

CLARICE MORAES REIS

**O PODER FAMILIAR NA NOVA
REALIDADE JURÍDICO-SOCIAL**

MESTRADO EM DIREITO

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

2005

CLARICE MORAES REIS

**O PODER FAMILIAR NA NOVA
REALIDADE JURÍDICO-SOCIAL**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito Civil Comparado – Direito das Relações Sociais, sob a orientação da Professora Doutora Maria Helena Diniz.

SÃO PAULO

2005

BANCA EXAMINADORA

**Dedico este trabalho aos meus saudosos avós,
Idair e Odete, pelo exemplo de união, pelos
ensinamentos de vida e pelos preciosos valores
que inspiraram o presente trabalho.**

AGRADECIMENTOS

A Deus, pelo privilégio da Vida e por permitir a conclusão
dessa jornada.

Aos meus pais, Jairton e Maria Helena, pelo amor incondicional no exercício do poder familiar, base sólida sobre a qual formei meus valores, sonhos e busco meus ideais.

Às minhas irmãs e à minha sobrinha, que nas interações cotidianas de alegrias e dificuldades completam o verdadeiro sentido de família.

Ao Arnaldo, pela sua presença carinhosa e paciente.

À Professora Maria Helena Diniz que com doçura, dedicação, paciência e sabedoria orientou o presente trabalho, mostrando-se mais que professora, uma amiga.

Aos meus amigos Daniele, Arnaldo, Alexandre, Maria Cristina, Irmã, Roberta e Érica pelas incessantes ajudas materiais e intelectuais que alimentaram essa pesquisa e o meu desejo de prosseguir.

Enfim, a todos que de alguma forma auxiliaram, incentivaram, apoiaram e contribuíram para o êxito deste trabalho.

RESUMO

O presente estudo, dentro da linha de pesquisa adotada pelo programa de pós-graduação *stricto sensu* em direito civil comparado, propõe-se a analisar a evolução do poder/dever atribuído aos pais em relação à pessoa dos filhos, evidenciando a alteração da estrutura familiar como um fato jurídico-social importante para o Estado.

São notórias as mudanças e os avanços experimentados no direito de família, notoriamente a partir de meados do século passado, em razão da modificação do sistema patriarcal, calcado na figura do *bônus pater familiae*, o chefe de família, que foi perdendo espaço na medida em que a mulher ganhou qualidade de sujeito de direito plenamente capaz.

O esboço histórico do tema, ponto de partida do presente estudo, tem por finalidade evidenciar as estruturas sociais em que se baseiam as organizações familiares e, conseqüentemente, refletem na sistematização do direito positivo.

A análise das legislações existentes em nosso direito pátrio e também no direito alienígena demonstra que a transformação do conceito de pátrio poder certamente não fica restrita ao plano terminológico.

O novel diploma civil optou pela utilização do termo “poder familiar”, tratando-o dentro do Livro IV (Do Direito de família), Título I (Do Direito Pessoal), Subtítulo II (Das Relações de Parentesco), Capítulo V (Do Poder Familiar), artigos 1.630 a 1.638.

Nota-se que foi mantida a estrutura legal do Código anterior no tocante à ordem, seqüência e conteúdo, simplesmente adaptando-os aos princípios constitucionais, especialmente quanto ao seu exercício conjunto pelo pai e pela mãe, podendo-se afirmar que o poder familiar constitui um *múnus* público irrenunciável pelos pais, indisponível e imprescritível.

Enfim, o presente estudo procura justamente detectar as modificações da estrutura familiar e justificá-las dentro da realidade jurídica e social.

ABSTRACT

The present paper, following the research line adopted by the graduate course in comparative civil law, has the purpose of analyzing the evolution of the paternal power/duty granted to the parents in relation to their children, evidencing the alteration in the family structure as an important legal event for the State.

Changes and advances taken place in the family law, especially since the middle of the last century, are due to alterations in the patriarchal system, which had been always relied on the *bonus pater familiae*. *Pater familiae* has been losing space at the same time women has become legal subject fully capable of rights.

The historical overview of the present paper, which is the beginning of this topic, analyzes the current enforced legislation in Brazil and also in foreign countries, with the purpose of evidencing social structures that ground family organizations, and that are also influenced in the current positive law.

The new Civil Code has adopted the usage of the term “family power”, referring so in Book IV (Family Rights), Title I (Personal Rights), Subtitle II (Blood relations), Chapter V (Family power), articles 1.630 to 1.638.

It is important state that the same structure in relation to its order, sequence and content used in the previous Code has been remained. However, this structure was indeed adopted to the constitutional principles, especially in relation to the joint performance of such power by both father and mother. So, it is possible to say that the family power is a public *munus* that cannot be renounced nor disposed by the parents.

Therefore, the purpose of this study is to analyze modifications in the family structure and justify them on the present social and legal scenario.

ÍNDICE

PREFÁCIO	x
CAPÍTULO I – EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PODER FAMILIAR	1
1.1. Revolução do papel da mulher na sociedade e na família	1
1.2. Papel do pai e a filiação que se constrói	13
1.2.1. Conceito de filiação	15
1.2.2. Classificação e a nova realidade sobre filiação	18
1.2.3. Paternidade socioafetiva – a filiação oriunda do amor	25
1.3 Família e poder familiar no século XXI	36
CAPÍTULO II – CONCEITUAÇÃO ATUAL DO INSTITUTO: PÁTRIO PODER, PÁTRIO DEVER, PODER FAMILIAR OU AUTORIDADE PARENTAL?	43
2.1. Conceituação atual do instituto	43
CAPÍTULO III – CONTEÚDO E REGULAÇÃO DO PODER FAMILIAR NO NOVO CÓDIGO CIVIL	58
3.1. Regulamentação do poder familiar no novo Código Civil	58
3.2. Conteúdo do poder familiar	64
3.2.1. Criação e educação da prole	67
3.2.2. Guarda de filhos e direito de visita	71
3.2.3. Autorização para casamento	77
3.2.4. Nomeação de tutor	80
3.2.5. Representação e assistência	81
3.2.6. Busca e apreensão	82
3.2.7. Obediência e respeito	84
3.3. Administração e usufruto dos bens dos filhos menores	85
3.4. Responsabilidade civil dos pais por ato lesivo do filho	91
3.4.1. Solidariedade entre os pais	103
3.4.2. Menor emancipado	114
3.4.3. Pais adolescentes incapazes	120

CAPÍTULO IV – TITULARIDADE E EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR	122
CAPÍTULO V – GUARDA E DIREITO DE VISITA	133
5.1. Conceito de guarda	133
5.2. Modelos de guarda	139
5.2.1. Guarda alternada	139
5.2.2. Guarda dividida	142
5.2.3. Guarda de nidação	143
5.2.4. Guarda compartilhada	143
5.2.5. Guarda de terceiros	148
5.3. Guarda Compartilhada x guarda alternada	148
5.4. Critérios determinantes da guarda	167
5.5. Direito comparado	174
CAPÍTULO VI – SUSPENSÃO, DESTITUIÇÃO E EXTINÇÃO DO PODER FAMILIAR	178
6.1. Suspensão do poder familiar	178
6.2. Destituição do poder familiar	183
6.3. Extinção do poder familiar	192
CAPÍTULO VII – ALGUNS ASPECTOS PROCESSUAIS	198
7.1. Procedimento da perda e da suspensão do poder familiar	198
7.2. Procedimento da extinção do poder familiar	201
CAPÍTULO VIII – PODER FAMILIAR NO DIREITO COMPARADO	203
CONCLUSÃO	215
BIBLIOGRAFIA	221

PREFÁCIO

Considerado como ramo do direito civil, o direito de família está ligado a todos os cidadãos, sendo visto como a exteriorização de seus anseios frente à sociedade, no qual as suas normas podem ser consideradas como um recorte da vida privada. Nesta seara, o poder familiar é instituto de suma importância, uma vez que se encontra consagrado como função dos pais no encargo de assegurar a seus filhos todos os direitos que lhes são reconhecidos como pessoa.

Tal instituto deve ser observado sempre em consonância com as disposições da Constituição Federal, pois prioritariamente alcança o rol de direitos e garantias asseguradas aos menores, bem como com os demais diplomas legais (Código Civil e Estatuto da Criança e do Adolescente).

Diante da importância do tema, este estudo pretende analisar o instituto do poder familiar, assim denominado pelo Código Civil de 2002. Para tanto, este trabalho encontra-se dividido em oito capítulos distintos interligados entre si.

No primeiro capítulo será apresentada, em breves considerações, a Evolução histórica da família, subdividindo-se em três itens: o primeiro trata da revolução do papel da mulher na sociedade e na família; o segundo retrata o papel da filiação em nossa sociedade, abrangendo assim o

conceito de diversos doutrinadores; por fim, o terceiro item trata da família no século XXI.

O segundo capítulo analisa as novas nuances do poder familiar, novo tema intitulado pelo Código Civil, antes chamado de pátrio poder. Neste capítulo apresenta-se o conceito e os diversos entendimentos atuais sobre o tema.

O terceiro capítulo, por sua vez, desenvolve o conteúdo do poder familiar no Código Civil de 2002, dividindo-se em conteúdo pessoal do poder familiar e conteúdo patrimonial, sendo analisado também as inovações e tratamento dispensado ao tema.

O quarto capítulo trata da titularidade e exercício do poder familiar, também nos moldes do novo diploma legal.

Após essa compreensão, o quinto capítulo se concentra no estudo da guarda, inclusive, a compartilhada, e do direito de visita, elucidando as principais dúvidas que existem sobre os institutos, demonstrando no ordenamento jurídico onde há respaldo para sua aplicabilidade, além das consequências e vantagens que seu deferimento poderá gerar para os indivíduos envolvidos no rompimento conjugal. Também são objeto de análise os projetos de lei existentes em nosso país, bem como alguns posicionamentos jurisprudenciais acerca do tema.

O sexto capítulo trata das formas de suspensão, destituição e extinção do poder familiar, levando à enumeração das causas que dão cabo a essas conseqüências.

Por sua vez, o sétimo capítulo trata de alguns aspectos processuais do instituto e, assim, serão analisados os procedimentos e efeitos da perda, da suspensão e da extinção do poder familiar.

Finalmente, o oitavo capítulo analisa o instituto do poder familiar nas diversas legislações e doutrinas estrangeiras através do estudo comparado desse importantíssimo instituto de direito de família.

Assim, o desenvolvimento deste estudo, seguindo os seus objetivos específicos, direciona-se para uma análise dos aspectos gerais acerca do poder familiar e dos entraves encontrados no ordenamento jurídico pátrio, sendo analisadas, para tanto, diversas legislações, documentos internacionais, doutrinas e conceitos que se relacionam com o tema.

São Paulo, 27 de agosto de 2005.

Clarice Moraes Reis

CAPITULO I - EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PODER FAMILIAR

1.1. Revolução do papel da mulher na sociedade e na família

No decorrer dos séculos, a família sofreu importantes alterações, levando os agrupamentos humanos a se apresentarem sob diversas formas. Observa-se que, num primeiro momento histórico, não havia normas disciplinadoras das uniões, inexistindo entre os homens e as mulheres vínculo de exclusividade; subsistia, por exemplo, a poligamia e os matrimônios em grupo, caracterizado pela união coletiva de algumas mulheres com alguns homens¹.

Nesse período, as famílias eram agrupamentos chamados de “horda”, onde os homens e as mulheres viviam de forma nômade, sem regras orientadoras de convivência, sendo muito comum a promiscuidade entre eles. Para Caio Mario da Silva Pereira as obras de Spencer e Morgan retratam isso com fidelidade e Spencer relata que *“num período de transição do estágio animal para o humano, cada mulher pertencia igualmente a todos os homens e cada homem a todas as mulheres”*, configurando o chamado matrimônio por grupos (endogamia)².

Porém, com a evolução da sociedade, a família mudou e as relações matrimoniais passaram do estágio grupal para a formação de novos grupos familiares trazidos por novas religiões e novas culturas. Neste momento histórico, a

¹ Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de direito civil – direito de família, Rio de Janeiro: Forense, 2004, vol V, p. 24; Eduardo de Oliveira Leite, *Origem e evolução do casamento*, Curitiba: Juruá, 1991.

² Sílvio de Salvo Venosa, *Direito civil: direito de família*, São Paulo: Atlas, vol. VI, 2004, p. 17; Caio Mário da Silva Pereira, Instituições, cit. p. 38.

Igreja exercia forte influência, impondo dogmas que deveriam ser seguidos. Com o passar dos tempos, os homens, que antes eram nômades, começaram a estabelecer moradas permanentes e viver da agricultura, erigindo a mulher como autoridade máxima, o que foi chamado de matriarcado. Neste período, a mulher exercia o papel de chefe da família, e era venerada pelos homens que a comparavam com a terra, a geradora da vida e a supridora das necessidades humanas.³

Embora muitos neguem a existência de um matriarcado diante dos poucos registros históricos, Clóvis Beviláqua e Caio Mário da Silva Pereira, admitem que nas tribos da África, da América e da Ásia, as famílias desenvolviam-se a partir da matriarca, que administrava e dirigia o grande núcleo familiar.⁴

Nessa época, segundo a maioria da doutrina, subsistia em todas as sociedades, principalmente diante a influência da Igreja, o patriarcado, onde o homem exercia a liderança do núcleo familiar. Sistema que perdurou no Brasil, até o advento da Constituição Federal de 1988 e que ainda subsiste no seio de algumas famílias mais tradicionais.

³ Sílvio de Salvo Venosa afirma que “A monogamia desempenhou um papel de impulso social em benefício da prole, ensejando o exercício do poder paterno (...) Essa situação vai-se reverter somente com a Revolução Industrial, que faz surgir um novo modelo de família (...) Perdendo seu papel econômico, sua função relevante transfere-se ao âmbito espiritual, fazendo-se da família a instituição na qual mais se desenvolvem os valores morais, afetivos, espirituais e de assistência recíproca entre seus membros.” (Direito..., cit. p. 17-18).

⁴ Clóvis Beviláqua, *Direito de família*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, p. 19. No mesmo sentido: Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições*, cit. p. 25.

Nesse contexto histórico, a família romana exerce importante papel porque é considerada o embrião do que hoje conhecemos como família. No Direito Romano, a família era unificada na pessoa do *pater família* e possuía alguns posicionamentos sobre o pátrio poder, sobre o casamento e seus efeitos e sobre a tutela e a curatela.

O *pater familias* era o administrador, o sacerdote, o dirigente e o magistrado, sendo a família composta pela mulher e filhos. O poder era todo unificado na pessoa do homem, estando todos sob o domínio do pátrio poder.

Como se vê, o homem exercia a liderança da família romana, criando-se com isto um novo sistema familiar fundado exclusivamente na autoridade masculina. A expressão “família” deriva do latim *famulus* e se refere ao conjunto de escravos domésticos e bens postos à disposição do *pater*, o qual adquiria e administrava os bens da família, bem como exercia o *patria potestas* (poder sobre a pessoa dos filhos), a *manus* (poder sobre a mulher) e o *domenica potestas* (poder sobre o patrimônio).⁵

⁵ José Cretella Júnior, *Curso de direito romano*, Rio de Janeiro: Forense, 1994, p.106. Ensina José Carlos Moreira Alves (*Direito Romano*, Rio de Janeiro: Forense, vol. II, 2003, p. 249): “Os poderes do *pater familias* sobre as pessoas a ele submetidas se designam a princípio, com uma única palavra: *manus*. Mais tarde, criam-se denominações específicas para indicar sua potestas sobre determinadas espécies de pessoas que constituem a família: a *manus maritalis* (ou *potestas maritalis*) traduz o poder marital (dele sobre a esposa ou dele sobre as esposas dos sujeitos à sua pátria potestas); a *patria potestas*, o pátrio poder (dele sobre seus descendentes ou adotados); a *potestas* (a expressão *dominica potestas* não é romana, mas moderna), o poder sobre os escravos; e o *mancipium*, o poder sobre as pessoas *in mancipio*.”

O homem, como chefe da família, exercia e tinha responsabilidade do *pater*. Desta forma, ele exercia uma jurisdição paralela à estatal, onde o Estado Romano praticamente não interferia no grupo familiar. Os romanos acreditavam que a família era a representação celular do Estado, onde o homem exercia o *domino* na família que era também considerada uma unidade política, jurídica, econômica e religiosa que se erigia em torno da figura masculina.⁶

A família ganha destaque e relevância no Direito Romano, sendo que a partir de então, a união entre homem e mulher ganha também forças no mundo jurídico e passa a gerar efeitos. Pela *conventio in manun*, a mulher e seu patrimônio passavam a pertencer e ser administrados pelo marido (*manus maritalis*). Esta forma de união se dava de três formas: pela *confarreatio*, pela *coemptio* e pelo *usus*.⁷

Em Roma, a família era organizada sobre o princípio da autoridade e abrangia, tantos quantos a ela submetidos. O casamento, para os romanos, estava ligado a perenidade da união (*consortium omnis vitae*), bem como a comunhão de direito humano e divino.⁸ O que predominava na concepção romana do matrimônio era mais a idéia de relação jurídica do que de celebração.

É do direito romano que advém também a figura do *concubinatus*, admitida com as *Lex Julia de adulteriis*, a qual formava o quase-casamento, mas que

⁶ Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições*, cit., p. 18.

⁷ Maria Helena Diniz, *Direito civil – direito de família*, São Paulo: Saraiva, 2003, vol V, p. 41. Thomas Marky, *Curso Elementar de direito romano*, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 159.

⁸ Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições*, cit., p. 51.

não garantia os efeitos decorrentes do casamento, assegurando apenas alguns efeitos legais, como a regularização da prole comum.⁹

Essa forma de união, denominada concubinato, era muito comum diante das imposições legais para se casar, pois era proibido o casamento entre plebeus e patrícios. No período romano, buscou-se de todas as formas, acabar com o concubinato e transformá-lo em casamento, pois os romanos faziam alusão à divindade do matrimônio.¹⁰

A partir do século IV, o Imperador Constantino instalou no direito romano a concepção cristã da família. Posteriormente, sob o manto mais moderno do conceito de família, a mesma recebe contribuição do direito germânico, acolhendo a espiritualidade cristã, reduzindo o grupo familiar aos pais e filhos, assumindo cunho mais sacramental que jurídico.¹¹

Pode-se dizer que dentre tantas outras contribuições, o direito germânico substituiu a organização autocrática pela democrática-afetiva, deslocando o centro da constituição da família, ou seja, retirando o princípio da autoridade e submissão, na qual o homem deveria sempre estar submisso à mulher diante de seu caráter superior. Neste contexto, cumpre ressaltar que as relações de parentesco

⁹ José Cretella Júnior, *Curso...*, cit., 121-123; Nello Andreotti Neto, *Direito civil e romano*. 2ª Edição. Edições GEP, 1975.

¹⁰ Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições*, cit., p. 51.

¹¹ Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições*, cit. p. 27.

permutam o fundamento político da *agnatio* pela vinculação biológica da consangüinidade (*cognatio*).¹²

Após essa concepção da família patriarcal, percebe-se que a mulher passa a ser valorizada e seu papel na família ganha relevância. Isto porque o problema da família não é simplesmente jurídico, mas também político, sociológico e moral.¹³ E a despeito dessas influências, a mulher passa a exercer papel de maior relevância, já que não é só pura e simplesmente propriedade de seu cônjuge, mas é, também, mantenedora e chefe da família. Muitas mulheres são assim reconhecidas pela sua independência financeira e liberdade.

Entretanto essa revolução não foi simples. Para chegar ao estágio em que a sociedade se encontra hoje, muitas foram as barreiras e dificuldades transpostas¹⁴.

¹² Nesse sentido, segundo Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições*, cit. p. 28, os pais passaram a exercer o pátrio poder, no interesse da prole menos como direito do que como complexo de deveres (poder-dever, em lugar de poder-direito). Hoje em dia a expressão “poder marital” é considerada um eufemismo vazio do antigo conteúdo, desde que o texto constitucional de 1988 equiparou os direitos e deveres dos cônjuges nas relações matrimoniais (art. 226, § 5º), o que foi recentemente reforçado pelo Código Civil (art. 1.511).

Cumprir destacar, que as leis gregas também priorizavam a figura do pai, dando-lhe poderes ilimitados, como chefe religioso responsável pela continuidade do culto e da própria família.

¹³ Orlando Gomes, *Direito de família*, Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 34.

¹⁴ A mulher, no decorrer da história, enfrentou dificuldades de se impor tanto no aspecto familiar, como no profissional, materno e liberal. No curso da história, a mulher foi impedida de exercer seu papel de mulher, de mãe (como possuidora da palavra final), sem falar das barreiras profissionais que tivera que enfrentar.

A partir da segunda metade do século XIX, a família patriarcal foi sendo solapada em suas bases, enfraquecendo-se até a morte. A urbanização acelerada, os movimentos de emancipação das mulheres e dos jovens, a industrialização, as revoluções tecnológicas, as profundas modificações econômicas e sociais ocorridas na realidade brasileira e as imensas transformações comportamentais havidas, puseram fim à instituição familiar nos moldes patriarcais. A esses fatores, somem-se as separações entre a Igreja e o Estado e a adoção do casamento civil, decorrentes da Proclamação da República (Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890; Constituição Federal de 1891)¹⁵.

Acerca do processo de modificação da família, são válidas as observações de Carlos Alberto Bittar, que asseverava:

“Com a Revolução Industrial, na segunda metade do século XIX, o trabalho da mulher em fábricas e, posteriormente, em outras atividades econômicas deflagrou o processo crescente de desagregação familiar, acelerado com o êxodo rural que se lhe seguiu. A Revolução Tecnológica de nosso século, os movimentos de igualização da mulher e, mais recentemente, a denominada Revolução etária, com a liberação dos jovens, acabaram por conferir à idéia de família a sua visão atual, de caráter nuclear, restrita a certo número de pessoas. Assim, a família de nossos dias é integrada apenas pelas pessoas que, com os pais, formam o grupo submetido à comunhão de vida,

¹⁵ Sílvio de Salvo Venosa, *Direito...*, cit., p. 20 e 21.

de domicílio e de patrimônio (pais e filhos não casados), em especial nos grandes centros urbanos".¹⁶

Com essa revolução chega-se, finalmente, à análise da instituição familiar como vista atualmente: organizada de modo nuclear; restrita a um número reduzido de pessoas, buscando, progressivamente, maior privacidade. A família extensa foi definitivamente suplantada pela família nuclear, principalmente nas grandes cidades do País.

Antes submetida ao poder absoluto do patriarca, a família encontra-se hoje profundamente regulada por normas de ordem pública. Os interesses de ordem individual e privada cederam espaço a uma regulamentação marcada pelo interesse público. O coletivo, no campo da ordenação jurídica do direito de família, suplantou o individual.

