, não gera a destituição do poder

familiar, a não ser que este tenha sido praticado contra o filho. No máximo, pode gerar a sua suspensão, se a pena for superior a dois anos e cumprida em regime fechado. Contudo, é inegável que o genitor que comete diversos delitos, ainda que não tenha sido preso por eles, pratica atos contrários à moral. Destaca-se o bojo da decisão:

[...] Sustenta o apelante que eventuais condenações criminais não são, por si só, suficientes para a destituição do poder familiar em seu desfavor. Razão não lhe assiste. É certo que a condenação criminal, em regra, não constitui fundamento, por si só, para a destituição do poder familiar, porquanto se estaria aplicando mais uma penalização, além daquela já decorrente da condenação em processo crime. Entretanto, no presente caso, ficou devidamente comprovada a prática, por parte do recorrente, de atos contrários à moral e aos bons costumes. Depreende-se da extensa certidão de antecedentes criminais, acostada às fls. 91/94, que o recorrente possui diversos processos criminais em seu desfavor (crimes contra o patrimônio e contra a pessoa, crime de tóxico), demonstrando personalidade voltada para a prática delituosa. [...] não se trata de fato isolado ou de “eventuais condenações criminais” [...], mas de conduta criminoso reiterada, fato que demonstra não ter condições psicossociais favoráveis para criar seu filho. [...] Assim, impõe-se a destituição do poder familiar. (MINAS GERAIS, 2009).

Foi considerada, no caso, prova suficiente a demonstração de existência de diversos processos criminais, independentemente do trânsito em julgado. Praticar crimes é uma conduta imoral e, como o titular do poder familiar tem a responsabilidade de dar bons exemplos ao filho, mostra-se devida a destituição do poder familiar.

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - PERDA DO PODER FAMILIAR - ATOS CONTRÁRIOS À MORAL E AOS BONS COSTUMES E ABANDONO DE INCAPAZ - PROCEDÊNCIA EM 1º GRAU - INCONFORMISMO DOS PAIS BIOLÓGICOS - CONDIÇÕES PARA CRIAÇÃO DOS FILHOS - INACOLHIMENTO - SERVIÇO SOCIAL FAVORÁVEL À DESTITUIÇÃO - PRÁTICA DE CRIME, VIOLÊNCIA E ALCOOLISMO DO GENITOR - AUSÊNCIA DE CUIDADOS MORAIS E MATERIAIS PELA GENITORA - INVIABILIDADE PARA O EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO. (SANTA CATARINA, 2008)

O segundo caso relata a interligação entre as hipóteses de suspensão e destituição do poder familiar. A prática de violência caracteriza, em regra, caso de destituição do poder familiar por maus tratos. Além disso, o abandono material e moral também podem ocasionar a destituição. No caso, além destas hipóteses, houve a prática de atos contrários à moral e aos bons costumes, como o uso de álcool. Destaca-se o bojo da decisão:

Privadas as crianças dos cuidados indispensáveis à saúde, bem-estar e moralidade e estando submetidas a ambiente hostil e violento, impõe-se a perda do poder familiar dos genitores ante o abandono moral e material dos menores, incluindo-se atos contrários à moral e aos bons costumes. (SANTA CATARINA, 2008).

Por fim, analisa-se caso no qual o poder familiar foi destituído porque os genitores atentavam contra a moral e aos bons costumes utilizando drogas e álcool próximos à infante de menos de um ano de idade. No mais, verifica-se o descaso da genitora, que utilizou drogas durante a gestação:

DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR. Genitores que, reiteradamente, utilizam-se de substâncias entorpecentes e que perpetraram negligência contra a filha de menos de um ano de idade. Arcabouço probatório que demonstra, cabalmente, o abandono dela à própria sorte e a prática de atos contrários à moral e aos bons costumes. Presença de cocaína no sangue da infante. Exame realizado logo após o nascimento. Indício veemente de que a mãe fez uso drogas durante a gestação. Genitor que, desde a tenra idade, envolve-se com drogas e perpetra atos infracionais e crimes contra o patrimônio. Destituição do poder familiar que, na espécie, mostra-se deveras imperiosa. Inteligência dos arts. 1.630, 1.635, inc. v, e 1.638, incs. II, e III, todos do Código Civil de 2002, dos arts. 1º, 4º, 22 e 24, todos do Estatuto da Criança e do Adolescente e do art. 227, caput, da Constituição Federal. Recurso desprovido (SANTA CATARINA, 2009).

Além da prática dos atos atentatórios à moral e aos bons costumes, os pais perpetraram abandono contra a menor, já que negligenciavam a sua criação. Em casos como o acima transcrito, é inviável manter o poder familiar dos pais, pois os superiores interesses da criança devem prevalecer.

3.2.4 Incidir Reiteradamente nas Faltas do Artigo 1.637 do Código Civil

Finalmente, o Código Civil prevê como hipótese de destituição do poder familiar a incidência reiterada nos atos de suspensão do poder familiar.

Veronese, Gouvêa e Silva (2005, p. 46) explicam que se trata de uma “punição mais severa à reincidência dolosa do cometimento da falha menos grave”.

Rodrigues (2002, p. 415) destaca que o legislador inovou ao trazer esta possibilidade, o que foi salutar porque evita o abuso dos pais que repetidas vezes incidam em falhas que ocasionem a suspensão do poder familiar, aguardando uma punição mais branda.

Nesta linha destaca Gonçalves (2009, p. 389): “trata-se de causa de destituição do poder familiar inexistente no Código Civil de 1916. A inovação visa obstar que os pais abusem na repetição de conduta que pode ensejar, isoladamente, apenas a pena mais branda de suspensão do exercício do múnus em epígrafe”.

Diniz (2002, p. 460) resume que ocorrerá a destituição do poder familiar quando o pai ou a mãe:

Incidir, reiteradamente, no abuso de sua autoridade, na falta dos deveres paternos-maternos, na dilapidação dos bens da prole e na prática os crimes

punidos com mais de 2 anos de prisão. Essa enumeração legal é taxativa; não se pode cogitar de outras pelo emprego do recurso analógico, nem de faltas passadas dos pais, pois a prática desses atos puníveis, por serem vergonhosos ou reprováveis, deve ser contemporânea ao pedido de destituição do poder familiar [...] Se, p. ex., for aplicada a sanção de perda de poder familiar a um dos genitores, o seu exercício passará ao outro; se este estiver morto ou for incapaz de exercer, o juiz nomeará um tutor ao menor.

Portanto, verifica-se que o legislador preocupou-se em punir atos reiterados que, inicialmente, não ocasionariam a destituição do poder familiar e sim a sua suspensão. Esta decisão foi acertada porque assim foram impedidas as violações de direitos dos menores que merecem proteção legal, embora com menos rigor.

3.2.5 Condenação por Crime Doloso Cometido Contra o Filho

A destituição do poder familiar também poderá ser decretada se pai ou mãe forem condenados por crime doloso cometido contra o filho.

Referindo-se a tal hipótese leciona Gonçalves (2009, p. 394) que “o Código Penal também prevê a perda do poder como efeito da condenação, nos crimes dolosos sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho (art. 92, II)”.

Como já ressaltado, dispõe o artigo 92 do Código Penal é um efeito da condenação a incapacidade para que se exercite o poder familiar nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho.

Por sua vez, prevê o parágrafo único do mesmo dispositivo que “os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença” (BRASIL, 2010, p. 356). Esta regra condiz com a de aplicação da destituição do poder familiar nos demais casos previstos em lei, sendo necessário o procedimento judicial, assegurados o contraditório e a ampla defesa.

Comel (2003, p. 292) ressalta que:

Não se confunde a medida do Código Penal com a disciplinada no parágrafo único do art. 1.637 do CC. É que a regra da lei penal trata dos efeitos secundários da condenação criminal, medida mais específica e grave que a outra, e se refere a crime praticado contra o filho, motivado por dolo e apenado com reclusão, cuja consequência será a incapacidade para o exercício do poder familiar, e não apenas a suspensão dele.

Até aqui verifica-se que o efeito da condenação em crime doloso punido com reclusão é a incapacidade para o poder familiar, ou seja, a sua destituição, e que tal efeito não é automático, deve ser motivadamente mencionado pelo juiz na sentença.

Comel (2003, p. 292) e Santos Neto (1994, p. 191) explicam que ainda que o pai ou mãe obtenham a reabilitação criminal prevista no artigo 93 do Código Penal, não será restabelecido o poder familiar.

É o que dispõe o parágrafo único do artigo 93 do Código Penal “a reabilitação poderá, também, atingir os efeitos da condenação, previstos no art. 92 deste Código, vedada reintegração na situação anterior, nos casos dos incisos I e II do mesmo artigo”.

