

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

PLÍNIO BRASIL MEDEIROS SILVA

O PODER FAMILIAR E A PROTEÇÃO DOS FILHOS

PORTO ALEGRE

2015

PLÍNIO BRASIL MEDEIROS SILVA

O PODER FAMILIAR E A PROTEÇÃO DOS FILHOS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Simone Tassinari Cardoso

PORTO ALEGRE

2015

PLÍNIO BRASIL MEDEIROS SILVA

O PODER FAMILIAR E A PROTEÇÃO DOS FILHOS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Aprovado em 17 de dezembro de 2015.

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Dr^a. Simone Tassinari Cardoso (Orientadora)
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Bruno Nubens Barbosa Miragem
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Marco Antônio Karam Silveira
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

PORTO ALEGRE

2015

AGRADECIMENTOS

A minha mãe, Marta Medeiros Silva, e a meu pai, Marcos Brasil Medeiros Silva, pelo amor e dedicação incondicional aos seus filhos, dispensando todo o necessário para que tivéssemos o melhor possível.

Aos meus irmãos, meus orgulhos, Lucas Brasil e Filipe Brasil, pela parceria de todos os momentos.

Ao meu avô Ruy Medeiros, exemplo de caráter e honestidade, que carregarei comigo por toda a vida. A minha vó Maria de Souza Medeiros, pelo suporte dado ao longo de todos esses anos.

Aos meus tios tias, pela possibilidade de conviver com pessoas maravilhas como vocês.

Aos meus primos pelos incontáveis momentos de alegria.

Aos mais que amigos do Colégio Rosário, os quais levo no peito até hoje.

A galera do “fundão”, Lucas Lopes, Lucas Vedoin, Otávio Otilia, Vinícius Comunal, Rafael Soares, Thiago Todeschini, Henri Corassa, Álvaro Cassol, Rodrigo Mendonça, Alana Barcelos, Luiza Sperb, Thaís Strelow e Marianni Goulart, a amizade de vocês foi fundamental.

Aos amigos que fiz na Atlético Advogados do Diabo, por terem me ajudado a realizar um sonho, Bruno Salerno, Valdenir Domingues, Lucas Ribeiro, César Finato, Aloízio Biguelini, Beatriz Alves, Fábio Rocha, Diego Gallo, Helena Sanseverino, Mariana Fortes, Marina Lopes, Marcos Fontes, Gabriel Bastos, Pedro Guimarães e Thomás Bosak.

Aos Xirus, por nos proporcionarem momentos de confraternização durante esses cinco anos.

A minha orientadora, sempre atenciosa e disposta a me auxiliar na elaboração deste trabalho.

RESUMO

A presente monografia tem como objeto de estudo o instituto do Poder Familiar e a Proteção dos Filhos, abordando seu processo evolutivo, do Direito Romano até o conceito atual do Código Civil Brasileiro de 2002, passando por suas características, abrangência e conteúdo. Ainda uma análise sobre a guarda como elemento da autoridade parental, observando três modalidades de guarda: a guarda alternada, a guarda compartilhada e a guarda unilateral. Por fim, um estudo quanto aos casos de suspensão, extinção e perda do poder familiar, incluindo uma breve análise jurisprudencial nos casos de suspensão e destituição do poder familiar.

PALAVRAS-CHAVES: *Pátria potestas*, pátrio poder, poder familiar, proteção dos filhos.

ABSTRACT

This monograph has as object of study the institute's Family Power and Protection of Children, covering their evolutionary process, from Roman law to the present concept of the Brazilian Civil Code of 2002, through its characteristics, scope and content. Yet an analysis of the guard as an element of parental authority, observing three-guard modes: alternating custody, joint custody and unilateral guard. Finally, a study about the cases of suspension, revocation and loss of parental authority, including a brief case law analysis in cases of suspension and dismissal of family power.

KEYWORDS: *Patria potestas*, parental rights, parental authority e protection of children.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	08
2	DA <i>PATRIA POTESTAS</i> AO PODER FAMILIAR.....	11
2.1	O Conceito de <i>Patria Potestas</i>	11
2.2	Fontes e Características do Instituto no Direito Romano.....	13
2.3	Evolução Histórica: do Pátrio Poder ao Poder Familiar.....	15
2.4	O Atual Conceito de Poder Familiar.....	22
3	CARACTERÍSTICAS DO PODER FAMILIAR E A GUARDA COMO ELEMENTO DA AUTORIDADE PARENTAL.....	26
3.1	Crítica à Nomenclatura Adotada.....	27
3.2	As Características do Poder Familiar.....	28
3.3	A Abrangência do Poder Familiar.....	31
3.4	O Conteúdo do Poder Familiar.....	32
3.5	A Guarda como Elemento da Autoridade Parental.....	38
3.6	Causas de Suspensão, Extinção e Perda do Poder Familiar.....	44
4	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	58
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	62

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso tem como objetivo o estudo do instituto do Poder Familiar. A finalidade principal é a análise do instituto desde sua origem, no Direito Romano com o título de *patria potestas*, até suas hipóteses de extinção. O primeiro tópico a ser analisado foi a origem histórica da *patria potestas*, instituto que deu origem ao que hoje conhecemos como poder familiar ou autoridade parental, suas características e fontes. Após foi tratada a evolução histórica do pátrio poder, nomenclatura adotada pelo Código Civil Brasileiro de 1916, claramente vinculada aos valores da época, ou seja, de uma sociedade patriarcal, machista e conservadora, ao poder familiar. Foi analisado, também, como influenciou o direito da mulher para que chegássemos ao atual conceito do instituto e à igualdade entre homem e mulher, através, por exemplo, do Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121 de 1962). Posteriormente, ainda no primeiro capítulo, alcançou-se o conceito atual de poder familiar, reconhecido pelo Código Civil vigente como o poder-dever, onde cada vez mais o dever se sobrepõe ao poder, cujo exercício é exclusivo dos pais, que deverão atuar conjuntamente, a fim de criar, educar, proteger a prole.

No capítulo seguinte, primeiramente foi exposta uma crítica quanto a nomenclatura adotada para o instituto, pois em inconformidade com a real definição, foi observado que o ideal seria a não utilização da palavra poder, tendo em vista que, atualmente, os deveres estão se sobrepondo aos poderes conferidos aos genitores. A expressão que deveria ser adotada, segundo alguns doutrinadores, é a de Autoridade Parental. Cabe ressaltar que essa expressão já é utilizada pelo direito francês desde 1970. Foram analisadas, também, as características do poder familiar, ou seja, seu caráter de *munus público*, pois é importante para o Estado que sua função seja bem executada, tendo em vista sua importância na construção da moral e caráter do indivíduo; sua indivisibilidade, considerando que apenas o seu exercício poderá ser dividido, por exemplo, no caso de pais separados; sua irrenunciabilidade, pois os pais não podem dispensar o seu exercício e titularidade; sua inalienabilidade, porque o poder familiar não poderá ser transferido a nenhuma

outra pessoa; sua imprescritibilidade, tendo em vista que o fato de não exercer a autoridade parental não fará com que os genitores percam o poder familiar; e, por fim, a sua incompatibilidade com a tutela, não se podendo nomear tutor a menor cujos pais não foram suspensos ou destituídos do poder familiar.

Depois de analisadas as características do instituto, foi estudada sua abrangência, isto é, estarão sujeitos ao poder familiar os filhos crianças ou adolescentes, não havendo distinção entre filhos naturais e filhos adotivos. O seu conteúdo - previsto no artigo 1.634 do Código Civil Brasileiro de 2002 – é composto por alguns poderes e deveres: o dever de dirigir a criação e a educação; exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; o poder de conceder ou negar consentimento para casarem, para viajarem ao exterior e para mudarem sua residência permanente para outro município; poder de nomear tutor por testamento ou documento autêntico, se um dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; representar os filhos judicial e extrajudicialmente 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; e reclamá-los de quem ilegalmente os detenha.

Foi observado, também, a guarda como elemento da autoridade parental, no sentido de que está vinculada ao poder familiar. Aqui foram analisadas três modalidades de guarda, a fim de que se pudesse encontrar qual a mais adequada para o melhor exercício do poder familiar e, por consequência, o melhor para os interesses do filho. As modalidades de guarda abordadas foram as seguintes: a guarda alternada, a guarda compartilhada e a guarda unilateral. A primeira modalidade garante a ambos os pais o direito de manterem consigo seus filhos. A segunda modalidade, é a possibilidade de exercício do poder familiar em conjunto pelos genitores, mesmo após a separação. Na última modalidade, o poder familiar é exercido por aquele que detém o direito de guarda, ao passo que o outro terá o direito de visitas. Ao final, concluiu-se que a guarda compartilhada será, na maioria dos casos, a melhor hipótese para o filho.

Por derradeiro, foram analisadas as causas de suspensão, extinção e perda do poder familiar, nos casos previstos nos artigos 1.635, 1.637 e 1.638. O artigo 1.635 versa sobre a extinção do poder familiar, e, segundo ele, dar-se-á nas seguintes circunstâncias: quando falecerem os pais ou o filho; através da emancipação, nos termos do artigo 5º, parágrafo único do Código Civil Brasileiro; pela maioridade; pela adoção; ou por decisão judicial na forma do artigo 1.638 do Código mencionado. Já o artigo 1.637 trata da suspensão do poder familiar que ocorre quando o pai ou a mãe abusar de sua autoridade junto aos filhos, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos. O artigo 1.638 mencionado traz as possibilidades em que poderá se perder por ato judicial o poder familiar. Segundo o referido artigo, acontece nos seguintes casos: quando o pai ou a mãe castigar imoderadamente o filho; deixar o filho em abandono; praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo 1.637.

Para a elaboração do trabalho, além de utilizar a legislação, sobretudo, a Constituição Federal, o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente, tendo como base capítulos que tratam do poder familiar, dos deveres dos pais e dos direitos da criança e adolescente, foi também realizada uma pesquisa doutrinária dos autores de referência.

2 DA PATRIA POTESTAS AO PODER FAMILIAR

A noção de poder familiar prevista no Código Civil de 2002 tem antecedentes históricos significativos que podem ser encontrados já no Direito Romano. Para se ter uma dimensão completa do tema, apresentar-se-á, primeiramente, o conceito de *Patria Potestas*, suas fontes e suas características. Após, uma breve noção da evolução histórica do pátrio poder ao poder familiar, analisando a sociedade rural, patriarcal, hierarquizada e matrimonializada da época, bem como uma visão da estrutura familiar patriarcal, conservadora e machista. Analisaremos, também, o pátrio poder no Código Civil de 1916 e suas reformas, como o Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121 de 1962) até o conceito de poder familiar, igualdade entre os filhos e igualdade entre homens e mulheres trazido pela Constituição de 1988. Toda essa análise preliminar é importante para a abordagem do capítulo seguinte, o qual versará sobre poder familiar, suas características, as críticas quanto à nomenclatura adotada, sua abrangência e seu conteúdo.

2.1) O Conceito de *Patria Potestas*

No direito antigo, o poder familiar era tão somente o poder conferido ao pai sobre os filhos, o que se chamava de *patria potestas*. No Direito Romano, o *pater familias* era soberano sobre os assuntos do seu lar, e nem mesmo o Estado interferia nos seus poderes no âmbito familiar, reflexo do patriarcalismo da época. ¹ Nas palavras do autor:

Era (o pai) a única pessoa *sui juris*. A esposa, os filhos, os demais dependentes e os escravos não tinham nenhum direito. Nesta condição, consideravam-se *personae alieni juris*. ²

¹ RIZZARDO, Arnaldo. Direito de Família, Rio de Janeiro, Editora Forense, oitava edição, página 536.

² RIZZARDO, Arnaldo. Direito de Família, Rio de Janeiro, Editora Forense, oitava edição, página 536.

Percebe-se, portanto, que o patriarcalismo arraigado em nossa sociedade não é uma novidade. Notório também o avanço do tema, onde as questões relativas às mulheres são, com certeza, ainda não na velocidade nem na quantidade necessária, trazidas à baila. Sobre a origem do instituto, existem diversas teorias sobre o surgimento, uma, porém, destaca-se, principalmente, pela abordagem religiosa. A teoria é de Fustel de Coulanges e cabe aqui citá-lo:

A família compõe-se do pai, da mãe, de filhos e escravos. Este grupo, por muito reduzido que seja, deve ter uma disciplina. A quem competirá, pois, a autoridade principal? Ao pai? Não. Porque existe em todas as casas algo superior ao próprio pai: a religião doméstica, o deus pelos gregos denominado senhor do lar, *estia despoina*, e que os latinos conhecem por Lar *faniillae Pelei*. Nessa divindade anterior, reside a autoridade menos discutível. É essa crença que indica na família a condição de cada um. O pai é o primeiro junto ao fogo sagrado; é ele que acende e o conserva; é o seu pontífice. Em todos os atos religiosos desempenha a função mais elevada; degola a vítima; sua boca pronuncia a fórmula da oração que se deve chamar sobre si e os seus a proteção dos deuses. A família e o culto perpetuam-se por seu intermédio; só o pai representa toda a série dos descendentes. No pai repousa o culto doméstico; quase pode dizer como o hindu: "Eu sou o Deus". Quando a morte chegar, o pai será um ser divino que os seus descendentes invocarão.³

Imperioso destacar que o instituto era baseado no medo, todos os familiares estavam à mercê do *Pater*, tinha ele, por exemplo, o poder sobre a vida e a morte do filho. Para José Carlos Moreira Alves, os poderes conferidos ao *pater familia* pela *patria potestas* são comparados ao poder de um déspota.⁴ Ainda por Moreira Alves, o poder do *pater* sobre suas coisas e pessoas era absoluto, todo patrimônio da família lhe pertencia. Detinha o poder de vender os filhos ou até mesmo decidir sobre a vida e a morte.⁵

³ COULANGES, Numa Denis Fustel de. A Cidade Antiga, São Paulo, Hemus, 1975, páginas 73 e 74.