No direito brasileiro, as mudanças se iniciam com o advento do Estatuto da Mulher Casada que passa a outorgar direitos à mulher. Esta deixa de ser relativamente capaz, para ser juridicamente independente, dando início à sua situação atual e à própria mudança da instituição familiar.¹⁷

O passo seguinte na modificação desses conceitos foi obtido com a promulgação da Lei do Divórcio (Lei Federal 6.515, de 26 de dezembro de 1977), a

¹⁶ Carlos Alberto Bittar. *Novos rumos do direito de família*, in: *O direito de família e a Constituição de 1988*, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 3.

¹⁷ Como bem observa Arnaldo Wald, a Lei n. 4.121/62 emancipa a mulher casada, reconhecendo-lhe direitos iguais aos do marido e o mesmo *status* jurídico, restaurando o poder familiar para a mulher viúva (*Curso de direito civil brasileiro: o novo direito de família*, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 23).

qual também deixa sua marca na revolução da família. Yusseft Said Cahali observa que após a Emenda Constitucional n. 9, que deu nova redação ao parágrafo 1º do artigo 175 da Constituição Federal de 1946, introduzindo a dissolução do casamento, a regulamentação do divórcio em lei ordinária foi rápida¹⁸.

Com o advento, por sua vez, da Constituição Federal de 1988 (artigos 226 e seguintes), o direito de família foi substancialmente modernizado.

Nessa seara também importa destacar que a união estável entre o homem e a mulher foi elevada à condição de entidade familiar, gênero do qual igualmente faz parte a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (família monoparental). A igualdade quanto aos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal é um dos pilares sobre os quais se sustenta o novo Direito de Família. Destaca-se, ainda, a possibilidade do divórcio direto, após comprovada separação de fato por mais de dois anos.

Segundo o art. 226, da Constituição Federal:

A família, base da sociedade, tem especial proteção do estado.

§ 1º. O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º. O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º. Para efeito da proteção do estado, é reconhecida a união estável entre homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento.

¹⁸ Yussef Said Cahali, *Divórcio e Separação*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 40-41.

§ 4º. *Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.*

O legislador constituinte de 1988, como se vê, parece ter entendido essas noções e, assim, positiva aquilo que já era de costume, ou seja, deixa claro que a família não se constitui somente pelo casamento. Essas inovações traduziram modernidade e nova visão ao direito de família, ao cuidar do tema de forma mais abrangente, enaltecendo a família como base da sociedade.¹⁹

Com efeito, a partir da Carta de 1988 as famílias naturais ou de fato passaram a receber cuidados estatais; e hoje, com a matéria disposta em sede constitucional, não se pode mais declarar que outras modalidades de se constituir família, como a união estável e a família monoparental²⁰, devam ficar à margem da lei.

Também foram vedadas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. Além de juridicamente iguais, os filhos hoje gozam de especial atenção da ordem constitucional, devendo-lhes ser assegurada a plena proteção dos direitos fundamentais. O poder familiar, nesse contexto, mostra-se hoje um *munus* público.

A Constituição Federal de 1988 igualou homens e mulheres em direitos e deveres. Um ponto que causa bastante controvérsia versa sobre a questão

¹⁹ Rodrigo da Cunha Pereira, *Concubinato e união estável*, Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 20/21.

²⁰ Eduardo de Oliveira Leite, *Famílias monoparentais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997

do princípio da igualdade. Mas, nesse sentido, pode-se seguir as orientações fornecidas pelo artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal, o qual estabelece que *"homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição"*.

As lições de Alexandre de Moraes elucidam qualquer dúvida, pois é inaceitável a utilização do termo sexo, se o mesmo for utilizado como forma de desnivelar o homem e a mulher.

E continua ensinando que a legislação infraconstitucional pretende atenuar as diferenças apresentadas entre homem e mulher, isso afora as distinções apresentadas no próprio texto constitucional, a exemplo nos artigos 7º, XVIII e XIX; 40, parágrafo 1º; 143, parágrafos 1º e 2º; 201, parágrafo 7º.²¹

Reforçando sua argumentação, esclarece, ainda, que:

"A Constituição anterior, em seu artigo 153, parágrafo 1º, também já vedava qualquer tipo de distinção entre as pessoas; o que a vigente constituição fez foi apenas e tão-somente reforçar a igualdade do tratamento que pessoas de sexos diferentes devem receber. Assim, inexistente diferença entre os dois dispositivos. Ambos expressam o mesmo princípio, de forma diversa. Tanto faz dizer todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, quanto todos são iguais perante a lei

²¹ Alexandre de Moraes, *Direito constitucional*, São Paulo: Atlas, 2001. p. 65.

*sem distinção de qualquer natureza, destacando-se que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. O princípio da isonomia não pode ser entendido em termos absolutos; o tratamento diferenciado é admissível e se explica do ponto de vista histórico, também considerado pela constituinte de 1988, já que a mulher foi, até muito pouco tempo, extremamente discriminada. O que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas”.*²²

Também, nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello, assim preleciona:

*“(...) por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas. Para atingir este bem, este valor absorvido pelo Direito, o sistema normativo concebeu fórmula fácil que interdita, o quanto possível, tais resultados, posto que, exigindo igualdade, assegura que os preceitos genéricos, os abstratos e atos concretos colham a todos sem especificações arbitrárias, assim proveitosas que detrimosas para os atingidos”.*²³

A alteração constitucional exigiu que se estabelecesse um conceito mais amplo de entidade familiar, assim a Lei n° 8.069, datada de 13 de julho de

²² Alexandre de Moraes, *Direito*, cit. p. 65.

²³ Celso Antônio Bandeira de Mello, *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, São Paulo: Malheiros. 1993. p. 18.

1990, em seu artigo 25 explica que a família natural é formada pelos pais ou quaisquer deles e seus descendentes.

Não há de se esquecer também a importância da mulher para a sociedade brasileira no que tange à maternidade, exercendo iguais direitos e obrigações na tríade chamada filiação (pai, mãe e filhos), que será objeto do próximo tópico.

1.2. Papel do pai e a filiação que se constrói

O termo “filiação” deriva do latim “*filiatio*” e juridicamente expressa a relação de parentesco que se estabelece entre os pais e o filho em linha reta, criando o estado de filho. Nos dizeres de Paulo Luiz Netto Lôbo:

“O estado de filiação é a qualificação jurídica dessa relação de parentesco, compreendendo um complexo de direitos e deveres reciprocamente considerados. O filho é titular do estado de filiação, da mesma forma que o pai é titular do estado de paternidade em relação a ele. Assim, onde houver paternidade juridicamente considerada, haverá estado de filiação”.²⁴

²⁴ Paulo Luiz Netto Lobo, *Paternidade socioafetiva e o retorcido da súmula 301 do STJ*, Revista Jurídica, Porto Alegre: NotaDez/Fonte do Direito, ano 54, janeiro de 2005, nº 339, p. 339.

A filiação, todavia, nem sempre decorre de laços consangüíneos entre os genitores e prole, nem tampouco do vínculo jurídico estabelecido pela presunção legal estatuída no art. 1597 do Código Civil ou proveniente da certidão oficial de registro de nascimento. Com efeito, ganha cada vez mais espaço na doutrina jurídica nacional a chamada filiação (e paternidade) socioafetiva, essa caracterizada por laços fortes de solidariedade e responsabilidade. "Ora, não se pode negar que o vínculo relacional entre pai e filho não se cria através de um documento, é preciso querer ser pai ou ser mãe e, de parte da criança, é necessário se sentir como filho".²⁵

Com efeito, a terminologia "genitor", antes tida como sinônimo de "pai", nos dias de hoje, restringe-se àquele que concebe geneticamente o início de uma vida humana por meios naturais ou através da reprodução assistida.²⁶ Em sendo assim, ser genitor não significa dizer ser pai.²⁷

²⁵ Maria Cláudia Crespo Brauner, *Novos contornos do direito de filiação: a dimensão afetiva das relações parentais*, Revista da AJURIS, Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, v. 26, n. 78, jun. 2000, p. 194. Sobre o mesmo tema Jacqueline Filgueiras Nogueira, a filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico, São Paulo: Memória Jurídica, 2001, p.95/101.

²⁶ Observa Regina Beatriz Tavares da Silva (*Novo Código Civil comentado* – coord. Ricardo Fiúza, São Paulo: Saraiva, 2005, p.1.459) que: "Há basicamente dois métodos de reprodução artificial: a fertilização in vitro, na qual o óvulo e o espermatozóide são unidos numa proveta, ocorrendo a fecundação fora do corpo da mulher, e a inseminação artificial, consistente na introdução de gameta masculino, por meio artificial, no corpo da mulher, esperando-se que a própria natureza faça a fecundação."

²⁷ Paulo Luiz Netto Lobo chama a atenção para a distinção entre genitor e pai (*Paternidade socioafetiva e o retrocesso da súmula 301 do STJ*, Revista Jurídica, porto Alegre: Notadez/Fonte do Direito, ano 54, janeiro de 2005, nº 339, p.339): "Pai é o que cria. Genitor é o que gera. Esses conceitos estiveram reunidos, enquanto houve primazia da função biológica da família. Afinal, qual a diferença razoável que deva haver, para fins de atribuição de paternidade, entre o homem doador de espermatozóide, para a inseminação heteróloga, e o homem que mantém uma relação sexual ocasional e

1.2.1. Conceito de filiação

O conceito de filiação encontra-se atrelado à relação existente entre o filho e as pessoas que o conceberam formando a chamada filiação. Quanto ao pai, essa relação denomina-se paternidade; quanto à mãe, maternidade e em relação aos filhos, filiação.

Para Arnaldo Rizzardo, pode-se extrair da filiação um conceito genérico que expressa: “(...) a relação que se criou entre o filho e as pessoas que o geraram”.²⁸

No Direito Romano existiam três categorias de filhos: os *iusti*, também chamados de *legitimi*, considerados aqueles advindos de justas núpcias, os adotivos e os legitimados; os *uulgo quaesti* ou *uulgo concepti* ou *spurri*, referente os filhos oriundos de união ilegítima; e os *naturales liberi*, considerados aqueles nascidos de uniões concubinárias²⁹.

voluntária com um mulher, da qual resulta concepção? Tanto em uma como em outra situação, não houve intenção de constituir família. Ao genitor devem ser atribuídas responsabilidades de caráter econômico, para que o ônus de assistência material ao menor seja compartilhado com a genitora, segundo o princípio constitucional da isonomia entre sexos, mas que não envolvam direitos e deveres próprios de paternidade.”

²⁸ Arnaldo Rizzardo, *Direito de família*, Rio de Janeiro: Aide, 1994, vol 2, p. 564; Maria Helena Diniz, *Direito civil – direito de família*, São Paulo: Saraiva, 2005, vol. 5, p. 427; Caio M. S. Pereria, *Instituições de direito civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1987, v. 5, p. 182; Carlos Roberto Gonçalves, *Direito civil brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2005, vol. VI, p. 272; Zeno Veloso, *Direito brasileiro da filiação e paternidade*, São Paulo, Malheiros, 1997, p. 7; Silvio Rodrigues, *Direito civil – direito de família*, São Paulo: Saraiva, 2001, vol. 6, p. 312.

²⁹ José Carlos Moreira Alves, *Direito Romano*, Rio de Janeiro: Forense, 2003, 2v, p.313.

Segundo Sílvio de Salvo Venosa, a filiação, sob uma perspectiva ampla, compreende todas as relações e, respectivamente, sua constituição, modificação e extinção, tendo como sujeitos os pais em relação aos seus filhos, abrangendo o poder de família, os direitos protetivos e assistenciais em geral. O autor destaca que: *“(...) a filiação é, destarte, um estado, o status familiae, tal como concebido pelo antigo direito. E o termo filiação exprime a relação entre o filho e seus pais, aqueles que o geraram ou o adotaram. Sendo a adoção, sob novas vestes e para finalidades diversas hoje volta a ganhar a importância social que teve no Direito Romano”*.³⁰

A paternidade, ou a maternidade, a seu turno, é a relação que une os pais a seu filho, impondo direitos e deveres daqueles para com este, eis o que leciona Arnaldo Rizzardo, assim dispondo sobre filiação:

“(...) no sentido jurídico, como a relação de parentesco consangüíneo em primeiro grau e em linha reta, que envolve ou une uma pessoa àqueles que a geraram. Ou concebe-se como o vínculo que liga uma pessoa àquelas que a reproduziram ou geraram”.³¹

No direito brasileiro é possível observar, quanto à filiação, dois períodos distintos: um anterior e outro posterior à Constituição Federal de 1988. Isto porque com a promulgação da Constituição de 1988, a distinção entre as espécies de filiação passou a ter caráter meramente histórico ou didático, uma vez que, a

³⁰ Sílvio de Salvo Venosa, *Direito civil – direito de família*, São Paulo: Atlas, 2003, vol. 6, p. 265.

³¹ Arnaldo Rizzardo, *Direito...*, cit., p. 565.

Carta Magna estabeleceu o princípio da isonomia entre filhos, independente da origem, matrimonial ou extramatrimonial, do relacionamento que os concebeu.

Para efeitos da menção expressa pela Carta Magna, não se discriminam os filhos em razão da sua origem, aspecto este que a sociedade reclama há muito tempo. Significa dizer que os filhos recebem idêntico tratamento da lei no que tange ao conteúdo e aos efeitos das relações jurídicas independentemente da origem da procriação.³²

Houve uma equiparação total abrangendo inclusive os filhos adotivos, que nos termos do 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”*. Dando coesão ao ordenamento, cumpre ressaltar que o art. 1596 do Código Civil repete o texto constitucional.

Sendo assim, atualmente é indiferente se um filho é gerado por pais casados ou não, se concubidados ou não, pois é obrigatório a estes, diante do preceito constitucional do art. 229 da Constituição Federal de 1988, assistir, criar e educar seus filhos, como assim dispõe referido artigo: *“Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”*.

³² Sílvio de Salvo Venosa, *Direito*, cit., p. 268.

Como dito anteriormente, de acordo com o princípio da igualdade, consagrado no § 6º do art. 227 da CF/88 e no art. 1596 do Código Civil, não há distinção entre os filhos matrimoniais ou não, e, ainda, adotivos. Conseqüentemente, estes passam a ter o direito de serem chamados de filhos, de usarem o nome dos pais, de receberem alimentos, serem criados e educados, até o momento de seu pleno desenvolvimento, além do seu direito à herança dos ascendentes.

De acordo com os ensinamento da Profa. Maria Helena Diniz, “(...) a única diferença entre as categorias de filiação seria o ingresso, ou não, no mundo jurídico, por meio do reconhecimento; logo, só se poderia falar didaticamente em filho matrimonial ou não matrimonial reconhecido ou não reconhecido, uma vez que, como observa João Baptista Villela, tais termos seriam axiologicamente indiferentes”.³³

Apesar de não ser este o foco do presente trabalho é interessante desenvolver um pouco o tema da filiação e suas modalidades.

1.2.2. Classificação e a nova realidade sobre filiação

Muitas são as formas de classificar a filiação, pois nem sempre o filho advém da união sexual. Pode provir de reprodução artificial, que incluiu a inseminação artificial homóloga³⁴, a fecundação artificial heteróloga³⁵, modalidades

³³ Maria Helena Diniz, *Código civil anotado*, São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1.299.

³⁴ A inseminação artificial homóloga é realizada com sêmen originário do marido ou companheiro.

³⁵ Na inseminação artificial heteróloga o embrião é oriundo de espermatozoides de doador anônimo.

legalmente previstas nos incisos III e V do artigo 1.597 do Código Civil, ou ainda, de fertilização *in vitro* ou na proveta (CC, art. 1597, IV)³⁶, não sendo necessário adentrar em pormenores das técnicas oferecidas, eis que não é este o objeto do presente trabalho.

Também pode advir de uma relação jurídica e socioafetiva entre adotante e adotado, podendo os filhos, ainda, serem ou não concebidos na constância do casamento, ou mesmo serem concebidos antes e nascidos durante o matrimônio.

É certo ainda, como visto anteriormente, que a distinção entre família legítima e ilegítima está ultrapassada, mas sua compreensão técnica ainda se faz pertinente, observando Luiz Edson Fachin que “Há um resíduo diferenciador sem que implique uma ofensa ao princípio da igualdade, porque distinguir não significa discriminar”.³⁷

Assim, Maria Helena Diniz classifica a filiação, ainda que apenas didaticamente, em matrimonial e extramatrimonial³⁸. Dessa forma também pondera Carlos Roberto Gonçalves, esclarecendo que a diferença na origem da filiação acarreta não qualificações discriminatórias, mas efeitos diferenciados, pois para os filhos havidos na constância do casamento, estabelece-se “(...) uma presunção de

³⁶ Observa Regina Beatriz Tavares da Silva (*Novo Código Civil comentado* – coord. Ricardo Fiúza, São Paulo: Saraiva, 2005, p.1.459) que: “Há basicamente dois métodos de reprodução artificial: a fertilização *in vitro*, na qual o óvulo e o espermatozóide são unidos numa proveta, ocorrendo a fecundação fora do corpo da mulher, e a inseminação artificial, consistente na introdução de gameta masculino, por meio artificial, no corpo da mulher, esperando-se que a própria natureza faça a fecundação.”

³⁷ Luiz Edson Fachin, *Elementos críticos do direito de família*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 201.

³⁸ Maria Helena Diniz, *Curso*, cit., p. 429.

paternidade e a forma de sua impugnação; para os havidos fora do casamento, critérios para o reconhecimento, judicial ou voluntário; e, para os adotados, requisitos para a sua efetivação”.³⁹

Neste campo, o direito brasileiro criou, sob a égide do Código Civil de 1916, uma classificação referente à filiação advinda do modelo romano, considerando os filhos legítimos, legitimados ou ilegítimos, classificação que perdurou por muito tempo em nosso ordenamento jurídico.⁴⁰

Sem sombra de dúvidas, o parentesco no sistema do Código Civil anterior foi emoldurado para sustentar uma concepção matrimonial da família, desconsiderando a verdade real. Em razão da relevância da filiação legítima apresenta-se a presunção *parte is est quem nuptiae demonstrant*, ou seja, é o casamento que interessa no estabelecimento do vínculo jurídico entre pais e filhos, independente da coincidência com o vínculo biológico.⁴¹

³⁹ Carlos Roberto Gonçalves, *Direito*, cit. p. 273.

⁴⁰ Apenas a título de melhor compreender o tema, cumpre destacar que os filhos legítimos seriam aqueles concebidos durante o casamento de seus pais; os legitimados os nascidos quando seus pais não se encontravam casados, mas com o advento de posterior vínculo matrimonial destes, adquiriam a legitimação, e por fim, os ilegítimos que eram gerados por pessoas não unidas pelo laço do matrimônio, podendo ser naturais (inexistência de impedimentos matrimoniais entre os pais) ou espúrios (aqueles advindos de um relacionamento adulterino ou incestuoso). Nesse sentido: Luiz Edson Fachin, *Limites e possibilidades da nova teoria geral do direito civil*, Revista de Estudos Jurídicos, nº 1, Vol. II, ago. 1995, p. 101.

⁴¹ O artigo 338 do Código Civil de 1916 considerava legítimo o filho nascido 180 (cento e oitenta) dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal, e o nascido nos 300 (trezentos) dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal por morte, desquite ou anulação. Em seu artigo 339 previu o Código de 1916 que a legitimidade do filho concebido na constância do casamento, ou presumido tal, só pode ser constada mediante prova da impossibilidade física do marido de coabitar com a mulher nos primeiros 121 (cento e vinte e um) dias, ou mais, 300

Ainda nos dias hoje, sob a égide do Código Civil de 2002, os filhos nascidos na vigência do matrimônio não necessitam de reconhecimento, conforme o disposto nos incisos I e II do artigo 1.597: *“Presumem-se concebidos na constância do casamento: I - Os filhos nascidos 180 dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II - Os nascidos nos 300 subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento”*.

No entanto, em consonância com os preceitos constitucionais introduzidos no Título VIII, Capítulo VII, artigos 226 a 230 da Carta Magna de 1988⁴², e também do Estatuto da Criança e do Adolescente⁴³, o novo Código Civil declara a impossibilidade de distinção entre os filhos, proibindo designações discriminatórias.

(trezentos) que houverem precedido ao nascimento do filho, ou que a esse tempo estavam os cônjuges legalmente separados.

⁴² José Sebastião de Oliveira (*Fundamentos constitucionais do direito de família*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 273), estabelece um rol de princípios constitucionais de Direito de Família que adverte não ser taxativo: Proteção de todas as espécies de família (art. 226, caput); reconhecimento expresso de outras formas de constituição familiar ao lado do casamento, como as uniões estáveis e as famílias monoparentais (art. 226, §§ 3º e 4º); igualdade entre os cônjuges (art. 5º, caput, I, e art. 226, §5º); dissolubilidade do vínculo conjugal e do matrimônio (art. 226, § 6º); dignidade da pessoa humana e paternidade responsável (art. 226, § 5º); assistência do Estado a todas as espécies de família (art. 226, § 8º); dever de a família, a sociedade e o Estado garantirem à criança e ao adolescente direitos inerentes à sua personalidade (art. 227, §§ 1º, 2º, 4º, 5º, 7º); igualdade entre os filhos havidos ou não do casamento, ou por adoção (art. 227, § 6º); respeito recíproco entre pais e filhos; enquanto menores é dever daqueles assisti-los, criá-los e educá-los, e destes o de ampararem os pais na velhice, carência ou enfermidade (art. 229); dever da família, sociedade e Estado, em conjunto, ampararem as pessoas idosas, velando para que tenham uma velhice digna e integrada à comunidade (art. 230, CF).

⁴³ Em 1990 foi promulgada a Lei 8.069, o Estatuto da Criança e do Adolescente, disciplinando os interesses da criança e do adolescente e concretizando o princípio fundamental da dignidade da

Mister esclarecer que os filhos nascidos fora do casamento ainda necessitam de reconhecimento voluntário ou através de sentença judicial porque não há como presumir legalmente sua paternidade, enquanto que aqueles havidos na constância do matrimônio continuam gozando da presunção *pater is est*, como vimos anteriormente.⁴⁴

Além disso, inovou o Código atual ao acrescentar ao mencionado art. 1.597, os incisos III, IV e V⁴⁵.

Neste contexto, cumpre destacar os comentários de José Bernardo Ramos Boeira:

“O nosso sistema adota o regime de atribuição da paternidade, e por força exclusiva do casamento, consagra a máxima dos romanos: ‘pater is est quem justae nuptiae demonstrant’. Quer dizer, é pai aquele que as núpcias legítimas indicam e firma a certeza como uma consequência natural e espontânea do casamento. Portanto, a filiação está dentro das consequências naturais que advém da instituição do casamento. Isto porque,

pessoa humana quando destaca a proteção à família natural, consagra a igualdade de filiação e o direito ao seu reconhecimento como direito personalíssimo nos seus artigos 26 e 27.