Nota-se ainda que mesmo que o pai ou mãe condenados obtenham a reabilitação criminal, está não atingirá o poder familiar, já que por expressa disposição legal a reabilitação não atinge a incapacidade para o poder familiar decorrente de condenação em crime doloso punido por reclusão praticado contra filho.

Ainda quando a hipótese de destituição do poder familiar pela condenação por crime doloso punido com reclusão cometido contra o filho, Santos Neto (1994, p. 191-192) frisa que a “decisão condenatória referente à delito culposo ou apenado apenas com detenção, ainda que praticado contra filho, não poderá gerar a perda mencionada”.

Já Comel (2003, p. 292) evidencia que:

Para decretação da perda do poder familiar neste caso, exige-se o exame dos requisitos objetivos e subjetivos do fato criminoso e da pessoa do condenado, devendo a decisão ser reservada aos casos de maior gravidade, em que resulte do crime incompatibilidade com o exercício do poder familiar pelo titular, observando-se a disciplina geral do poder familiar.

De fato, deve-se analisar o caso concreto, de acordo com os critérios estabelecidos em lei, e ver se aquela conduta realmente mostra-se incompatível com o exercício do poder familiar, visando sempre o melhor para o menor.

3.2.5.1 Jurisprudências

As análises de decisões judiciais anteriormente analisadas demonstram que, muitas vezes, existem fortes indícios da prática de crime, o que motiva a destituição do poder familiar. Contudo, para que alguém seja considerado condenado por um crime doloso praticado contra o filho, é preciso trânsito em julgado, já que vige no ordenamento jurídico brasileiro a presunção de inocência. Por isso, criou-se no Poder Judiciário a tendência de enquadramento em hipótese diversa, evitando que a situação de risco permaneça. Muitas vezes, o conjunto de atos praticados se mostra suficiente para a destituição do poder familiar, não sendo necessário aguardar a condenação criminal.

COSTUMES - ESTUPRO - AUTORIA E MATERIALIDADE
COMPROVADAS - ABUSO DA AUTORIDADE DE PAI - VÍTIMAS
DISTINTAS - CONTINUIDADE DELITIVA - POSSIBILIDADE -

REGIME INTEGRALMENTE FECHADO - CRIME HEDIONDO - INCAPACIDADE PARA O EXERCÍCIO DO PÁTRIO PODER - PENA RETIFICADA - RECURSO DEFENSIVO IMPROVIDO, PROVIDO PARCIALMENTE O APELO MINISTERIAL. - Em se tratando de crime praticado por ascendente, a retratação das vítimas em juízo deve ser vista com ressalva, pois é compreensível que a iminência de uma condenação desperte a piedade dos filhos em relação ao pai. - Se o tipo incriminador é o mesmo e homogêneas as condições objetivas de lugar e modo de execução do delito, sempre no ambiente familiar, às escondidas e mediante abuso da autoridade de pai, pode se admitir a continuidade delitiva, ainda que diversas as vítimas e impreciso o lapso temporal entre as condutas. - O estupro, em qualquer de suas configurações, é crime hediondo, incidindo, pois, a regra do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. - O estupro praticado por ascendente denota sua incapacidade para o exercício do poder familiar, impondo-se, pois, a sua destituição, como efeito da condenação (art. 92, II, do CPB). (MINAS GERAIS, 2005).

No caso acima transcrito, o genitor foi condenado por praticar estupro contra seus filhos, abusando de seu poder de autoridade. Embora as crianças tenham se retratado judicialmente, esta retratação foi vista com ressalvas – e com razão, pois é natural que as crianças não desejem ver seu pai na prisão. Assiste razão ao Tribunal de Justiça, que decretou a perda do poder familiar, única medida para evitar que as condutas se repetissem.

3.3 Procedimento da Suspensão e Destituição do Poder Familiar

Como apontam Comel (2003, p. 277), Rodrigues (2002, p. 412), Venosa (2009, p. 316), Veronese, Gouvêa e Silva (2005, p. 66-67), tanto a suspensão, como a destituição do poder familiar, somente podem ocorrer com um procedimento judicial próprio, assegurados o contraditório e a ampla defesa. Ataíde Junior (2005, p. 66) aponta que o procedimento judicial pode ser dispensado nos casos de destituição e suspensão automáticas.

Assim aponta Venosa (2009, p. 314): “[...] os processos de perda e suspensão do pátrio poder devem assegurar o contraditório, com amplo direito de defesa aos envolvidos, devendo ser nomeado advogado dativo para a defesa, se for caso de pobreza e assistência judiciária oficial não estiver disponível”.

Para Ataíde Junior (2005, p. 67), se for pedida a suspensão do poder familiar, o juiz não poderá decretar a perda; mas se ocorrer o inverso, será possível que o juiz opte por aplicar a suspensão e não a perda, pois quem pode o mais, pode o menos. Assim, mesmo nesta espécie de procedimento judicial, o juiz está adstrito ao princípio da demanda, sendo que a concessão da suspensão no lugar da perda funciona como uma procedência parcial.

O procedimento está descrito nos artigos 155 a 163 do Estatuto da Criança e do Adolescente, sem prejuízo da aplicação de medidas cautelares para assegurar a integridade física do menor.

“A suspensão do poder familiar poderá ser decretada liminar ou incidentalmente” (GONÇALVES, 2009, p. 393). Santos Neto (1994, p. 192) apontou apenas a exigência de um motivo grave. Segundo Rodrigues (2002, p. 412), por esta medida provisória, a guarda é removida até a decisão final. Assim, o exercício do poder geral de cautela consiste na tomada, por parte do magistrado, de medidas provisórias, deferindo a busca e a apreensão dos menores e retirando a guarda dos pais, concedendo-a a terceiros ou a estabelecimentos próprios (VENOSA, 2009, p. 316). Neste sentido aponta o artigo 157 do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 2010, p. 1174).

De qualquer forma, “o procedimento para a perda ou suspensão do poder familiar deve observar o segredo de justiça, ante a incidência ao art. 155 do CPC (filiação e guarda)” (ATAÍDE JUNIOR, 2005, p. 67).

O início do procedimento de suspensão ou destituição do poder familiar se dá por provocação do Ministério Público ou de quem tenha legítimo interesse (artigo 155). A petição inicial indicará: a autoridade judiciária, a qualificação das partes, a exposição do fato e do pedido, além das provas que serão produzidas, inclusive com apresentação de rol de testemunhas (artigo 156). (BRASIL, 2010, p. 1174).

“A apreciação dessas ações será de competência da Justiça da Infância e Juventude” (DINIZ, 2002, p. 461). Para Comel (2003, p. 278), “a autoridade competente será o Juiz da Infância e da Juventude ou o Juiz de Família, conforme o menor esteja ou não em situação de risco nos termos do parágrafo único do art. 148 do ECA”.

Somente os que exercem o poder familiar poderão ser demandados na ação. Assim, a legitimidade passiva da ação destitutória reserva-se a pai e mãe, assim estabelecidos em decorrência da relação jurídica de filiação. Não importa a natureza ou origem da relação de filiação. Sejam os filhos havidos ou não, do casamento, consangüíneos ou por adoção, o poder familiar se estabelece da mesma forma, com os mesmos direitos e deveres. (ATAÍDE JUNIOR, 2005, p. 77).

Por sua vez, a ação poderá ser proposta pelo Ministério Público ou por quem tenha legítimo interesse que, para Comel (2003, p. 278), é qualquer parente, conforme prevê o Código Civil.

O requerido será citado para responder em 10 (dez) dias, indicando provas e o rol de testemunhas, bem como juntando documentos (artigo 158), sendo possível a nomeação de defensor dativo se a parte não tiver condições de constituí-lo (artigo 159). Não havendo

contestação, será aberta vista ao Ministério Público, salvo se ele for o autor da ação (artigo 161, *caput*) (BRASIL, 2010, p. 1174).

Destaca-se a impossibilidade de decretação dos efeitos da revelia, uma vez tratar-se de direito indisponível (artigo 320, II, Código de Processo Civil) (BRASIL, 2010, p. 198). Por isso, mostra-se necessária a produção de provas.

Nesta linha, pode-se determinar a realização de estudo social por equipe interprofissional ou multidisciplinar, bem como a oitiva de testemunhas (artigo 161, §1º) (BRASIL, 2010, p. 1174).

Sobre o mencionado estudo, apontam Veronese, Silva e Gouvêa (2005, p. 67):

Para uma perfeita verificação da situação de fato, é importante que sejam realizados, junto à família dos menores de idade, avaliações por assistentes sociais e equipe interprofissional, que poderão avaliar de forma objetiva o comportamento das pessoas envolvidas e os riscos e conseqüências advindas de seus atos.