⁴ ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano, Rio de Janeiro, Editora Forense, décima quarta edição, 2008, página 605.

⁵ ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano, Rio de Janeiro, Editora Forense, décima quarta edição, 2008, página 605.

Sobre esse poder abusivo do *Pater Familias* Arnaldo Rizzardo explica da seguinte forma:

Dizia-se que o pater tinha o direito sobre a vida e a morte do filho – ou o *jus vitae et necis*, sem que, no entanto, pudesse ele agir arbitrariamente. De acordo com os escritos antigos, reunia-se um conselho familiar – o *judicium domesticum* – para opinar a respeito da morte do filho. Mas, dado o parecer, permanecia a vontade do *pater*.⁶

O texto do autor supramencionado confirma que o poder de decisão, mesmo após o *judicium domesticum*, permanecia nas mãos do *Pater* que mantinha sua autoridade pela imposição física e pelo medo. Sobre a *patria potestas* podemos dizer que não poderia ser considerada uma obrigação, pois não havia obrigação do *pater familias* com o bem-estar dos seus. Essa noção de bem-estar passa a se desenvolver somente a partir do século XX.⁷

2.2) Fontes e Características do Instituto no Direito Romano

Primeiramente, serão salientadas as fontes do instituto da *patria potestas* e serão analisadas as causas da sua extinção. Em um segundo momento, abordar-se-ão as principais características do instituto e os direitos do *pater* sobre os filhos, os quais são *ius vitae et necis*, *ius exponendi*, *ius vendendi* e Poder de Emancipar.

No que tange às fontes do instituto, segundo José Cretella Júnior, são três as fontes: a) A descendência no casamento legítimo; b) A legitimação; e c) A adoção. Conforme a tradição romana, a *patria potestas* tinha caráter perpétuo, excluindo a morte obviamente. Entretanto, existem quatro exceções que causariam a extinção da *patria potestas*. Segundo José Cretella Júnior,

⁶ RIZZARDO, Arnaldo. Direito de Família, Rio de Janeiro, Editora Forense, oitava edição, página 536.

⁷ PERROT, Michelle. “O nó e o ninho”, Veja 25: reflexões para o futuro, São Paulo: Abril, 1993, página 79.

são elas: a) Por emancipação; b) Elevação do *filius* a certas dignidades; c) Abandono do *filius* pelo *pater*; d) Perda da *libertas* ou da *civitas* pelo *pater*.⁸

Sobre a emancipação, no princípio do Direito Romano, tratava-se de ato jurídico onde o pai, único detentor do poder familiar, retirava da sua *pátria potestas* o seu filho ou filha. Essa exclusão tornava os filhos de *alieni juris* para *sui juris*. Esse ato excluía da sucessão o filho emancipado, pois o mesmo era afastado do grupo e da *gens*. Entretanto, com o passar do tempo, o instituto sofreu alterações assaz importantes até se tornar como conhecemos atualmente.⁹ Para que o *pater* pudesse exercer a *patria potestas* na sua plenitude eram necessárias duas características: que ele fosse livre, ou seja, possuir o *status libertatis*¹⁰ e que fosse considerado cidadão romano; detentor, portanto, *status civitatis*.¹¹

O *pater* possuía diversos direitos sobre os filhos, entre os quais serão abordados os principais: *Ius vitae et necis*, *Ius exponendi*, *Ius vendendi* e Poder de Emancipar. O *Ius vitae et necis* é o direito do *pater* sobre a vida e a morte do filho. Esse direito foi abolido por Justiniano, tendo em vista a grande influência do cristianismo. O direito sobre a vida do filho transformou-se no direito de correção, o *Ius domesticarum emendationis*.¹² O *Ius exponendi* é o direito de abandonar o filho infante.¹³ O *Ius vendendi* era o direito do pai de vender o próprio filho. O *pater* que por mais de três vezes vendesse o mesmo filho perderia o poder sobre ele, não mais exercendo a *patria potestas*.¹⁴ Por

⁸ CRETELLA, José Júnior. Curso de Direito Romano, Rio de Janeiro: Editora Forense, vigésima segunda edição, páginas 84 e 85.

⁹ CRETELLA, José Júnior. Curso de Direito Romano, Rio de Janeiro: Editora Forense, vigésima segunda edição, páginas 90 e 91.

¹⁰ CRETELLA, José Júnior. Curso de Direito Romano, Rio de Janeiro: Editora Forense, vigésima segunda edição, página 66.

¹¹ CRETELLA, José Júnior. Curso de Direito Romano, Rio de Janeiro: Editora Forense, vigésima segunda edição, página 73.

¹² GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, página 31.

¹³ CORREIA, Alexandre e SCIASCIA, Gaetano. Manual de Direito Romano, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, página 98.

¹⁴ CORREIA, Alexandre e SCIASCIA, Gaetano. Manual de Direito Romano, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, página 98.

fim, quanto ao poder de emancipar, como já visto anteriormente, era um poder exclusivo do pai e que, se exercido, excluía o emancipado da família.

Percebe-se que, no Direito Romano, os direitos do *pater* sobre os filhos faziam com que os mesmos parecessem mercadorias na mão de um comerciante, onde o *pater* poderia descartá-las a qualquer momento dependendo do seu interesse. Novamente, importa destacar que o instituto era voltado apenas ao poder do *pater* e nunca ao interesse dos filhos.

2.3) Evolução Histórica: do Pátrio Poder ao Poder Familiar

É sabido que o Direito Brasileiro sofreu forte influência do Direito Português, tendo em vista os longos anos de colonização. A influência do Direito Romano no Direito Lusitano, por conseguinte, foi transmitida para o Direito Luso-brasileiro.¹⁵ Um dos institutos herdados foi o pátrio poder, com inegável influência da *patria potestas* romana.

Para melhor entender o instituto do pátrio poder, naquele contexto, necessária uma abordagem no que tange à família e à sociedade brasileira da época. A sociedade era patriarcal, pois o homem era o chefe da família; era conservadora, tendo em vista a forte influência da igreja católica no período; e era machista, já que a mulher era educada para servir ao marido.¹⁶ Segundo Venosa:

Este patriarcalismo que veio da Coroa Portuguesa se expressava nos senhores de engenho e barões do café, que deixaram marcas indeléveis na história brasileira.¹⁷

¹⁵ COMEL, Denise Damo. Do poder familiar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, página 23.

¹⁶ TEIXEIRA, Francisco M. P. Brasil, História e Sociedade. São Paulo, Editora Ática, 2000, página 160.

¹⁷ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: direito de família. São Paulo: Editora Atlas, 2001, página 286.

Essa estrutura familiar e social se manteve por muitos anos, a sociedade permanecia basicamente rural, a família era entidade patriarcal, hierarquizada e matrimonializada. A mulher era vista pela sociedade como um ser inferior ao homem, a mãe teria menos capacidade que o pai para exercer os poderes e deveres conferidos pelo instituto.¹⁸ Alguns contrapontos sobre estas ideias foram surgindo ao longo do tempo, alterando o conceito de família, trazendo a questão da igualdade entre a mulher e o homem, ou seja, que ambos seriam capazes de, juntamente, exercer o poder familiar. Na época da vigência do Código Civil de 1916, Clóvis Beviláquia comentou acerca deste assunto: “apesar da preeminência concedida ao marido, os dois cônjuges se acham no mesmo plano jurídico, e não exerce o homem autoridade sobre a mulher.”¹⁹

No Brasil, o próprio Código Civil de 1916 garantia ao homem o direito exclusivo de exercer o poder familiar, e a mulher só adquiria tal direito com a falta ou impedimento do marido. O homem era o chefe da sociedade conjugal. A discriminação contra a mulher era tão grande, que a viúva, caso casasse novamente, perderia o pátrio poder, retomando apenas quando se tornava viúva novamente, conforme podemos perceber pela leitura dos artigos 233, 380 e 393 do Código antigo, abaixo colacionados:

Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal.

Compete-lhe:

I. A representação legal da família.

II. A administração dos bens comuns e dos particulares da mulher, que ao marido competir administrar em virtude do regime matrimonial adaptado, ou do pacto antenupcial (arts. 178, § 9º, nº I, c, 274, 289, nº I, e 311).

III. direito de fixar e mudar o domicílio da família (arts. 46 e 233, nº IV). (Vide Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 1919).

IV. O direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do tecto conjugal (arts. 231, nº II, 242, nº VII, 243 a 245, nº II, e 247, nº III).

¹⁸ COMEL, Denise Damo. Do poder familiar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, página 26.

¹⁹ COMEL, Denise Damo. Do poder familiar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, página 27.

V. Prover à manutenção da família, guardada a disposição do art. 277.

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

Art. 393. A mãe, que contrai novas núpcias, perde, quanto aos filhos do leito anterior, os direitos do pátrio poder; mas, enviuvando, os recupera.

Nesse sentido, por Manuel Carvalho Santos, tem-se então o homem da forma do artigo 380 do Código Civil de 1916:

O pátrio poder, quem exerce é o pai, independentemente de qualquer interferência da mulher, se bem que a ambos os pais o filho deva respeito e sobre este ambos tenham autoridade. (...)

Dando preferência ao pai, para o exercício do pátrio poder, não quer o código dizer que não deva ele ouvir sua mulher em tudo que diga respeito aos interesses do filho. O que a lei quer significar é que, em qualquer hipótese, mesmo havendo divergência entre os cônjuges, prevaleça a vontade paterna, não existindo quanto ao exercício do pátrio poder por parte do marido qualquer restrição por influência da mulher.²⁰

Ainda sobre a visão do antigo Código por João Manuel de Carvalho Santos, cabia ao pai o exercício do pátrio poder, sem que houvesse nenhuma influência da mulher, a não ser que de forma voluntária e sempre respeitando a posição de mãe, nas próprias palavras do autor: “sempre sincera nos seus desejos de que sejam bem solucionados os interesses do filho”.²¹

Para Judith Martins-Costa, o Código de 1916 é liberal no que tange às manifestações de autonomia individuais e é conservador no que diz respeito às questões sociais e às relações familiares. Além disso, verifica um conflito entre

²⁰ SANTOS, Manuel de Carvalho, Código Civil Brasileiro Interpretado. Rio de Janeiro, nona edição, Freitas Bastos, 1978, página. 45.

²¹ SANTOS, Manuel de Carvalho, Código Civil Brasileiro Interpretado. Rio de Janeiro, nona edição, Freitas Bastos, 1978, página. 51.

a sociedade urbana e a rural, que segundo a autora, beirava o modelo feudal. Em suas próprias palavras:

traduz, no seu conteúdo liberal no que diz respeito às manifestações de autonomia individuais, conservador no que concerne à questão social e às relações de família -, a antinomia verificada no tecido social entre a burguesia mercantil em ascensão e o estamento burocrático urbano, de um lado, e, por outro, o atraso o mais absolutamente rudimentar do campo, onde as relações beiravam o modelo feudal.²²

Algumas reformas foram necessárias, ao longo do tempo, para que chegássemos a isonomia de hoje. Uma delas foi o Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121 de 1962) que assegurou o pátrio poder para ambos os pais, entretanto exercido pelo pai com a colaboração da mãe.²³ O Estatuto da Mulher Casada alterou, além de outros, os artigos 380 e 393 do antigo código civil de 1916, passando os mesmos a possuírem as seguintes redações:

Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos (arts. 240, 247 e 251).

Compete-lhe:

I - A representação legal da família

II - a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher que ao marido incumbir administrar, em virtude do regime matrimonial adotado, ou de pacto, antenupcial (arts. 178, § 9º, nº I, c, 274, 289, nº I e 311);

III - o direito de fixar o domicílio da família ressalvada a possibilidade de recorrer a mulher ao Juiz, no caso de deliberação que a prejudique

IV - prover a manutenção da família, guardadas as disposições dos arts. 275 e 277

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

²² MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no direito obrigacional, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, página 226.

²³ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias, São Paulo, nona edição, 2013, páginas 434 e 435.