⁴⁴ Ensina Silvio de Salvo Venosa (*Direito civil*, São Paulo: Atlas, vol. VI, 2003, p. 289) que: “Apesar da igualdade estabelecida em lei, os filhos havidos fora do casamento não gozam da presunção de paternidade outorgada aos filhos de pais casados entre si”.

⁴⁵ “Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: (...) III- havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.”

*até o advento da Constituição de 1988, a família, como instituição jurídica, somente era considerada a matrimonializada”.*⁴⁶

Como vimos anteriormente, a sociedade mudou muito nestas últimas décadas. A emancipação feminina, a liberação sexual, o desenvolvimento dos direitos da criança e do adolescente, e o avanço tecnológico, especialmente no campo da genética, provocaram gigantesco abalo no conceito e na estrutura da família.

Com efeito, a alteração da percepção jurídica da família, impõe um novo sistema de filiação. Atualmente, pois, identificam-se três tipos de filiação: a biológica, a jurídica e a afetiva⁴⁷.

A filiação biológica é aquela que resulta da consangüinidade e, em caso de dúvida, prova-se cientificamente por meio do exame de DNA, obtendo a verdade técnica. Filiação jurídica, também denominada de registral ou formal, resulta da identificação dos genitores na certidão oficial de registro de nascimento. E, a filiação socioafetiva ou sociológica está relacionada ao afeto enquanto valor jurídico.⁴⁸

⁴⁶ José Bernardo Ramos Boeira, *Investigação de paternidade: posse do estado de filho: paternidade sócio-afetiva*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 26.

⁴⁷ Adalgisa Wiedemann Chaves, *A tripla parentalidade (biológica, registral e socioafetiva)*, Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: Síntese/ IBDFAM, ano VII, n. 31, ago/set. 2005, p. 144; Belmiro Pedro Welter, *Igualdade entre a filiação biológica e socioafetiva*, Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: Síntese/ IBDFAM, ano IV, n. 14, jul/ago/set. 2002, p. 129.

⁴⁸ Idem, *ibidem*.

Para Paulo Luiz Netto Lobo são quatro tipos de perfilhação⁴⁹:

“A legislação brasileira prevê quatro tipos de estados de filiação, decorrentes das seguintes origens: a) por consangüinidade; b) por adoção; c) por inseminação artificial heteróloga; d) em virtude de posse de estado de filiação. A consangüinidade, a mais ampla de todas, faz presumir o estado de filiação quando os pais são casados ou vivem em união estável, ou ainda na hipótese de família monoparental. O direito brasileiro não permite que os estados de filiação não-consangüíneos, referidos nas alíneas b a d, sejam contraditados por investigação de paternidade, com fundamento na ausência de origem biológica, pois são irreversíveis e invioláveis, no interesse do filho.

Por fim, outra categoria que se consagrou no direito brasileiro de família foi o da afetividade, entendida como o liame específico que une duas pessoas em razão do parentesco ou de outra fonte constitutiva da relação de família”.

Na realidade, o ideal é que todos os enfoques se condensem na mesma relação, alcançando, assim, o princípio constitucional do melhor interesse da criança, que será abordado em tópico específico.

⁴⁹ Paulo Luiz Netto Lôbo, *Paternidade socioafetiva e o retrocesso da súmula 301 do STJ*, Revista Jurídica, Porto Alegre: Notadez/Fonte do Direito, ano 54, n. 339, jan2005, p. 45.

Resta salientar, que o afeto deve tomar destaque no reconhecimento da parentalidade, baseado no comportamento das pessoas que integram a tríade pai-mãe-filho, cumprindo, a família, o papel a que se destina, ou seja, a realização dos seus membros, pois “A verdadeira paternidade decorre mais de amar e servir do que de fornecer material genético”.⁵⁰

Observa Luiz Edson Fachin⁵¹ que, “A alteração de valores sentida na sociedade não mais tolera o estabelecimento de filiações fictas, com base na verdade jurídica afastada da verdade biológica e sócioafetiva”.

1.2.3. Paternidade socioafetiva – a filiação oriunda do amor

Após o apogeu da paternidade presumida, cuja importância para a definição da paternidade foi grande durante todo o século XX, e depois do surgimento da paternidade biológica verificável pelos exames periciais — dentre os quais o exame de DNA encontra o seu maior expoente — surge na doutrina, tanto quanto na jurisprudência, a paternidade socioafetiva.⁵²

⁵⁰ Silvana Maria Carbonera, *O papel jurídico do afeto nas relações de família*, in FACHIN, Luiz Edson (coord.), *Repensando Fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*, Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 304.

⁵¹ Luiz Edson Fachin, *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*, *Revista Ajuris*, v. 20, n. 57, mar. 1993, p. 289-290.

⁵² Adalgisa Wiedemann Chaves, *A tripla parentalidade (biológica, registral e socioafetiva)*, *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese/ IBDFAM, ano VII, n. 31, ago/set. 2005, p. 144; Belmiro Pedro Welter, *Igualdade entre a filiação biológica e socioafetiva*, *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese/ IBDFAM, ano IV, n. 14, jul/ago/set. 2002, p. 129; Silvana Maria Carbonera, *O papel jurídico do afeto nas relações de família*, in FACHIN, Luiz Edson (coord.), *Repensando Fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*, Rio de Janeiro: Renovar, 1998,

Com efeito, reconhece-se a aptidão da ciência de identificar a origem genética dos indivíduos, o que, infelizmente, não assegura a construção de laços sólidos de solidariedade e responsabilidade, caracterizadores da relação entre pai e filho. A filiação estabelecida por esta via, por vezes, não significará nada mais do que a menção, na certidão de nascimento, da paternidade, e a conseqüente possibilidade de reivindicação de direitos patrimoniais. "Ora, não se pode negar que o vínculo relacional entre pai e filho não se cria através de um documento, é preciso querer ser pai ou ser mãe e, de parte da criança, é necessário se sentir como filho".⁵³

Esta paternidade nasce para se contrapor à fixação jurídica de determinar a paternidade de alguma pessoa baseando-se em presunções, que é a paternidade jurídica e, também, a paternidade biológica, na qual o vínculo que liga uma pessoa à outra é apenas o genético, cujo clamor social encontrou eco na jurisprudência:

“... por incrível que pareça, até pouco tempo, ou seja, até o advento da Constituição de 1988, os cidadãos que tinham os seus direitos fundamentais mais atingidos e desrespeitados eram as crianças. Estas, muitas vezes, tinham que assumir

p. 304; Paulo Luiz Netto Lobo, *Paternidade socioafetiva e o retrocesso da súmula 301 do STJ*, Revista Jurídica, Porto Alegre: Notadez/Fonte do Direito, ano 54, n. 339, jan2005, p. 45, José Bernardo Ramos Boeira, *Investigação de paternidade: posse do estado de filho: paternidade sócio-afetiva*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 26.

⁵³ Maria Cláudia Crespo Brauner, *Novos contornos do direito de filiação: a dimensão afetiva das relações parentais*. Revista da AJURIS, Porto Alegre : Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, v. 26, n. 78, p. 194, jun. 2000.

duras conseqüências, por atos que não praticaram, que sequer participaram, mas fazendo parte, ou sendo a principal vítima, de ato praticados pelos adultos” (Processo nº 01295046435 – Ação negatória de paternidade. Maria Isabel Pereira da Costa, AJURIS, Sentenças: Rio Grande do Sul, Porto Alegre, V.2-3, p.147, dez 1999/jun 2000).

Na fundamentação desse pronunciamento judicial acrescenta ainda mais:

“Já não é sem atraso que se percebe que a verdadeira paternidade não pode se circunscrever apenas na busca de uma precisa informação biológica, mas no balanceamento da busca da base biológica da filiação com sentido socioafetivo da paternidade”. (Processo nº 01295046435 – Ação negatória de paternidade. Maria Isabel Pereira da Costa, AJURIS, Sentenças: Rio Grande do Sul, Porto Alegre, V.2-3, p.147, dez 1999/jun 2000).

Podemos identificar quatro modalidades de paternidade socioafetiva, a saber: a decorrente da adoção regular e legal; por adoção “à brasileira”, na qual o adotante simplesmente registra o filho de outrem como seu sem o devido processo legal; por criação de “filho” sem registro – o chamado “filho de criação”; e, por reprodução humana assistida.⁵⁴

⁵⁴ Belmiro Pedro Welter, *Igualdade entre a filiação biológica e socioafetiva*, Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, n. 14, jul/ago/set 2002, p. 133.

Apesar de não haver referência legislativa expressa sobre o tema, a paternidade socioafetiva fundamenta-se, juridicamente, no Princípio da Proteção Integral da Criança e do Adolescente, preconizado no artigo 227 da Constituição Federal de 1988.

Ademais, a inseminação artificial heteróloga, em que o marido aceita a fecundação de sua mulher por sêmen de um terceiro, prevista no art. 1.597, inciso V do Código Civil, pode ser considerada modalidade de filiação socioafetiva, na medida que o marido concordasse com a fertilização de sua esposa.

Outro exemplo de relação existente entre pai e filho que se sobrepõe ao vínculo genético é a adoção, em cujo instituto se verifica a paternidade como um ato de amor e desapego material e não simplesmente como fenômeno científico⁵⁵.

Ressalte-se, ainda, que o afeto não decorre da herança genética que se recebe dos pais biológicos, mas dos laços de solidariedade que derivam da convivência e não do sangue.

Caracteriza-se a paternidade sócioafetiva por três elementos básicos: a *tractatio* ou *tractatus*; a *nominatio* ou *nomen*; e a *peputatio*.⁵⁶ Consistentes, respectivamente: no tratamento correspondente a vontade de zelar pela criação, educação e proteção do filho; na utilização do sobrenome daquele que considera pai, o que faz supor a existência do laço de filiação; e, na fama, ou seja, a imagem social que revela uma relação de paternidade com notoriedade.

⁵⁵ Sílvio de Salvo Venosa, *Direito...*, cit., p. 279. Precioso ensinamento de Pe. Antônio Vieira: “O filho por natureza ama-se porque é filho, o filho por adoção é filho porque se ama.

⁵⁶ Carlos Roberto Gonçalves, *Direito...*, cit., p. 291.

Essas circunstâncias, reveladas pela convivência, constituem os elementos do que se denominou posse de estado de filho. É o que ensina o eminente Silvio de Salvo Venosa, “in verbis”⁵⁷:

A posse do estado de filho, em paralelo com o que já vimos com respeito à posse do estado de casado, descreve a situação em que a pessoa é tratada como filho pela família, usa o nome familiar, etc. Assim como para o casamento, a posse do estado de filho leva em conta os três elementos: nominatio, tractatus e reputatio.”

Sobre o tema, ainda, professa José Bernardo Ramos Boeira⁵⁸:

“A posse de estado de filho revela a constância social da relação paternofilial, caracterizando uma paternidade que existe, não pelo simples fator biológico ou por força de presunção legal, mas em decorrência de elementos que somente estão presentes, frutos de uma convivência afetiva. Cresce, pois, a relevância da noção de posse de estado de filho em todas as legislações modernas, o que demonstra a inviabilidade de uma absorção total, pelo princípio da verdade biológica.”

⁵⁷ Silvio de Salvo Venosa, *Direito...*, cit., p. 276

⁵⁸ José Bernardo Ramos Boeira, *Investigação de paternidade: posse do estado de filho: paternidade sócio-afetiva*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 54

A doutrina e a jurisprudência portuguesa entendem que o filho tem todo o direito de ver reconhecida sua paternidade biológica. À vista disto, poderá mover ação de investigação de paternidade e por sentença judicial será reconhecida a paternidade. Todavia, a sentença judicial terá efeitos declaratórios apenas, diferentemente do entendimento do direito nacional, porque aqui a sentença gera, dentre um dos efeitos, a mudança no registro de nascimento do nome do pai.⁵⁹

O artigo 334-9 do Código Napoleão (ou Código Civil dos Franceses) dispõe que: “todo o reconhecimento é nulo, todo o pedido de investigação inadmissível quando o filho tenha filiação legítima já estabelecida pela posse do estado.”⁶⁰

Em sede de direito pátrio, inteira pertinência tem, nesta análise acima, o art. 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil, “in verbis”: “Na aplicação da lei, o Juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Nesse sentido, Paulo Luiz Netto Lobo⁶¹, alerta sobre o retrocesso da Súmula 301 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual “*Em ação*

⁵⁹ O Código Civil Português trata da filiação nos artigos 1796º a 1876º, de forma muito mais completa que a legislação brasileira, destacando-se a averiguação oficiosa da maternidade (artigo 1808º), reconhecimento judicial da maternidade (artigo 1816º), da declaração de inexistência de posse de estado (artigo 1833º) e a dupla presunção de paternidade (artigo 1834º).

⁶⁰ Jédison Daltrozo Maidana, *O fenômeno da paternidade socioafetiva: a filiação e a revolução da genética*, Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, ano VI, nº 24, jun/jul.2004, p.69.

⁶¹ *Paternidade socioafetiva e o retrocesso da súmula 301 do STJ*, Revista Jurídica, Porto Alegre: Notadez/Fonte do Direito, ano 54, jan. 2005, n. 339, p. 45-56.

investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade.”

Por outro lado, o Estado do Rio Grande do Sul se apresenta como o mais avançado em matéria de valoração da paternidade socioafetiva. Vejamos algumas decisões proferidas nesse sentido pelos tribunais brasileiros:

NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. Não obstante ter o exame de DNA afastado a paternidade, deve prevalecer a realidade socioafetiva sobre a biológica, diante da relação formada entre pai e filha ao longo de anos. (TJRS – AC nº 70007706799 – 8ª C. Cív. – Rel. Dês. Alfredo Guilherme Englert – DOERS 17.04.04).

DIREITO DE FAMÍLIA – IMPUGNAÇÃO DE FILIAÇÃO – ANULAÇÃO DE DECLARAÇÃO DE PATERNIDADE E MATERNIDADE EM REGISTRO DE NASCIMENTO OCORRIDO HÁ MAIS DE 50 (CINQUENTA) ANOS – PEDIDO DESFALCADO DE CONTEÚDO MORAL – AÇÃO DE ESTADO – IMPRESCRITIBILIDADE – Se a autora e seu companheiro resolveram criar a ré como filha, desde alguns meses de nascida, e o varão a registrou, depois de 12 anos, atribuindo a paternidade a si mesmo e a maternidade à autora, no tipo de procedimento conhecido como ‘adoção à brasileira’, não é admissível que passados mais de 50 (cinquenta) anos, venha a

autora propor esta ação de anulação do ato ao argumento de que não anuiu com o mesmo, tanto que o desconhecia. Se a declaração foi, como se alega, inverídica em relação ao fato da geração, não o foi quanto à manifestação da vontade de criar com a pessoa registrada um vínculo de parentesco, que é, no caso, o parentesco civil de fato, cuja natureza nem mesmo a inobservância dos ritos legais poderia descaracterizar. Como se não bastasse, esta ação constitui típico revide da autora em relação à ré que lhe moveu, antes, ação de interdição junto ao Juízo Orfanológico. Portanto, o pedido inicial está desfalcado de legítimo interesse moral. Recurso improvido. Vencida a Des^a Maria Henriqueta Lobo, que dava provimento ao recurso declarando a nulidade do registro.” (TJRJ – Apelação Cível nº 8518/1999, 14^a C. Cív. – Rel. Dês. Mauro Nogueira, DOERJ 27.04.2000, p. 278).

Paternidade reconhecida. Acordo posterior dos pais para desconstituí-la. Pedido de homologação. Impossibilidade jurídica. - As questões de "estado", antes de interessarem ao indivíduo, interessam primeiramente ao Estado, que tem o dever de velar pelas relações delas decorrentes. Uma vez reconhecida a paternidade, esta agrega-se à personalidade do Reconhecido, passando a constituir um Direito indisponível seu. Não podem os pais, sob a capa de acordo, desconstituir esse Direito que passou a compor a personalidade do infante.

Decisão. Julgar os autores carecedores de ação e declarar extinto o processo - TJDF - Ap. Civ. APC 3255494 DF -Acórdão 81.266 - Data de Julg 14/08/1995 - 2ª turma Cível - Relator Getúlio Moraes Oliveira - Publ no DJU: 07/02/1996, pág. 1.121 - in Jurisprudência Informatizada Saraiva - Editora Saraiva - CD-ROOM nº 13 - 1998).

AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO JURÍDICO – FALSIDADE DE FILIAÇÃO – ADOÇÃO À BRASILEIRA – ALONGADO DECURSO DO PROCESSO – Consolidação, pelo tempo, de laços familiares, tornando irrelevante a falsidade. Interesse do adolescente, já à beira da maioridade, de permanecer na companhia da mãe civil, mantendo seu nome. (TJSC, AC nº 49.961 (88.085278-1) – 4ª Câmara Civil – Rel. Dês. Pedro Manoel, julgado em 26.03.1998).

As situações fáticas, no entanto, podem não ser tão simples. Jaqueline Filgueras⁶² oferece o seguinte exemplo: “Imagine-se a hipótese de mulher casada que com o consentimento do marido, se submete à inseminação artificial heteróloga (proveniente de doador não identificado), e que, posteriormente ao nascimento do filho, se separa do marido de fato, passando a viver em união estável com um terceiro homem, que tratou a criança como se filho fosse. Quem é o pai? O Pai é o que a lei determina, incidindo a presunção legal da paternidade de que é pai o marido da mãe, este mesmo que consentiu no processo de fecundação artificial?

⁶² A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico, São Paulo: Memória Jurídica, 2001, p. 97- 99.

Ou o pai é o doador de sêmen e que deu sua contribuição genética à criança? Ou o pai é quem tem a relação de afeto com a criança, lhe dispensando carinho atenção e cuidados?”

Sem dúvida é árdua a tarefa dos nossos Tribunais. Mais simples, mas de inquestionável sabedoria a decisão do juiz caucasiano Azdak, na lendária parábola do círculo de giz citada por João Baptista Villela:

"Na lenda do círculo de giz, o juiz caucasiano, faz colocar a criança num círculo de giz. Cada uma das pretensas mães deve tomar a criança pelo braço e puxá-la para fora do círculo. As duas ao mesmo tempo. A que conseguir revelar-se-á a mãe verdadeira. Assim como no episódio de SALOMÃO, aqui é a renúncia à lesão do filho que vai indicar à autoridade o deferimento da guarda: à mãe biológica ou a mãe social. Parece importante observar que Azdak, o juiz caucasiano, não ignora que atenta contra o vínculo da consanguinidade. E por que o faz, não obstante? Por que decide confiar o menino a uma simples criada, pobre e inculta, que na opinião do próprio juiz, não devia saber mais de 'vinte palavras', ao invés de dá-lo à outra pretendente, pessoa da nobreza e que, além de tudo, o concebeu - para usar as palavras de um dos seus advogados - 'no sagrado, êxtase do amor', carregou-o no seu ventre, alimentou-se com o seu sangue' e 'o pariu com dor'? Vejamos, antes, em resumidas palavras, os antecedentes da questão. Numa cidade da Grusínia governava

um rico senhor, até que, sobrevivendo uma sublevação, é vencido e decapitado. Sua mulher e a criadagem organizam apressadamente a fuga, para não caírem nas mãos dos insurretos. Um incómodo obstáculo se interpõe aos seus planos: Miguel, o pequeno filho do Governador deposto, a quem a mãe acaba preterindo aos vestidos que deseja, a todo custo, meter na carruagem. Gusche, uma criada, se compadece do menino, resiste aos apelos instintivos para também fugir e, enfrentando perigo, fome e frio, assume-lhe decididamente a proteção. Refugia-se nas montanhas, onde sofre vergonha e, de novo privações. Uma reviravolta política e o Grão-Duque, então afastado do poder, recupera-o. A antiga ordem se restabelece. O pequeno Miguel é localizado, retirado de Grusch e levado ao Tribunal, para que este lhe decida o futuro. Nos debates do Tribunal, percebe-se que a recuperação da criança é condição para que a mulher do Governador entre na posse da considerável riqueza da família. A prova é, então, preparada. O menino é levado para o círculo de giz e, nesse momento, sorri para Grusch. Convocadas pelo Juiz, as litigantes tomam posição. Grusch acaba por soltar a criança, que a mulher do Governador, ao contrário, puxa para si. Expressões de vitória. Mas o Juiz manda repetir a prova. E Grusch, mais uma vez, solta o menino. Desesperada, vira-se para o Juiz e exclama: 'eu o criei! Devo agora machucá-lo? Não posso fazê-lo.' Ato contínuo, Azdak, o irreverente Juiz, que só se utiliza do Código para sobre ele se assentar, levanta-se e

sentencia: o Tribunal está convencido de quem seja a verdadeira mãe.' E, voltando-se para Grusch: 'toma o teu filho e leva-o.' " ⁶³

1.3. Família e poder familiar no século XXI

Segundo Orlando Gomes, o conceito de família no que tange à sua estrutura, não se modificou na lei. Para o legislador do Código Civil, como para qualquer legislador moderno, a família é grupo constituído pelos cônjuges e pela prole, posto que a família disciplinada na lei civil é a família conjugal, aquela sociedade natural a que se referiam alguns legisladores. ⁶⁴

Vê-se daí, que esse ainda é um conceito atrasado, posto que hoje, principalmente após o advento da Constituição Federal de 1988 que reconheceu o pluralismo familiar, ampliaram-se as formas de constituição da família, não se podendo ignorar que a relação entre homem e mulher encontra-se em um patamar mais amplo.

Com efeito, a evolução da sociedade e a mudança de paradigmas fizeram com que a formação de lares pelo simples elo da convivência apontasse para um novo modelo de família. Tão comuns tornaram-se as uniões livres, que a sociedade as aceita e quase não as diferencia do casamento, e, como ensina Aida

⁶³ João Baptista Villela, *Desbiologização da paternidade*, Revista Forense, Rio de Janeiro, jul./set. 1980, nº 71, p. 49.

⁶⁴ Orlando Gomes, *Direito*, cit., p. 20.

Maria Loredo Moreira de Souza, o amor tornou-se mais importante do que a legalidade.⁶⁵

A sociedade não se preocupa mais com a forma ou legalidade do ato com que está fundada a relação entre homem e mulher, pois como as uniões livres crescem a cada dia, teve a legislação que se adaptar ao cotidiano, sob pena de tornar-se obsoleta diante das aspirações humanas. Desta forma, o novo Código Civil apresenta-se em vários aspectos em consonância com a realidade atual das uniões livres.