Além disso, a criança deverá ser ouvida se o pedido for provocar alteração na guarda, respeitado seu estado de desenvolvimento e seu grau de compreensão sobre as conseqüências da situação processual (artigo 161, §3º). Em qualquer caso, é obrigatória a oitiva dos pais, desde que possível (artigo 161, §4º). (BRASIL, 2010, p. 1174).

“Apresentada a resposta, a autoridade judiciária dará vista dos autos ao Ministério Público, por cinco dias, salvo quando este for o requerente, designando, desde logo, audiência de instrução e julgamento” (artigo 162) (BRASIL, 2010, p. 1174).

Neste caso, também é possível a realização de estudo social ou de perícia por equipe interprofissional (artigo 162, §1º). Na audiência, serão ouvidas as testemunhas e colhido oralmente, se for o caso, o parecer técnico, seguindo-se à manifestação das partes e à sentença, preferencialmente logo após as alegações finais orais (artigo 162, §2º). O procedimento será concluído no prazo máximo de 120 (cento e vinte) dias (artigo 163). (BRASIL, 2010, p. 1174).

Esta breve exposição dos principais aspectos procedimentais da suspensão e da destituição do poder familiar demonstra que o legislador buscou criar mecanismos para que a relação de pai e filho não fosse quebrada sem a devida apuração dos fatos que geraram as acusações contra o primeiro. Nesta seara, destaca-se o caráter de *munus* público do poder familiar, pois não interessa ao Estado romper esta relação, a não ser que seja a melhor medida para a preservação do infante.

Prevê o artigo 163, parágrafo único: “a sentença que decretar a perda ou a suspensão do poder familiar será averbada à margem do registro de nascimento da criança ou do

adolescente” (BRASIL, 2010, p. 1174). Esta necessidade é apontada por vários doutrinadores, como Santos Neto (1994, p. 192), Comel (2003, p. 277), Diniz (2002, p. 461), Gonçalves (2009, p. 163), Veronese, Gouvêa e Silva (2005, p. 67).

A averbação mostra-se extremamente necessária, pois é o único modo de assegurar a publicidade da suspensão ou extinção da relação de poder familiar, preservando assim a integridade física e moral do menor.

3.4 Extinção do Poder Familiar

O artigo 1.635 do Código Civil prevê as hipóteses de extinção do poder familiar. Dispõe o referido dispositivo legal: “extingue-se o poder familiar: I – pela morte dos pais ou do filho; II – pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único; III – pela maioridade; IV – pela adoção; V – por decisão judicial, na forma do artigo 1.638” (BRASIL, 2010, p. 111).

Antes de serem analisadas referidas hipóteses, passa-se a expor entendimentos doutrinários quanto à forma em que se dá a extinção do poder familiar.

De acordo com Gonçalves (2009, p. 386) “a extinção dá-se por fatos naturais, de pleno direito, ou por decisão judicial”.

Já Ataíde Junior (2009, p. 44) explica que “a extinção do poder familiar se opera, em regra, *ipso iure* e é decorrência natural da verificação dos fatos jurídicos previstos no art. 1.635, incs. I a IV, do novo Código Civil [...]”.

No mesmo sentido ensina Diniz (2002, p. 462) destaca que a extinção do poder familiar opera-se *ipso iure* quando ocorrerem as hipóteses previstas no Código Civil.

Comel (2003, p. 299) destaca que:

A extinção do poder familiar, por sua vez, é isenta de qualquer conotação punitiva, uma vez que não é motivada por descumprimento ou falta aos deveres paternos. Ocorre em virtude de fatos certos e previamente estabelecidos no ordenamento jurídico que, para o fim de extinguir o poder familiar, independem da vontade dos pais.

Referida autora destaca ainda os efeitos da extinção do poder familiar não são nada mais que o término definitivo da função paterna e que ocorrendo em decorrência da emancipação e maioridade o filho passa a ser absolutamente independente do poder familiar; em decorrência da morte de ambos os pais, o filho deverá receber proteção equivalente nos termos da legislação especial, como a colocação em família substituta e no caso da adoção o filho passa ao poder familiar dos pais adotivos (COMEL, 2003, p. 309).

Os entendimentos acima expostos demonstram que para que o poder familiar seja extinto é necessária ocorrência de uma das hipóteses previstas no artigo 1.635 do Código Civil, bem como que ele colocará fim a função paterna.

Vale ressaltar que a extinção não decorre necessariamente da violação de um direito.

Por sua vez, as hipóteses de extinção do poder familiar, em sua maioria, são dotadas de cunho objetivo, sendo facilmente identificadas pelo aplicador da lei, o que não ocorre nos casos de suspensão e destituição. Por isso, neste tópico, não serão analisados, em regra, entendimentos jurisprudenciais.

Assim, passa-se a analisar cada uma das hipóteses legais.

3.4.1 Morte dos Pais ou do Filho

A doutrina não discute muito sobre o tema, tendo em vista que não pairam controvérsias sobre o dispositivo legal.

Nesta linha, o dispositivo trata de hipóteses de causas naturais que ocasionam a extinção do poder familiar.

Gonçalves (2009, p. 387) preconiza que:

Com a morte dos pais, desaparecem os titulares do direito. A de um deles faz concentrar no sobrevivente o aludido poder. A de ambos impõe a nomeação de tutor, para se dar seqüência à proteção dos interesses pessoais e patrimoniais do órfão. A morte do filho, a emancipação e a maioridade fazem desaparecer a razão de ser do instituto, que é a proteção do menor.

Na mesma linha preconiza Diniz (2002, p. 462) que se extingue o poder familiar quando houver:

Morte dos pais ou do filho, pois a morte de um deles não extingue o poder familiar, visto que o outro exercerá sozinho; cessando apenas quando ambos os genitores falecerem, colocando-se os filhos menores não emancipados sob tutela. Se houver morte do filho, elimina-se a relação jurídica, por não haver mais razão de ser do poder familiar.

Venosa (2009, p. 313), Santos Neto (1994, p. 194) e Veronese, Gouvêa e Silva (2005, p. 36) também destacam que caso faleça um dos genitores, ao sobrevivente caberá o exercício do poder familiar.

Rodrigues (2002, p. 415) e Veronese, Gouvêa e Silva (2005, p. 36) frisam a necessidade de nomeação de um tutor quando do desaparecimento de ambos os pais para proteção do menor.

Em suma, a morte de ambos os pais ou do filho extinguem a relação jurídica de poder familiar, sendo necessária, no primeiro caso, a nomeação de tutor por persistir a

condição de hipossuficiência de uma das partes da relação, o menor, que precisa ser protegido até tornar-se capaz de reger seus próprios atos sem representação ou assistência.

Complementa Comel (2003, p. 301):

A morte dos pais é motivo de extinção do poder familiar porque com ela se tem o fim da existência da pessoa, o desaparecimento do sujeito ativo, e com isso a impossibilidade absoluta de se manter o vínculo protético com o filho [...] Porque o texto de lei se refere à morte *dos pais*, e sendo o poder familiar prerrogativa dos dois, tem-se que somente se extinguirá com a morte de ambos os pais, pois enquanto um viver, persistirá o poder familiar íntegro na sua pessoa. Mas, de qualquer forma, morto um dos pais extingue-se com relação a ele o poder familiar, persistindo intangível com relação ao pai vivo. O poder familiar, então, ficará concentrado no sobrevivente. A morte do filho também é causa extintiva pelas mesmas razões, ante o fim da existência da pessoa.

De fato, não merece maiores considerações o tema, por ser unânime o entendimento no mesmo sentido. Assim, parte-se para a análise do próximo tópico.

3.4.2 Maioridade

Outra hipótese de extinção do poder familiar prevista pela legislação é a maioridade civil, não pairando qualquer controvérsia sobre este tema.

Para análise de tal hipótese é necessário ressaltar que o artigo 5º do Código Civil estabelece que “a menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil” (BRASIL, 2010, p. 23).

Nesse sentido preconizou Rodrigues (2002, p. 415-416): “pela maioridade, extingue-se o pátrio poder, pois presume-se a lei que atingindo a capacidade civil [...] o indivíduo não mais precisa da proteção [...]”.

Diniz (2002, p. 462) destaca que extingue-se o poder familiar pela “maioridade do filho, conferindo-lhe a plenitude dos direitos civis, fazendo cessar a dependência paterna, uma vez que há presunção legal de que o indivíduo, atingindo 18 anos, não mais necessita de proteção”.

Gonçalves (2009, p. 387) leciona que “a maioridade faz cessar inteiramente a subordinação aos pais”.