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

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

Pode-se perceber, portanto, que o Estatuto da Mulher Casada, ao alterar as redações dos artigos supramencionados, colocou na letra da lei as transformações pelas quais a sociedade já havia passado, concretizando e avançando na busca pela igualdade entre homens e mulheres. Foram necessários 462 anos para que a mulher casada deixasse de ser considerada relativamente incapaz, no Brasil, através do Estatuto da Mulher Casada. Além disso, através da Constituição de 1988 se consuma a igualdade de direitos e deveres na família entre o homem e a mulher extinguindo, de vez, o antigo pátrio poder e o poder marital.²⁴

O antigo Código considerava a mulher casada como relativamente incapaz, conforme artigo abaixo:

Art. 6. São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n. 1), ou à maneira de os exercer:

I. Os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos (arts. 154 a 156).

II. As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal. (...)

Entretanto, com a Lei n. 4.121 de 1962, o parágrafo 2º, concernente às mulheres, foi excluído, retirando, dessa forma, a mulher do rol de relativamente incapazes. Para Ruth Bueno, a atribuição da incapacidade relativa à mulher

²⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Do Poder Familiar, disponível em <http://jus.com.br/artigos/8371/do-poder-familiar>, acesso em 25-11-2015.

serviria para apoiar a regulação dos direitos de família, atribuindo ao marido o predomínio da autoridade.²⁵

De fato, o tratamento isonômico foi garantido apenas na Constituição de 1988. No que tange à igualdade, somente com a Carta Magna de 88 é que foi possível identificar a igualdade entre os filhos e entre o homem e a mulher. Pode-se dizer que o princípio da igualdade foi exposto já no preâmbulo da Carta Magna, mesmo assim o constituinte o reafirmou no artigo 5º, e foi lembrado, também, no direito de família, e em especial no direito de filiação, no artigo 227, § 6º.

O direito de filiação foi positivado no artigo 227, § 6º da Lei Maior, que consagra a igualdade jurídica entre os filhos:

Art. 227, § 6º - 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.

Para Figueredo e Giancoli, a igualdade entre os filhos é absoluta, não podendo ser admitida qualquer distinção; devendo, assim, os filhos receberem tratamento isonômico.²⁶ Sendo assim, o filho não poderá sofrer tratamento desigual, seja ele fruto de relações naturais, ou não, na constância do casamento, ou da união estável, ou os filhos havidos fora de sociedade conjugal.²⁷

Quanto à igualdade entre homens e mulheres na Constituição de 1988, em seu artigo 5º diz que:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à

²⁵ BUENO, Ruth. Regime Jurídico da Mulher casada, Rio de Janeiro, terceira edição revisada e ampliada, Forense, 1972, página 14.

²⁶ FIGUEIREDO, Fábio Vieira e GIANCOLI, Bruno Pandori. Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2009. página 223.

²⁷ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias, São Paulo, nona edição, 2013, página 448.

vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

No mesmo sentido de igualdade, o artigo 226 da Carta Magna Brasileira refere:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

A Carta Magna operou uma verdadeira revolução copernicana do direito de família brasileiro, pois passou a reger as relações familiares, tendo em vista a contrariedade, em algumas situações, com o Código Civil de 1916. Apenas com a Constituição de 1988, a sociedade brasileira, pelo menos na letra da lei, deixou de ser matrimonializada, patrimonializada, transpessoal, hierarquizada e patriarcal, como o Código Civil de 1916 apresentava. A Constituição Federal de 1988 constituiu outro modelo de sociedade e família, mais democrático, plural e inclusivo.

No que concerne à família, José Sebastião Oliveira analisa:

A Constituição Federal, reconheceu uma evolução que já estava latente na sociedade brasileira. Não foi a partir dela que toda a mudança da família ocorreu. Constitucionalizaram valores que estavam impregnados e disseminados no seio da sociedade. O texto constitucional de 1988 contemplou e abrigou uma evolução fática anterior de família e do direito de família que estava represado na doutrina e na jurisprudência.²⁸

²⁸ OLIVEIRA, José Sebastião. Fundamentos Constitucionais do Direito de Família, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, página 91.

Houve, portanto, uma constitucionalização do direito de família. A Carta Magna atribuiu à família brasileira obrigações e deveres ligados à elevação da dignidade da pessoa humana a condição de princípio fundamental.²⁹

Sendo assim, com a evolução do direito e da sociedade como um todo, este direito patriarcal – pátrio poder - foi substituído gradual e paulatinamente por um direito dos pais, até chegarmos ao conceito mais moderno conhecido como Autoridade Parental, infelizmente não adotado, ainda, pelo Brasil. A França utiliza essa expressão desde a legislação de 1970, quando houve um grande conjunto de alterações no que tange ao seu direito de família.³⁰ Cabe ressaltar que há doutrinadores que reconhecem, na tutela legislativa atual, com coerência constitucional, a necessidade de compreensão na perspectiva da Autoridade Parental. Finalmente, o Código Civil de 2002 em seu Capítulo V, do artigo 1.630 ao 1.638, consagra a atual nomenclatura bem como a ideia de um poder-dever compartilhado entre os pais e não somente pelo pai.

2.4) Conceito Atual de Poder Familiar

A expressão adotada pelo Direito Brasileiro, mesmo após a adequação, é alvo de justas críticas, pois ainda enfatiza o poder e não o dever; é, entretanto, melhor que a adotada anteriormente. A nomenclatura “Poder Familiar”, no Direito Brasileiro, é relativamente nova. Ela foi adotada oficialmente pelo Código Civil atual, substituindo a antiga expressão “Pátrio Poder”, como constava no Código Civil Brasileiro de 1916. Tanto o Código atual quanto o pretérito não apresentam a definição das expressões mencionadas. Para Antônio Cezar Lima da Fonseca, o conceito nasce da natureza jurídica do instituto e esculpido pela doutrina. Em suas próprias palavras:

²⁹ GERMANO, Luiz Paulo Rosek. Deveres Constitucionais da Família frente ao Estado. In: PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel (Org.). Tendências constitucionais do Direito de Família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, página 156.

³⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Do Poder Familiar, disponível em <http://jus.com.br/artigos/8371/do-poder-familiar>, acesso em 25-11-2015.

a definição dos conceitos vem da natureza jurídica do instituto e são adequadas pelas fartas posições doutrinárias respeito do assunto.³¹

A expressão Pátrio Poder foi sendo desgastada ao longo do tempo. Ela não mais representava o real conceito do instituto, tendo em vista “a *implosão da família patriarcal*”³². O poder do pai foi substituído pelo poder da família, ou seja, compartilhado entre os pais. Sobre a substituição da expressão, segundo Elisa Hasselmann:

é reflexo de uma revolução silenciosa desencadeada por educadores, sobretudo eclesiásticos, onde se consolida a base da sociedade moderna que é a família nuclear.³³

A definição, portanto, do instituto não é encontrada na letra fria da lei, mas sim pela doutrina sobre o assunto.³⁴ Desse modo, ver-se-á o conceito de Poder Familiar por alguns doutrinadores.

Silvio Rodrigues conceitua o Poder Familiar como conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção deste.³⁵

Nesta mesma linha, dizem Josiane Rose Petry Veronese, Lúcia Ferreira de Bem Gouvêa e Marcelo Francisco da Silva que o poder familiar:

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

³¹ FONSECA, Antonio Cezar Lima. O Código Civil e o Novo Direito de Família, Livraria do Advogado, primeira edição, página 125.

³² LÔBO, Paulo Luiz Netto. Do Poder Familiar, disponível em <http://jus.com.br/artigos/8371/do-poder-familiar>, acesso em 26-11-2015.

³³ HASSELMANN, Elisa. O Melhor Interesse da Criança e do Adolescente em Face ao Projeto de Código Civil, apud um debate interdisciplinar, São Paulo, Renovar, 2000, página 361.

³⁴ FONSECA, Antonio Cezar Lima. O Código Civil e o Novo Direito de Família, Livraria do Advogado, primeira edição, página 125.

³⁵ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. Direito de Família. Volume 6, São Paulo, Saraiva, 2002, página 339.

pessoa e o patrimônio deste filho e serve como meio para mantê-lo, protegê-lo e educá-lo.³⁶

Quanto aos deveres de educar, assistir e criar, cumpre, neste contexto, ressaltar que a Constituição assim reconheceu, em seu artigo 229 e abaixo colacionado:

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

No mesmo sentido, Fabio Ulhoa Coelho define o instituto como o poder cujos pais são titulares conjuntamente, e a esse poder estão submetidos os filhos, enquanto menores de idade.³⁷ Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, pode-se definir poder familiar como um conjunto de direitos e deveres atinentes aos pais sobre seus filhos menores e incapazes.³⁸

Em suma, percebe-se que os doutrinadores consentem no sentido de que o poder familiar é um poder-dever, onde não há mais espaço apenas para o poder. Atualmente, o dever se sobrepõe ao poder. Além disso, conceitualmente, convergem no sentido de que os pais deverão atuar, conjuntamente, na aplicação do instituto sobre os filhos menores incapazes.

Quanto à igualdade de deveres e poderes dos pais, Maria Helena Diniz afirma que:

Ambos têm, em igualdade de condições, poder decisório sobre a pessoa e bens de filho menor não emancipado. Se por ventura, houver divergências entre eles, qualquer deles poderá

³⁶ 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, página 21.

³⁷ COELHO, Fabio Ulhoa. Curso de Direito Civil. Família e Sucessões, 6ª edição, Saraiva página 208.

³⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Pamplona, Novo Curso de Direito Civil. Direito de Família. As famílias em perspectiva constitucional. Saraiva, terceira edição, página 593.

recorrer ao juiz a solução necessária, resguardando o interesse da prole.³⁹

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 21, apesar de ainda utilizar a nomenclatura pretérita, apresenta, também, a igualdade de responsabilidades entre os pais no que tange ao exercício do poder familiar, conforme trecho abaixo colacionado:

O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e ela mãe, nas formas que dispuser a legislação civil, assegurando a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.⁴⁰

O poder familiar não será delegado a outras pessoas, compete exclusivamente aos pais. Esse poder-dever deverá ser aplicado a todos os filhos, sem distinção entre os de sangue ou os adotivos. Caberá, durante o tempo que os filhos forem menores ou incapazes, aos pais o dever de proteção e cuidado, guarda, educação, e todos direitos inerentes ao filho e expressos em lei.

Para Paulo Luiz Netto Lôbo, a evolução foi gradativa:

no sentido de um poder sobre os outros em autoridade natural com relação aos filhos como pessoas dotadas de dignidade, no melhor interesse deles e da convivência familiar. Essa é a sua natureza atual.⁴¹

Para Denise Damo Comel, o instituto pode ser especificado em quatro fundamentais elementos. Primeiramente, a autora destaca que o poder familiar é o encargo de atender aos filhos, garantindo-lhes todos os direitos reconhecidos a eles. O segundo elemento fundamental reconhecido pela

³⁹ DINIZ, Maria Helena Diniz, Curso de Direito Civil Brasileiro, Direito de Família, São Paulo: Saraiva, página 565.

⁴⁰ art. 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente

⁴¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Do Poder Familiar, disponível em <http://jus.com.br/artigos/8371/do-poder-familiar>, acesso em 26-11-2015.

doutrinadora são os direitos conferidos aos genitores como forma de garantir o cumprimento do dever a eles incumbidos. O terceiro elemento é a igualdade de condições e direitos entre pai e mãe quanto à titularidade e quanto ao exercício do instituto. O quarto ponto trazido pela autora é de que a atuação dos titulares deverá ser sempre desempenhada para que prevaleça o interesse do filho.⁴²

Percebe-se que aquele conceito de pátrio poder, oriundo da sociedade patriarcal, onde o pai exercia o poder sobre os filhos não está mais presente no atual instituto. Cabe, atualmente, a ambos os pais, em igualdade, os direitos e deveres sobre os filhos. Além disso, pode-se perceber a evolução no que tange à questão do poder e do dever dos titulares. Antigamente, o poder familiar era apenas o poder, sem que houvesse a devida atenção aos deveres dos pais. Poder familiar é, portanto, conceituado pelos doutrinadores, um conjunto de direito e deveres, concernentes aos pais - exercido em igualdade por ambos - com relação aos bens e à pessoa dos filhos menores não emancipados. Os titulares do poder familiar deverão visar sempre à manutenção, à educação e à proteção aos filhos sem distinção entre eles.

3) CARACTERÍSTICAS DO PODER FAMILIAR E A GUARDA COMO ELEMENTO DA AUTORIDADE PARENTAL

Com relação ao poder familiar previsto no Código Civil atual, primeiramente, será analisada a nomenclatura adotada pelo legislador, bem como às críticas pertinentes a ela. Em um segundo momento, será abordada, uma a uma, as características do poder familiar, seu caráter e *munus* público, sua indivisibilidade, sua irrenunciabilidade, sua inalienabilidade, sua imprescritibilidade e sua intransferibilidade. Após, será analisada a abrangência do instituto, que estarão sujeitos ao poder familiar os filhos naturais ou adotivos, fruto ou não de casamento. Em momento seguinte, o conteúdo do poder familiar previsto no artigo 1.634 do Código Civil de 2002 e,

⁴² COMEL, Denise Damo. Do poder familiar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, página

também, a guarda como elemento do poder familiar. Por fim, as hipóteses de suspensão e extinção do poder familiar.