A família moderna ganhou contornos e caracteres diversos daqueles inspirados no direito germânico⁶⁶: substituiu-se a organização autocrática pela orientação democrático-efetiva. O centro de sua constituição deslocou-se do princípio da autoridade para o da compreensão e do amor, e nessa seara, como enfatiza Caio Mário da Silva Pereira, as relações de parentesco permutaram o fundamento político do *agnatio* pela vinculação biológica da consangüinidade (*cognatio*), e os pais exercem pátrio poder, identificado no novo Código Civil como “Poder Familiar”, no interesse da prole menos como direito do que como complexo de deveres (poder-dever, em lugar de poder-direito).⁶⁷

Verificava-se, outrora, que o poder marital já se considerava um eufemismo vazio do antigo conteúdo, desde que o texto constitucional de 1988

⁶⁵ Aida Maria Loredo Moreira de Souza, *Aspectos polêmicos da união estável*, Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2000, p. 01.

⁶⁶ Como dito anteriormente, a família, na sua evolução pós-romana, revestiu-se da espiritualidade cristã, por influência do direito germânico, assumindo cunho sacramental.

⁶⁷ Caio Mario da Silva Pereira, *Instituições*, cit., p. 27, .

equiparou os direitos e deveres dos cônjuges nas relações matrimoniais (art. 226, § 5º), o que foi recentemente reforçado pelo Código Civil (art. 1.511).

Não há controvérsia de que a família seja a célula básica de toda e qualquer sociedade, e esta tem despertado interesse de todos os povos, em todos os tempos, posto que entendê-la é preservar a continuidade da sociedade e do Estado.

A própria Declaração Universal dos Direitos do Homem em seu art. XVI, 3, estabeleceu que: “a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”.

Da mesma forma, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos assinada na Costa Rica, ratificado no Brasil pelo Decreto nº 678, datado de 6 de novembro de 1992, que em seu art. 17, 1, assevera:

“Art. 17

1. a família é o elemento natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado”.

Modernamente, o grupo familiar se reduz numericamente, as necessidades econômicas ou a simples conveniência leva a mulher a exercer atividades fora do lar, o que enfraquece o dirigismo no seu interior. Problemas habitacionais e de espaço, e atrações freqüentes exercem nos filhos maior fascínio

do que as reuniões e os jogos domésticos do passado, segundo Caio Mário da Silva Pereira, e assim conclui que:

*“Identificada pela Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança – ONU/89 (Decreto nº 99.710/90) como núcleo fundamental da sociedade e meio natural para o crescimento e bem-estar de todos os seus membros e, em particular, as crianças, predomina, hoje, o seu conceito como unidade social. A perda gradativa de seus membros e a expulsão de agregados e serviçais e pelas menores possibilidades de contato com o resto da família levaram Bernardo Jablonski a identificá-la como “fam-ilha”, equiparando-a a uma ilha por seu isolamento, sobretudo, nos grandes centros urbanos”.*⁶⁸

A família atual está calcada na relação de afeição, solidariedade e da dignidade dos seus membros e de acordo com o art. 226 da Constituição Federal a família necessita de maior proteção do Estado, na medida que mais adiantado é um país, quanto mais eficiente sua proteção à família. Esta proteção se traduz em um direito subjetivo oponível *erga omnes* e num princípio universalmente aceito.⁶⁹

⁶⁸ Bernardo Jablonski, *Até que a vida nos separe – a crise do casamento contemporâneo*. Apud. Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições*, cit., p. 28.

⁶⁹ Paulo Luiz Netto Lobo, *A repersonalização das famílias*, Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, ano VI, nº 24, jun/jul 2004, p. 138. Lembra o autor que “A Declaração Universal dos Direitos do Homem, votada pela ONU em 10 de dezembro de 1948, assegura às pessoas humanas o ‘direito de fundar uma família.’”, Caio Mario da Silva Perria, *Instituições de direito civil*, Rio de Janeiro: Forense vol V, 1987, p.23

O espaço alcançado pelo Estado Social é tão evidente que alguns autores, como Caio Mario,⁷⁰ afirmam que a autoridade patriarcal foi substituída pela estatal. Tal posição é considerada exagerada para Paulo Luiz Netto Lobo para quem “O sentido de intervenção que o Estado assumiu foi antes de proteção do espaço familiar, de sua garantia, mais do que sua substituição. Até porque a afetividade não é subsumível à impessoalidade da *res publica*.”⁷¹

Nos Tribunais e no âmbito político-administrativo, a proteção da família é centrada especialmente nos filhos menores, e orientada, a cada dia, pelo princípio do melhor interesse da criança como um novo paradigma, valorizando a convivência familiar dentro ou fora do casamento.

Houve, pois, sensível mudança nos conceitos básicos. A família transformou-se profundamente e ainda está se transformando sob os nossos olhos, de modo que, não se podem definir as suas linhas precisas de contorno. Não se deve, porém falar em desagregação, nem proclamar verdadeiramente uma crise. Como organismo natural, a família não acaba.

Conforme Rodrigo da Cunha Pereira, a Constituição de 1988 tem como grande marca revolucionária o capítulo sobre a família, que modifica profundamente a estrutura do Código Civil brasileiro em relação ao direito de família.

⁷⁰ Caio Mario da Silva Perria, *Instituições*, cit., p.23.

⁷¹ Paulo Luiz Netto Lobo, *A repersonalização...*, cit., p. 141.

Evidente que esses dispositivos não surgiram de uma hora para a outra; são consequência e tradução de um contexto histórico, onde a desigualdade de direitos, especialmente entre homens e mulheres, não poderia ter mais lugar.⁷²

Uma nova concepção de família se constrói em nossos dias, mesmo diante das chamadas crises da família. Nessa seara, desaparece a organização patriarcal, a qual vigorou no Brasil por todo o Século XX, não apenas no direito, mas, sobretudo nos costumes. O pai, como um *pater* romano,⁷³ exercia autoridade plena sobre os filhos que, como já destacado, nada faziam sem a sua permissão. Escolhia-lhes a profissão, elegia o noivo da filha, e estava sempre presente em toda a vida de uns e de outros, a cada momento. Hoje, a idéia de família se abriu, ampliando em direção a um conceito mais verdadeiro e real, impulsionado pela própria realidade.

Por consequência, o instituto do pátrio poder também muito se modificou, acompanhando a trajetória histórica da própria família, inclusive no tocante a sua terminologia, poder familiar, mais adequada à igualdade jurídica dos cônjuges.

Com efeito, o rigor do pátrio poder pouco a pouco foi cedendo lugar à nova família⁷⁴ formada a partir do afeto e pautada nos princípios da afeição, da

⁷² Rodrigo da Cunha Pereira, *Concubinato*, cit., p. 21.

⁷³ A respeito do tema: José Carlos Moreira Alves, *Direito...*, cit., p. 313-314, Tomas Marky, *Curso...*, cit., p.155; José Cretella Júnior, *Curso...*, cit., p. 112

⁷⁴ Maria Helena Diniz, *Curso...*, cit., p. 17-24; Silvio de Salvo Venosa, *Direito...*, cit. p. 24-26; Caio Mario da Silva Pereria, *cit.*, 6-10; Carlos Roberto Gonçalves, *Direito...*, cit., p. 5-12; Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers Ramos, *O poder familiar e a guarda compartilhada sob o enfoque dos novos paradigmas do direito de família*, Rio de Janeiro: Lúmen Juirs, 2005, p. 16, denomina o conjunto de princípio que norteiam o direito de família de “eudemonismo”; Paulo Luiz Neto Lobo, *Paternidade*

dignidade, da solidariedade, da liberdade, da igualdade jurídica dos cônjuges ou companheiros e de todos os filhos, do poder familiar, do respeito e consideração mútuos, na realização pessoal de seus membros, ou seja, instrumento de felicidade.

Nesse contexto, ganha espaço o diálogo e uma considerável melhoria na relação afetiva entre pais e filhos. Segundo José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreria Muniz: “*Acentuam-se as relações de sentimento entre os membros do grupo: valorizam-se as funções afetivas da família que se torna o refúgio privilegiado das pessoas contra a agitação da vida nas grandes cidades e das pressões econômicas e sociais*”.⁷⁵

O afeto no qual se reúne a nova família não deve ser entendido como aquele presente no modelo de família romano⁷⁶. Ao contrário, hoje se traduz como valor sócio-afetivo que funda uma sociedade conjugal, matrimonializada ou não, pois como observa Paulo Luiz Netto Lobo⁷⁷ “a afetividade, sob o ponto de vista jurídico, não se confunde com o afeto, como fato psicológico ou anímico, este de ocorrência real necessária. (...) A afetividade é o princípio jurídico que peculiariza, no âmbito da família, o princípio da solidariedade.”

sociafetiva e o retrocesso da Súmula 301 do STJ, Revista Jurídica, Porto Alegre, n. 338, janeiro, 2005, p. 47.

⁷⁵ *Direito de família: direito matrimonial*, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1990, p. 11.

⁷⁶ No direito patriarcal romano, a *affectio* era presumida e condicionada aa existência de um situação jurídica chamada casamento, que trazia em seu bojo a *affectio maritalis*, que justificava a perpetuidade da relação, enquanto que, hoje, o afeto compreende a vontade de estar e permanecer junto a alguém. Sobre o assunto vide José Carlos Moreira Alves, *Direito...*, cit. p. 287.

⁷⁷ *Paternidade sociafetiva e o retrocesso da Súmula 301 do STJ*, Revista Jurídica, Porto Alegre, n. 338, janeiro, 2005, p. 47.

CAPÍTULO II - CONCEITUAÇÃO ATUAL DO INSTITUTO: PÁTRIO PODER, PÁTRIO DEVER, PODER FAMILIAR OU AUTORIDADE PARENTAL?

2.1. Conceituação atual do instituto

No direito romano, o pátrio poder podia ser compreendido como um poder do *pater familias*, que durava enquanto os filhos fossem vivos, e somente em relação aos filhos legítimos e legitimados, advindo das Ordenações Filipinas, segundo assevera Pontes de Miranda.⁷⁸

Caio Mario da Silva Pereira destaca que, no direito romano os textos são o testemunho da severidade dos costumes, atribuindo ao *pater familias*, a autoridade suprema no grupo, concedendo-lhe um direito de vida e morte sobre os filhos (*ius vitae et necis*).⁷⁹

⁷⁸ Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado: parte geral*, Campinas: Bookseller, 1999, p. 142; Tomas Maky, *Curso...*, cit. p.155.

⁷⁹ Discorrendo sobre o assunto, José Cretella Júnior (*Curso de direito romano*, Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 112) preleciona: “A ‘patria potestas’, poder quase absoluto do *paterfamilias* sobre os que dele dependem, atenua-se com o tempo. A princípio o *pater* tem sobre os filhos poder tão grande como o que tem sobre os escravos, podendo rejeitar os recém-nascidos e abandoná-los, exceto matá-los (o *pater* não pode matar os filhos pela Lei da XII Tábuas). Tem sobre os filhos o direito de vida e morte (*ius vitae necisque*), mas a medida extrema depende da consulta dos membros da família mais próximos (*concilium propinquorum*). Pode vendê-los como escravos para além do Tibre (*trans Tiberim*), exercer a *manus* sobre a nora, casar os filhos com quem achar conveniente, exercer a *patria potestas* sobre os netos, obrigar os filhos ao divórcio, dá-los *in concipio* (no máximo duas vezes, porque, depois de três mancipações sucessivas, ficavam ‘sui júris’ desde a Lei das XII Tábuas). Caio Mario da Silva Pereira, *Instituições...*, cit., p. 417; José Carlos Moreira Alves, *Direito...*, cit. 266.

No direito romano, o aludido instituto denominava-se *patria potestas* e objetivava os interesses do chefe de família – o *pater familias*, possuindo as seguintes características: a) o pátrio poder era exercido somente pela figura do pai, não estendendo-se à mãe, sendo a ela somente concedidos os direitos referentes à obediência; b) nessa época, a maioridade terminava aos 25 anos, porém o pátrio poder não cessava quando o filho continuava sob a dependência do pai; c) o pátrio poder não alcança os filhos espúrios e naturais, mas tão somente os filhos legítimos e legitimados; d) por fim, podia o pai nomear tutor aos filhos naturais, que eram chamados à sucessão se o pai fosse peão.⁸⁰

Nesse sentido, é importante também destacar que as atribuições do pai quanto aos filhos consistiam em: a) dirigir-lhes educação e proporcionar-lhes profissão, sempre em observância das condições e posses do pai; b) cabia-lhes, também, castigá-los moderadamente, bem como, entregar-lhes aos magistrados de policia para os fazer recolher à cadeia por tempo razoável, e eram obrigados a sustentá-los; c) reclamá-los de quem os subtraíssem e proceder contra os que os pervertessem ou concorressem para isso; d) exigir e aproveitar seus serviços, sem obrigação de soldada ou salário, salvo se lhos prometeu; e) nomear-lhes tutor testamentário e designar as pessoas que hão de compor o conselho de família; f) defendê-los em juízo ou fora dele; g) contratar em nome do filho impúbere, quando o contrato lhe pudesse vir em proveito, e intervir com sua autoridade nos contratos do filho púbere.⁸¹

⁸⁰ José Carlos Moreira Alves, *Direito...*, cit., p. 266-268.

⁸¹ Virgílio Castelo Branco Rocha, *O pátrio poder: estudo teórico-prático*, Rio de Janeiro: Tupã, 1960, p. 24.

De acordo com José Virgílio Castelo Branco, o pátrio poder extinguiu-se normalmente com a morte do pai ou do filho; porém, outras causas de extinção eram admitidas, tais como: o banimento, casamento do filho, emancipação; quando menores de 21 anos, o exercício de cargo público, colação em grau acadêmico, entrada de pai ou filho em religião aprovada; por abandono do pai ou por atos de crueldade ao filho; pelas investiduras de ordens sacras maiores; e, por fim, por sentença passada em julgado nos casos em que o pai era compelido a emancipar o filho.⁸²

Numa comparação singela acerca do pátrio poder advindo do direito romano, observa-se que, em Roma, o pátrio poder continha uma conotação eminentemente religiosa, o *pater familias*, o qual era denominado o condutor da religião doméstica, o condutor de sua família, tal como filhos, tendo inclusive sobre eles o poder de vida ou de morte, bem como possuía o poder sobre o patrimônio da sua família. E conforme assevera Sílvio de Salvo Venosa, a figura do *pater* romano pode ser assim sintetizada:

“O pai romano não apenas conduzia a religião, como todo o grupo familiar, que podia ser numeroso, com muitos agregados e escravos. Sua autoridade era fundamental, portanto, para manter unido e sólido o grupo como célula importante do Estado. [...] sua autoridade não tinha limites e, com freqüência,

⁸² Virgílio Castelo Branco Rocha, *O pátrio poder*, cit., p. 24.

*os textos referiam-se ao direito de vida e morte com relação aos membros de seu clã, aí incluídos os filhos”.*⁸³

Essas condutas perduraram até a Consolidação das Leis Civis, onde Teixeira Freitas faz constar no art. 8º, que “*aos vinte e um anos completos termina a maioridade, e se é habilitado para todos os atos da vida civil*”.

Acompanhando esse processo evolutivo, percebe-se que em 1890, o Dec. 181 concedeu à viúva o direito de exercer o pátrio poder, desde que não fossem contraídas novas núpcias. Verifica-se que essa regra marca significativamente a evolução do pátrio poder, pois a partir daí percebe-se o abandono da figura exclusiva masculina como detentora do poder dos filhos.

Após vinte e seis anos, o Código Civil de 1916 manteve a estrutura patriarcal, atribuindo a chefia da sociedade conjugal ao marido, e, conseqüentemente o titular do pátrio poder. Com efeito, o Código Civil instituído pela Lei nº. 3.071, de 01 de janeiro de 1916, define a família sob o princípio da unidade de direção, ou seja, pode-se entender que a família possuía um chefe, o marido. Além disso, sua estrutura era diferenciada e hierarquizada, baseada no princípio de repartição das funções⁸⁴.

⁸³ Sílvio de Salvo Venosa, *Direito*, cit., p. 354. O doutrinador assevera também que nessa época os filhos não tinham bens próprios, sendo que o patrimônio era sempre do *pater*. Afirma, ainda, que a regra não se aplica ao filho-família, àquele que está sob o poder do pai, de qualquer idade.⁸³

⁸⁴ José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz, *Direito de família: direito matrimonial*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1990, p. 5-6.

O marido continuava sendo o chefe da sociedade conjugal, e muito do pátrio poder pode-se dizer que seguiu as orientações jurídicas anteriores, porém com um pouco mais de flexibilidade, pois era prerrogativa primeira do marido.

Contudo, alguns doutrinadores, dentre eles Clóvis Beviláqua, afirmam que já se reconhecia a necessidade da participação de ambos os cônjuges na administração dos assuntos da sociedade conjugal, afastando-se atitudes despóticas do marido. Mas, segundo assevera Denise Damo Comel, o marido, em virtude de ser o chefe da família, exercia sozinho o pátrio poder, enquanto a esposa assumia a condição de companheira, consorte e colaboradora do marido nos encargos familiares. Ressalta, que esses adjetivos usados pelo legislador se contrapunham à idéia de uma relação hierarquizada de autoridade, uma vez que na companheira está a amiga; na consorte, a sócia e na colaboradora, a auxiliar.⁸⁵

O fato é que, nessa época, o pátrio poder era exercido pelo marido, mas cumprido subsidiariamente pela mulher, conforme disposto no art. 380 do Código de 1916: *“durante o casamento, exerce o pátrio poder o marido, como chefe da família, e na falta ou impedimento seu, a mulher”*.

Segundo Caio Mario da Silva Pereira, o Código de 1916, no seu texto original, ficou mais na linha de nossas tradições atribuindo o pátrio poder ao marido e, em sua falta à mulher.⁸⁶

⁸⁵ Denise Damo Comel, *Do poder familiar*, 3.ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 27.

⁸⁶ Caio Mario da Silva Pereira, *Instituições*, cit., p. 419.

A despeito da lei ainda patriarcal, foi-se evoluindo para relações onde se passava a sentir, sob a ótica social, uma tendência de as mulheres em começar a cuidar e sustentar sua prole.

Posteriormente, a Constituição Federal de 1988 causou verdadeira revolução no Direito de Família, estabelecendo a igualdade entre homens e mulheres. Disto já se pode concluir que o pátrio poder passa, então, a ser exercido pelos pais em conjunto.

Evolui também o pátrio poder com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente que passou a vigorar dois anos depois da Constituição, substituindo o Código de Menores, trazendo disposição expressa sobre o pátrio poder, em consonância com o preceito de igualdade entre homens e mulheres. Assim enuncia seu artigo 21:

“O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurando a qualquer deles o direito de em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência”.

Esse dispositivo reafirma as condições igualitárias em que devem se encontrar pai e mãe, investidos ambos do instituto protetivo. Essa menção expressa na lei vem de encontro com o que já estava presente na vida das famílias brasileiras,

pois as mulheres efetivamente já exerciam essa função, independentemente de viverem sob o regime do matrimônio ou não.

Essa foi justamente a inovação da legislação infraconstitucional, posto que apesar da legislação constitucional estabelecer a igualdade entre homens e mulheres e proibir qualquer discriminação quanto à pessoa dos filhos, somente se referia ao pátrio poder sob a égide do matrimônio, e unicamente a certos e determinados filhos. O Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua vez, consolida a retirada do pátrio poder dos limites da sociedade conjugal.

Houve, também, na legislação infraconstitucional, o reconhecimento de que todo menor tem direito ao pátrio poder, qualquer que seja a situação do pai e da mãe em relação ao casamento, pois: *“Nessa colocação, mais clara fica a predominância que se deu à natureza protetiva da função, posto que direito do filho menor, que implica o correspectivo dever de qualquer ou de ambos os pais”*.⁸⁷

Seguindo a linha evolutiva do instituto do pátrio poder, destaca-se a importância do Código Civil de 2002, que mudou a nomenclatura do pátrio poder para poder familiar, não com o intuito de criar uma nova figura jurídica, mas, sim, de adequar-se à realidade social que se apresenta:

“A doutrina assim o fez para compatibilizar a tradicional e secular existente aos conceitos jurídicos e valores sociais, em especial, para que não evidenciasse qualquer discriminação

⁸⁷ Denise Damo Comel, *Do poder*, cit., p. 47.

*entre os filhos a ele sujeitos, também entre o casal de pais com relação ao encargo de criar e educar os filhos, destacando o caráter instrumental da função. Tal conclusão – a de que não se criou uma nova figura jurídica – se deduz do próprio texto legal. Veja-se, para tanto, que o rol de atribuições dos pais no exercício do poder familiar, disposto no art. 1.634 do C.C. é praticamente idêntico ao do pátrio poder, estabelecido no revogado art. 384. Bem assim, as causas de extinção, as hipóteses de suspensão e as de perda do poder familiar, disciplinadas nos arts. 1.635, 1.637 e 1.638, cujas alterações são mínimas quando cotejadas respectivamente, com os arts. 392, 394 e 395, do CC/1916, relativamente ao pátrio poder”.*⁸⁸

Vale ressaltar que a mudança terminológica se deu por conta da denotação contida na expressão pátrio poder, a qual conduzia a interpretação do cônjuge varão sobre as pessoas dos filhos. Reconhecendo-se, hoje, a posição ocupada pela mulher e o exercício do pátrio poder por ambos, sua nomenclatura torna-se obsoleta e ultrapassada.

Há muito tempo o pátrio poder perdeu o vigor da *potestas* do *pater familias*, para ir-se atenuando, vindo a ser compartilhado com mãe em igualdade de condições não vigendo a prevalência da vontade paterna, cabendo, em caso de divergência entre os pais, o suprimento judicial a ser dado em segredo de justiça.

⁸⁸ Denise Damo Comel, *Do poder...*, cit., p. 47.

Caio Mário da Silva Pereira⁸⁹ conceitua o poder familiar, no direito moderno, como sendo um complexo de direitos e deveres quanto à pessoa e bens do filho, exercidos pelos pais na mais estreita colaboração, e em igualdade de condições segundo o art. 226, § 5º da Constituição Federal.

Parafraseando Caio Mario, o doutrinador Sílvio de Salvo Venosa ensina que ao referir-se ao pátrio poder o novo Código, cioso de igualdade constitucional entre o homem e a mulher, preferiu denominá-lo de poder familiar. Isso porque, o instituto se alterou bastante no curso da história, acompanhando, em síntese, a trajetória da própria família e dos mandamentos constitucionais.⁹⁰

Segundo Arnaldo Rizzardo, o pátrio poder, mais do que poder, constitui-se em uma relação ou no exercício de várias atribuições, cuja finalidade última é o bem do filho.⁹¹

Entretanto, Denise Comel Damo assevera que é importante ter cuidado na compreensão do real significado da figura do poder familiar que, a toda evidência, não se confunde com a do pátrio poder, porque:

“Os princípios e valores que o inspiram são seguramente diversos dos que davam o conhecimento do extinto pátrio poder. Veja-se que a proposta do Código Civil de 2002 não se limita, apenas a imputá-lo tanto ao pai quanto à mãe, em

⁸⁹ *Instituições...*, cit., p.281.

⁹⁰ Sílvio de Salvo Venosa, *Direito*, cit., p. 353.