Já Ataíde Junior (2009, p. 33) evidencia que “tem-se, pois, em regra, que os direitos decorrentes do poder familiar, para os pais, encerram-se com a chegada da maioridade civil do filho (CC/2002, art. 1.635, II)”.

Como consequência da maioridade civil, Comel (2003, p. 305) verifica que o pai fica desobrigado do encargo do poder familiar, mais isso não diminui o interesse pelo futuro,

felicidade, bem-estar do filho, assim como não desaparece o respeito do filho pelo pai. Logo, a cessação do poder familiar ocorreria perante a lei, mas permaneceria nos vínculos entre pai e filho, que são eternos.

Nota-se pelos entendimentos acima expostos não haver controvérsias sobre o tema.

O caso a seguir deixa bem claro que a maioria extingue o poder familiar. Por isso, não seria possível a sua destituição, não cabendo a apreciação do mérito da causa.

Apelação Cível. Ação de destituição de pátrio poder. Indeferimento da petição inicial. Cessação da menoridade. Perda de objeto. Processo extinto. 1. Cessada a menoridade, não mais existe pátrio poder, agora, poder familiar. 2. Em decorrência, perde o objeto a ação de destituição de pátrio poder, devendo ser extinto o processo. 3. Apelação conhecida e, de ofício, decretada a extinção do processo por perda de objeto. (MINAS GERAIS, 2003).

Assim, a extinção do poder familiar pela maioria é absoluta, não podendo nem ao menos ser relativizada se o genitor praticou atos que caracterizariam a perda do poder familiar, caso este subsistisse.

De fato, como já exaustivamente ressaltado, o instituto do poder familiar tem como maior objetivo proteger o filho menor, uma vez que o filho adquire a maioria civil, ou seja, dezoito anos, tornando-se capaz para os atos da vida civil, não há qualquer razão que justifique que o poder familiar continue existindo.

É de se destacar que os filhos menores de dezesseis anos são considerados absolutamente incapazes, devendo os pais representá-los e os filhos maiores de dezesseis anos e menores de dezoito anos são considerados relativamente incapazes, devendo os pais assistir os filhos nesta condição.

Ainda deve-se frisar que a menoridade é cessada no primeiro momento do dia que o indivíduo completa dezoito anos. Se o indivíduo nasceu no dia 29 de fevereiro (ano bissexto), completará a maioria no dia primeiro de março. Se não se sabe qual foi a data em que o indivíduo nasceu é necessário que se faça exame médico e na dúvida pende-se pela capacidade (GONÇALVES, 2009, p. 105-106).

Explicam Venosa (2009, p. 313) e Comel (2003, p. 304) que a maioria é a forma ou modo normal de extinção do poder familiar.

No mesmo sentido aduzem Veronese, Gouvêa e Silva (2005, p. 37) que “a maioria, atingida com 18 anos completos (vinte e um, antigamente), é maneira natural de extinção da incapacidade relacionada à menoridade civil”.

Nota-se ser a maioria uma forma natural de extinção do poder familiar. Sem qualquer outra consideração a ser feita, passa-se para a outra hipótese

3.4.3 Emancipação nos Termos do Art. 5º, Parágrafo Único

Trata-se a emancipação de mais uma hipótese de extinção do poder familiar prevista no ordenamento jurídico.

Conforme explicado no item 3.3.2, ao completar dezoito anos de idade, o filho adquire capacidade para os atos da vida civil, extinguindo-se o poder familiar.

Ocorre que o filho poderá adquirir a capacidade civil antes de completar dezoito anos de idade, nos termos do parágrafo único do artigo 5º, do Código Civil que dispõe que:

Cessar, para os menores, a incapacidade: I – pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos; II – pelo casamento; III – pelo exercício de emprego público efetivo; IV – pela colação de grau em curso de ensino superior; V – pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria. (BRASIL, 2010, p. 23).

Quanto ao tema leciona Diniz (2002, p. 462) que extingue-se o poder familiar pela “emancipação do filho, ou seja, aquisição da capacidade civil antes da idade legal nos casos do Código Civil, art. 5º, parágrafo único, equiparando-se a pessoa maior, deixa, então, de submeter-se ao poder familiar.”

Veronese, Silva e Gouvêa (2005, p. 37) aduzem que “a emancipação antecipa a maioridade e pode decorrer tanto da vontade dos pais que detêm o poder familiar, como por determinação o juiz ou da lei [...]”.

No mesmo sentido evidencia Gonçalves (2009, p. 387) “dá-se a emancipação por concessão dos pais, homologada pelo juiz, se o menor tiver 16 anos completos (CC, art. 5º, parágrafo único, I). Mas pode ela decorrer, automaticamente, de certas situações ou fatos previstos no aludido art. 5º, parágrafo único, II a IV”.

Já Rodrigues (2002, p. 416) lecionou que a emancipação:

[...] é a aquisição da capacidade civil antes da idade legal. É ela concedida pelos pais, pelo juiz, ou pela lei, naqueles casos em que se pressupõe ter o indivíduo adquirido pela maturidade, a despeito de sua idade. Nesses casos, por igual, liberta-se ele do pátrio poder, por dispensar a proteção que o legislador concede aos imaturos.

Percebe-se que a legislação civil prevê a hipótese de o filho tornar-se capaz antes de completar dezoito anos de idade, extinguindo-se assim o poder familiar, já que tal instituto visa proteger o filho incapaz. É a chamada emancipação que está prevista no parágrafo único do artigo 5º do Código Civil.

Ainda, referindo-se a emancipação, preconizou Santos Neto (1994, p. 120) ser ela irretratável, ou seja, uma vez concedida não tem como tornar o filho novamente incapaz; e que se os pais concederem a emancipação, visando o afastamento dos deveres do poder familiar, deve ser ela anulada por dolo.

No mesmo sentido explica Rodrigues (2002, p. 56): “[...] a emancipação só deve ser concedida em consideração ao interesse do menor. Assim, por exemplo, pode ser anulada a emancipação concedida pelo pai se ficar verificado que ele só praticou o ato para libertar-se do dever de prestar pensão alimentícia”.

Corretos estão tais doutrinadores, pois não pode o pai conceder a emancipação a seu filho, visando se isentar das responsabilidades que a lei lhe atribuiu.

Vale ressaltar que alguns doutrinadores como Gonçalves, Gagliano e Pamplona Filho, dentro outros dividem a emancipação em três tipos: voluntária, prevista no inciso I, primeira parte, do parágrafo único do artigo 5º do Código Civil; judicial, prevista no inciso I, segunda parte e legal, prevista nos incisos II, III, IV e V.

Passa-se a analisar as hipóteses de emancipação previstas na legislação.

3.4.3.1 Concessão dos Pais mediante Instrumento Público

Prevê a legislação civil que cessará a incapacidade para o menor pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos.

Como trata este trabalho de um estudo minucioso do instituto do poder familiar, não será estudada a emancipação por sentença do juiz, ouvido o tutor, uma vez que a tutela é incompatível com poder familiar.

É o que explica Comel (2003, p. 303): “quando a lei prevê seja ouvido o tutor, supõe que o filho não esteja sob o poder familiar, e sim sob tutela. E se o filho está sob tutela é porque poder familiar já não tem uma vez que a tutela é forma de colocação em família substituta que não convive com o poder familiar”.

Será objeto deste estudo apenas a emancipação pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial.

Referindo-se a hipótese aqui tratada preconiza Ataíde Junior (2009, p. 33):

[...] por disposição da vontade dos pais (ou por sentença judicial, se for o caso), a extinção do poder familiar pode se dar mais cedo, a partir dos 16

(dezesesseis) anos, adquirindo o filho a plenitude de sua capacidade de exercício, escapando do jugo e coordenação dos genitores. Tal ato voluntário dos pais – a emancipação voluntária – prevista no art. 5º, parágrafo único, I, do Código Civil de 2002, também importa em renúncia ao poder familiar, pois ambos concordam expressamente em abdicar dos direitos e deveres que mantinham em prol de seu filho.

Comel (2003, p. 303) destaca que a emancipação neste caso se dá por forma pública, extrajudicialmente, exigindo que o filho tenha ao menos dezesseis anos de idade e que os pais para concedê-la estejam em pleno gozo do poder familiar. Caso um dos pais tenha sido destituído do poder familiar ou tenha sido extinto o poder familiar com relação a ele, o outro concederá.

Verifica-se que a chamada emancipação voluntária deve ser concedida por ambos os pais, ou por um deles na falta do outro, e que a legislação civil traz a idade mínima de dezesseis anos para tal concessão.

É de se destacar, ainda, que caso um pai ou mãe tenha sido destituído do poder familiar, ao outro caberá tal concessão.