3.1) Crítica à nomenclatura adotada

A nomenclatura afirmada pelo Código Civil de 2002 não foi bem acolhida por grande parte da doutrina. Para Silvio Rodrigues, o legislador equivocou-se ao não se preocupar em com a expressão poder e somente atentar-se para a palavra pátrio.

Em suas palavras:

pecou gravemente ao se preocupar mais em retirar da expressão a palavra “*patrio*” do que incluir o seu real conteúdo, que, antes de um poder, representa obrigação dos pais, e não da família, como o nome sugere.⁴³

A expressão preferida entre os doutrinadores é a autoridade parental; alguns, todavia, acreditam ser mais apropriado o termo responsabilidade parental. Para Paulo Luiz Netto Lôbo, a palavra parental representa melhor a relação de parentesco entre pais e filhos, ainda faz uma ressalva quanto à utilização da expressão paternal, pois remeteria ao pátrio poder onde apenas o pai seria representado pela expressão. Em suas palavras:

Parental destaca melhor a relação de parentesco por excelência que há entre pais e filhos, o grupo familiar, de onde deve ser haurida a legitimidade que fundamenta a autoridade. O termo paternal sofreria a mesma inadequação do termo tradicional.⁴⁴

Segundo Maria Berenice Dias, deve-se se falar em função familiar ou em dever familiar. Discute-se muito sobre qual nomenclatura deve ser adotada

⁴³ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. Direito de Família. Volume 6, São Paulo, Saraiva, 2002, página 355.

⁴⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Do Poder Familiar, disponível em <http://jus.com.br/artigos/8371/do-poder-familiar>, acesso em 27-11-2015.

para que se encontre a sintonia necessária entre a expressão utilizada e a sua real definição. A própria autora, em sua obra referida, faz críticas à escolha da expressão poder familiar, sugere seja utilizada a expressão dever familiar ou função familiar.⁴⁵

3.2) As Características do Poder Familiar

Quanto às características do Poder Familiar, podemos considerar o instituto como irrenunciável, intransferível, inalienável, imprescritível e decorre tanto da paternidade natural quando da adoção.⁴⁶ Para Maria Helena Diniz, o poder familiar constitui um *munus* público, considerando o poder familiar como um direito-função e um poder-dever.⁴⁷ Além do *munus* público, a autora dá ao instituto outras cinco características, são elas: a irrenunciabilidade, tendo em vista os pais não poderem dispensar o seu exercício e da titularidade; a inalienabilidade, pois o poder familiar não poderá ser transferido a nenhuma outra pessoa; a imprescritibilidade, tendo em vista que não perdem os pais por deixar de exercê-lo; a incompatibilidade com a tutela, porque não se pode nomear tutor a menor, cujo pai ou mãe não foi suspenso ou destituído do poder familiar; e, por fim, afirma que o poder familiar ainda preserva uma relação de autoridade, pois existe um vínculo de subordinação entre pais e filhos.⁴⁸

⁴⁵ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias, São Paulo, nona edição, 2013, página 435.

⁴⁶ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias, São Paulo, nona edição, 2013, página 436.

⁴⁷ DINIZ, Maria Helena Diniz, Curso de Direito Civil Brasileiro, Direito de Família, São Paulo: Saraiva, página 565.

⁴⁸ DINIZ, Maria Helena Diniz, Curso de Direito Civil Brasileiro, Direito de Família, São Paulo: Saraiva, página 566.

Para Sílvio de Salvo Venosa, a indisponibilidade é decorrência da “paternidade natural ou legal, não pode ser transferido por iniciativa dos titulares, para terceiros”.⁴⁹

Sobre a irrenunciabilidade, aduz Denise Damo Comel:

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.⁵⁰

A única exceção em que será possível o titular do poder familiar dispor do seu poder-dever é nos casos de adoção, ou seja, os pais biológicos poderão abrir mão do dever concernente ao instituto. Nesse sentido, Carlos Roberto Gonçalves afirma que

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.⁵¹

O instituto, segundo Sílvio de Salvo Venosa, é indivisível, pois - mesmo os pais separados - caberá a ambos exercer, em igualdade, o poder familiar. O instituto permanecerá indivisível, em contrapartida o seu exercício não.⁵² Não que tange à imprescritibilidade, é pacífico entre a doutrina que, mesmo sem

⁴⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*, nona edição, São Paulo: Atlas, 2009, volume 6, página 306.

⁵⁰ COMEL, Denise Damo. *Do Poder Familiar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, páginas 75 e 76.

⁵¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*, sexta edição, São Paulo: Saraiva, 2009, volume 6, páginas 123 e 124.

⁵² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*, nona edição, São Paulo: Atlas, 2009, volume 6, página 306.

exercer o poder familiar, ele não decairá, não se extinguindo com o não exercício.

Atinente à incompatibilidade com a tutela, Venosa explica que só será nomeado tutor ao menor que não estiver sob a autoridade dos pais; sendo assim, incompatíveis a coexistência dos dois institutos.⁵³ O Código Civil Brasileiro, em seu artigo 1.728, prevê as situações em que o menor será posto em tutela:

Art. 1.728. 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.

Quanto ao *munus* público, Maria Helena Diniz diz:

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.⁵⁴

Para Carlos Roberto Gonçalves, “o instituto constitui um *munus* público, porque ao Estado, que fixa normas para seu exercício, interessa o seu bom desempenho.”⁵⁵

Sendo assim, concluímos que além do caráter *munus* público, pois interessante ao Estado o bom exercício do instituto, o poder familiar possui outras cinco principais características: a irrenunciabilidade, tendo em vista “o interesse público e social, de exercício obrigatório e de interesse alheio ao

⁵³ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Direito de Família, nona edição, São Paulo: Atlas, 2009, volume 6, página 306.

⁵⁴ DINIZ, Maria Helena Diniz, Curso de Direito Civil Brasileiro, Direito de Família, São Paulo: Saraiva, página 565.

⁵⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Direito de Família, nona edição, 2012, Saraiva, página 414.

titular”⁵⁶; a inalienabilidade ou indisponibilidade, pois não pode ser transferido para outrem; a imprescritibilidade, “já que dele não decaem os genitores pelos simples fato de deixarem de exercê-lo.”⁵⁷; a incompatibilidade com a tutela, pois não podendo coexistirem como previsto no Código Civil em seu artigo 1.728 ; e a indivisibilidade, pois mesmo que o exercício do poder familiar possa se dividir, como nos casos de pais separados, o instituto em si não se dividirá.⁵⁸

3.3) A Abrangência do Poder Familiar

Quanto à abrangência do Poder Familiar, para melhor explicitar o assunto, separar-se-á em hipóteses. Considerar-se-á a hipótese habitual como a de uma família, com pai e mãe vivos, casados ou em união estável, sendo ambos plenamente capazes.⁵⁹ Na situação habitual, o poder familiar, segundo a autora Maria Helena Diniz, é de ambos os cônjuges ou conviventes.⁶⁰

Maria Helena Diniz discorre sobre outras hipóteses do poder familiar. Nos casos em que pai e mãe estiverem casados e um dos cônjuges, por algum motivo, estiver impedido de exercer o poder familiar por ter sido destituído ou suspenso, o outro apto exercerá sozinho o poder familiar. Em casos de pais separados ou divorciados, o exercício do poder familiar poderá ser modificado, tendo em vista a atribuição da guarda a um dos genitores, restando ao outro o direito de visita. Numa terceira hipótese, no caso de um dos cônjuges falecer,

⁵⁶ COMEL, Denise Damo. Do Poder Familiar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, página 75

⁵⁷ DINIZ, Maria Helena Diniz, Curso de Direito Civil Brasileiro, Direito de Família, São Paulo: Saraiva, página 566.

⁵⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Direito de Família, nona edição, São Paulo: Atlas, 2009, volume 6, página 306.

⁵⁹ DINIZ, Maria Helena Diniz, Curso de Direito Civil Brasileiro, Direito de Família, São Paulo: Saraiva, página 566.

⁶⁰ DINIZ, Maria Helena Diniz, Curso de Direito Civil Brasileiro, Direito de Família, São Paulo: Saraiva, página 567.

o poder familiar será competente ao consorte vivo. Nos casos da família socioafetiva, caso o filho seja adotado por ambos, caberá aos dois o exercício do poder familiar; nos casos de adoção unilateral, caberá apenas ao adotante o exercício do instituto.⁶¹

Quanto à abrangência do instituto, conclui-se que estão sujeitos à proteção do instituto os filhos menores, sem exceção, seja adotivo, reconhecido, fruto ou não de relação matrimonial.⁶²

Os filhos que, por ventura, não sejam reconhecidos pelo pai ou pela mãe, durante a menoridade, serão submetidos ao poder familiar do genitor que o reconhecer, nos casos de não reconhecimento por um dos genitores.⁶³ Nos casos em que a mãe e o pai forem desconhecidos ou incapazes de exercer a autoridade parental, será nomeado tutor à criança ou ao adolescente. (CC, art. 1633)⁶⁴

3.4) O Conteúdo do Poder Familiar

Necessário lembrar que o Poder Familiar é, antes de tudo, um compromisso prestado e assumido pelos pais perante a sociedade. É dever dos pais preparar seu filho para o convívio em sociedade. O conteúdo do instituto está previsto nos incisos do artigo 1.634 do Código Civil de 2002. A partir de agora, serão analisados alguns destes incisos.

No que tange ao inciso primeiro, ou seja, dirigir-lhes a criação e a educação, a noção de educação aqui é ampla, nela inclui-se alguns tipos de

⁶¹ DINIZ, Maria Helena Diniz, Curso de Direito Civil Brasileiro, Direito de Família, São Paulo: Saraiva, página 568.

⁶² DINIZ, Maria Helena Diniz, Curso de Direito Civil Brasileiro, Direito de Família, São Paulo: Saraiva, página 569.

⁶³ MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito Civil. Direito de Família, São Paulo, Saraiva, 1980, décima nona edição, volume 2, página 277.

⁶⁴ DINIZ, Maria Helena Diniz, Curso de Direito Civil Brasileiro, Direito de Família, São Paulo: Saraiva, página 569.

educação como escolar, moral, política, profissional, cívica, e a formação que se dá em família e nos ambientes que concorrem para a construção da personalidade do filho menor.⁶⁵

Para Pontes de Miranda, os pais, que exercem o poder familiar podem nomear pessoa ou instituição para que assuma a educação de seus filhos. O autor diz, ainda, que o direito de educar é intransferível; o exercício, não.⁶⁶

Para Maria Helena Diniz, cabe aos pais o dever de guiar espiritual e moralmente os filhos, construindo seu caráter e espírito, fornecendo conselhos e uma formação religiosa.⁶⁷ Ainda quanto à educação e à criação, Arnaldo Rizzardo, afirma que esses deveres determinarão o sucesso ou insucesso sobre o futuro do filho. Segundo o autor, como parte do dever de educar, cabe aos pais a escolha da instituição de ensino que melhor convier para a formação, para o estudo, à responsabilidade e à conveniência econômica.⁶⁸

No tocante ao inciso segundo, exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584, pode-se dizer que o direito de guarda é um poder-dever dos titulares do poder familiar.⁶⁹ Ainda sobre o inciso segundo, a guarda e a companhia dos titulares do poder familiar são ligadas umbilicalmente ao dever de criação e educação. Para Rizzardo, “A permanência na companhia dos pais é imposta pelas próprias conveniências para a criação e educação.”⁷⁰

Em relação ao consentimento para os filhos casarem, previsto no inciso terceiro, do artigo 1.634:

⁶⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Do Poder Familiar, disponível em <http://jus.com.br/artigos/8371/do-poder-familiar>, acesso em 28-11-2015.

⁶⁶ MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito Privado, São Paulo: revista dos tribunais, 1974, volume 9, página 120.

⁶⁷ DINIZ, Maria Helena Diniz, Curso de Direito Civil Brasileiro, Direito de Família, São Paulo: Saraiva, página 569.

⁶⁸ RIZZARDO, Arnaldo. Direito de Família, Rio de Janeiro: Forense, oitava edição, página 542.

⁶⁹ DINIZ, Maria Helena Diniz, Curso de Direito Civil Brasileiro, Direito de Família, São Paulo: Saraiva, página 570.

⁷⁰ RIZZARDO, Arnaldo. Direito de Família, Rio de Janeiro: Forense, oitava edição, página 542.

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

(...)