⁹¹ Arnaldo Rizzardo, *Direito civil.*, cit., p. 94.

*igualdade de condições, pois com a implosão social e jurídica, da família patriarcal, cujos últimos estertores deram-se antes do advento da Constituição de 1988, não faz sentido que seja reconstruído o instituto apenas deslocando o poder do pai (pátrio) para o poder compartilhado dos pais (familiar), pois a mudança foi muito mais intensa, na medida em que o interesse dos pais está condicionado ao interesse do filho, ou melhor, no interesse de sua realização como pessoa em formação”.*⁹²

Segundo Celeste Leite dos Santos, o novo Código Civil não menciona o poder “paterno”, mas refere-se ao poder “familiar” (com o que se diz adeus à *patria potestas* romana), e teve em vista não apenas um direito que corresponda, como unitário a ambos os genitores em comum, ainda que na sua extensão seja exercida por um só deles, donde se deduz uma igualdade de direitos à(s) família (s).⁹³

Para Maria Helena Diniz, essa é uma discussão muito ampla, mas o que se pretende aqui demonstrar é a questão terminológica do atual poder familiar, que segundo a doutrinadora é:

⁹² Denise Damo Comel, *Do poder*, cit., p. 55, ressalta que essa por não ser uma simples mudança terminológica implica na revisão do modelo jurídico secularizado.

⁹³ Celeste Leite dos Santos, *Poder familiar e crises conjugais: questões relativas a guarda dos filhos*, Disponível em: www.mp.sp.gov.br/caocivel/Boletim/Boletim%252003/Artigos/Poder%2520familiar%25. Acesso em 15 nov. de 2004.

“(...) um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possa desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho”.⁹⁴

José Antônio de Paula Santos Neto, em defesa do termo pátrio poder, considera que a denominação é tradicional, consagrada e universalmente aceita, não vendo o porquê da sua mudança.⁹⁵

Ainda assim, criticando a mudança da terminologia pátrio poder para poder familiar, Carlos Roberto Gonçalves afirma que mais adequada seria a expressão autoridade parental, posto que ainda que louvável a intenção de se modificar a designação para traçar um marco entre o modelo original do pátrio poder e a concepção atual, melhor seria adequar o instituto à terminologia “autoridade”, por ter sentido mais ameno que o termo poder, ainda que também possa significar poder, mas no sentido de decidir, ordenar, de se fazer obedecer, mais ainda, a força de personalidade de um indivíduo que lhe permite exercer influência sobre as pessoas, pensamentos e opiniões.⁹⁶

Caio Mário da Silva Pereira há muito tem debatido acerca dos reais matizes apresentados pela expressão pátrio poder, sendo certo que a alteração

⁹⁴ Maria Helena Diniz, *Curso*, cit., p. 440.

⁹⁵ José Antônio de Paula Santos Neto, *Do pátrio poder*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 56.

⁹⁶ Carlos Roberto Gonçalves, *Direito*, cit., p. 358; Denise Damo Comel, *Do poder*, cit. 58.

nominal para “poder familiar” ocorrida com a publicação da Lei nº. 10.406/2002 não importou modificação profunda no referido instituto, cujos contornos já se delineavam, conforme observância da correspondência entre poder e responsabilidade.⁹⁷

Esse pensamento parece correto, pois na concepção moderna, o poder familiar não é um direito sobre a pessoa dos filhos, mas um poder que se exerce na medida do interesse do menor.

De qualquer forma, é possível verificar que o melhor é a aplicação da expressão poder familiar que, nos dizeres do Professor Sílvio Rodrigues, pode ser conceituado 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 destes”*.⁹⁸

Para José Antônio de Paula Santos Neto, o poder familiar:

“(...) é o complexo de direitos e deveres concernentes ao pai e à mãe, fundado no Direito Natural, confirmado pelo Direito Positivo e direcionado ao interesse da família e do filho menor não emancipado, que incide sobre a pessoa e o patrimônio deste filho e serve como meio para o manter, proteger e educar”.⁹⁹

⁹⁷ Caio Mario Da Silva Pereira. *Instituições*, cit., p. 422.

⁹⁸ Sílvio Rodrigues, *Direito*, cit., p. 371.

⁹⁹ José Antônio de Paula Santos Neto, *Do pátrio poder*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 55.

Nota-se a consonância no estabelecimento do conceito de poder de família perante a nova terminologia adotada pelo Código Civil. Finalizando, importa destacar que para Maria Helena Diniz, o poder familiar é poder conferido simultaneamente a ambos os genitores, exercido no proveito, interesse e proteção dos filhos menores, e advindo de uma necessidade natural, uma vez que todo ser humano, durante sua infância, precisa de alguém que o crie, ampare, defenda, guarde e cuide de seus interesses, regendo sua pessoa e seus bens.¹⁰⁰

Ainda, conforme Maria Helena Diniz:

- a) O poder familiar constitui um *munus* público, ou seja, 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.
- b) O poder familiar é irrenunciável, pois os pais não poderão abrir mão dele.
- c) É inalienável ou indisponível, no sentido de que não pode ser transferido pelos pais a outrem, a título gratuito ou oneroso; a única exceção permitida em nosso ordenamento jurídico a essa regra é a delegação (*RT*, 181:491, *RF*, 150: 178) do poder familiar, desejada pelos pais ou responsáveis, para prevenir a ocorrência de situação irregular do menor (Código de Menores, nos termos do art. 21). Essa delegação era reduzida a termo, em livro próprio, assinado pelo juiz e

¹⁰⁰ Maria Helena Diniz, *Curso*, cit., p. 439.

pelas partes, dele constando advertência sobre os direitos e deveres decorrentes do instituto (Código de Menores, nos termos do art. 23, parágrafo único).

- d) É imprescritível, já que dele não decaem os genitores pelo simples fato de deixarem de exercê-lo; somente poderão perdê-lo nos casos previstos em lei.
- e) É incompatível com a tutela, não se pode, portanto, nomear tutor a menor, cujo pai ou mãe não foi suspenso ou destituído do poder familiar.
- f) Conserva, ainda, a natureza de uma relação de autoridade por haver um vínculo de subordinação entre pais e filhos, pois os genitores têm o poder de mando e a prole, o dever de obediência, segundo o art. 1.634, VIII, do Código Civil.¹⁰¹

Percebe-se, assim, que o poder familiar abrange todas as denominações, mas de acordo com a doutrina pátria, o legislador acertou na expressão poder familiar. Isso porque, segundo muito bem observa Caio Mario da Silva Pereira, o direito tem passado por enormes transformações, em especial, quanto à idéia predominante de que a *potesta* deixou de ser uma prerrogativa do pai para se firmar como fixação jurídica no interesse do filho, visando protegê-lo e não beneficiar quem o exerce.

Essa mudança ocorrida na terminologia do “pátrio poder” para “poder familiar” foi por muito tempo alvo de discussão da doutrina pátria que, por bem e

¹⁰¹ Maria Helena Diniz, *Curso*, cit., p. 440-441.

com acerto, abandonou aquela expressão com conotação preconceituosa inspirada no desdobramento do princípio da isonomia estabelecido no art. 226, § 5º da Constituição Federal, estabelecendo que “o poder familiar será exercido com igualdade pelo pai e pela mãe”.

Ademais, cumpre ressaltar, que o dinamismo da atual sociedade impõe que ambos os genitores tenham condições de gerir a vida de seus filhos, em igualdade de condições, tendo em vista inúmeros fatores, mas em especial a igualdade entre homens e mulheres.

CAPÍTULO III - CONTEÚDO E REGULAÇÃO DO PODER FAMILIAR NO NOVO CÓDIGO CIVIL

3.1. Regulamentação do poder familiar no novo Código Civil

O poder familiar foi inserido no novo Código Civil como substituto do pátrio poder do Código Civil de 1916. Encontra-se disciplinado nos artigos 1.630 a 1.638, mas não define o instituto, dispondo no artigo 1.630: *“os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores”*.¹⁰²

O Código Civil de 2002 trata do poder familiar, consoante os contornos constitucionais, principalmente com base na igualdade entre homem e mulher, delegando aos pais a responsabilidade pela administração do núcleo familiar. Nesse sentido, segundo Arnaldo Rizzardo, é importante observar que:

“(...) atualmente, preponderam direitos e deveres numa proporção justa e equânime no convívio familiar; os filhos não mais são vistos como uma esperança de auxílio aos pais. O poder familiar não é mais o exercício de uma autoridade, mas de um encargo imposto pela paternidade e maternidade, decorrente de lei. Nesse sentido, entende-se o poder de família como conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais com

¹⁰² O Código Civil de 1916, em seu art. 379 também não conceituava pátrio poder: “ Os filhos legítimos, os legitimados, os legalmente reconhecidos e os adotivos estão sujeitos ao pátrio poder, enquanto menores.” Nota-se que, como não poderia deixar de ser, o dispositivo exclui apenas as origens de filiação em obediência a ordem constitucional vigente.

*relação aos filhos menores e não emancipados, com relação a pessoa destes e seus bens”.*¹⁰³

É o poder de família caracterizado pelo sistema de direitos e deveres, limitado pelas normas jurídicas que permeiam a relação entre pais e filhos na qualidade de crianças ou adolescentes não emancipados ou não sujeitos a outra restrição familiar legal ou judicial. O instituto visa, também, propiciar legitimamente a forma como devem ser cumpridos os ditames impostos pela legislação para formação da pessoa em desenvolvimento com dignidade social e humana na entidade familiar e na sociedade, conforme preceitua a Constituição Federal.

Sílvio de Salvo Venosa pondera: “Visto sob o prisma do menor, o pátrio poder ou poder familiar encerra, sem dúvida, um conteúdo de honra e respeito, sem traduzir modernamente simples ou franca subordinação. Do ponto de vista dos pais, o poder familiar contém muito mais do que singela regra moral trazida do Direito: o poder paternal, termo que também se adapta a ambos os pais, enfeixa um conjunto de deveres com relação aos filhos”.¹⁰⁴

Para Denise Damo Comel, a estrutura básica da lei pretendeu receber durante a sua tramitação, como não poderia deixar de ser, grande influência da nova ordem constitucional. Em especial no que tange ao direito de família, foi muito expressivo o número de emendas oferecidas, tendo em vista a necessidade de adequar o texto à Constituição. Deve-se considerar que durante a sua longa tramitação, das 332 emendas aprovadas no Senado Federal, 138 diziam respeito a

¹⁰³ Arnaldo Rizzardo, *Direito de família*, Rio de Janeiro: Aide, 2002, p. 897.

¹⁰⁴ Sílvio de Salvo Venosa, *Direito Civil: direito de família*, 4. ed., São Paulo: Atlas, 2004, p.365-366.

disposições sobre Direito de Família, representando 42% do total das emendas.¹⁰⁵ A autora enfatiza que:

*“O poder familiar, então, vem disciplinado em um capítulo inteiro – Do Poder Familiar, do Subtítulo II – Das Relações de Parentesco, e também, em um Título próprio, donde se tem que o legislador separou a matéria em seus dois aspectos principais – pessoal e patrimonial. A propósito, no Código Civil de 1916 a matéria estava disposta em apenas um Capítulo – Do Pátrio Poder, do Título V – Das Relações de Parentesco, do Livro I – Do Direito de Família. A segmentação do livro de Direito de Família em duas seções, observa a autora nas palavras de Eduardo da Silva é critério que leva em conta que nas relações de família existe um vínculo de natureza moral, jurisdicalizado apenas parcialmente, e outro vínculo de natureza patrimonial, uma relação econômica, sem a qual seria impossível a manutenção do status de família”.*¹⁰⁶

É certo que o poder familiar, em especial, não regula de modo satisfatório a atribuição do desempenho dos pais em igualdade de condições, a problemática do exercício conjunto, dentre outros, repetindo, ainda normas do

¹⁰⁵ Denise Damo Comel, *Do poder*, cit., p. 50-51.

¹⁰⁶ Denise Damo Comel, *Do poder*, cit., p. 52.

Código Civil de 1916, que já não tem sentido ou aplicabilidade em face das disposições constitucionais referentes à filiação.¹⁰⁷

De toda forma, resta enfatizar que o direito positivo não oferece uma definição do poder familiar, posto que o Código Civil de 2002 nos mesmos termos do Código Civil de 1916, apenas regulamentou os aspectos específicos do instituto. Ficando, então, a cargo da doutrina a definição do poder familiar referido anteriormente.

Para Caio Mário da Silva Pereira, o Código de 2002 recepcionando os princípios constitucionais, desvencilhou-se da idéia predominante de chefia da família atribuída ao marido, pois se antigamente a *patria potestas* era conferida a este, o poder familiar, hoje, é exercido por ambos os pais conjuntamente e, entre um e outro, são distribuídas, harmonicamente, as atribuições concernentes à guarda, à educação, à orientação, à assistência aos filhos *in potestate*, bem como à administração de seus bens.¹⁰⁸

No mais, a estrutura do instituto permaneceu. Incluiu-se ao texto antigo a perda do poder familiar por decisão judicial (artigo 1.638). Além disso, transferiu toda Seção III do Código de 1916, relativa aos bens dos filhos, para o

¹⁰⁷ Paulo Luiz Netto Lobo, *Do poder familiar*, in Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira, *Direito de família e o novo Código Civil*, Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2001, p.144-145; Sílvio de Salvo Venosa, *Direito*, cit., p.366; Denise Damo Comel, *Do poder*, cit., p. 52.

¹⁰⁸ Caio Mario da Silva Pereira, *Instituições*, cit., p. 423.

Título II, Subtítulo II, denominado “Do usufruto e da administração dos bens de filhos menores.”¹⁰⁹

Em suma, o poder de família não mais se caracteriza pelo poder paternal, mas pela função conjunta de poder-dever exercido por ambos progenitores, como reza a Constituição Federal de 1988¹¹⁰. Até porque, ainda segundo Caio Mário da Silva Pereira aduz que:

*“Destaque-se que o Código de 2002 introduziu um novo capítulo identificado como – Da proteção da pessoa dos filhos – tendo regulamentado regras relativas à convivência familiar dos pais com os filhos nas hipóteses de dissolução da sociedade conjugal. (...) inclusive pela prioridade no sentido da aplicação do princípio do melhor interesse da criança (art. 3.1 do Decreto nº. 99.710/90) devendo prevalecer os interesses dos filhos sobre quaisquer outros de natureza pessoal ou patrimonial dos pais”.*¹¹¹

Essa tendência parece ser uma unanimidade dentre os países latino-americanos, como se pode verificar no Código Civil da Venezuela, em seu artigo 264¹¹²; ou no Código Civil Mexicano, artigo 283¹¹³. Também é essa a orientação da

¹⁰⁹ Carlos Roberto Gonçalves, *Direito*, cit. p. 367-368; Paulo Luiz Netto Lobo, *Do poder...*, cit., p. 145.

¹¹⁰ Paulo Luiz Netto Lobo, *Do poder...*, cit., p. 145-146.

¹¹¹ Caio Mario da Silva Pereira, *Instituições*, cit., p. 424.

¹¹² Artículo 264. – El padre y la madre que ejerzan la patria potestad, tiene la guarda de sus hijos y fijarán de mutuo acuerdo, el lugar de su educación, residencia o habitación.

matéria no Código Civil português, conforme inovação inserta em seu artigo 1906º , em 30 de junho de 1999.¹¹⁴

Cuando el padre y la madre tiene residencias separadas, el Juez de Menores, si no hay acuerdo entre los padres, determinará cuál de los dos tendrá la guarda de los hijos. En todo caso, la guarda de los hijos menores de siete (7) años corresponderá a la madre. Si la madre ha hecho voluntariamente entrega del hijo al padre, a un tercero o cuando la salud, la seguridad o la moralidad del menor así lo exijan. El Juez de Menores de su domicilio podrá acordar, temporal o indefinidamente, la guarda al padre que no la tenga, o a una tercera persona y siempre que la causa de la decisión esté plenamente comprobada en juicio.

Igualmente el Juez podrá modificar, en interés del menor, cualquier decisión que resulte del ejercicio de la guarda a solicitud de alguno de los padres o del Ministerio Público, en audiencia que fijará previamente y después de oír los alegatos de las partes.

¹¹³ ART. 283. La sentencia de divorcio fijará en definitiva la situación de los hijos, para lo cual el juez deberá resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos. De oficio o a petición de parte interesada durante el procedimiento, se allegará de los elementos necesarios para ello, debiendo escuchar a ambos progenitores y a los menores, para evitar conductas de violencia familiar o cualquier otra circunstancia que amerite la necesidad de la medida, considerando el interés superior de estos últimos. En todo caso protegerá y hará respetar el derecho de convivencia con los padres, salvo que exista peligro para el menor.

La protección para los menores incluirá las medidas de seguridad, seguimiento y terapias necesarias para evitar y corregir los actos de violencia familiar, las cuales podrán ser suspendidas o modificadas en los términos previstos por el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

¹¹⁴ Dispõe o Código Civil Português, no artigo 1906º - Exercício do poder paternal em caso de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento.

1. Desde que obtido o acordo dos pais, o poder paternal é exercido em comum por ambos, decidindo as questões relativas à vida do filho em condições idênticas às que vigoram para tal efeito na constância do matrimônio.

2. Na ausência de acordo dos pais, deve o tribunal, através de decisão fundamentada, determinar que o poder paternal seja exercido pelo progenitor a quem o filho for confiado.

3. No caso previsto no número anterior, os pais podem acordar que determinados assuntos sejam resolvidos entre ambos ou que a administração dos bens do filho seja assumida pelo progenitor a quem tenha sido confiado.

4. Ao progenitor que não exerça o poder paternal assiste o poder de vigiar a educação e as condições de vida do filho.

3.2. Conteúdo do Poder Familiar

O poder familiar será exercido pelos pais, quanto à pessoa dos filhos, enquanto os mesmos não atingirem a maioridade civil, com o fito imposto pela lei de: dirigir-lhes a criação e educação; mantê-los em sua companhia e guarda; conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se um dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade até a maioridade ou cessação da incapacidade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; e, exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição, conforme dispõe o diploma legal.¹¹⁵

Esse entendimento prolatado por Silvio Rodrigues se atém ao texto do Código Civil, que em seu art. 1.634 enuncia o conteúdo do poder familiar:

“Art. 1.634. Compete aos pais, no exercício do poder familiar:

I - dirigir-lhes a criação e educação;

II - tê-los em sua companhia e guarda;

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

IV - nomear-lhes tutor, por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais lhe não sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercitar o pátrio poder;

¹¹⁵ Silvio Rodrigues, *Direito civil – direito de família*, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 370.

V - representá-los, até aos 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição”.

Conforme Maria Helena Diniz, o poder familiar engloba um complexo de normas concernentes aos direitos e deveres dos pais relativamente à pessoa e aos bens dos filhos menores não emancipados, e compete aos pais quanto à pessoa dos filhos menores uma série de obrigações, previstas no art. 1.634 do Código Civil.¹¹⁶

É importante mencionar que o artigo 1.634 não possui um rol em *numerus clausus*, ou seja, seu rol não é taxativo, visto que existem vários outros deveres e direitos, advindos da relação parental, tal como a concessão de emancipação e a autorização para que o filho exerça o comércio.

Sílvio Venosa, dentre todos os aspectos do poder familiar, ressalta que o seu conteúdo é: “ a) indisponível, porque decorre da paternidade natural ou legal, e não poderá ser transferido a terceiros; b) indivisível, porém não o seu exercício. Porque quando se trata de pais separados, cinde-se o exercício do poder familiar, dividindo-se as sucumbências; e c) imprescritível, visto que ainda que, por qualquer circunstancia, não

¹¹⁶ Maria Helena Diniz, *Curso*, cit., p. 443.

possa ser exercido pelos titulares, trata-se de estado imprescritível, não extinguido pelo desuso. Somente, a extinção dentro das hipóteses legais, poderá terminá-lo.¹¹⁷

Denise Damo Comel, por sua vez, divide o conteúdo do poder familiar em pessoal e patrimonial, enfatizando que o conteúdo do poder familiar se encontra na Constituição Federal, no artigo 229; no Código Civil no artigo 1.634 e no Estatuto da Criança e do Adolescente no artigo 22. Na Constituição, o legislador enfatizou as obrigações de assistir, criar e educar. Assim, ratifica-se a idéia de que a Carta Magna é um altivo defensor do Direito de Família, nesse caso especificamente do direito de filiação, de forma que acabou por se constituir o dever de sustento e assistência como uma norma programática do poder familiar.¹¹⁸

Percebe-se, outrossim, que o preceito constitucional é claro e abrangente, posto que obriga os pais a se fazerem presentes na vida dos filhos com o fito de lhes prestar assistência de toda ordem.

Da análise do artigo 1.634 do Código Civil, cuja redação é praticamente idêntica à do art. 384 do Código Civil de 1916, até porque o encargo atribuído aos pais é de conteúdo único e imutável, denota-se somente a sucessão de uma figura a outra do pátrio poder ao poder familiar.

Diante da completude do artigo 1.634 do CC, necessário se faz um estudo mais amplo de cada uma das obrigações impostas àquele que detiver o poder familiar, como faremos nos tópicos seguintes.

¹¹⁷ Sílvio de Salvo Venosa, *Direito de Família ...*, cit, p. 360.

¹¹⁸ Denise Damo Comel, *Do poder*, cit., p. 94.

3.2.1 - Criação e educação da prole

Conforme já analisado, esse dever advém do art. 229, da Constituição de 1988, bem como da Lei nº. 8.069/90, arts. 4º, 19, 53 e 55.

Caio Mário da Silva Pereira ensina que dentre os direitos fundamentais da criança e do adolescente, identificam-se no art. 227, da Constituição Federal, o direito à educação e à cultura. Além disso, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº. 8.069/90), reforçando os princípios constitucionais, autoriza procedimentos práticos para o exercício destes direitos.¹¹⁹

Segundo o art. 1.634, I, do Código Civil, e consoante o disposto no art. 229 da Constituição Federal de 1988: *“compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores [...] dirigir-lhes a criação e a educação”*.

Destaca-se, entretanto, que apesar de parecerem sinônimos, o dever de educação e criação possuem significados distintos. O dever de educação equipara-se ao dever dos pais de proporcionar ao filho a oportunidade de desenvolver suas atividades intelectuais e morais em todos os níveis, enquanto o dever de criação equipara-se ao dever dos pais de garantir aos filhos o bem estar físico, como saúde e condições necessárias para a sua sobrevivência (moradia, alimentação e etc.).¹²⁰

¹¹⁹ Caio Mario da Silva Pereira, *Instituições*, cit., p. 426.

¹²⁰ Sílvio de Salvo Venos, *Direito...*, cit., p. 374.

Esses dispositivos enunciam que devem os pais prover os filhos de meios materiais para a sua subsistência e instrução de acordo com seus recursos e sua posição social, preparando-os para a vida, tornando-os úteis à sociedade, assegurando-lhes todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana.