Gonçalves (2009, p. 108) entende que se um dos pais encontra-se em lugar incerto ou sem qualquer condição de participar do ato, deve justificar; e que caso haja divergência entre os pais, caberá ao juiz resolvê-la. Lembre-se que o juiz apenas analisará e decidirá qual vontade deve prevalecer.

Várias considerações são trazidas por Rodrigues (2002, p. 58), quais sejam:

- que em referida emancipação os pais reconhecem que o filho possui maturidade para reger sozinho, não necessitando mais da proteção do Estado;
- necessidade de escritura pública para emancipação;
- que os pais para conceder a emancipação devem ser titulares do poder familiar;
- que tal emancipação é irrevogável, porém, caso o pai a conceda para livrar-se da obrigação de pagar alimentos deve ela ser anulada.

Vale ressaltar, que o artigo 9º do Código Civil estabelece que “serão registrados em registro público: [...] II – a emancipação por outorga dos pais ou por sentença do juiz [...]” (BRASIL, 2010, p. 24).

Assim como Rodrigues, Gagliano e Pamplona Filho (2009, p. 106) e Gonçalves (2009, p. 109) mencionam ser tal emancipação irrevogável, ou seja, não podem os pais que emanciparam seus filhos voltarem atrás.

Gagliano e Pamplona Filho (2009, p. 106) frisam ainda que os pais poderão ser responsabilizados solidariamente pelos danos causados pelo filho que emanciparam.

Já Gonçalves (2009, p. 109) destaca que a emancipação deve ser anulada caso ficar demonstrado que os pais a praticaram para exonerar-se do dever de alimentar; e que de acordo com jurisprudência do Superior Tribunal Federal referida emancipação não isenta os pais da obrigação de indenizar as vítimas dos atos ilícitos praticados por seus filhos, já que não seria justo que os pais simplesmente tirassem a responsabilidade de seus ombros.

Portanto, a emancipação depende neste caso de autorização de ambos os pais, no pleno exercício do poder familiar, ou de um deles na falta do outro, sendo necessária escritura pública para o ato. Caso um pai não concorde, caberá ao juiz decidir qual vontade deverá prevalecer.

Nota-se, ainda, que tal emancipação é irrevogável, não podendo os pais voltarem atrás do que concederam voluntariamente; que os pais poderão ser compelidos a indenizar as vítimas de atos ilícitos praticados pelos filhos, bem como que ela será anulada caso fique demonstrado que os pais a concederam para se isentarem da obrigação alimentar.

Sem mais considerações, passa-se a análise do casamento como forma de emancipação.

3.4.3.2 Casamento

O casamento dos menores de dezoito anos é previsto pela legislação civil como condutor a plena capacidade civil.

Quanto à referida hipótese Rodrigues (2002, p. 57-58) evidenciou:

O casamento válido conduz os cônjuges menores à maioridade. Tal situação é irreversível, de modo que a viuvez subsequente, ou a separação, não mais tem o condão de devolver para a incapacidade, por questão de idade, aquele que a lei já considerou maior por se ter casado. Assim, se moça menor de 16 anos tiver sua idade suprida para fim de casamento e enviivar logo após o enlace, ela continuará maior a despeito de sua escassa idade.

Assim como Rodrigues, Gonçalves (2009, p. 110), Gagliano e Pamplona Filho (2009, p. 107) explicam que nos casos de dissolução da sociedade conjugal e viuvez, o indivíduo não voltará a ser incapaz.

Gonçalves (2009, p. 110-111) explica, ainda, que a idade mínima para casar é de dezesseis anos, com exceções na legislação como no caso de gravidez e que o casamento deve ser válido para emancipar, posto que se for declarada sua nulidade ou anulabilidade, o menor retornará a situação de incapaz, a não ser que o contraiu de boa-fé, hipótese em que o casamento será putativo em relação a ele e produzirá todos os efeitos de um casamento válido, inclusive a emancipação.

Já Gagliano e Pamplona Filho lecionam (2009, p. 106):

A capacidade geral para todos os atos da vida civil, à luz do Novo Código, somente advém a partir do dezoito anos. Todavia, podem casar o homem e a mulher a partir dos dezesseis desde que tenham autorização de ambos os pais ou de seus representantes legais (art. 1517 do CC-02). Recebendo-se em matrimônio, portanto, antecipam a plena capacidade jurídica, estando implícita a manifestação de vontade dos pais ou representantes legais de emancipar o(s) menor(es) nubente(s).

Nota-se que a idade mínima para casar é de dezesseis anos, com a devida autorização dos pais ou representantes legais.

No mais, o casamento deve ser válido para produzir o efeito da emancipação, com exceção se o indivíduo até então menor estiver de boa-fé, não podendo ser prejudicado pela má-fé de outrem, observação evidenciada também por Gagliano e Pamplona Filho (2009, p. 107).

Ainda quanto a emancipação Comel (2003, p. 303) leciona que “[...] não se afigura ser coerente manter o menor de 18 anos de idade, casado, que estabelece comunhão plena de vida com o cônjuge [...] sujeito à autoridade de seus pais”.

Gonçalves (2009, p. 111) evidencia:

O casamento acarreta o fim da incapacidade civil como natural consequência da constituição da família. Não é razoável que a sociedade seja administrada por um estranho, isto é, pelo pai ou tutor, porque um de seus membros é incapaz. Aquele que assume a responsabilidade do casamento e constitui a própria família não deve, pois, simultaneamente permanecer submetido a sociedade alheia.

No mesmo sentido, os dizeres de Gagliano e Pamplona Filho (2009, p. 107) que “não faria sentido que permanecessem os cônjuges sob o poder familiar [...] se passam a formar um novo núcleo familiar. A responsabilidade decorrente do casamento justifica essa hipótese legal de emancipação”.

Acertou a legislação em colocar o casamento como uma das hipóteses de emancipação, que por sua vez torna extinto o poder familiar, pois seria incoerente que um menor de dezoito anos se casasse e dependesse de seu pai ou tutor para a prática de determinados atos. A partir do momento que o indivíduo se casa ele está constituindo uma família, devendo zelar por ela e precisando para tanto de plena capacidade.

Passa-se a próxima hipótese de emancipação.

3.4.3.3 Exercício de Emprego Público Efetivo

O exercício de emprego público efetivo é a terceira hipótese prevista pelo Código Civil como ocasionadora da emancipação.

Referindo-se a esta hipótese leciona Rodrigues (2002, p. 58):

A regra inspira-se na idéia de que, se o próprio Poder Público reconhece no indivíduo a maturidade para representá-lo, ainda que numa área pequena de sua atividade, incompreensível seria continuar a tratá-lo como incapaz. Com efeito, seria incongruente que, confiando ao menor uma responsabilidade decorrente do exercício de cargo público tivesse aquele ainda responsável ou representante legal. Adquirindo o menor, pela posse em emprego público efetivo, a plena capacidade civil, não mais está sujeito ao pátrio poder. De sorte que seus pais já não são responsáveis por seus atos.

Prevalece entendimento de que deve ser um emprego efetivo, afastando os interinos, contratados, diaristas, mensalistas e que basta ser um servidor público, independente de qual seja o serviço ou modo de ingresso, pois só isso em si já demonstra maturidade e discernimento (GONÇALVES, 2009, p. 112).

Gagliano e Pamplona Filho (2009, p. 107), assim como Gonçalves, evidenciam que a nomeação deve ter caráter efetivo, sendo afastados os cargos temporários para ocasionar a emancipação.

Razão total aos autores, pois, seria uma irresponsabilidade a concessão de total capacidade para um menor de idade pelo o fato do mesmo ter sido contratado como servidor público temporariamente.

Ainda referindo-se ao emprego publico efetivo preconiza Gonçalves (2009, p. 113):

[...] Não se compreende que o Estado, depois de reconhecer que o agente público tem maturidade suficiente para representá-lo, e por isso o emancipou, venha a tratá-lo posteriormente como incapaz pois pediu exoneração do cargo que ocupava, como se tivesse perdido o siso ou o amadurecimento anterior reconhecido. Eventual burla ou fraude praticada pelo menor, em conluio com o suposto empregador, será reprimida pela anulação da emancipação.

De fato seria incoerente tornar novamente incapaz o indivíduo que pedir exoneração do emprego público efetivo que estava exercendo, ressalvado fraude ou qualquer outro ato de má-fé por parte do menor e seu empregador, onde deverá ser anulada a emancipação.

Vale ressaltar, que de acordo com entendimento de Gagliano e Pamplona Filho (2009, p. 108) dificilmente a lei admitirá o ingresso em emprego público efetivo antes dos dezoito anos de idade, já que a própria legislação trabalhista traz essa idade como requisito para a capacidade plena trabalhista.