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

Para Rolf Madaleno, isso acontece quando os filhos são maiores de dezesseis anos e menores de dezoito. Sobre isso refere:

É dos pais o direito de concederem ao filho menor de idade consentimento para o casamento (CC, art 1517), sendo eles os representantes legais dos filhos menores e incapazes. Assim, enquanto não atingirem a maioridade civil aos dezoito anos completos, a idade nupcial excepcional sucede aos 16 anos, dependendo do consentimento de seus pais(...)⁷¹

Sobre o poder de nomear tutor, por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar, Silvio Rodrigues afirma que essa tutela testamentária só será justificada se o outro consorte, também detentor da titularidade do poder familiar, estiver morto ou incapacitado de exercer o poder familiar, já que um dos titulares do poder familiar proibir o outro de um direito conferido a ele por lei.⁷²

Tal poder caberá apenas quando, conforme Carlos Roberto Gonçalves, “se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar”⁷³. Ainda, seguindo a linha do autor, há a presunção de que ninguém melhor que os genitores para nomear a pessoa a quem confiar a tutela do filho menor.⁷⁴

⁷¹ MADALENO, Rolf. Curso de Direito de Família, Rio de Janeiro: Forense, quinta edição, 2013 página 682.

⁷² RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. Direito de Família. Volume 6, São Paulo, Saraiva, 2002, página 361.

⁷³ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Direito de Família, nona edição, 2012, Saraiva, página 421.

⁷⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Direito de Família, nona edição, 2012, Saraiva, página 421.

Representá-los judicial e extrajudicialmente 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. Aqui, sem dúvida, umas das mais importantes responsabilidades derivadas do exercício do poder familiar. Essa representação ou assistência nos atos da vida civil poderá ser realizada por qualquer um dos genitores.

Sobre a representação, San Tiago Dantas diz que está intimamente vinculada à ideia de capacidade. O menor não é incapaz de ter direito, mas sim de exercê-lo, faltando a ele capacidade para o ato jurídico. Há, segundo o autor, uma incapacidade de negócio. Ainda por San Tiago Dantas, o autor afirma ser necessário que alguém realize todos os atos jurídicos pela criança ou pelo adolescente. Desta necessidade surge a figura da representação, ou seja, alguém que irá praticar, no lugar do representado, os atos jurídicos. Serão capazes para tal os titulares do poder familiar.⁷⁵

Na mesma senda, Carlos Roberto Gonçalves diz que

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).⁷⁶

Segundo Rolf Madaleno, alguns atos, tendo em vista seu caráter pessoal, são praticados sem assistência e isso não os torna nulos ou ineficazes. São eles: o ato de testar aos dezesseis anos, o de votar a partir dos

⁷⁵ DANTAS, San Tiago. Direitos de Família e das Sucessões, Rio de Janeiro: Forense, segunda edição, 1991.

⁷⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Direito de Família, nona edição, 2012, Saraiva, página 421.

dezesseis anos, o de servir como testemunha e o de requerer a nomeação de curador à lide quando seus interesses colidirem com os dos pais.⁷⁷

Importante lembrar que o sistema de representação será alterado, a partir da edição da Lei nº 13.146, Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). A referida lei tem início de vigência previsto para o mês de janeiro do ano de 2016.

Quanto ao direito de reclamar, o filho de quem ilegalmente o detenha, é o direito dos titulares do poder familiar, podendo ser exercido por um sobre o outro.⁷⁸ Esse direito será exercido através de uma ação de busca e apreensão.⁷⁹ Sobre esse direito pondera Caio Mário, no sentido de que esse direito é decorrência do direito de guarda e a lei confere aos genitores o direito de reclamar o filho.⁸⁰

Por fim, o direito de exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. A porção final do dispositivo, da maneira que elaborada, corrompe o fundamento que espera, da criança e do adolescente, “não um potencial imediato de exercício de capacidade laborativa, mas, sim, e, principalmente, exercícios de tarefas compatíveis com o seu estágio de desenvolvimento, especialmente no âmbito da sua educação”.⁸¹

Nesse sentido, Paulo Luiz Netto Lôbo afirma ser incompatível com a Constituição, especialmente, no que tange ao princípio da dignidade da pessoa humana, a exploração da vulnerabilidade dos filhos crianças ou adolescentes a

⁷⁷ MADALENO, Rolf. Curso de Direito de Família, Rio de Janeiro: Forense, quinta edição, 2013 página 683.

⁷⁸ COELHO, Fabio Ulhoa. Curso de Direito Civil. Família e Sucessões, 6ª edição, Saraiva página 208.

⁷⁹ DINIZ, Maria Helena Diniz, Curso de Direito Civil Brasileiro, Direito de Família, São Paulo: Saraiva, página 572.

⁸⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, Direito de Família, Rio de Janeiro: Forense, vigésima edição revista e atualizada por Tania da Silva Pereira, 2013, página 493.

⁸¹ GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Pamplona, Novo Curso de Direito Civil. Direito de Família. As famílias em perspectiva constitucional. Saraiva, terceira edição, página 593.

fim de obrigá-los a prestar serviços como a própria lei diz: “IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição”.

Segundo o doutrinador, essa regra surgiu num momento em que a família era considerada uma unidade produtiva e que os filhos menores poderiam exercer trabalhos sem remuneração, mas com fins econômicos para sustentabilidade da família. A aplicação atual do texto da lei, segundo o autor, é a de que só é admissível aplicá-la no que se refere aos serviços domésticos, sem fins econômicos, sem que prejudique a educação e formação dos filhos.⁸²

No mesmo sentido, importante destacar o artigo 32 da Convenção sobre os Direitos da Criança, a qual integra o ordenamento jurídico nacional, através do artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição Federal. Segundo o referido artigo da Convenção, os Estados Partes admitem o direito da criança de estar segura contra a exploração econômica e contra a prática de qualquer trabalho que apresente perigo ou atrapalhe na educação, no desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral ou social.

O artigo ainda prevê que os Estados Partes empregarão medidas legislativas, no que tange às questões sociais e educacionais. Deverão segundo a Convenção, adotar medidas como: estabelecer uma idade mínima ou idades mínimas para admissão em emprego; estabelecer regulamentação apropriada relativa a horários e condições de emprego; estabelecer penalidades ou outras sanções apropriadas a fim de assegurar o cumprimento do artigo 32.⁸³

Destarte, a imposição de trabalhos, além dos limites do aceitável, poderá definir a “exploração da mão de obra infantil e do adolescente, com aplicação das sanções criminais e civis correspondentes”.⁸⁴

⁸² LÔBO, Paulo Luiz Netto. Do Poder Familiar, disponível em <http://jus.com.br/artigos/8371/do-poder-familiar>, acesso em 30-11-2015.

⁸³Convenção sobre os Direitos da Criança, artigo 32, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm

⁸⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Pamplona, Novo Curso de Direito Civil. Direito de Família. As famílias em perspectiva constitucional. Saraiva, terceira edição, páginas 593 e 594.

3.5) A Guarda como elemento do poder familiar

A guarda é um direito-dever incumbido, primeiramente e, preferencialmente, aos pais. É destinada para a educação, criação e desenvolvimento do filho menor. A guarda está embutida no poder familiar. Quem a detém o exerce com maior potência. Serão destacadas três modalidades de guarda, a fim de se entender qual é a melhor hipótese para um bom desempenho do poder familiar e, conseqüentemente, o melhor para os interesses da criança ou do adolescente.

Para Guilherme Gonçalves Strenger, guarda é um poder-dever que está sujeito ao regime jurídico legal, a fim de ajudar os detentores do direito de exercício da proteção e amparo.⁸⁵ Para Ana Maria Milano Silva, guarda é o ato de guardar e resguardar o filho menor, de manter vigilância durante sua custódia e de representar ou assistir, para a autora também se caracteriza como um poder-dever.⁸⁶

Ainda conceituando a guarda, Waldir Grisard Filho afirma que competirá aos pais ou a um deles o direito ou dever de manter em sua companhia e proteger os filhos. O autor refere:

locução indicativa, seja do direito ou do dever, que compete aos pais ou a um dos cônjuges, de ter em sua companhia os filhos ou de protegê-los, nas diversas circunstâncias indicadas na lei civil. E guarda, neste sentido, tanto significa custódia como a proteção que é devida aos filhos pelos pais⁸⁷

⁸⁵ STRENGER, Guilherme Gonçalves. Guarda de Filhos, São Paulo: Saraiva, 1998, página 31.

⁸⁶ SILVA, Ana Maria Milano. Guarda Compartilhada, quarta edição. São Paulo: JH Mizuno, 2015, página 43.

⁸⁷ GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, página 49.

Vítor Frederico Kumpel acredita que a guarda deva ser interpretada de uma forma genérica a fim de transmitir um sentido de direito-dever de incumbência para ambos os pais ou para um deles apenas.⁸⁸

A guarda é, ao mesmo tempo, um direito e um dever dos pais; elemento, portanto, do poder familiar. Tem o objetivo de conservar a prole no convívio familiar, ordenando as relações e as obrigações aos pais conferidas. São algumas delas: zelar pela vida e segurança dos filhos, bem como cuidar, proteger e vigiar estes.⁸⁹

Importante lembrar que a guarda é um dos deveres do poder familiar e está prevista no conteúdo do instituto no artigo 1.634, inciso II, do Código Civil Brasileiro:

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

I - dirigir-lhes a criação e a educação

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;

Desse modo, pode-se perceber que a guarda nada mais é do que a responsabilidade incumbida a um dos pais, parentes ou terceiros, para manter sob sua proteção o incapaz maior de dezoito anos, a criança e o adolescente até completar a maioridade.

Cabe, ainda, analisar a diferença entre guarda e companhia. Katia Regina Maciel afirma que ao passo que a guarda se refere a um direito-dever, a companhia trata-se apenas de um direito de convivência, ou seja, de estar junto com o filho mesmo que não seja o titular para o exercício da guarda.⁹⁰

⁸⁸ KUMPEL, Vítor Frederico. Direitos difusos e coletivos: Estatuto da Criança e do Adolescente São Paulo: Saraiva, ano 2009, página 173.

⁸⁹ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Poder Familiar – Aspectos teóricos e práticos, Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, terceira edição, 2009 página 81.

⁹⁰ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Poder Familiar – Aspectos teóricos e práticos, Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, terceira edição, 2009 página 81.

Sendo assim, a guarda é elemento do poder familiar. Não se pode confundir o exercício da guarda em si como o exercício do poder familiar. Nesse sentido, quando os pais estiverem separados ou divorciados, a um deles ou aos dois será concedido o poder da guarda. Quando a direito de guarda for unilateral, ou seja, responsável a apenas um dos genitores, o outro terá direito à visita e companhia como acordado com o detentor da guarda ou por decisão judicial, nos termos do artigo 1.589 do Código Civil Brasileiro, abaixo colacionado:

Art. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

Parágrafo único. O direito de visita estende-se a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente

Analisado o conceito de guarda e sua ligação com o poder familiar, serão abordados, a partir de agora, três modalidades de guarda: a guarda alternada, a guarda compartilhada e a guarda unilateral.

A guarda alternada garante a ambos os pais o direito de manterem consigo seus filhos. Após a separação do casal, a criança ou o adolescente ficará em cada residência por determinado período. Esse período não é preciso e fixo, podendo variar entre dias e meses.

Segundo Jorge Augusto Pais do Amaral, a guarda alternada é o melhor modo de possibilitar ao filho a convivência com ambos os genitores, mesmo que alternativamente.⁹¹

Para Waldir Grisard Filho, existem alguns arranjos possíveis de guarda alternada que podem garantir um tempo ideal de convivência entre pais e filhos, um deles, o viável, segundo o autor, seria o de a criança ou adolescente alternar a residência do pai ou da mãe por períodos como semanas, meses e até mesmo anos; a outra possibilidade seria, ao invés do filho alternar a

⁹¹ AMARAL, Jorge Augusto Pais do Do casamento ao divórcio. Lisboa: Cosmos. 1997. p 105

residência, os pais é que fariam a alternância de domicílios. O autor acredita que a segunda possibilidade seria inadequada a maioria das famílias.⁹²

A guarda alternada é, muitas vezes, confundida com a compartilhada.⁹³

A guarda compartilhada surgiu do “desequilíbrio dos direitos parentais e de uma cultura que desloca o centro de seu interesse sobre a criança.”⁹⁴ Esse desequilíbrio, segundo a autora Denise Gonçalves, trata-se da visível superioridade dos direitos relativos à mãe e que há muito tempo já vinham sendo criticados, pois abusivos e em contrariedade ao princípio da igualdade entre homem e mulher.⁹⁵

A guarda compartilhada foi criada para tentar amenizar os problemas causados pela guarda unilateral e a alternada, evitando o sistema de visitas.

Waldir Grisard Filho afirma que a guarda compartilhada é um dos meios dos pais exercerem a autoridade parental conjuntamente mesmo após a separação. O autor ressalta que o modelo de guarda compartilhada é o que mais prioriza o interesse da criança ou do adolescente, bem como a igualdade de gêneros no exercício do poder familiar. O autor afirma que

É uma resposta mais eficaz à continuidade das relações da criança com seus dois pais na família dissociada, semelhantemente a uma família intacta. É um chamamento dos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente a autoridade parental, como faziam na constância do casamento.

⁹⁶

⁹² GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, página 105.