Maria Helena Diniz preleciona que se deve dirigir os filhos espiritual¹²¹ e moralmente, formando-lhe o espírito e o caráter. Além disso, capacitá-los física, moral, intelectual e socialmente garantindo-lhes liberdade e dignidade. Entretanto, nada se dispõe quanto ao modo de criação, bem como a forma de execução dos encargos parentais, devido ao respeito à intimidade, sendo certo que a disciplina.¹²²

O dever de educar implica a obrigação de promover no filho o desenvolvimento pleno de todos os aspectos da personalidade, preparando-o para o exercício da cidadania e qualificando-o para o trabalho, seja através da educação informal, seja através da educação formal, ou seja, exercer de forma positiva influência sobre o filho, com o objetivo de dar forma à personalidade dele, entendida aqui no sentido amplo, preparando-o para a vida em sociedade.¹²³

Nesse sentido, o *caput*, do artigo 53 do Estatuto da Criança e do Adolescente, assim dispõe: “a criança e o adolescente têm direito à educação,

¹²¹ Nota-se que, como se verá mais adiante, essa é uma preocupação expressa do doutrinador português que insere essa obrigação no texto do Código Civil Português (art. 1886°.)

¹²² Maria Helena Diniz, *Curso*, cit., p. 443-444.

¹²³ Segundo Carlos Roberto Gonçalves (*Direito*, cit., p. 363): “O encargo envolve, pois, além do zelo material, para que o filho fisicamente sobreviva, também o moral, para que, por meio da educação, forme seu espírito e seu caráter”; Denise Damo Comel, *Do poder*, cit., p. 102.

visando o pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho...¹²⁴”.

O dever de educação é muito abrangente, e como enunciado por Maria Helena Diniz, impõe aos pais o dever de dirigir-lhes educação no sentido espiritual, moral, social e dentre outros¹²⁵. E, por outro lado, ainda importa enaltecer que, além de ser função dos pais, também é uma obrigação do Estado, como se depreende da análise do art. 227, da Constituição Federal, que assim dispõe:

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

O dever de criar, por sua vez, é da essência do poder familiar e função precípua dos pais, expresso inicialmente no ato de dar existência ao filho, concebendo-o, complementa-se com a conseqüente criação da prole. Nas palavras de Denise Damo Comel, refere-se, mas especificamente, à obrigação de garantir o

¹²⁴ Esse artigo se inspira na doutrina da proteção integral, que é a principal fonte do Estatuto da Criança e do Adolescente.

¹²⁵ “Admite-se a destituição da guarda da criança se a convivência duradoura com a mãe, possuidora de conduta irregular, puder refletir negativamente na formação da personalidade da menor” (in RT 772/300).

bem-estar físico do filho, o que inclui o sustento alimentar, o cuidado com a saúde e o que mais necessário for à sua sobrevivência.¹²⁶

Vale ressaltar, ainda, que o não cumprimento do dever legal e moral de educar e criar os filhos caracteriza o crime previsto no art. 244 e 246, do Código Penal – abandono material e intelectual de menores – casos os pais deixem de provê-los de recursos necessários para a sua criação e educação.

Além de configurar crime, a infração aos deveres de criação e educação, é causa de perda do poder familiar, conforme previsto no artigo 1.638, inciso II do Código Civil, mas a punição não desobriga do dever de prestar alimentos, cujo não pagamento da pensão alimentícia implica, por si só, em abandono material que deve ser punido e não premiado com a exoneração do encargo.¹²⁷

Por outro lado, cabe consignar que no exercício da obrigação de criar, os pais não podem praticar abusos, sob pena de incorrerem em constrangimento ilegal. Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça asseverou ser inadmissível a internação forçada de filha sem que haja diagnóstico que justifique o ato.¹²⁸

¹²⁶ Denise Damo Comel, *Do poder*, cit., p. 98-99.

¹²⁷ “O não pagamento da pensão alimentícia tipifica a conduta delituosa do alimentante quando não comprovado por ele, satisfatoriamente, o estado de necessidade alegado, devendo, pois, responder penalmente por seu comportamento.” (in RT 724/666). No mesmo sentido, Carlos Roberto Gonçalves, *Direito...*, cit., p. 363.

¹²⁸ *Habeas Corpus*. Internação involuntária em clínica psiquiátrica. Ato particular. Ausência de provas e/ou indícios de perturbação mental. Constrangimento ilegal delineado. Binômio poder-dever familiar. Dever de cuidado e proteção. Limites. Extinção do poder familiar. Filha maior e civilmente capaz.

Nesse sentido, ainda: “Não dispõe a mãe da incolumidade física dos filhos, para causar-lhes ferimentos corporais a pretexto de contribuir para corrigi-los, propiciando-lhes integral formação” – RT 724/690.¹²⁹

Cabe, pois, aos pais, zelar pela educação¹³⁰ dos filhos menores, ensinando-lhe os princípios morais e éticos, para que cresçam em sabedoria e saibam viver em sociedade, dando-lhes condições materiais e morais para que se desenvolvam plenamente e, se necessário, castigá-los com moderação.

3.2.2 - Guarda e companhia dos filhos

A função de ter os filhos em companhia e guarda é extensão tanto do dever constitucional de assistir o filho (estar presente em sua vida, acompanhá-lo, testemunhar o que faz), quanto o dever de criação e educação, uma vez que os pais só poderão criar e educar o filho se o tiverem consigo, vivendo em sua companhia.¹³¹

Direitos de personalidade afetados. – É incabível a internação forçada de pessoa maior e capaz sem que haja justificativa proporcional e razoável para a constrição da paciente. – Ainda que se reconheça o legítimo dever de cuidado e proteção dos pais em relação aos filhos, a internação compulsória de filha maior e capaz, em clínica para tratamento psiquiátrico, sem que haja efetivamente diagnóstico nesse sentido, configura constrangimento ilegal. Ordem concedida. (STJ, HC n. 35.301/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em 03.08.2004, DJU 13.09.2004, p. 231.

¹²⁹ Vide também RT 779/632 “ O pai que excede nos castigos corporais, chegando ao ponto de provocar a morte de seu filho, responde pelo delito de maus-tratos, na forma qualificada (art. 136, § 2º, do CP), que se configura, precisamente, pela imoderação do *animus corrigendi*.”

¹³⁰ Pontes de Miranda esclarece que compete aos pais a escolha da espécie de educação, orientação pedagógica ou religiosa (in *Tratado de direito de família*, São Paulo: Max Limonad, 1947, v. III, p.125.

¹³¹ Denise Damo Comel, *Do poder*, cit., p. 110.

Os aspectos pertinentes à guarda, no que diz respeito às suas modalidades, conseqüências e direito de visita, serão tratados no capítulo V adiante. Entretanto, quanto ao dever dos pais de ter seus filhos em sua companhia, o art. 1.634 reporta-se ao sentido propriamente dito da palavra, qual seja: “vigiar com o fim de defender, proteger ou preservar; tomar conta de, zelar por, conduzir vigiando.”¹³²

Para Maria Helena Diniz, esse dever constitui-se em:

*“Tê-los em sua companhia e guarda, pois esse direito de guarda é, concomitantemente, um poder-dever dos titulares do poder familiar. Dever porque aos pais, a quem cabe criar, incumbe guardar. Constitui um direito, ou melhor, um poder porque os pais podem reter os filhos no lar, conservando-os junto a si, regendo seu comportamento em relações com terceiros, proibindo sua convivência com certas pessoas ou sua freqüência a determinados lugares, por julgar inconveniente aos interesses dos menores. Se confiarem a sua guarda de seus filhos a pessoa que sabem que os prejudicará material ou moralmente cometerão o delito previsto no Código Penal, art. 245”.*¹³³

A guarda diz respeito à prerrogativa de ter o filho em seu poder, em ter-lhe a posse oponível a terceiros, e vinculada aos deveres de prestar-lhe

¹³² Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, *Novo dicionário da língua portuguesa*, p. 874.

¹³³ Maria Helena Diniz, *Curso*, cit., p. 444. Nesse sentido, cumpre destacar que segundo o art. 76, parágrafo único: “O domicílio do incapaz é o do seu representante ou assistente (...)”.

assistência material, moral e educacional. Apesar de ser própria da natureza do poder familiar, não o é da sua essência, na medida que pode ser confiada à terceiro, sendo a guarda, neste caso, desmembrada da relação paterno-filial (artigo 33, do Estatuto da Criança e do Adolescente).¹³⁴

Como os pais são civilmente responsáveis pelos atos dos filhos menores que estão em sua companhia e guarda, o direito de guarda abrange, necessariamente, o de vigilância, que torna efetivo o poder de dirigir a formação moral do menor.¹³⁵ A responsabilidade civil dos pais pelos atos dos filhos menores será adiante aprofundada.

Por outro lado, ter em companhia, segundo Denise Damo Comel, é função típica e da essência do poder familiar, e não significa apenas morar com o filho, tê-lo sob o mesmo teto, numa convivência contínua e de relativa permanência, pois a função de ter os filhos em sua companhia é mais complexa, e deve ser entendida também como forma de estabelecer com eles relação de tal proximidade que gere uma verdadeira comunidade de vida e interesses, em que haja constante troca de experiência, sentimentos e informação.¹³⁶

Nesse sentido, cumpre destacar as lições de Maria Helena Diniz:

¹³⁴ Roberto João Elias, *Pátrio poder: guarda dos filhos e direito de visita*, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 53.

¹³⁵ Maria Helena Diniz, *Curso*, cit., p. 444.

¹³⁶ Denise Damo Comel, *Do poder*, cit., p. 111.

*“Os pais têm o direito de ter a prole em sua companhia, com eles vivendo, fixam o domicílio dos filhos menores. Se os pais estiverem separados de fato, os direitos de ter os filhos em sua companhia e guarda cabem tanto ao pai como à mãe. Se os filhos menores forem confiados a guarda da mãe, não há ofensa ao poder familiar, porque o direito de guarda é da natureza, e não da essência, do poder familiar, podendo até ser confiado a outrem”.*¹³⁷

Há que se esclarecer que a função de ter os filhos em companhia abrange também o aspecto protecionista da exposição dos menores a situações de perigo, onde fiquem longe de seus pais (vigilância e acompanhamento), isso também por conta da responsabilidade civil dos pais sobre os atos dos filhos, conforme já enunciado.

Note-se que os Tribunais não aceitam a mera argüição de falta de condições daquele que detém o poder familiar, para alterar a guarda da criança. Neste sentido o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul assim asseverou no Agravo de Instrumento, Nº 70011019197¹³⁸, que teve como relator DES. JOSÉ S. TRINDADE, julgado em 14 de abril de 2005.

¹³⁷ Maria Helena Diniz, *Curso*, cit., p. 444-445.

¹³⁸ AGRAVO DE INSTRUMENTO. GUARDA. MODIFICAÇÃO. AVÓS MATERNOS. Inexistindo qualquer indício de que a mãe/agravante não tenha condições de criar e educar o filho, não há justificativa plausível para que seja transferida liminarmente a guarda do menor aos avós/agravados. A guarda dos filhos menores, como uma decorrência do poder familiar, pertence natural e legalmente aos pais. Arts. 1.630 e 1.634, I e II, do CC/02. Agravo de instrumento provido.

Salienta-se que o direito de convivência é de tal forma importante que os danos provocados pelo abandono daquele que tinha direito de visitas têm sido indenizados, conforme uma tendência dos Tribunais, como se vê pela decisão proferida pelo Tribunal de Alçada de Minas Gerais, na Apelação nº 408.550-5, que teve como relator o Desembargador UNIAS SILVA, em julgado datado de 01 de abril de 2004.¹³⁹

Outros casos existem, como o que tramitou perante a 31ª Vara Cível Do Foro Central, processo nº 583.00.2001.036747-1, da lavra do juiz Luís Fernando Cirillo, em que a filha ajuizou ação de indenização contra o pai alegando que ele abandonou o lar alguns meses após o seu nascimento e passou a negligenciar sua existência, causando sérios danos psicológicos à menina. Neste caso, entendeu o ilustre julgador que a paternidade não gera apenas deveres de assistência material e, que além da guarda, existe o dever dos pais em terem os filhos em sua companhia, não podendo o abando se restringir à dimensão material e, assim, condenou o pai, requerido, a pagar à filha, autora, a quantia de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a título de danos morais, bem como, ao custeio do tratamento psicológico da filha.

Apesar de serem louváveis decisões como a citada, é preciso ter cautela para que as indenizações não acabem capitalizando as relações afetivas,

¹³⁹ INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS – RELAÇÃO PATERNO-FILIAL – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE. A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana.

pois o afeto perdido não se recupera, mas concessões de indenizações desse tipo podem ajudar na mudança de paradigmas em favor da paternidade responsável.¹⁴⁰

Como ressalta Cláudia Maria da Silva: “garantir ao filho a convivência familiar significa respeitar seu direito de personalidade e garantir-lhe a dignidade, na medida em que depende de seus genitores não só materialmente. O descumprimento do dever de convivência familiar gera um vazio no desenvolvimento afetivo, moral e psicológico do filho.”

Com toda certeza, o abandono psíquico e afetivo é tão ou mais grave que o abandono material, até porque em relação ao aspecto material existem mecanismos jurídicos de cobrança e sanções tanto civis como penais¹⁴¹. Mas, a ausência do pai no exercício de suas funções paternas, ou da mãe, nas maternas, que representam o limite, a segurança e a proteção, podem acarretar danos irreparáveis ou de difícil reparação.

Rodrigo da Cunha Pereira, com maestria coloca que o “*desafio do terceiro milênio será a aprendizagem da organização da polis, considerando que não é possível pensar o Estado sem seu núcleo básico, a família.(...) Teremos que reaprender, então, diante das novas formas de família, e nesse novo contexto social,*

¹⁴⁰ Andréa Aldrovandi e Rafael Lazzarotto Simioni, *O direito de família no contexto de organizações socioafetivas: dinâmica, instabilidade e polifamiliaridade*, Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v. 7, n. 34, p. 24-25.

¹⁴¹ Como vimos no item anterior, o Código Penal tipifica o abandono material e intelectual nos artigos 244 e 246; e, a lei civil estabelece pena de penhora e, até mesmo, prisão para os devedores de pensão alimentícia.

*o que é um pai, pois já sabemos que a ausência dele pode ser desestruturante (sic) para o sujeito.*¹⁴²

3.2.3 – Autorização para casamento

Os menores de 18 anos não emancipados não podem contrair núpcias sem o consentimento de ambos os pais ou de seus representantes legais, enquanto não atingirem a maioridade civil, nos termos do artigo 1.517 do Código Civil. Havendo recusa injusta, esse consentimento poderá ser suprido mediante via judicial, nos termos dos artigos 1.517, 1.519 e 1.550, II do Código Civil e art. 148, parágrafo único, c, da Lei nº. 8.069/90.

O Código de 1916 fazia distinção quanto à idade nupcial entre homens e mulheres, impondo a idade de 16 anos para a mulher, e 18 anos para o homem (artigo 183, inciso XII). O legislador do Código Civil de 2002, nivelou a idade nupcial e a impôs em 16 anos para ambos, sob o argumento da igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres, estabelecida na Constituição Federal de 1988.

A intervenção da vontade dos pais justifica-se na necessidade de proteger o filho da prática de ato de tamanha importância e transcendência em sua vida como é o casamento:

¹⁴² Rodrigo da Cunha Pereira, *Pai, porque me abandonaste?*, Disponível na Internet: http://www.ibdfam.com.br/inf_geral.asp?codInf=73&CodTema=77&Tipo=1. Acesso em 10.09.04.

*“(...) o fato de a lei permitir o casamento a partir dos 16 anos não quer dizer que todos os jovens devam se casar com essa idade, senão que apenas lhes é autorizado assim proceder. E, de qualquer forma, no novo direito permanece a função dos pais em conceder ou não a autorização para o casamento dos filhos que alcançaram a idade nupcial e que ainda não atingiram a maioridade civil, função essa que deve ser exercida obrigatoriamente pelos pais em conjunto. (...) pois, a pouca maturidade, propícia às paixões e aos arroubos inconstantes, muitas vezes podem levar o jovem precipitadamente ao casamento sem que tenha condições de assumir adequadamente todos os encargos da vida matrimonial. Aos pais, então, atribui-se a função de consentir ou não com o casamento do filho, devendo ser exercido de modo fundado e comprometido, sempre no superior interesse do filho”.*¹⁴³

Cumprido aclarar que, para fixar a idade mínima para o casamento, baseou-se o legislador tanto na questão do discernimento para o ato matrimonial como na presunção da capacidade geradora.¹⁴⁴

Na Itália, de acordo com o artigo 84 do Código Civil italiano¹⁴⁵, a idade nupcial é 16 anos para os homens e 14 anos para as mulheres. Na França, a

¹⁴³ Denise Damo Comel, *Do poder*, cit., p. 122.

¹⁴⁴ Orlando Gomes, *Direito...*, cit. p. 69.

¹⁴⁵ Art.84 – Não podem contrair casamento o homem que não completou dezesseis anos e a mulher que não completou quatorze. O chefe do Governo, ou as autoridades delegadas para isso, podem, por motivos graves, conceder dispensa, admitindo o casamento do homem que completou quatorze

idade núbil masculina é de 18 anos e a feminina, 15 anos, conforme disposto no artigo 144 do Código Napoleão. Na Alemanha, a Lei do Casamento (*EHEGESETZ*) de 20 de fevereiro de 1946 assim dispõe:

“(1) Um homem não pode, antes de completar vinte e um anos de idade, contrair casamento; uma mulher não [o] pode, antes de completar dezesseis anos de idade.

(2) Ao homem e à mulher pode ser concedida dispensa desta disposição; ao homem, contudo, somente quando tiver ele completado dezoito anos de idade e não mais estiver sob o pátrio poder ou sob tutela.” (*sic*)¹⁴⁶

Nota-se que nesses três países, a idade mínima para o casamento é inferior para as mulheres, isto porque alcança ela mais cedo o pleno desenvolvimento dos órgãos reprodutores.

Finalmente, dispõe o artigo 1.520 do Código Civil brasileiro que “Excepcionalmente, será permitido o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil, para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez da mulher”.

anos e da mulher que completou doze.(Código Civil Italiano traduzido diretamente do italiano por Souza Diniz, Biblioteca de Legislação Estrangeira, Rio de Janeiro: Record, 1961, p. 45)

¹⁴⁶ Código Civil Alemão, traduzido diretamente do alemão por Souza Diniz, Biblioteca de Legislação Estrangeira, Rio de Janeiro: Récord, 1960, p. 379.

3.2.4 – Nomeação de tutor

Outra função advinda do poder familiar é a de nomear tutor, por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais lhe não sobrevier, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar.

Importa inicialmente destacar que ninguém melhor do que o genitor para escolher a pessoa a quem confiar a tutela dos filhos.¹⁴⁷ Desse modo, de acordo com o inciso IV, do artigo 1.634, do Código Civil, compete aos pais nomear tutor aos filhos menores pela chamada tutela testamentária, que só pode ser feita por testamento ou documento autêntico, através da qual pode-se eleger a quem confiar os cuidados e a administração dos bens dos filhos menores.

É necessário que essa nomeação seja feita pelo pai ou pela mãe que estejam no exercício do poder familiar, sendo certo que a nomeação somente surtirá efeito se o outro genitor estiver falecido ou impedido de exercer o poder de família.¹⁴⁸

Pontes de Miranda destaca que:

“(...) a tutela é o instituto de proteção do menor substitutivo do poder familiar, visto ser uma função personalíssima, e se referir ao poder conferido pela lei, ou segundo princípios seus,

¹⁴⁷ Maria Helena Diniz, *Curso*, cit., p. 445.

¹⁴⁸ Carlos Roberto Gonçalves, *Direito*, cit., p.366.

*à pessoa capaz, para proteger a pessoa e reger os bens dos menores que estão fora do pátrio poder”.*¹⁴⁹

Por fim, cumpre ainda destacar que a nomeação de tutor é de livre escolha pelos pais, e de execução não obrigatória, mas sim facultativa, que se não exercida recairá na regra contida no art. 1.731¹⁵⁰, do Código Civil, a qual é estabelecida a ordem de preferência e critérios para escolha de tutor, dentre os parentes consangüíneos do menor.

3.2.5 – Representação e assistência

Os menores até os 16 anos de idade estão sujeitos à representação e aqueles com idade entre 16 e 18 anos, à assistência, respectivamente, suprindo-lhes o consentimento e auxiliando-lhes nos atos em que forem partes até que se tornem plenamente capazes.

A regra esculpida no inciso V em questão tem respaldo nos artigos 3º e 4º, do Código Civil, bem como no artigo 8º, do Código de Processo Civil, nos artigos 792 e 439, da Consolidação das Leis do Trabalho, e no artigo 142, da Lei nº. 8.069/90.

¹⁴⁹ Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Tratado*, cit., p. 304.

¹⁵⁰ “Em falta de tutor nomeado pelos pais incumbe a tutela aos parentes consangüíneos do menor, por esta ordem: I – aos ascendentes preferindo o de grau mais próximo ao mais remoto; II – aos colaterais até o terceiro grau, preferindo os mais próximos aos mais remotos, e, no mesmo grau, os mais velhos aos mais moços; em qualquer dos casos, o juiz escolherá entre eles o mais apto a exercer a tutela em benefício do menor”.

Tendo em vista a incapacidade da pessoa para exercer pessoalmente os atos da vida civil, incapacidade essa que até os 16 anos de idade é absoluta, e após, relativa, a lei confere aos pais a função de manifestar a vontade do filho, mediante a representação, ou a função de assistir o filho em certas manifestações de vontade, conforme seja ele menor ou maior de 16 anos, nos termos do já mencionado art. 1.634, inciso V, do Código Civil.

Sem dúvida, essa é mais uma forma de os pais prestarem ao filho assistência a que se refere a norma constitucional, buscando evitar que os menores possam ser prejudicados, ou venham prejudicar terceiros, por meio de atos para os quais não são capazes, representação essa que abrange bens, direitos, interesses e deveres, tanto na ordem pessoal, patrimonial, judicial ou extrajudicial, sempre em benefício e com base no superior interesse do menor.¹⁵¹

3.2.6 – Busca e apreensão

O detentor do poder familiar poderá reclamar de quem ilegalmente os detenha. Tendo os pais a função de ter o filho em sua companhia e guarda, para bem cuidar da sua criação e educação, a lei assegura-lhes o dever de reclamá-los de quem ilegalmente os detenha, ou seja, contra sua vontade e sem justa causa.

¹⁵¹ Denise Damo Comel, *Do poder*, cit., p. 114.