Por fim, uma vez que o menor é contratado em emprego público efetivo, emancipa-se, estando extinto o poder familiar.

Sem mais considerações, passa-se para a próxima hipótese.

3.4.3.4 Colação de Grau em Curso de Ensino Superior

Trata-se da terceira hipótese de emancipação prevista na legislação.

Sobre o tema evidencia Rodrigues (2002, p. 58):

Tal preceito, de absoluta justiça, principalmente num país como o nosso, de baixo índice cultural, é hoje de certo modo obsoleto, sendo mesmo praticamente impossível o aparecimento da hipótese nele configurada. De fato, como os ensinos fundamental e médio duram onze anos e o superior no mínimo três, é quase impossível, juridicamente, ocorrer a hipótese de alguém graduar-se antes dos 18 anos.

Já Gonçalves (2009, p. 114) explica que “dificilmente uma pessoa consegue colar grau em curso de nível superior com menor de 18 anos de idade, a não ser os gênios, que se submetem a procedimento especial para avaliação desta circunstância junto ao Ministério da Educação”.

Percebe-se que tal hipótese dificilmente ocorrerá na prática, assim o tema não merece maiores considerações.

Passa-se ao próximo tópico.

3.4.3.5 Estabelecimento Civil ou Comercial ou Existência de Relação de Emprego, com Economia Própria

A emancipação pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria são as duas últimas hipóteses de emancipação prevista pela legislação civil.

Nota-se que nesta hipótese o texto legal estabelece a idade mínima de dezesseis anos.

Referindo-se ao estabelecimento civil ou comercial, Rodrigues (2002, p. 59) explicou:

A iniciativa do menor, nesse sentido, revela maturidade adequada para passar ao rol dos capazes. Aliás, seria ilógico que, para cada um dos atos que tivesse de praticar, apresentasse ou devesse apresentar autorização paterna. Ademais, as pessoas que com ele negociam, crenes de que está habilitado, tanto que publicamente exerce uma atividade que envolve a assunção de obrigações, seriam prejudicadas, em sua boa-fé, se os atos por elas praticados pudessem ser anulados, em virtude da menoridade do outro contratante.

Já Gonçalves (2009, p. 114) evidencia que “raramente [...] alguém consegue estabelecer-se civil ou comercialmente antes dos 18 anos [...]. Essa capacidade, segundo dispõe o art. 5º, parágrafo único, V, do novo diploma, ora em estudo, pode ser antecipada, desde que o menor, em função dessa atividade, ‘tenha economia própria’”.

Assim como Gonçalves, Gagliano e Pamplona Filho (2009, p. 110) entendem ser remota a possibilidade do menor de dezoito anos se emancipe por meio de um estabelecimento civil ou comercial.

Realmente é difícil que um menor se emancipe por meio de um estabelecimento civil ou comercial, e que isso ocorra seria totalmente inadequado que o indivíduo fosse ainda considerado incapaz, pois estaria totalmente limitado em sua função e ainda as pessoas que com o menor negociassem poderiam ser prejudicadas pelos atos praticados, já que os mesmos poderiam ser anulados.

Quanto à relação de emprego que permita ao menor economia própria Gonçalves (2009, p. 114) destaca que:

A possibilidade do menor com 16 anos completos se emancipar pela existência de *relação de emprego*, desde que, em função dele tenha economia própria, constitui nova inovação do Código de 2002, que pode aumentar consideravelmente o número de pessoas emancipadas, pois não se exige que o menor seja registrado como empregado, admitindo-se, pois, a relação de emprego informal. Serão beneficiados, por exemplo, os jovens cantores, atores de rádio, televisão, praticantes de esporte profissional e outros, que precocemente se destacarem profissionalmente, conseguindo manter economia própria. Para existir relação de emprego capaz de emancipar o menor entre 16 e 18 anos de idade é necessário que não se trate de trabalho eventual, devendo o empregado prestar serviços de forma constante e regular ao empregador, com subordinação hierárquica, ou jurídica, mediante contraprestação.

Já Gagliano e Pamplona Filho (2009, p. 110) preconizam que: “[...] a relação de emprego a partir de dezesseis anos, apesar de proibida em trabalho noturno, perigoso ou insalubre, é mais factível, embora, do ponto de vista social, seja difícil imaginar que com tal idade alguém consiga um posto de trabalho que lhe permite ter economia própria”.

Preconizam, ainda, que não basta a celebração do contrato de trabalho para se emancipar já que deve ocorrer a existência de economia própria, o que não é possível e contratos de aprendizagem, por exemplo, e que para a própria segurança do menor para se emancipar por esta hipótese é necessário registro na carteira de trabalho, não bastando o contrato de trabalho.

Pelo exposto, nota-se que a relação de emprego deve ocasionar economia própria ao menor e que é mais coerente, para própria segurança do menor, que ele seja registrado para então ser emancipado.

3.4.4 Adoção

A legislação traz a adoção como uma das formas de extinção do poder familiar, onde sai o pai ou mãe natural do cargo de titulares do poder familiar, passando os pais adotivos a ocuparem este status.

Vale ressaltar que o Estatuto da Criança e do Adolescente foi reformado “por intermédio da Lei n. 12.010, de 03 de agosto de 2009, a chamada ‘Lei Nacional de Adoção’, que promoveu alterações em nada menos que 54 (cinquenta e quatro) artigos da Lei n. 8.069/90 e estabeleceu inúmeras outras inovações legislativas [...]” (DIGIÁCOMO, 2010).

A maioria dos artigos do Código Civil de 2002 que tratavam da adoção foram revogados pela Lei Nacional da Adoção.

Antes de entrar na adoção como hipótese de extinção do poder familiar, deve-se destacar novamente que a adoção atribui ao adotado a condição de filho, com os mesmos direitos e deveres do filho biológico, o que não poderia ser diferente, já que com a Constituição Federativa do Brasil de 1988, mais especificadamente em seu artigo 227, § 6º “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificados, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” (BRASIL, 2010, p. 913).

O artigo 41, *caput*, do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que “a adoção atribui a condição de filho do adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios desligando-os de qualquer vínculo com os pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais” (BRASIL, 2010, p. 1160).

Referindo-se a tal dispositivo legal, Comel (2003, p. 305-304) leciona:

Este rompimento total e definitivo da função paterna com relação ao pai biológico, requisito indispensável à constituição da adoção, uma vez que por meio dela se vai inserir o adotado em outra família, colocando-o na situação de filho, sem qualquer diferença ou discriminação com relação a filiação biológica, com idênticos direitos e qualificação. Assim, portanto, não é compatível com a adoção a manutenção do poder familiar relativamente aos pais biológicos, impondo-se-lhe a extinção de modo total e definitivo.

Até então nota-se que o adotado torna-se filho de quem o adotou, sem qualquer distinção com relação a filiação biológica.

Explica Diniz (2002, p. 462) que se extingue o poder familiar quando houver “[...] adoção, que extingue o poder familiar do pai ou mãe carnal, transferindo-o ao adotante; se falecer o pai adotivo, não se restaura o poder familiar do pai ou mãe natural, nomeando-se tutor ao menor [...]”.

Nesta linha, prevê o artigo 49 do Estatuto da Criança e do Adolescente: “a morte dos adotantes não restabelece o poder familiar dos pais naturais” (BRASIL, 2010, p. 1161).

Gonçalves (2009, p. 387) explica que “tal circunstância é irreversível, de acordo com o que chancelam os tribunais, sendo ineficaz posterior arrependimento daquele se a criança foi entregue em adoção mediante procedimento regular”.

Venosa (2009, p. 313) entende que:

Na verdade a adoção transfere o pátrio poder, não o extingue. Quando o indivíduo for adotado pelo casal, aos pais adotivos cabe o exercício do poder familiar. Quando a pessoa for adotada só pelo marido ou companheiro, ou só pela mulher ou companheira, só ao adotante, individualmente, compete o exercício do poder familiar.

Assim como Venosa, Rodrigues (2002, p. 416) defendeu que a adoção não coloca termo ao pátrio poder, apenas transfere do pai natural ao adotivo.

Já Comel (2003, p. 307) entende que a adoção realmente substitui o poder familiar de um sujeito para o outro, porém, não deixa de ser uma forma de extinção do poder familiar ao lecionar que:

[...] sendo o poder familiar um encargo que tem necessariamente dois pólos, extinto com relação a um (os pais), necessariamente se extinguirá com relação ao outro (o filho). O poder familiar de que se investirá o adotante em relação ao filho que adota é outro poder, outro encargo, nova relação. Ainda que com a adoção o filho passe do poder familiar de um pai para o poder familiar de outro, havendo, mesmo, substituição de um sujeito ativo por outro, a relação jurídica é outra, de modo que não se pode dizer que não houve extinção propriamente dita do poder familiar dos pais biológicos.