⁹³ GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Pamplona, Novo Curso de Direito Civil. Direito de Família. As famílias em perspectiva constitucional. Saraiva, terceira edição, página 605.

⁹⁴ GONÇALVES, Denise Wilhelm. Guarda Compartilhada, artigo jurídico, da revista Jurídica 299 de Setembro de 2002, página 21.

⁹⁵ GONÇALVES, Denise Wilhelm. Guarda Compartilhada, artigo jurídico, da revista Jurídica 299 de Setembro e 2002, página 21.

⁹⁶ GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda Compartilhada - Quem Melhor para Decidir? São Paulo: Pai Legal, 2002. (Disponível em <http://www.apase.org.br/81005-gcquemmelhor.htm>) consulta em 04-12-2015

Esse modelo de guarda tem como objetivo, além a responsabilização dos pais em conjunto, no que tange à educação, guarda, criação e formação da criança ou do adolescente, manter a conexão emocional entre os genitores e seus filhos.

Segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, a guarda compartilhada é a que melhor se encaixa no sentido de contemplar as melhores condições para o completo desenvolvimento dos filhos, através da conjunta responsabilidade dos pais.⁹⁷

Do término do casamento ou da união estável, podem surgir alguns efeitos traumáticos no desenvolvimento psíquico dos filhos. A perda de contato com um dos genitores é um desses traumas. Sendo assim, percebe-se que a guarda compartilhada protege contra esse afastamento, mantendo os laços afetivos entre os envolvidos entre pais e filhos.⁹⁸

Na guarda unilateral, apenas um dos genitores poderá exercer o direito-dever de guarda. A forma mais comum de guarda, segundo Carlos Roberto Gonçalves, é a guarda unilateral, onde um dos genitores, ou alguém que substitua, detém a guarda e ao mesmo tempo o outro genitor possuirá o direito de visitas. O problema desta modalidade, segundo o referido autor, é que a criança ou adolescente acaba sendo privado da convivência diária e continua com um dos genitores.⁹⁹

Para Claudete Carvalho Canezin, enquanto os pais viverem sob o mesmo teto, o direito-dever de guarda será dividido entre ambos os genitores. Com a separação, haverá uma bipartição nas funções parentais, fazendo com que as decisões referentes ao filho sejam tomadas de forma unilateral. Essa modalidade, segundo a autora, visa evitar conflitos entre os pais. A guarda

⁹⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Pamplona, Novo Curso de Direito Civil. Direito de Família. As famílias em perspectiva constitucional. Saraiva, terceira edição, página 605.

⁹⁸ ALVES, Leonardo Moreira. "A guarda compartilhada e a Lei n. 11.698-08" disponível em <http://jus.com.br/artigos/12592/a-guarda-compartilhada-e-a-lei-n-11-698-08> Acesso em 07-12-2015.

⁹⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Direito de Família São Paulo: Saraiva, sexta edição, 2009, página 283.

unilateral impede que haja contato contínuo entre o filho e o não guardião, afastando, assim, o filho do genitor não detentor do poder de guarda.¹⁰⁰

Após a análise das modalidades de guarda, conclui-se que o modelo de guarda compartilhada é o que melhor se enquadra aos princípios constitucionais da igualdade entre homem e mulher, dando condições a ambos os pais de serem responsáveis pelas decisões sobre a vida dos filhos.

3.6) Causas de Suspensão, Extinção e Perda do Poder Familiar

Neste capítulo, serão destacadas as hipóteses de suspensão, extinção e perda do poder familiar, conforme os artigos 1.635, 1.637 e 1.638 do Código Civil Brasileiro.

A lei determinou o poder familiar como sistema de proteção e defesa dos filhos, sendo assim, deve-se prolongar até que o filho atinja a maioridade.¹⁰¹

Quanto à suspensão, pode-se dizer que consiste numa restrição aplicada judicialmente sobre quem exercer o poder familiar de forma abusiva e em prejuízo ao filho. É a retirada de uma parcela da autoridade.¹⁰²

Segundo Maria Berenice Dias, a suspensão será decretada quando os pais, injustificadamente, descumprirem os deveres impostos pela lei.

A suspensão é reversível.¹⁰³ Não há um tempo fixado para perdurar a suspensão, o tempo determinado deverá atender os interesses do menor. A possibilidade de suspensão está exposta no artigo 1.637:

¹⁰⁰ CANEZIN, Claudete Carvalho. DA GUARDA COMPARTILHADA EM OPOSIÇÃO À GUARDA UNILATERAL, disponível em: http://www.professorchristiano.com.br/ArtigosLeis/artigo_claudete_guarda.pdf

¹⁰¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, Direito de Família, Rio de Janeiro: Forense, vigésima edição revista e atualizada por Tania da Silva pereira, 2013, página 496.

¹⁰² COMEL, Denise Damo. Do Poder Familiar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, página 262.

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

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

Portando será suspenso o poder familiar do genitor que for condenado por sentença irrecorrível, devido a crime com pena superior a dois anos de prisão ou em casos que a mãe ou o pai abusarem da autoridade sobre filhos, faltado com os deveres relativos à criança ou arruinando os bens dos filhos.

A suspensão não necessariamente será total. Ela poderá abarcar, caso o magistrado entenda cabível, todos os filhos ou apenas um deles, afastando algumas prerrogativas do poder familiar, como por exemplo, nos casos em que houver má gestão dos bens, sendo que o genitor poderá ser afastado apenas deste compromisso, mantendo as demais obrigações impostas pelo instituto.¹⁰⁴

De acordo com a concepção de Denise Damo Comel, suspensão é uma restrição aplicada pela via judicial ao indivíduo que exerce o poder familiar e que, por ventura, acaba por abusar da sua função em prejuízo dos filhos.¹⁰⁵

O artigo 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê que a suspensão é decretada mediante decisão judicial, em procedimento contraditório, assegurando as partes a ampla defesa, da seguinte forma:

Art. 24. A perda e a suspensão do ~~pátrio~~ poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e

¹⁰³ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias, São Paulo, quinta edição, 2009, página 393.

¹⁰⁴ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias, São Paulo, quinta edição, 2009, página 393.

¹⁰⁵ COMEL, Denise Damo. Do Poder Familiar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, página 262.

obrigações a que alude o art. 22. [\(Expressão substituída pela Lei nº 12.010, de 2009\)](#)

Ainda quanto à suspensão, existe a possibilidade de revisão; os requisitos, todavia, que originaram a concessão da suspensão não deverão mais existir. A revisão poderá ser total ou parcial.¹⁰⁶

A partir de agora, será realizada uma breve análise jurisprudencial de casos de suspensão do poder familiar.

A primeira trata-se da interposição de Agravo de Instrumento contra decisão de primeiro grau que determinou, liminarmente, a suspensão do poder familiar da mãe, pretendendo a reforma da mesma. Abaixo colacionada ementa da decisão:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. MEDIDA PROTETIVA. APLICAÇÃO DE MEDIDA ESPECÍFICA DE PROTEÇÃO CUMULADO COM SUSPENSÃO DE PODER FAMILIAR E ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL. DECISÃO HOSTILIZADA QUE DEFERIU O PEDIDO LIMINAR DE SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR DA GENITORA EM RELAÇÃO AO FILHO E DETERMINOU A MANUTENÇÃO DO ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL DESTA. MEDIDA QUE VISA ATENDER AOS INTERESSES FÍSICOS E EMOCIONAIS DA CRIANÇA. ELEMENTOS ATÉ ENTÃO EXISTENTES QUE NÃO SE PRESTAM PARA ALTERAR A DECISÃO. **NEGADO SEGUIMENTO AO RECURSO.** Nº 70067309559 (Nº CNJ: 0416333-30.2015.8.21.7000)

No julgado, a Desembargadora Liselena Schifino Robles Ribeiro do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul nega o seguimento ao recurso interposto pela mãe, alegando: “priorizando a proteção e interesse do menor, o que não parece ter sido viabilizado pela agravante, que ainda se mantém desorganizada e não buscando meios para a saudável convivência com o filho, mantenho a decisão agravada.”

A justificativa está embasada no fato de que a mãe havia sido presa em flagrante por assalto e foi recolhida ao presídio de Erechim. A mãe não possui família extensa, sendo sua genitora falecida, possui, também, histórico de

¹⁰⁶ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias, São Paulo, quinta edição, 2009, página 393.

violência familiar, além de nunca ter aderido a programas assistenciais. Esses fatores pesaram na decisão, para que fosse mantida a suspensão do poder familiar. A decisão encontra-se baseada no artigo Art. 1.637, que prevê a possibilidade de suspensão nos casos de não cumprimento dos deveres impostos pela Lei. Segundo a julgadora, a mãe não apresenta condições de proteger os interesses da criança.

Destaca-se outra decisão, cuja ementa segue colacionada abaixo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR E DETERMINAÇÃO DE ABRIGAMENTO. O abrigo e a suspensão do poder familiar são as medidas cabíveis quando a prova dos autos é capaz de demonstrar, com segurança, que inexistem familiares interessados em auxiliar a infante e que este está vivendo em situação de risco.

NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. (Agravo de Instrumento Nº 70065781387, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 10/09/2015)

Trata-se, também, de Agravo de Instrumento que teve seu provimento negado. A liminar de suspensão do poder familiar foi deferida tendo em vista o abandono e o risco de permanência da infante sob os cuidados da mãe, situação que perdura desde o nascimento da criança. O parecer do Ministério Público foi no sentido de negar o provimento e manter a decisão que suspendeu o poder familiar da mãe:

Ante os elementos colhidos nos autos, restou bem esclarecido o descumprimento e inaptidão dos insurgentes quanto aos deveres inerentes ao poder familiar no que tange à proteção, cuidado e criação da filha, consoante preconizam os artigos 227 e 229 da Constituição Federal, 1.634 do Código Civil e 22 da Lei n.º 8.069/90, razão pela qual deve ser mantida na íntegra a decisão recorrida.

O descumprimento dos artigos assinalados pelo Ministério Público é suficiente para embasar a decisão dos Desembargadores, que decidiram por unanimidade manter a suspensão do poder familiar, pois “Assim, a fim de atender ao melhor interesse da infante, não merece ser reformada a decisão que deferiu a suspensão liminar do poder familiar, determinou o abrigo

da menina e proibiu a visitação da genitora. Desse modo, entendo que, neste momento, o melhor para a criança é ter o poder familiar de seus pais suspenso e mantido o seu abrigo. ”

Importante ressaltar que as decisões sempre exaltam o interesse da criança como o motivo principal para a suspensão do poder familiar.

A última análise de jurisprudência quanto à suspensão é referente a possíveis práticas de abuso sexual pelo genitor, conforme ementa abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL. SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR. INDÍCIOS DE PRÁTICA DE ABUSO SEXUAL PELO PAI.

Ainda que não exista plena certeza da prática do abuso sexual, os ponderáveis indícios de que tal ato possa ter sido cometido pelo pai/apelado são suficientes para a adoção de medida de cautela, visando prevenir o contato da menina com eventual genitor abusador, pelo menos enquanto a criança não tem condições de se defender, haja vista sua idade atual de 05 anos de idade. **DERAM PROVIMENTO.** (Apelação Cível Nº 70065520637, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Pedro de Oliveira Eckert, Julgado em 06/08/2015)

Trata-se de ação de suspensão do poder familiar, movida pela mãe da abusada, contra o genitor. O pai teria abusado sexualmente da sua filha de três anos. A sentença foi julgada improcedente. Inconformada com a decisão, a genitora interpôs recurso, o qual foi dado provimento. O Desembargador José Pedro de Oliveira Eckert admite que não existem provas diretas e conclusivas sobre o abuso; existem, entretanto, fortes indícios que recomendam cautela na análise do pedido, haja vista que, tratando-se de criança com atualmente cinco anos de idade, eventual equívoco judicial, na área cível, deve servir à proteção da criança.

A decisão de suspender o poder familiar tem fundamento em, por mais que não existam provas conclusivas, prevenir o contato da menina com eventual genitor abusador, pelo menos enquanto a criança não tem condições de se defender, haja vista sua idade atual.

Entre o risco de um novo abuso e a suspensão do poder familiar, os Desembargadores entenderam por suspender o poder familiar. Os traumas causados por um possível abuso sexual seriam, sem dúvidas, maiores que os de não conviver com o genitor. Decidiram assim:

Ainda que esse relato não sirva como prova do abuso alegadamente havido contra a filha, s.m.j., é mais um fator que identifica o perfil do genitor e demonstra que não foi o seu primeiro ato nesse sentido, haja vista a tentativa contra a enteada.

Desta feita, diante da gravidade dos fatos narrados e da existência de provas compatíveis com a ocorrência do abuso, para salvaguardar a integridade física e moral da criança, opina-se favoravelmente à suspensão do poder familiar.

ANTE O EXPOSTO, dou provimento à apelação para suspender o poder familiar do réu em relação à sua filha C.M.S.