Essa reclamação poderá se dar por meio de busca e apreensão, como ensina Maria Helena Diniz:

*“O magistrado, ao receber o pedido de busca e apreensão, se convencido da ilegalidade da detenção do menor feita pelo réu que, por exemplo, o raptou ou o subtraiu em desobediência à decisão judicial, ordenará a expedição de mandado liminar, sem audiência do referido réu”.*¹⁵²

Aos pais, então, incumbe o dever de exigir a devolução do filho contra qualquer pessoa que o retenha ilegalmente, e o mecanismo judicial para obter a devolução é a ação de busca e apreensão, na forma da lei processual civil, sendo de observar que o fato também possui efeitos penais, o qual consiste no delito de subtração de incapazes, previsto no Código Penal, no artigo 249, que estabelece¹⁵³:

“Art.249 - Subtrair menor de 18 (dezoito) anos ou interdito ao poder de quem o tem sob sua guarda em virtude de lei ou de ordem judicial:

Pena - detenção, de 2 (dois) meses a 2 (dois) anos, se o fato não constitui elemento de outro crime.

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

§ 2º - No caso de restituição do menor ou do interdito, se

¹⁵² Maria Helena Diniz, *Curso*, cit., p. 445.

¹⁵³ Denise Damo Comel, *Do poder*, cit., p. 113.

este não sofreu maus- tratos ou privações, o juiz pode deixar de aplicar pena.”

Contudo, não havendo ilegalidade não há razão para o titular do poder familiar requerer a busca e apreensão do menor. Supondo-se que os pais, separados judicialmente, tenham acordado sobre as visitas e que um deles esteja legitimamente exercendo seu direito, o outro não poderá requerer a busca e apreensão do filho menor. Se estiver havendo abuso por qualquer dos genitores, mais adequado, na maioria das vezes, é o pedido de modificação de guarda.¹⁵⁴

3.2.7 – Obediência e respeito

O último inciso do artigo 1.634 trata da prerrogativa dos pais de exigir que os filhos lhes prestem obediência e respeito, bem como auxiliem nos deveres familiares apropriados a sua idade e condição, sem prejuízo na sua formação, participando da manutenção da família, preparando-se para os embates da vida.¹⁵⁵

¹⁵⁴ “Inadmissível o procedimento de busca e apreensão de filho que esteja sob a guarda do pai se o pátrio poder (atualmente poder familiar) é exercido concomitantemente, por ambos os genitores, mormente se o requerente da medida não comprovar suficientemente que a permanência da situação representa nocividade ao menor em relação a aspectos educacionais ou quanto à sua formação física e moral” (in RT 766/241).

¹⁵⁵ As crianças costumam repetir no convívio social as atitudes dos adultos com os quais convivem. Assim, compete aos pais instruir os filhos menores, impondo-lhes limites e ensinando-os a respeitar o próximo e a si mesmos para tornarem-se adultos suficientemente maduros.

Deve-se destacar que com a finalidade de proteger o menor, a Consolidação das Leis do Trabalho, proíbe o trabalho fora do lar até os 16 anos, salvo na condição de aprendiz, e, em período noturno até os 18 anos, nos moldes dos artigos 403 e 404, respectivamente, bem como encontram-se inseridas no artigo 90 da Lei nº. 8.069/90.¹⁵⁶

O dever de obediência do filho consiste em ter ele que se submeter às determinações dos pais relativamente à disciplina doméstica interna e à sua formação, desde que sejam ordens lícitas, de caráter educativo ou protetivo, e sempre no interesse do filho, incluindo as proibições, tal como de não frequentar certos lugares, bem como, as aplicações de castigos e corretivos, desde que moderadamente, sob pena de suspensão e perda do poder familiar, como veremos adiante.¹⁵⁷

3.3. Administração e usufruto dos bens dos filhos menores

Quanto ao conteúdo patrimonial do poder familiar, pode-se destacar que, embora as funções de conteúdo pessoal se apresentem com maior transcendência em relação ao poder familiar, não é menos importante a análise das relações jurídicas do vínculo paterno-filial de conteúdo econômico. E nessa esfera incumbe aos pais:

¹⁵⁶ Carlos Roberto Gonçalves, *Direito*, cit., p. 367; Maria Helena Diniz, *Curso*, cit., p. 445-446.

¹⁵⁷ Denise Damo Comel, *Do poder*, cit., p. 127. Nesse sentido RT 724/690 e RT 779/632.

1. A administração dos bens dos filhos menores não emancipados, conforme dispõe o art. 1.689, II do Código Civil. Esse dever constitui-se na prática de atos idôneos à conservação e incremento do patrimônio, podendo celebrar contratos, como o de locação de imóveis, pagar impostos, defender judicialmente, receber juros ou rendas, adquirir bens, aliená-los, se móveis; contudo, não poderá dispor dos imóveis pertencentes ao menor, nem contrair obrigações que ultrapassem os limites da simples administração, pelo fato de que esses atos importam em diminuição patrimonial.¹⁵⁸ Há uma exceção, quando restar provada a necessidade da vantagem econômica à prole, desde que haja a prévia autorização judicial.

Orlando Gomes assinala que os pais não responderão pela administração dos bens do filho, a não ser que ajam com culpa, não estando, ainda, em regra, obrigados a prestar caução, nem a lhe render contas.¹⁵⁹ E por essa administração, importa destacar que os pais que exercem o poder familiar não terão direito à remuneração.

Para Maria Helena Diniz, sempre que no exercício do poder familiar colidirem os interesses dos pais com os do filho, a requerimento deste ou do Ministério Público, o juiz lhe dará curador especial, nos termos do art. 1.692, do Código Civil, e artigos 142, parágrafo único, e 148, parágrafo único, *f*, da Lei nº. 8.069/90, para que fiscalize a solução do conflito de interesses de pais e filho zelando pelo do menor; recebendo em seu nome doação que os pais irão fazer-lhe; concordando com a venda que os genitores efetuarão a outro descendente;

¹⁵⁸ Maria Helena Diniz, *Curso*, cit., p. 446.

¹⁵⁹ Orlando Gomes, *Direito*, cit., p. 420.

intervindo na permuta entre o filho menor e os pais; levantando a inalienabilidade que pesa sobre o bem de família.¹⁶⁰

É de se destacar, ainda, que conforme os ensinamentos de Maria Helena Diniz, o curador especial terá a tarefa de fiscalizar a solução do conflito de interesses entre pais e filho, zelando pelos menores (*RT, 106: 126*), recebendo em seu nome, p. ex., doação que o pai irá fazer-lhe, concordando com venda feita pelo genitor a outro descendente, intervindo na permuta de bens entre o menor e os pais etc¹⁶¹.

Isto porque, sempre que no exercício do poder familiar colidirem os interesses do progenitor com os do filho menor, resultará impedimento para que os pais exercitem a função de representação e assistência, devendo o juiz, a requerimento do filho ou do Ministério Público, nomear curador especial a quem competirá exercer os atos que aos pais competiriam praticar, segundo o disposto no artigo 1.692, do Código Civil.¹⁶²

Assim, se o pai demonstrar necessidade ou utilidade para venda ou hipoteca de imóvel do filho, ao ser deferida a autorização judicial, incumbe ao juiz

¹⁶⁰ Maria Helena Diniz, *Curso*, cit., p. 447.

¹⁶¹ Maria Helena Diniz, *Código*, cit., p. 1.253.

¹⁶² Oportunas, a respeito, as lições de Carlos Roberto Gonçalves (*Direito*, cit., p. 438), quando põe em destaque que a alegação de conflito de interesses não exige a prova de que o pai pretende lesar o filho, bastando, para a caracterização da colidência que estejam posicionados em situações cujos interesses são aparentemente antagônicos, como na venda de ascendente a descendente que dependa da anuência dos demais descendentes.

que nomeie o curador. Washington de Barros Monteiro lembra que é necessária a nomeação de curador:

*“a) para receber em nome do menor doação que lhe vai fazer o pai; b) para concordar com a venda que o genitor efetuará a outro descendente; c) para intervir na permuta entre o filho menor e os pais; d) para levantamento da inalienabilidade que pesa sobre o bem de família”.*¹⁶³

Já para Sílvio de Salvo Venosa, nessa administração legal não há a necessidade de caução ou qualquer modalidade de garantia, pois se entende que ninguém melhor do que os próprios pais para adquirir o que é melhor para o patrimônio de seu filho, até porque, o progenitor somente responde por culpa grave, e não está também obrigado a prestar contas.¹⁶⁴

2. O usufruto¹⁶⁵ sobre os bens dos filhos menores que se acham sob o seu poder, regra contida no art. 1.689, inciso I do Código Civil.

Sílvio Rodrigues ensina que o usufruto é inerente ao exercício do poder familiar, pelo qual resta assegurado aos pais, independentemente de quaisquer providências formais, o usufruto dos bens dos filhos menores, sem que fiquem submetidos à obrigação de prestar caução e, igualmente, da obrigação de

¹⁶³ Washington de Barros Monteiro, *Curso de direito civil: direito de família*, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 294.

¹⁶⁴ Sílvio de Salvo Venosa, *Curso*, cit., p. 364.

¹⁶⁵ Usufruto é direito real de fruir as utilidades e frutos da coisa, enquanto temporariamente destacado da propriedade, consoante as normas dos artigos 1.390 a 1.411 do Código Civil.

prestar contas, cessando com a inibição do poder paternal ou maternal, maioridade, emancipação ou morte do filho.¹⁶⁶

Embora o direito de usufruto esteja associado ao de administração, é possível existir um sem o outro, podendo haver administração sem usufruto, e usufruto sem administração, hipóteses em que aos pais assiste tão-somente uma pretensão de entrega dos frutos contra o administrador.¹⁶⁷

Finalmente, há bens que estão excluídos tanto do usufruto como da administração, e assim incumbe ao juiz nomear um curador especial para a sua gerência, tal como nas hipóteses dos bens adquiridos pelo filho havido fora do matrimônio, antes do reconhecimento, para evitar que o pai ou mãe o reconheça com o propósito lucrativo, de beneficiar-se de seus bens.¹⁶⁸

Restrição outra, voltada à proteção do patrimônio que se acha confiado aos pais, está contida no artigo 1.691 do Código Civil. Referido dispositivo legal não permite aos pais a alienação ou mesmo que gravem de ônus real os imóveis dos filhos, nem contraiam em nome deles, obrigações que ultrapassem os limites da simples administração, salvo com prévia autorização judicial mediante

¹⁶⁶ Sílvio Rodrigues, *Direito*, cit., p. 366.

¹⁶⁷ Maria Helena Diniz, *Curso*, cit., p. 448.

¹⁶⁸ Sílvio de Salvo Venosa esclarece que: "quanto aos bens adquiridos pelo filho fora do casamento, antes do reconhecimento, a norma tem nítido caráter moral: pretende-se não transformar o ato de reconhecimento como incentivo à cupidez para o pai reconhecente. Ademais, enquanto não houver reconhecimento, não há poder familiar." (*Direito*, cit., p. 378-379).

pedido formal devidamente motivado, submetendo os genitores ao dever de prestar contas dos atos em evidente interesse da prole.¹⁶⁹

No tocante à responsabilidade advinda do poder familiar, o Código Civil mexicano, em seu artigo 411¹⁷⁰ estabelece o pátrio poder de forma mais genérica estabelecendo uma obrigação de respeito mútuo, diferente da especificidade do legislador pátrio. Ainda quanto ao poder familiar, o legislador mexicano demonstra preocupação quanto à administração dos bens do menor a ser exercida por seu legítimo representante, conforme asseverado em seu artigo 425¹⁷¹.

No direito português nota-se que o conteúdo do poder familiar é mais próximo do direito pátrio, estabelecendo-se a obrigação de zelar pela saúde, segurança, sustento, educação, bem como administrar-lhe os bens (artigo 1878^{o172}), cabendo ressaltar que naquele país dá-se expressamente aos pais a atribuição de prover a educação religiosa (artigo 1886^{o173}).

¹⁶⁹ Ementa: Autorização para venda de bem de menor. Exige cumprida demonstração de necessidade ou utilidade para a prole (artigo 386 do Código Civil). Sem demonstração, indefere-se o pedido. (TJDFT – 2ª Câmara Cível – Embargos Infringentes na Apelação Cível nº 3644596-DF, rel. Desembargador Mario Machado, publicado no DJU de 26.02.97, p. 2427).

¹⁷⁰ Art. 411. Em la relación entre ascendientes y descendientes debe imperar el respeto y la consideración mutua, cualquiera que sea su estado, edad y condición.

¹⁷¹ Art. 425. Los que ejercen la patria potestad son legítimos representantes de los que están bajo d ella, y tienen la administración legal de los bienes que les pertenecen, conforme a las prescripciones de este Código.

¹⁷² Artigo 1878° - Conteúdo do poder paternal

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

¹⁷³ Artigo 1886° - Educação religiosa

Pertence aos pais decidir sobre a educação religiosa dos filhos menores de dezesseis anos.

3.4. Responsabilidade civil dos pais por ato lesivo do filho

A existência do poder familiar em si já justifica a existência da responsabilidade civil dos pais sobre os atos ilícitos cometidos pelos filhos menores. Esta responsabilidade encontra fundamento no poder-dever ao qual estão investidos os pais, baseado na presunção de que o ato ilícito causado pelo filho resulta de desentendimento dos deveres e obrigações inerentes ao poder familiar.

Em termos conceituais, tem-se que a responsabilidade civil é a obrigação reparatória imposta por lei àquele que causar dano a outrem, conforme se depreende do art. 927 do Código Civil: “Aquele que, por ato ilícito (artigos. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Note que a regra geral é a de que o causador do dano é o responsável por sua reparação. Neste caso, a responsabilidade é tida como simples, por ato próprio, pessoal e direta.

Entretanto, não é o único tipo de responsabilidade que existe. Há aquela em que um terceiro participa indiretamente da ação tornando-se, também, civilmente responsável pelo ato danoso (responsabilidade por fato de outrem ou indireta). É aqui que se encaixa a responsabilidade civil dos pais, conforme expresso no art. 932, I, do Código Civil:

“São também responsáveis pela reparação civil:

I – os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia”

As razões desta extensão da responsabilidade surgem quando se pretende não deixar qualquer ato ilícito sem reparação, no caso de ter sido cometido por um insolvente civil. Logo, há um permissivo legal de que essa responsabilidade se estenda aos pais, visando a dar maior garantia e proteção à vítima, reduzindo injustiças e transferindo a responsabilidade por força do seu dever de vigilância, cuidado, guarda ou incolumidade¹⁷⁴.

Controvérsias não faltam quanto à natureza desse tipo de responsabilidade. Se a mesma é solidária ou subsidiária, se é objetiva ou subjetiva, se há responsabilidade dos pais frente a filhos emancipados, pelos netos que sejam filhos de filhos adolescentes e pelos filhos deles dependentes financeiramente.

Dos diversos aspectos que se pode dissertar quanto à responsabilidade dos pais, cabe aqui ressaltar aquele advindo de fato de terceiro baseado na *culpa in vigilando*, sendo que nestes casos, o patrimônio dos pais pode vir suportar o ressarcimento do dano causado pelo menor, observando que o relativamente incapaz, para efeitos jurídicos da responsabilidade se equipara ao maior principalmente para reparação cível, sem prejuízo da responsabilidade subsidiária da pessoa sob cujo poder estava submetido.

¹⁷⁴ Ainda que a doutrina veja a responsabilidade dos pais sobre os filhos como um exemplo clássico da responsabilidade indireta, Álvino Lima, em destaque, entende que: “a responsabilidade do genitor pelas conseqüências ilegais e danosas dos atos praticados pelos seus filhos menores de baixa idade (infans) é uma responsabilidade direta, resultante da negligência e vigilância do incapaz, ou da exclusiva culpa do genitor; conseqüentemente, sem recurso pessoal contra o filho menor” (*A responsabilidade civil pelo fato de outrem*, São Paulo: RT, 2.000, p. 51).

No que tange à questão da responsabilidade civil é de se destacar os ensinamentos de Caio Mario da Silva Pereira, o qual coloca que os pais são civilmente responsáveis pelos atos dos filhos menores que estejam em sua companhia e sob sua guarda, eis um dos casos de responsabilidade civil de terceiro.

Para ele o Código Civil de 2002, diferente do disposto no Código Civil de 1916 que presumia a culpa, face ao dever de vigilância, passou-se nesse novo ordenamento a se aceitar a responsabilidade denominada de objetiva, de forma que não se admite que se eximam da culpa, simplesmente por deduzirem que o filho traiu a vigilância, razão pela qual deveriam ser isentos da responsabilidade, bem como da obrigação de ressarcimento.¹⁷⁵

O mesmo autor destaca também que:

*“Os pais respondem pelo procedimento dos filhos menores que se acham em seu poder e companhia. Complemento do dever de dirigir-lhe a educação e velar pelos seus atos é a responsabilidade civil pelos danos que ocasionem. É obvio que esta cessa com a maioridade. Mas, na pendência da menoridade, têm o dever de impedir que ofendam os bens jurídicos alheios, e de indenizar vítima. Além disso, de se destacar que a responsabilidade civil é inextensível a outros parentes (avós, tios), mas abrange os pais-adotantes”.*¹⁷⁶

¹⁷⁵ Caio Mario da Silva Pereira. *Instituições*, cit., p. 422.

¹⁷⁶ Caio Mario da Silva Pereira. *Instituições*, cit., p. 558.

Nota-se que esse entendimento é ratificado por Maria Helena Diniz, para quem, a pessoa incapaz que lesar outrem deverá, tendo recursos econômicos, indenizar, eqüitativamente, os prejuízos que causou, se seu responsável não tiver obrigação de arcar com tal ressarcimento (por ex., não ser o genitor-guardião) ou se não tiver meios suficientes para tanto; além disso frisa que:

*“Se o lesado não conseguir obter do representante do incapaz o que lhe é devido, por falta de meios financeiros o magistrado poderá condenar o lesante incapaz ao pagamento de uma indenização eqüitativa. Primeiro responderá o representante do incapaz com seus bens, por ser seu responsável, e o lesante apenas subsidiariamente perante terceiro, para garantir, em certa medida, a reparação do dano causado. O representante goza do benefício legal na sua relação com o tutelado e curatelado, para fins de exercer seu direito de regresso (CC, art. 934). Na relação com terceiro, lesado por ato de incapaz o representante (pais, tutor ou curador) deste juntamente com ele terá responsabilidade solidária (CC, art. 942, parágrafo único) e objetiva (CC, arts. 932 e 933), podendo ser acionado”.*¹⁷⁷

E continua:

“O incapaz responde pelos prejuízos que causar de maneira subsidiária ou excepcionalmente, como devedor principal, na

¹⁷⁷ Maria Helena Diniz, *Código civil anotado*, cit., p. 637.

*hipótese do ressarcimento devido pelos adolescentes que praticarem atos infracionais, nos termos do art. 116 do Estatuto da Criança e do Adolescente, no âmbito das medidas socioeducativas ali previstas”. E “a única hipótese em que poderá haver responsabilidade solidária do menor de 18 anos com seus pais é ter sido emancipado nos termos do art. 5º, parágrafo único, inciso I, do novo Código Civil” (Enunciados nº. 40 e 41, aprovados na Jornada de direito civil, promovida, em setembro de 2002, pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal)”.*¹⁷⁸

Milton Paulo de Carvalho Filho ressalta que nesses casos de indenizações eqüitativas há a mitigação da indenização, e poderá haver até mesmo sua exclusão, se ela vier a privar o incapaz lesante e os que dele dependerem de meios necessários e essenciais para a sua subsistência; logo, nos termos dos artigos 932 e 933, seus representantes legais arcarão sozinhos, se puderem, com a indenização devida ao lesado, não exercendo seu direito de regresso (CC, art. 934), se o tutelado ou curatelado não tiver recursos financeiros ou puder ficar privado do necessário para a sua subsistência.¹⁷⁹

Essa idéia pode ser interpretada à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, onde a privação do necessário à pessoa, prevista no artigo 928, traduz-se no dever de indenização eqüitativa, muito bem informado pelo princípio

¹⁷⁸ Maria Helena Diniz, *Código civil anotado*, cit., p. 637.

¹⁷⁹ Milton Paulo de Carvalho Filho, *Indenização por equidade no novo código civil*, São Paulo: Atlas, 2002.

constitucional mencionado, e como conseqüência, os pais, tutores e curadores acabam por beneficiados pelo limite humanitário do dever de indenizar, de modo que a passagem ao patrimônio do incapaz se dará não quando esgotados todos os recursos do responsável, mas quando reduzidos estes ao montante necessário à manutenção de sua dignidade.

Como é própria de algumas teorias doutrinárias, com a mudança da lei civil esta discussão deixou de ser tão relevante, dando lugar a outra controvérsia. A redação do art. 928 do Código Civil deixa claro que não se distinguem, para os efeitos da responsabilização, os absolutamente dos relativamente incapazes¹⁸⁰, sendo, portanto, claramente compatível com a solidariedade contida na expressão “são também responsáveis”.

Quando o código estabelece que o incapaz responderá pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem qualquer obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios para reparar o dano, o legislador determina a possibilidade de reparação diretamente pelo menor. Desta forma, se os pais que, em regra, respondem primeiro não tiverem condições, não há como se falar em responsabilidade solidária. Assim, é irrefutável a subsidiariedade da responsabilidade do filho incapaz, respondendo em primeiro lugar o pai, responsável indireto pelo dano. O filho causador do dano, responsável direto, responde apenas na hipótese de a vítima não lograr êxito em obter o ressarcimento do responsável indireto.

¹⁸⁰ Rui Stoco, *Tratado de responsabilidade civil*, p. 776: “o art. 928 do Código Civil de 2002 responsabiliza o incapaz como gênero, seja ele absoluta ou relativamente incapaz, quer dizer aqueles abaixo de 18 (dezoito) anos de idade”.

“Na redação do Código anterior, havia quem defendesse responsabilidade solidária dos pais por atos lesivos dos filhos. O vigente Código Civil é muito claro e não deixa dúvidas que a responsabilidade paterna pelos danos causados pelos filhos é subsidiária”¹⁸¹.

Uma vez sendo considerada solidária a responsabilidade dos pais pelos filhos menores, o autor, vítima do dano, poderia demandar indistintamente contra os pais ou contra o filho, uma vez que está intrínseca à noção de solidariedade, a possibilidade de o credor exigir e receber de um ou alguns dos devedores, parcial ou integralmente, a dívida comum¹⁸².

Entretanto, não foi esta a sistemática adotada pelo legislador, pois a redação do art. 928 do Código Civil – que trata da responsabilidade do incapaz – exclui maiores divagações sobre a solidariedade.

Como destacou Rui Stoco: “salta aos olhos que se estabeleceu a responsabilidade subsidiária ou secundária do incapaz, pois ele responde pelos prejuízos que causar se o responsável (pai, tutor, curador) não tiver obrigação de fazê-lo”¹⁸³.