No mesmo sentido, o entendimento de Gonçalves (2009, p. 387) e Santos Neto (1994, p. 195), que complementa que a adoção extingue o pátrio poder dos genitores de sangue, o que não poderia ser de outra forma, sob pena de ocorrer duplicidade incompatível com o ordenamento jurídico.

Na verdade a adoção tanto transfere, como substitui o poder familiar, já que transfere dos pais biológicos para o(s) adotante(s), havendo então uma substituição do titular do poder familiar e o extinguindo com relação aos anteriores detentores.

No mais, a morte dos adotantes, não restabelece o poder familiar dos pais naturais.

Com relação aos que podem adotar e aos que a lei expressamente veda a adoção dispõe o artigo 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente: “podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil. [...] §1º. Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando” (BRASIL, 2010, p. 1160).

Nesse sentido preconiza Lôbo (2003, p. 148) apud Gonçalves (2009, p. 348):

Tratando-se de ato jurídico, a adoção exige capacidade. Assim, não podem adotar os maiores de 18 anos que sejam absoluta ou relativamente incapazes,

como, por exemplo, os que não tenha discernimento para a prática desse ato, os ébrios habituais, e os excepcionais sem desenvolvimento mental completo, mesmo porque a natureza do instituto pressupõe a introdução do adotando em ambiente familiar saudável, capaz de propiciar desenvolvimento humano.

Nota-se que qualquer indivíduo maior de dezoito anos e capaz, independente de ser ou não casado, viver ou não em união estável poderá adotar, não podendo para tanto ser ascendente e nem irmão do adotando.

Deve o adotante ter pelo menos dezesseis anos de diferença com o adotando, conforme estabelece do §3º do artigo 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 2010, p. 1160).

O referido Estatuto (BRASIL, 2010, p. 1160-1161) estabelece ainda que:

- na adoção conjunta o casal deve ser casado civilmente ou viver em união estável (artigo 42, §2º);

- os divorciados, legalmente separados e os ex-companheiros poderão adotar conjuntamente desde que o estágio de convivência tenha se iniciado quando ainda estavam juntos, e que acordem sobre a guarda, as visitas e que seja comprovada afinidade com aquele não detentor da guarda; neste caso, ainda, se ficar comprovado efetivo benefício ao adotando poderá ser assegurada a guarda compartilhada aos adotantes (artigo 42, §§ 4º e 5º);

- a adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal, salvo se os pais da criança ou adolescente forem desconhecidos ou destituídos do poder familiar e do adotando se este for maior de doze anos (artigo 45, *caput* e §§ 1º e 2º).

- a adoção será precedida de estágio de convivência familiar que terá prazo estabelecido pelo juiz, com exceção se o adotando já estiver sob a guarda ou tutela do adotante em tempo hábil para avaliar a conveniência da constituição do vínculo (artigo 46, *caput* e §1º).

- a adoção se constituirá por sentença judicial, que será inscrita no registro civil (artigo 47, *caput*).

- o adotado tem direito de conhecer a sua origem biológica e ter acesso irrestrito ao processo em que a medida foi aplicada, após completar dezoito anos. Poderá ter o acesso antes do dezoito anos, a seu pedido, assegurada a orientação e assistência jurídica e psicológica (artigo 48, *caput* e parágrafo único).

Referindo-se ao juízo competente para processar a adoção Veronese, Gouvêa e Silva (2005, p. 39) preconizam que: “[...] para crianças, e adolescentes, de zero a dezoito anos de

idade – processamento na vara da infância e juventude (art. 148, III, do ECA); já para os maiores de dezoito anos, a vara competente é a da família”.

Prevê o artigo 148 do Estatuto da Criança e do Adolescente que “a Justiça da Infância e da Juventude é competente para: [...] III - conhecer de pedidos de adoção e seus incidentes [...]” (BRASIL, 2010, p. 1173).

Nessa linha frisa Ataíde Junior (2009, p. 44):

[...] A adoção como causa de extinção do poder familiar restringe-se a hipótese de adoção consensual (com consentimento dos pais), em procedimento de jurisdição voluntária, no qual o Juiz não precisa decretar a perda da autoridade parental para deferir a adoção. O poder familiar dos pais naturais, neste caso, simplesmente se extingue pela adoção deferida, que constitui um novo estado jurídico, com a criação do poder familiar para os pais adotivos. Os fatos extintivos independem, em regra, do pronunciamento do Poder Judiciário.

De fato, se ocorre a adoção quando os pais já foram destituídos do poder familiar, a própria destituição extinguirá o poder familiar e não a adoção.

Vale ressaltar que não sendo possível obter o consentimento dos pais biológicos vivos, conhecidos e com paradeiro certo, não poderá a adoção se processar pela jurisdição voluntária, tornando-se a destituição do poder familiar pressuposto lógico para a adoção. Poderão os adotantes ingressar com a ação de destituição do poder familiar, cumulada com o pedido de adoção (ATAÍDE JUNIOR, 2009, p. 57-58).

Pelo exposto, nota-se que a adoção com o consentimento dos pais biológicos é causa extintiva do poder familiar.

Passa-se a última hipótese de extinção do poder familiar.

3.3.5 Decisão Judicial na Forma do Artigo 1.638 do Código Civil

Referida forma de extinção depende da configuração de alguma das hipóteses previstas no artigo 1.638 do Código Civil de 2002, de destituição do poder familiar, já analisadas no item 3.2.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise da evolução do poder familiar contribuiu para a demonstração de que o Direito se aperfeiçoa conforme a evolução da sociedade. Com isso, o homem deixou de ser considerado o centro da família e passou a dividir o seu papel com a mulher. Por isso, os direitos e deveres familiares passaram a ser compartilhados, o que influenciou diretamente na figura do poder familiar. Assim, cabe a ambos os pais exercerem as prerrogativas deste instituto, mas também é ônus dos mesmos cumprir com os deveres a ele inerentes.

Nesta linha, a análise da evolução do pátrio poder ao poder familiar foi fundamental para compreender o instituto em face da Constituição Federal de 1988, que assegura a igualdade entre homens e mulheres e considera a família como parte essencial da sociedade.

Evidencia-se como principal característica do poder familiar o *munus* público: se, por um lado, o poder familiar se dá em relações estritas ao âmbito privado; por outro lado, interessa ao Estado a sua proteção, já que ele infere diretamente na formação da sociedade. Dada a existência de interesse estatal, o poder público irá fiscalizar o cumprimento dos deveres relacionados ao poder familiar, punindo os infratores com o afastamento temporário ou definitivo de seus filhos.

Logo, cabe ao Estado retirar o menor da situação de risco e salvaguardar a sociedade futura, que deverá ser composta por adultos bem estruturados, moral e materialmente. Esta é uma conduta necessária de respeito à dignidade da pessoa humana, que aparece como fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Não obstante, cessa o dever do Estado de preservar as crianças e adolescentes quando estes atingem a maturidade para a boa convivência social, o que ocorre nas hipóteses de extinção do poder familiar previstas em lei. Sobre estas, não subsistem controvérsias, razão pela qual não foi possível um estudo jurisprudencial aprofundado.

Por sua vez, foram analisados diversos casos concretos nos quais o poder familiar foi suspenso ou destituído, com ênfase à necessidade de preservação do menor, em respeito à dignidade humana, e de garantia das gerações futuras por meio da intervenção estatal nos casos de violações aos deveres do poder familiar.

Acima de quaisquer conveniências ou da vontade dos pais, o menor deve ter seus superiores interesses preservados, razão pela qual se mostra necessária a sua retirada do lar caso esteja em situação de risco.

Destaca-se a importância do exercício do poder geral de cautela, que permite o afastamento do infante do suposto infrator antes do encerramento do processo, caso existam provas suficientes (*fumus boni iuris*) e perigo de continuidade das infrações (*periculum in mora*).

Nesta seara, nota-se que a maioria dos casos de suspensão do poder familiar estudados se referia à concessão de liminar, tendo o processo a finalidade de destituir o infrator do poder familiar ao seu encerramento.

Em outras palavras, raramente a finalidade do processo é a de suspender o poder familiar, o que ocorre em sede de liminar para evitar o perecimento do direito, ou seja, para retirar o menor da situação de risco. Ao final, provadas as alegações, o poder familiar é destituído, sendo que esta destituição substitui a suspensão.