Quanto à extinção do poder familiar, qualquer dos pais poderá ter seu poder familiar extinto, nos termos do art. 1.635 do Código Civil Brasileiro, da seguinte forma:

Art. 1.635. 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](#).

Em qualquer das hipóteses mencionadas acima, o poder familiar sobre o filho deixará de existir. Para Arnaldo Rizzardo, as hipóteses previstas no artigo supramencionado estão previstas de forma taxativa. Dificilmente, segundo o autor, encontrar-se-ão situações de extinção além das previstas na Lei.¹⁰⁷

¹⁰⁷ RIZZARDO, Arnaldo. Direito de Família, Rio de Janeiro: Forense, oitava edição, página 616.

Para Denise Damo Comel, existem, dentre as causas de extinção do poder familiar, duas classificações: extinção por causa absoluta e por causa relativa.¹⁰⁸

A morte de um dos pais não extingue o poder familiar, tendo em vista que, se o outro genitor for capaz para o exercício, caberá a ele o dever de exercer em sua totalidade; havendo, entretanto, morte do filho, extingue-se o poder familiar. Quanto à morte do filho, extingue-se a relação jurídico-vinculativa, como o falecimento do vinculado.¹⁰⁹

No que tange à emancipação do filho menor, quando atingida a capacidade civil, será extinto o poder familiar, mesmo que antes da idade legal prevista.

Segundo Josiane Rose Petry Veronese, Lúcia Ferreira de Bem Gouvêa e Marcelo Francisco da Silva, a emancipação é uma antecipação da maioridade, ocorrendo ou por desejo dos pais ou por determinação judicial.¹¹⁰

Silvio Rodrigues acredita que a emancipação deva ser concedida considerando, única e exclusivamente, o interesse do adolescente, podendo ser anulada, por exemplo, a emancipação concedida para que o pai deixasse de prestar alimentos.¹¹¹

Cessar a incapacidade, de acordo com o artigo 5º, quando:

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

Parágrafo único. Cessar, para os menores, a incapacidade:

¹⁰⁸ COMEL, Denise Damo. Do Poder Familiar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, página 298.

¹⁰⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, Direito de Família, Rio de Janeiro: Forense, vigésima edição revista e atualizada por Tania da Silva Pereira, 2013, página 497.

¹¹⁰ 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, página 37.

¹¹¹ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. Direito de Família. Volume 6, São Paulo, Saraiva, 2002, página 415.

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.

Cessada a incapacidade, termina a dependência dos pais. Para Caio Mário, o poder familiar está vinculado a essa incapacidade. Quando o jovem se torna capaz, automaticamente o poder familiar se extingue. Em suas próprias palavras:

A emancipação é irrevogável por parte do cedente e, de outro lado, irrenunciável pelo querer do beneficiário, uma vez que obtida a antecipação da capacidade plena, cria-se uma situação jurídica por sua própria natureza irretroatável, mais ainda, irreversível no sistema jurídico brasileiro, que somente a admite sem restrições.¹¹²

Para Silvio Rodrigues, extingue-se o poder familiar após a maioridade, pois percebe-se da lei que, após adquirir capacidade civil, o indivíduo não necessita mais da proteção dos pais.¹¹³

Segundo Maria Helena Diniz, a maioridade confere ao protegido a “plenitude dos direitos civis”, terminando a dependência.¹¹⁴ Sendo assim, como o objetivo do poder familiar é a proteção dos filhos pelos pais e ao adquirir a maioridade o filho não necessita mais dessa proteção, não há motivos para a existência do poder familiar após a maioridade.

¹¹² PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, Direito de Família, Rio de Janeiro: Forense, vigésima edição revista e atualizada por Tania da Silva pereira, 2013, página 497.

¹¹³ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. Direito de Família. Volume 6, São Paulo, Saraiva, 2002, página 416.

¹¹⁴ DINIZ, Maria Helena Diniz, Curso de Direito Civil Brasileiro, Direito de Família, São Paulo: Saraiva, página 462.

Quanto à adoção, ocorre que os titulares do poder familiar, os pais naturais da criança, irão transferir o direito-dever do poder familiar aos pais adotantes. Está é a única hipótese em que os pais poderão abrir mão do poder familiar e transferi-lo a outrem.

O filho adotado deverá ter os mesmos direitos dos filhos naturais, tendo em vista a o princípio da igualdade entre os filhos. O artigo 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente expressa essa isonomia da seguinte forma:

Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.

§ 1º Se um dos cônjuges ou concubinos adota o filho do outro, mantêm-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou concubino do adotante e os respectivos parentes.

§ 2º É recíproco o direito sucessório entre o adotado, seus descendentes, o adotante, seus ascendentes, descendentes e colaterais até o 4º grau, observada a ordem de vocação hereditária.

Nos casos de adoção, extingue-se o poder familiar do pai e da mãe natural, sendo transferido para o adotante; se os pais adotivos falecerem, o poder familiar do pai e da mãe biológicos não será restaurado. À criança, será nomeado tutor nesse caso. A extinção é, portanto, a interrupção definitiva do poder familiar. Nos casos de adoção, a criança em momento algum ficará fora do poder familiar.¹¹⁵

A perda do poder familiar pode ocorrer por decisão judicial nos termos do artigo 1.638. O artigo referido traz as possibilidades em que poderá, por ato judicial, perder o poder familiar o pai ou a mãe que castigar imoderadamente o filho, deixar o filho em abandono, praticar atos contrários à moral e aos bons costumes e incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo 1.637 que trata do abuso de autoridade dos pais ou da má administração dos bens da criança. O artigo não é taxativo, pois inúmeras hipóteses poderão se enquadrar

¹¹⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, Direito de Família, Rio de Janeiro: Forense, vigésima edição revista e atualizada por Tania da Silva pereira, 2013, página 498.

quanto a serem contrários à moral e aos bons costumes. Inegável que hoje em dia é inadmissível que se permita atos de violência dos pais contra os filhos.

A perda do poder familiar é a sanção mais grave aos pais que falharem no cumprimento dos deveres que a lei impõe a eles e que abusarem da autoridade.¹¹⁶ Portanto, a perda ou extinção do poder familiar deve ser a última alternativa. Ela deve visar o bem da criança ou do adolescente, não podendo beneficiar o pai ou mãe abusador.

Cabe, por fim, ressaltar que a perda do poder familiar não extingue algumas obrigações incumbidas aos pais, como por exemplo, o dever de pagar alimentos. É interessante para o Estado assegurar que as novas gerações tenham uma boa formação. Sendo assim, reafirma-se o caráter de *munus* público do poder familiar.

Serão analisadas, a partir de agora, algumas decisões referentes à perda do poder familiar, por descumprimento por parte dos genitores dos deveres inerentes ao poder familiar. A primeira decisão é do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul cuja ementa segue abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. DESCUMPRIMENTO PELOS GENITORES DOS DEVERES INERENTES AO PODER FAMILIAR. Cabível a destituição do poder familiar imposta aos genitores e à família extensa que não cumprira com os deveres inculpidos no art. 1.634 do Código Civil e nos arts. 227 e 229 da Constituição Federal, porquanto não apresentam condições de cuidar, proteger e se responsabilizar pelo menor de idade. **RECURSO DESPROVIDO.** (Apelação Cível Nº 70066945932, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 02/12/2015)

Trata-se de Apelação que pretendia reformar sentença que julgou procedente a ação de destituição do poder familiar.

A Desembargadora Liselena Schifino Robles Ribeiro começa o voto definindo o poder familiar da seguinte forma: “A princípio, o poder familiar é um conjunto de direitos e deveres que o Estado incumbiu aos pais, pelo qual a eles

¹¹⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, Direito de Família, Rio de Janeiro: Forense, vigésima edição revista e atualizada por Tania da Silva Pereira, 2013, página 499.

competete o dever de assistir, criar e educar os filhos menores. ” A definição apresentada está de acordo com as posições doutrinárias sobre o tema.

A julgadora afirma que a perda do poder familiar somente ocorre em hipóteses de extrema gravidade na infringência dos deveres inerentes aos pais, e tais casos vêm expressamente arrolados no artigo 1.638 do Código Civil Brasileiro:

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

I – castigar imoderadamente o filho;

II – deixar o filho em abandono;

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

IV – incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.”

Os argumentos utilizados pelo Ministério Público para o ajuizamento da ação foram o de que os pais são negligentes, fazem uso de drogas ilícitas indiscriminadamente, além do descaso total com a vida e a saúde do filho. O casal mantém um relacionamento conturbado, o pai possui diversos registros policiais, é pessoa violenta, e responde por homicídios, crimes contra o patrimônio e posse de drogas. As famílias dos genitores foram procuradas, mas informaram não terem condições de se responsabilizar por mais uma criança. A Desembargadora assim refere:

Enfim, resta comprovado que nem os requeridos, nem o núcleo familiar, reúnem as mínimas condições para desempenhar de modo satisfatório os deveres inerentes ao poder familiar, sendo que a manutenção do infante naquele ambiente — totalmente desestruturado e nocivo a qualquer pessoa em desenvolvimento, de extrema vulnerabilidade — implicará situação de risco contínuo, com comprometimento de sua estrutura moral, física e mental.

Logo, cabível a destituição do poder familiar, com vista à proteção e segurança de Gabriel e o seu encaminhamento a uma família substituta.

A decisão, novamente, atenta para os interesses do filho, a jurisprudência confirma a doutrina, no sentido de que cada vez mais o poder familiar é um direito dos filhos, um dever dos genitores e não mais um poder baseado na força e na autoridade excessiva.

A segunda decisão a ser analisada trata de destituição do poder familiar, devido a abandono, conforme ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NULIDADE DE CITAÇÃO. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. ABANDONO. Verificada a realização de medidas necessárias à localização da parte, encontrando-se esta em local incerto e não sabido, correta a realização de citação editalícia. Não merece reparo a decisão que destituiu o poder familiar, já que houve abandono do genitor, que não procura os filhos há mais de 10 anos. **APELAÇÃO CÍVEL DESPROVIDA.** (APELAÇÃO CÍVEL Nº 70066862772, SÉTIMA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: JORGE LUÍS DALL'ÁGNOL, JULGADO EM 02/12/2015)

Trata-se de Apelação Cível contra decisão que destituiu o poder familiar de ambos os genitores, referente a dois filhos do casal.

Sobre as alegações dos apelantes, aduzem que a destituição do poder familiar é medida extrema e não recomendada. O voto que manterá a decisão de primeiro grau se baseia no artigo 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual diz que poderá perder o poder familiar aquele que sem justificativa descumprir os deveres e obrigações previstos no artigo 22, quais sejam: 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.

Além dos artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente, o julgador invoca o artigo 1.638, inciso II, que afirma que perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que deixar o filho em abandono.

Paulo Nader sobre o assunto afirma que existem muitas formas de abandono: o físico, o assistencial, o intelectual e o moral:

Há formas diversas de abandono: o físico, em que o genitor se desfaz do filho; o assistencial, quando deixa de prover as necessidades de sustento e saúde; o intelectual, ao não encaminhá-lo à escola; o moral, quando não proporciona

atenção, carinho ao filho, desconsiderando o vínculo no plano da afetividade.¹¹⁷

Os pais das crianças não mantêm contato com os mesmos desde do ano de 2005, quando foram abrigados. O genitor foi preso por acusação de abuso sexual à enteada, e as crianças foram acolhidas com desnutrição, pediculose e verminose, com precárias condições de higiene.

Tendo em vista o abandono, os Desembargadores entenderam por negar provimento ao apelo, conforme dispositivo:

Assim, está demonstrado que o apelante abandonou os filhos há mais de 10 anos, devendo ser mantida a sentença que destituiu o poder familiar.

Nesses termos, nego provimento ao apelo.

A última análise jurisprudencial corresponde a destituição do poder familiar devido à negligência e incapacidade dos genitores para o exercício da autoridade parental, conforme ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR. FRAGILIDADE DA SAÚDE DA CRIANÇA. GENITORES SEM CAPACIDADE PARA O EXERCÍCIO DA PARENTALIDADE SEGURA E RESPONSÁVEL.

Não obstante a afirmação de que os apelantes estão dispostos a se reestruturarem para manter os cuidados com a filha, ao longo da tramitação desta a ação, e desde o acolhimento da menina, seus esforços não se confirmaram em mudança de comportamento. Sem sombra de dúvida restou comprovada não só a negligência que deu início a esta ação, quando a menina era deixada aos cuidados do irmão de 13 anos e que culminou com sua internação hospitalar com quadro de diarreia e vômito intensos, tendo a mãe fugido do hospital com a criança, como a incapacidade, ainda presente, de os apelantes se responsabilizarem pelos cuidados da filha, bem como a não adesão a esforços de apoio e amparo familiar. Nem mesmo há segurança na narrativa de que não mais são usuários de crack. Neste contexto, impõe-se manter a destituição do poder familiar, cuja

¹¹⁷ NADER, Paulo. Curso de Direito Civil – Família; volume 5, Editora Forense, trecho extraído do acórdão que negou provimento à apelação cível nº 70066862772, SÉTIMA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: JORGE LUÍS DALL'AGNOL, JULGADO EM 02/12/2015.

decisão foi respaldada em avaliação psicológica e demais provas dos autos. **NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME.** (Apelação Cível Nº 70066390717, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 26/11/2015)

Trata-se de recurso de Apelação interposta pelos genitores contra sentença que determinou a destituição do poder familiar em relação à filha do casal.

Durante o processo, foram apresentados documentos que comprovaram a negligência dos genitores no que tange aos cuidados com os filhos. O Julgador, para justificar sua decisão, invoca os artigos 22 e 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como os artigos 1.634, 1.635 e 1.638 do Código Civil Brasileiro.

Casos de negligência foram comprovados no processo, através de laudos e relatórios de avaliação, como pode-se perceber pelo trecho da decisão que cabe colacionar aqui: “Vejam que documentos das fls. 07 e 12 dos autos narram que em junho de 2012 RITA fugiu do Hospital da Criança Santo Antônio, levando consigo MIKELI, que estava internada e precisando de acompanhamento. ”

Além disso, um estudo social de agosto de 2014 constou que a menina é portadora de síndrome rara e necessita de cuidados especiais por tempo indefinido.

Sendo assim, decidiram os Desembargadores da seguinte forma:

Em conclusão, sem sombra de dúvida está configurada não só a negligência que deu início a esta ação, como a incapacidade, ainda presente, de os apelantes se responsabilizarem pelos cuidados da filha, bem como a não adesão a esforços de apoio e amparo familiar. Nem mesmo há segurança na narrativa de que não mais são usuários de crack.

De modo que se impõe a manutenção da sentença em todos os seus termos.

Por todo o exposto, NEGOU PROVIMENTO à apelação.

Mais uma vez, a decisão se baseia no interesse do filho, reforçando ainda mais a tese que o poder familiar é cada vez mais um conjunto de deveres e que a palavra poder cada vez menos tem espaço na definição do instituto.

Ao final da análise jurisprudencial, verificou-se que as decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul são uníssonas quando não houver condições dos genitores cumprirem com as obrigações previstas na lei ou em caso de risco à criança ou ao adolescente, sendo os genitores destituídos do poder familiar.

Perceptível a intervenção do Estado junto ao instituto do Poder Familiar e nas relações familiares. Tanto a suspensão quanto a perda e a extinção do poder familiar são penalidades aplicadas aos pais por falhas na execução dos deveres estabelecidos pela lei. A intenção não é a punição dos genitores, mas sim preservar o interesse da criança ou do adolescente.¹¹⁸

¹¹⁸ DINIZ, Maria Helena Diniz, Curso de Direito Civil Brasileiro, Direito de Família, São Paulo: Saraiva, página 392.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A afeição pelo direito de família surgiu durante as primeiras aulas da disciplina de Direito de Família ministradas pelo professor desta casa, Jamil Andraus Hanna Bannura. Já a escolha do tema foi fruto de uma conversa com a Professora Doutora Simone Tassinari Cardoso, que muito bem orientou-me nesse sentido.

Sobre o trabalho, propriamente dito, considerando a análise histórica realizada, no que tange à família e à sociedade, percebe-se que os valores de cada época foram moldando os institutos, a forma, o conteúdo, a abrangência e o exercício, que foram determinados pelo meio, pela sociedade e pela família.

Sobre o conceito de *patria potestas*, então, pode-se afirmar que era um instituto do direito romano, cuja a titularidade para exercer era conferida apenas ao homem, devido as características da sociedade romana na época. A *patria potestas* conferia ao pai, por exemplo, o poder de decidir sobre a vida e a morte dos seus filhos. O Instituto romano era baseado no medo e imposto pela força.

As fontes e características da *patria potestas* podem ser identificadas no direito romano. Suas fontes eram: a descendência no casamento legítimo, a legitimação e a adoção. O *pater* possuía apenas direitos sobre os filhos, não havia um dever com o bem-estar dos seus filhos. Alguns poderes conferidos ao pai eram: *ius vitae et necis*, *ius exponendi*, *ius vendendi* e Poder de Emancipar.

No que tange a evolução histórica, pode ser afirmar que devido à influência do direito português, o ordenamento jurídico brasileiro herdou o instituto do pátrio poder. O pátrio poder tem suas bases oriundas da *patria potestas* romana. A sociedade brasileira, na época, era patriarcal, era conservadora e era machista. Nesse contexto, a sociedade era toda voltada para o homem, afastando a mulher de qualquer possibilidade de protagonismo. Por muitos anos essa situação permaneceu praticamente estagnada. O Código Civil Brasileiro de 1916, garantia que o homem seria o chefe da família,

cabendo a ele, portanto, o exercício do pátrio poder. Algumas alterações ocorreram a partir da década de sessenta, como por exemplo, o Estatuto da Mulher Casada que assegurou o pátrio poder para ambos os pais, entretanto exercido pelo pai com a colaboração da mãe. Outra conquista realizada através da Lei 4.121 de 1962 foi que o Estatuto excluiu a mulher do rol de relativamente incapazes. Entretanto, a real isonomia só foi alcançada com a Constituição Federal de 1988. Percebe-se, nessa questão, o avanço expressivo, com o passar dos tempos, desde o Direito Romano, até o Código Civil Brasileiro de 2002, embora o Brasil tenha demorado para iniciar suas mudanças na forma de pensar a relação de igualdade entre homem e mulher.

Em relação ao conceito de poder familiar conhecido atualmente, podemos afirmar que o poder familiar é o conjunto de poderes e deveres, onde o dever se destaca diante do poder, ou seja, um poder-dever, cujos titulares para o seu exercício são os genitores, em igualdade de condições, que visarão sempre e unicamente o bem-estar do filho menor não emancipado. Um importante para chegarmos ao conceito mais moderno de poder familiar é o Estatuto da Criança e do Adolescente. Um poder que, outrora, era reservado apenas ao pai, que era o chefe da família, passou a ser um poder-dever, onde o dever se sobrepõe ao poder e que é exercido conjuntamente pelos genitores. O Código Civil de 1916 representava uma sociedade patriarcal que, felizmente, com o passar do tempo, foi deixando de ser. Foram necessários muitos anos para a igualdade entre homem e mulher fosse reconhecida. Notório que os avanços do direito das mulheres foram de suma importância para que hoje alcançássemos o conceito de poder familiar.

Quanto à nomenclatura adotada, existe uma crítica pela maioria da doutrina. Os doutrinadores acreditam que a expressão poder familiar não representa o real significado do instituto. A nomenclatura correta, no entendimento doutrinário, é Autoridade Parental.

No que concerne as características do poder familiar, segundo pesquisa doutrinária, pode-se afirmar que tem caráter de *munus* público, é indivisível, irrenunciável, inalienável, imprescritível, intransferível e incompatível com a tutela.

O conteúdo do poder familiar está previsto no artigo 1.634 do Código Civil Brasileiro de 2002. Neste artigo estão presentes as obrigações atinentes ao poder familiar que deverão ser cumpridas, conjuntamente, por ambos os genitores sem qualquer distinção. Será dever dos pais, por exemplo, dirigir a criação e a educação do seu filho; exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; assim como representar os filhos judicialmente e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, entre outras obrigações previstas pelo artigo 1.634.

Como visto no conteúdo do poder familiar, a guarda é elemento do instituto, não podendo se confundir com o mesmo. A guarda é destinada para a educação, criação e desenvolvimento da criança ou do adolescente. Foram abordadas três modalidades de guarda: a guarda alternada, a guarda compartilhada e a guarda unilateral. Dentre as modalidades de guarda apresentadas, a guarda compartilhada é a que melhor se encaixa aos princípios constitucionais da igualdade entre homem e mulher, possibilitando condições a ambos os pais de serem responsáveis pelas decisões sobre a vida dos filhos.

O instituto perdeu o caráter perpétuo da *patria potestas*, atualmente, ele poder ser: suspenso, nos termos do artigo 1.637, quando o genitor abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos; extinto, nos termos do art. 1.635 do Código Civil Brasileiro, quando morrerem os pais ou o filho, pela emancipação, nos termos do art. 5o, parágrafo único, pela maioria, pela adoção ou por decisão judicial, na forma do artigo 1.638; por fim, poderá ser destituído, nos termos do artigo 1.638, ou seja, poderá perder, por ato judicial, o poder familiar o pai ou a mãe que castigar imoderadamente o filho, deixar o filho em abandono, praticar atos contrários à moral e aos bons costumes e incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo 1.637 que trata do abuso de autoridade dos pais ou da má administração dos bens da criança.

Por fim, ao final das análises jurisprudenciais, percebe-se que o poder familiar, ao passar do tempo, perdeu seu “poder” e adquiriu o “dever”. As decisões convergem no sentido de que o que deve prevalecer é o interesse da

criança ou do adolescente, reforçando a ideia de que o instituto é um conjunto de deveres e não mais de poderes. No que tange as decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, os genitores que não possuem condições para o exercício do poder familiar e não cumprirem com os deveres conferidos pela Lei perderão o poder familiar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**, Rio de Janeiro, Editora Forense, décima quarta edição, 2008.

ALVES, Leonardo Moreira. “**A guarda compartilhada e a Lei n. 11.698-08**” disponível em <http://jus.com.br/artigos/12592/a-guarda-compartilhada-e-a-lei-n-11-698-08> Acesso em 07-12-2015.

BUENO, Ruth. **Regime Jurídico da Mulher Casada**, Rio de Janeiro, terceira edição revisada e ampliada, Forense, 1972.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Civil. Família e Sucessões**, 6ª edição, Saraiva.

COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CORREIA, Alexandre e SCIASCIA, Gaetano. **Manual de Direito Romano**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

CRETELLA, José Júnior. **Curso de Direito Romano**, Rio de Janeiro: Editora Forense, vigésima segunda edição.

COULANGES, Numa Denis Fustel de. **A Cidade Antiga**, São Paulo, Hemus, 1975.

DANTAS, San Tiago. **Direitos de Família e das Sucessões**, Rio de Janeiro: Forense, segunda edição, 1991.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, São Paulo, quinta edição, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, São Paulo, nona edição, 2013.

DINIZ, Maria Helena Diniz, **Curso de Direito Civil Brasileiro**, Direito de Família, São Paulo: Saraiva.

FIGUEIREDO, Fábio Vieira e GIANCOLI, Bruno Pandori. **Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2009.

FONSECA, Antonio Cezar Lima. **O Código Civil e o Novo Direito de Família**, Livraria do Advogado, primeira edição.

GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Pamplona, **Novo Curso de Direito Civil. Direito de Família. As famílias em perspectiva constitucional**. Saraiva, terceira edição.

GERMANO, Luiz Paulo Rosek. Deveres Constitucionais da Família frente ao Estado. In: PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel (Org.). **Tendências constitucionais do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**, sexta edição, São Paulo: Saraiva, volume 6, 2009.

GONÇALVES, Denise Wilhelm. **Guarda Compartilhada**, artigo jurídico, da revista Jurídica 299 de Setembro de 2002.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada - Quem Melhor para Decidir?** São Paulo: Pai Legal, 2002. (Disponível em <http://www.apase.org.br/81005-gcquemmelhor.htm>) consulta em 04-12-2015.

HASSELMANN, Elisa. **O Melhor Interesse da Criança e do Adolescente em Face ao Projeto de Código Civil**, apud um debate interdisciplinar, São Paulo, Renovar, 2000.

KUMPEL, Vitor Frederico. **Direitos difusos e coletivos: Estatuto da Criança e do Adolescente**, São Paulo: Saraiva, 2009.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Do Poder Familiar**, disponível em <http://jus.com.br/artigos/8371/do-poder-familiar>.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Poder Familiar – Aspectos teóricos e práticos**, Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, terceira edição, 2009.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**, Rio de Janeiro: Forense, quinta edição, 2013.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**, São Paulo: revista dos tribunais, 1974, volume 9.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito Civil. Direito de Família**, São Paulo, Saraiva, 1980, décima nona edição, volume 2.

OLIVEIRA, José Sebastião. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil, Direito de Família**, Rio de Janeiro: Forense, vigésima edição revista e atualizada por Tania da silva pereira, 2013.

PERROT, Michelle. **“O nó e o ninho”**, Veja 25: reflexões para o futuro, São Paulo: abril, 1993.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**, Rio de Janeiro: Forense, oitava edição.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil. Direito de Família**, São Paulo, Saraiva, volume 6, 2002.

SANTOS, Manuel de Carvalho, **Código Civil Brasileiro Interpretado**. Rio de Janeiro, nona edição, Freitas Bastos, 1978.

SILVA, Ana Maria Milano. **Guarda Compartilhada**, quarta edição. São Paulo: JH Mizuno, 2015.

STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de Filhos**, São Paulo: Saraiva, 1998.

TEIXEIRA, Francisco M. P. **Brasil, História e Sociedade**. São Paulo, Editora Ática, 2000.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. São Paulo: Editora Atlas, 2001.

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.