Isto é possível porque é evidente a conectividade entre os casos de suspensão e destituição do poder familiar: todas as hipóteses caracterizadoras de suspensão do poder familiar, quando praticadas de maneira grave contra o infante, ou de maneira reiterada, naturalmente irão gerar a destituição do poder familiar.

Por exemplo, a falta com os deveres inerentes ao poder familiar, em princípio, gerariam a suspensão do poder familiar, mas em se tratando de falta grave, o correto é aplicar a sua destituição. Assim, mostra-se possível a suspensão liminar, seguida da destituição definitiva.

Da mesma forma, os casos de suspensão do poder familiar apresentam conectividade, já que a previsão do artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente traz deveres que podem ser compreendidos na previsão do artigo 1.637 do Código Civil, quais sejam os de guarda, sustento e educação, que compõem obrigações do poder familiar previstas no Código Civil.

Além disso, não raramente é possível verificar, no caso concreto, a caracterização de mais de uma hipótese de suspensão ou destituição do poder familiar. Infelizmente, não é comum que os menores, sob a égide do poder familiar, sofram com violência, abandono, desnutrição, etc. No mais, é de se considerar que aquele que violenta imoderadamente o seu filho, também pratica ato contrário aos bons costumes e provoca o abandono moral do infante.

Este contexto fático causa certa dificuldade na aplicação de apenas um dispositivo legal gerador da suspensão ou da destituição. Contudo, a interpretação feita na aplicação da lei por parte dos juízes e tribunais tem levado à efetividade das disposições legais, já que as formalidades do enquadramento taxativo ou da necessidade de processo prévio de suspensão do poder familiar vêm sendo superadas na prática.

Tal posicionamento é o mais adequado, afinal, o importante não é enquadrar taxativamente a transgressão em uma hipótese legal, mas sim assegurar ao menor a sua integridade física, moral, social e material, preservando seus superiores interesses.

É nas crianças e adolescentes que se encontra o futuro do país e, por isso, cabe à sociedade, por meio de denúncias de abusos, e ao Estado, pela atuação do Conselho Tutelar e do Poder Judiciário, buscar a punição daqueles que, incumbidos do dever de promover o bom desenvolvimento do infante, o violam.

Conclui-se que o instituto do poder familiar é imprescindível à preservação social e reflete o respeito da sociedade para com as gerações futuras, o que é de extrema coerência em um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Destituição do Poder Familiar**. Curitiba: Juruá, 2009.

BRASIL. **800 em 1 Vade Mecum Acadêmico e Profissional**. Organização Carlos Ernani Constantino, Ellen Jaqueline Lemos de Oliveira, Fábio Cantizani Gomes e Roberto Brocanelli Corona. 4. ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2010.

_____. Código Civil. **Lei n. 3071 de 01 de janeiro de 1916**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L3071.htm>>. Acesso em: 04 fev. 2010.

_____. **Lei n. 4121 de 27 de agosto de 1962**. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Disponível em: <<http://www3.dataprev.gov.br/SISLEX/paginas/42/1962/4121.htm>>. Acesso em: 12 fev. 2010.

_____. **Lei n. 6515 de 26 de dezembro de 1977**. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6515.htm>. Acesso em: 12 mar. 2010.

_____. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**: promulgada em 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7%C3%A3o.htm>. Acesso em: 15 dez. 2009.

CARDOSO, Hélio Apoliano. **A B C do Novo Código Civil**. Disponível em: <<http://www.loveira.adv.br/div/abc.htm>>. Acesso em: 21 de jan. 2010.

COMEL, Denise Damo. **Do Poder Familiar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

DIGIÁCOMO, Murilo José. **Breves Considerações sobre a Nova Lei Nacional de Adoção**. Disponível em: <<http://www.crianca.caop.mp.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=334>>. Acesso em: 20 ago. 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 5.

DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Agravo de Instrumento n. 20030020084884**. Relator: Silvâno Barbosa dos Santos. Brasília, 15 de dezembro de 2003. Disponível em: www.tjdft.jus.br. Acesso em: 29 ago. 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v.1.

GAMA, Rafael Nogueira da. **Considerações Sobre o Poder Familiar e sua Destituição**. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2007-set-24/consideracoes_poder_familiar_destituicao>. Acesso em: 22 dez. 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v.6.

_____. **Direito Civil Brasileiro: Parte Geral**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v.1.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Do Poder Familiar**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8371>>. Acesso em: 15 set. 2009.

_____. **Igualdade Parental: Direitos e Deveres**. Disponível em: <http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextoId=-821029434>>. Acesso em 22 jan. 2010.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Cível n. 1.0027.07.119635-9/001**. Relator: Dídimo Inocência de Paula. Belo Horizonte, 07 de maio de 2009. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em: 28 ago. 2010.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Cível n. 1.0132.05.001438-1/001**. Relator: Nepomuceno Silva. Belo Horizonte, 16 de abril de 2009. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em: 28 ago. 2010.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Cível n. 1.0382.01.017560-4/001**. Relator: Edelberto Santiago. Belo Horizonte, 16 de agosto de 2005. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em: 28 ago. 2010.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Cível n. 1.0460.06.021231-9/001**. Relator: Bitencourt Marcondes. Belo Horizonte, 22 de outubro de 2009. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em: 28 ago. 2010.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Cível n. 1.0346.06.012788-0/001**. Relator: Dárcio Lopardi Mendes. Belo Horizonte, 28 de janeiro de 2010. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em: 28 ago. 2010.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Cível n. 000.326.900-8/00**. Relator: Caetano Levi Lopes. Belo Horizonte, 06 de maio de 2003. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em: 29 ago. 2010.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Agravo de Instrumento n. 1.0558.08.009320-3/001**. Relatora: Heloísa Combat. Belo Horizonte, 06 de março de 2009. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em: 30 ago. 2010.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação n. 000.252.687-9/00**. Relatora: Bady Curi. Belo Horizonte, 31 de outubro de 2002. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em: 30 ago. 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 70006884431**. Relator: Maria Berenice Dias. Porto Alegre, 03 de dezembro de 2003. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em: 29 ago. 2010.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 70033780123**. Relator: André Luiz Planella Villarinho. Porto Alegre, 03 de dezembro de 2003. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em: 30 ago. 2010.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação n. 70024232746**. Relator: Ricardo Raupp Ruschel. Porto Alegre, 25 de junho de 2008. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em: 30 ago. 2010.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 70024232746**. Relator: Ricardo Raupp Ruschel. Porto Alegre, 26 de junho de 2008. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em: 30 ago. 2010.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 70034783068**. Relator: André Luiz Planella Villarinho. Porto Alegre, 09 de junho de 2010. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em: 30 ago. 2010.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento n. 70035364165**. Relator: André Luiz Planella Villarinho. Porto Alegre, 09 de junho de 2010. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em: 30 ago. 2010.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento n. 70034333179**. Relator: José Conrado de Souza Júnior. Porto Alegre, 26 de maio de 2010. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em: 30 ago. 2010.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento n. 70034657635**. Relator: André Luiz Planella Villarinho. Porto Alegre, 12 de maio de 2010. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em: 30 ago. 2010.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Direito de Família**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v.6.

_____. **Direito Civil: Direito de Família**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v.6.

_____. **Direito Civil: Parte Geral**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v.1.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Apelação Cível n. 2008.049986-1**. Relator: Monteiro Rocha. Florianópolis, 02 de dezembro de 2008. Disponível em: www.tj.sc.gov.br. Acesso em: 29 ago. 2010.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Apelação Cível n. 2009.024177-5**. Relator: Eládio Torret Rocha. Florianópolis, 03 de setembro de 2009. Disponível em: www.tj.sc.gov.br. Acesso em: 29 ago. 2010.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Apelação Cível n. 2009.009209-3**. Relator: Marcus Tulio Sartorato. Florianópolis, 27 de maio de 2009. Disponível em: www.tj.sc.gov.br. Acesso em: 29 ago. 2010.

SANTOS NETO, José Antonio de Paula. **Do Pátrio Poder**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

SILVA, Marcos Alves da. **Do Pátrio Poder à Autoridade Parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, Rachel Marques da. **Evolução Histórica da Mulher na Legislação**. Disponível em: <http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextoId=-499837583>>. Acesso em: 21 jan. 2010.

SCHWERTNER, Vera Maria. **Guarda Compartilhada**. Disponível em: <http://www.apase.org.br/81007-guardacomp.htm>>. Acesso em: 22 jan. 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009. v.6.

VERONESE, Josiane Rose Petry; GOUVÊA, Lúcia Ferreira de Bem; SILVA, Marcelo Francisco da. **Poder Familiar e Tutela: À Luz do Novo Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente**. Florianópolis: OAB/SC, 2005.