Regina Beatriz Tavares da Silva mantém, mesmo com a vigência do novo código, sua posição sobre a responsabilidade entre pais e filhos,

¹⁸¹ Paulo Antonio Begalli, *Responsabilidade civil dos pais por atos dos filhos menores*, Rio de Janeiro: Forense p. 90.

¹⁸² Caio Mário da Silva Pereira, *Responsabilidade civil de acordo com a Constituição de 1988*, p. 357.

¹⁸³ Rui Stoco, *A responsabilidade*, cit., p. 815.

argumentando que o “caput” do artigo 928 está em conflito com o artigo 942, o qual estabelece a responsabilidade dos incapazes e das pessoas elencadas no artigo 932. Diz:

“Deve-se ter em vista o princípio da reparação plena, antes analisado, de modo que os incapazes devem ser solidariamente responsáveis, como estabelece o artigo 942, sem que a responsabilidade patrimonial seja hierarquizada nestes casos”¹⁸⁴.

Rui Stoco, defensor da responsabilidade subsidiária do menor incapaz, ao falar sobre o art. 932, afirma que o “caput do art. 932 acentua que ‘são também responsáveis...’, deixando evidenciado que os terceiros (filhos menores, pupilos, empregados, etc.) também são responsáveis solidários”¹⁸⁵. Regina Beatriz Tavares da Silva, expõe seu entendimento:

“É relevante mencionar que o artigo em análise estabelece que são também responsáveis as pessoas antes referidas, de modo que os agentes propriamente ditos, especialmente se tiverem patrimônio, responderão igualmente pelos danos causados por seus atos, como forma de responsabilidade solidária, nos termos do art. 942, parágrafo único”¹⁸⁶.

¹⁸⁴ *Novo código civil comentado*, Ricardo Fiúza (coord), p. 821.

¹⁸⁵ *A responsabilidade civil*, p. 821

¹⁸⁶ *Novo código civil comentado*, p. 829.

O parágrafo único do mencionado artigo dispõe de forma expressa que “são solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932”. Logo, o conflito está posto, mas o que deve prevalecer é a regra específica do art. 928, que fixa a responsabilidade subsidiária do incapaz valendo a regra geral da solidariedade apenas para as hipóteses elencadas no art. 932, que não digam respeito aos incapazes.

A redação do art. 934 do Código Civil nega o direito de regresso dos pais em relação aos filhos menores:

“Art. 934 – Aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz”.

Este artigo também reforça a tese de que a responsabilidade dos filhos é subsidiária ou secundária, portanto. A impossibilidade do direito de regresso já deixa clara a intenção do legislador de que os pais respondam em primeiro lugar pelo ato danoso. Ou seja, se os progenitores tiverem condições de arcar com os prejuízos causados pelos filhos, não podem buscar ressarcimento perante os menores ainda que estes tenham patrimônio capaz de suportar os prejuízos causados.

Trazendo à pauta o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 116 há a hipótese de reparação do dano pelo adolescente como forma de medida socioeducativa:

“Art. 116 – Em se tratando de ato infracional com reflexos patrimoniais, a autoridade poderá determinar, se for o caso, que o adolescente restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano, ou, por outra forma, compense o prejuízo da vítima”

O Conselho de Justiça Federal aprovou o Enunciado 40 com os seguintes dizeres:

“O incapaz responde pelos prejuízos que causar de maneira subsidiária ou excepcionalmente, como devedor principal, na hipótese de ressarcimento devido pelos adolescentes que praticarem atos infracionais, nos termos do art. 116 do Estatuto da Criança e do Adolescente, no âmbito das medidas socioeducativas ali previstas”.

De acordo com este enunciado, a determinação judicial que impõe medida socioeducativa ao adolescente – obrigando-o a ressarcir o dano conseqüente de seu ato infracional – revoga a subsidiariedade prevista no art. 928 do CC e torna o adolescente devedor principal da obrigação.

Entretanto, não é porque o filho adolescente responderia como devedor principal que se afastaria a responsabilidade paterna. Além de não ser razoável que, para corrigir e educar o adolescente seja sacrificado o interesse da vítima, que levou um prejuízo injustamente, não há razão para afastar o art. 932, I do CC, que prevê a responsabilidade dos pais pelo ato do filho menor.

Não se pode negar, obviamente, o direito à vítima de acionar primeira ou conjuntamente o pai responsável, que, na maior parte das vezes, tem maiores condições de ressarcir o dano. Nestes casos, portanto, o entendimento mais acertado é de que o adolescente solidariamente com os pais, deve responder pelo ato ilícito praticado por aquele, ampliando o leque de possibilidades da vítima em se ver ressarcida tanto pelo devedor direto quanto pelo indireto, sem qualquer hierarquia, expondo, desta forma, o patrimônio do adolescente incapaz, a fim de aplicar-lhe medida socioeducativa em caráter repressivo de seu ato infracional.

Sabendo-se que a solidariedade não se presume, sendo necessária previsão legal expressa ou a vontade das partes, é necessário estabelecer que, no caso em questão, a solidariedade é legal. A interpretação dos dispositivos legais de forma sistemática faz com que prevaleça a regra especial do artigo 116 do Estatuto da Criança e do Adolescente, em detrimento ao que se encontra no art. 928 do Código Civil.

Desta forma, se a subsidiariedade da responsabilidade do filho não se aplica aos casos em que a reparação do dano for imposta ao adolescente como

medida socioeducativa, não há nada que possa afastar a incidência da solidariedade prevista no art. 942 do CC.

Ademais é de se ressaltar novamente que o poder familiar é um direito de família puro e como tal é indisponível, é irrenunciável, não passível de transação; é imprescritível (somente cessa na forma da lei, devendo ser nomeado tutor ou curador para exercê-lo; podendo tal *munus* ser exercido pelo representante do Ministério Público).

A responsabilidade já estava sendo ratificada pelos Tribunais antes do Código Civil de 2002, como verifica-se da decisão proferida no AgRg no AG 99.834/MG¹⁸⁷, que teve como relator o Ministro WALDEMAR ZVEITER, TERCEIRA TURMA, julgado em 10.06.1996, DJ 05.08.1996 p. 26358, bem como no Recurso

¹⁸⁷ CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - AGRAVO REGIMENTAL - RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS - ATO ILICITO - MENOR IMPUBERE - SOLIDARIEDADE - HIPOTESE - CONCORRENCIA COM CULPA.

I - O acórdão recorrido, ao decidir a lide como posta, entendeu que a indenização e cabível baseando-se na culpa presumida dos pais do menor, (arts. 159, 1.521, i e 1.523, do CCB), esta amplamente comprovada nos autos, segundo aspectos fáticos - probatórios que não cabem nesta via eleita o seu reexame (Sumula 7/STJ).

II - Condenação referente ao pagamento de gastos com nova cirurgia e tratamento fisioterápico não constitui decisão condicional.

cuida-se na verdade de reparação de dano já aferido. inexistência de ofensa ao art. 460, do CPC.

III - Em decorrência das lesões sofridas, cabível condenação por dano moral fundado na perda, pela vítima, da capacidade de vir a exercer qualquer atividade lucrativa, da sua auto-estima e da possibilidade de vir a constituir família.

IV - O dissenso jurisprudencial não restou caracterizado ante a falta do confronto analítico entre o acórdão recorrido e os paradigmas dissidentes.

V - Regimental improvido.

especial 13.403/RJ¹⁸⁸, que teve como relator o . Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, da QUARTA TURMA, julgado em 06.12.1994, DJ 20.02.1995 p. 3186.

Vê-se que a responsabilidade nessa hipótese é incontroversa, não se tendo posição divergente dos Tribunais, de forma que se pode afirmar ser aquele que detiver o poder familiar responsável pelos atos praticados pelos seus vigiados.

3.4.1- Solidariedade entre os pais

Segundo os artigos 186 e 187 do Código Civil de 2006 os pais do menor que comete ato ilícito respondem pelo filho que estiver sob sua autoridade e em sua companhia.

Já o art. 932 do Código Civil de 2002 atribui a ambos os pais, quando sujeitos ativos do poder familiar, a responsabilidade pelos atos de seu filho menor, também sendo igualmente responsáveis, em igualdade de condições, pelo cumprimento de todos os deveres inerentes ao poder familiar.

¹⁸⁸ CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS PELOS ATOS ILICITOS DOS FILHOS. MENOR PUBERE. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. CULPA IN VIGILANDO. PRESUNÇÃO JURIS TANTUM. SOLIDARIEDADE. INTELIGENCIA DO ART. 1518, PARAGRAFO UNICO, CC. RECURSO NÃO CONHECIDO.

1 - Consoante entendimento jurisprudencial, os pais respondem pelos atos ilícitos praticados pelos filhos, salvo se comprovarem que não concorreram com culpa para a ocorrência do dano.

2 - A presunção da culpa beneficia a vítima, cabendo aos pais o ônus da prova.

3 - Embora o art. 156 do Código Civil equipare o menor púbere ao maior, para os fins de responder pelas obrigações decorrentes de atos ilícitos, os pais respondem solidariamente pelo dano, detendo legitimidade passiva para a ação por meio da qual se postula indenização.

Este dever conjunto de exercício do poder familiar existe independentemente de serem os pais do menor casados ou não. A responsabilidade decorre da própria existência do poder familiar, portanto, correto que seja de ambos os titulares a solidariedade pelo ato ilícito cometido pelo filho menor.

Tem-se nesta solidariedade a finalidade de garantir à vítima maior possibilidade de ressarcimento, pois poderá acionar tanto um quanto ambos os pais para se ver reparada do dano sofrido.

Contudo, o art. 932 dispõe expressamente que os pais respondem pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia. Esta referência implica diretamente na idéia de coabitação dos filhos e dos pais, que é a forma mais comum pela qual se verifica o exercício do poder familiar.

Desta forma, os pais são responsáveis pelos atos de seus filhos desde que se possa verificar a condição jurídica de submissão do filho menor à autoridade paterna e a fática de viver em companhia dos pais na mesma casa.

Analisando-se restritivamente, este preceito legal indicaria que a responsabilidade dos pais se exclui no caso dos filhos menores estarem vivendo sob os cuidados de terceiros, como no caso de estabelecimento de ensino ou residência de algum parente.

“Se, de maneira contínua e fora do domicílio paterno, o menor é confiado à guarda dos avós, de educador, de estabelecimento de ensino, ou trabalha para outrem, a estes caberá a responsabilidade durante o período em que exercerem o poder de direção do menor”¹⁸⁹.

Nestes casos, cabe ao terceiro, responsável pelo menor no momento da prática do ato ilícito, responder pelos prejuízos por ele causados. Cabe destacar, entretanto, que esta responsabilidade é subjetiva, ou seja, passível de análise de culpa, pois a lei somente prevê a responsabilidade objetiva para aqueles sujeitos elencados no art. 932 do Código Civil.

Por conseqüência, a vítima, nesses casos de dano provocado por menores sob a responsabilidade de terceiros, deverá provar que tais pessoas ou instituições não cumpriram com seu dever de prudência e diligência na custódia ou guarda, para que possam ou devam ser julgadas responsáveis.

Há a necessária transferência da responsabilidade à pessoa idônea e igualmente capaz de exercê-la para que os pais se eximam da responsabilidade. Esta transferência também só deve ocorrer por motivo justo e necessário, tal como a inscrição do filho em escolas de regime fechado ou quando o menor é empregado ou preposto de alguém¹⁹⁰. Aqui, há, portanto, um deslocamento da responsabilidade àquele que passa a ter o dever de vigilância.

¹⁸⁹ Sergio Cavalieri Filho. Programa de responsabilidade civil, p. 192.

¹⁹⁰ Neste caso, a responsabilidade é transferida ao patrão, conforme RT554/148, RT579/119 e RT748/272. Carlos Roberto Gonçalves. Responsabilidade civil, p. 140-141.

Eduardo Oliveira Leite expõe seu posicionamento:

“A noção de guarda aqui invocada deve ser interpretada ‘num sentido mais jurídico que material’. Ou seja, se a guarda fosse interpretada num sentido material, a responsabilidade dos pais deveria ser excluída, sempre que a criança fosse confiada a um terceiro. Não é o caso”¹⁹¹.

O autor acima sustenta a tese de que a presunção de responsabilidade diz respeito apenas aos pais e não a terceiros que provisoriamente detêm a guarda da criança, i.e., não aceita que a responsabilidade seja substituída em casos como uma visita aos avós ou a permanência na escola, na qual se transfere provisoriamente e por curto período de tempo a guarda material do menor.

Percebe-se que a questão é controversa e deve ser analisada caso a caso. Da mesma forma que não é justa à vítima não ser ressarcida pelo dano causado por terceiro toda vez que o menor esteja sob a responsabilidade de terceiro e não materialmente na companhia dos pais, também não parece o mais correto que os pais respondam pelo ato cometido pelo menor em situações em que não lhes seja possível exercer o dever de vigilância, como no período em que o filho permaneça na escola. Se assim fosse, os pais iriam preferir tê-los sob seus cuidados, dentro de casa, constantemente a proporcionar educação e lazer aos menores.

¹⁹¹ Eduardo Oliveira Leite. A situação jurídica dos pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal, p. 218.

Pelo fato de a questão da companhia estar diretamente relacionada à idéia de estar ou não o menor sob a guarda dos pais, Mário Moacyr Porto destaca que “é a guarda e não o pátrio poder o verdadeiro fundamento da ação de indenização”¹⁹².

Surge, então, outro questionamento acerca do fundamento da responsabilidade quando apenas um dos pais detém a guarda do menor. Este problema não existe quando os pais vivem juntos, casados ou sob o regime de união estável, pois respondem solidariamente pelos atos dos filhos.

Em relação aos pais separados ou divorciados, na maior parte das vezes, continuam sendo titulares do poder familiar, mas não o exercem efetivamente. Aqui há o exercício unilateral do poder familiar, mas com titularidade conjunta do mesmo.

A lei define que os pais respondem pelos atos dos filhos que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia. No caso de exercício unilateral do poder familiar, o menor continua sob a autoridade de ambos os pais, titulares do poder familiar, mas, via de regra, na companhia apenas de um deles: ou daquele que possui a guarda ou de quem está exercendo o direito de visitas.

Desta forma, no caso do exercício não ser conjunto, como na separação e no divórcio, quando o menor se encontra com apenas um dos pais, a

¹⁹² Responsabilidade civil por fato ou ação de terceiro – dever de indenizar dos pais e dos patrões, p. 144.

doutrina admite que haja a quebra do princípio da solidariedade parental. Responderá, então, pelo ato ilícito do filho, apenas o progenitor que tiver o filho menor em sua companhia¹⁹³.

O fundamento deste entendimento encontra-se na impossibilidade de coabitação do menor com ambos os genitores e, portanto, também do término do exercício conjunto do poder familiar, ilidindo-se, desse modo, a culpa do progenitor sem a guarda. Neste caso, a presunção de culpa só poderá ocorrer no período de visitas, pois no restante do tempo a responsabilidade recairá no detentor da guarda do menor¹⁹⁴.

Na jurisprudência tem-se a concordância desse entendimento:

“Os pais são solidariamente responsáveis pela reparação civil do ato ilícito praticado pelo filho menor. No entanto, estando este sob a guarda materna, o pai é parte ilegítima para responder a ação” (TJRS, Apelação Cível n. 700066359579, 5ª C. Cível, Rel. Leo Lima, j. 11/3/2004).

“Reparação de Dano - Ato ilícito - Menor - Genitor que não dispõe da guarda - Responsabilidade - Exclusão - Inteligência do artigo 1.521, I, do CC. O pai que deixa de ter a guarda legal

¹⁹³ Mônica Navarro Michel, ob. cit. p. 70-73.

¹⁹⁴ Eduardo Oliveira Leite. Famílias monoparentais – a situação jurídica dos pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal, p. 220. Ainda: Jeovanna Viana, Guarda compartilhada – um novo modelo de responsabilidade parental, p. 92 e Valdemar da Luz. Manual do menor: doutrina, jurisprudência, prática, p. 63.

não terá obrigação de reparar o dano causado pelo filho, se este achar-se confiado à guarda do outro cônjuge, deslocando-se o princípio da responsabilidade para aquele a quem incumbe o dever de vigilância” (TAMG, Ap. Civ. n. 266.444-8, 1ª C. Cível, j. em 22/6/1999, Rel. Juiz Moreira Diniz).

Há de se destacar que no caso da separação de fato, nada se tem no mundo jurídico em termos de previsão, logo, a doutrina entende que deve ser mantida a solidariedade entre os pais:

“Dúvida nenhuma parece pairar em se tratando de separação de fato. Como a separação de fato permanece alheia ao mundo jurídico, todas as presunções se inclinam em direção à manutenção da solidariedade na responsabilidade que pesa sobre ambos os genitores. Assim, ambos os pais são solidariamente responsáveis pelos danos cometidos pelos filhos menores. Poderia o pai, entretanto, num verdadeiro tour de force, invocar a carência de coabitação para afastar a responsabilidade, mas, certamente, veria sua pretensão frustrada face ao caráter ilegal da separação de fato. Se esta separação ‘fática’ provoca efeitos no terreno do divórcio, nada

justifica sua interrupção extensiva em matéria de responsabilidade civil”¹⁹⁵.

Daqui extrai-se que o que realmente importa para a definição de responsabilidade não é se o menor está ou não está na companhia dos pais, mas se o responsável é ou não detentor da guarda judicial do menor, pouco importando a situação de fato, mantendo-se a guarda no sentido material.

Da mesma forma como a doutrina não faz qualquer interpretação literal do art. 932, I para sustentar a manutenção da solidariedade nas hipóteses de separação de fato, também não parece haver qualquer razão para que seja excluída a solidariedade dos pais nas hipóteses do exercício unilateral do poder familiar.

Seguindo-se o entendimento dos arts. 1632 e 1589 do Código Civil, tem-se que se a lei é expressa ao determinar que separação judicial, divórcio e dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos, senão quanto ao direito dos pais de os terem em sua companhia, não há porque sempre exonerar os pais que não detenham a guarda da resposta aos atos cometidos por seus filhos, uma vez que o dever (e não apenas o poder) de fiscalização e vigilância permanece sobre a manutenção e a educação dos mesmos.

Não parece ser a melhor solução sobrecarregar o genitor detentor da guarda com uma responsabilidade exclusiva sobre os atos do menor quando

¹⁹⁵ Eduardo de Oliveira Leite. Famílias Monoparentais..., p. 219. No mesmo sentido, Waldyr Grisard Filho. Guarda compartilhada - um novo modelo de responsabilidade parental, p. 91 e Mónica Navarro Michel. La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos, p. 73-74.

decorrentes da falha do dever de vigilância. Atualmente, já é difícil a um casal educar e cuidar de seus filhos, logo, seria mais injusto ainda cobrar de apenas um dos genitores que responda pelas falhas da sua fiscalização individual, principalmente quando essas falhas recaem sobre filhos adolescentes, detentores de maior autonomia¹⁹⁶.

Entendimento mais correto seria o da manutenção da solidariedade entre os pais quando for evidente que o ato ilícito não ocorreu por falha no dever de vigilância do pai ou da mãe, mas sim por falha na educação do filho, que é responsabilidade de ambos os genitores. Acertado seria a jurisprudência não analisar a casuística do momento do ilícito para decidir qual o genitor responsável, mas considerar a análise baseando-se na falta de educação e não da vigilância, portanto¹⁹⁷.

Sabe-se que tal posicionamento também está sujeito a severas críticas, pois praticamente desconsidera a expressão legal “sob sua autoridade e em sua companhia”, contudo, percebe-se pelas explanações até então feitas que se encontra em maior concordância com a natureza do instituto e com o sistema vigente que determina que mesmo após a separação dos pais (em qualquer das suas formas), ambos os pais continuam titulares do poder familiar, respondendo por todos os deveres em relação aos filhos.

A jurisprudência já admite a solidariedade paterna nesses casos:

¹⁹⁶ Jeovanna Viana. Responsabilidade civil dos pais..., p. 246.

¹⁹⁷ Salvadore Patti. Famiglia e responsabilità civile, p. 279.

“Civil e processual. Acórdão. Omissão não configurada. Ação de indenização. Danos materiais e morais causados por agressão feita por menor púbere (19 anos) ao autor. Responsabilidade dos pais. Legitimidade passiva ad causam. Preclusão. Recurso Especial. Fundamento inatacado. Súmula n. 283-STF. Pátrio poder. Exercício também pelo pai. Matéria de fato. Reexame. Impossibilidade. Súmula n. 7-STJ. [...] IV. De toda sorte, a mera separação do casal, passando os filhos a residir com a mãe, não constitui, salvo em hipóteses excepcionais, fator de isenção da responsabilidade paterna pela criação e orientação da sua prole”¹⁹⁸.

Entretanto, se o ato ilícito cometido pelo filho menor for de evidente falta de vigilância de um dos genitores que estiver exercendo unilateralmente o poder familiar quando da sua ocorrência, não deve prevalecer a solidariedade, respondendo pelo ato somente o genitor que claramente descumpriu seu dever de vigilância. Esta hipótese deve ser acatada nos casos em que o responsável pelo menor poderia ter evitado que ocorresse o dano, como quando se empresta a chave de um carro ou quando se deixa uma arma ao alcance do mesmo.

Um novo modelo de guarda tem sido admitido no Brasil. A já mencionada guarda compartilhada, na qual os pais continuam exercendo conjuntamente o poder familiar mesmo após a separação do casal (em qualquer de suas formas). Neste tipo de guarda, ambos os pais são titulares da guarda jurídica

¹⁹⁸ STJ, Recurso Especial n. 299.048, 4ª T, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 21/6/2001.

do filho, decidindo conjuntamente as questões mais importantes relativas à vida do menor, como saúde e educação.

Entretanto, mesmo neste tipo de guarda, apenas um dos genitores permanece com a guarda material do filho, pois, em regra, sabe-se que não é aconselhável submeter o filho à mudança constante de casas. Nota-se, assim, que perdura o problema do exercício unilateral do poder familiar, pois o menor habita com apenas um dos genitores e fica em companhia do outro somente nos períodos de visita.

Neste caso, também se pode optar pela responsabilização exclusiva do progenitor que esteja com o filho no momento do ato ilícito que deu origem à indenização. Entretanto, com mais razão ainda, o entendimento acertado seria o da solidariedade entre os pais, que continuam dirigindo conjuntamente a educação do filho.

Essa também é a opinião de Jeovanna Viana:

“O princípio da igualdade de deveres dos pais em relação aos filhos impõe que os prejuízos por estes causados devam ser divididos igualmente pelos seus progenitores, para que este ônus não sobrecarregue apenas um deles, aumentando também a garantia da vítima ser ressarcida pelos danos sofridos. A solidariedade entre os pais é a resposta mais justa a esta questão; caso contrário, o progenitor que não viva

habitualmente com a criança poderá sempre ilidir sua culpa, dada a impossibilidade de ter impedido o fato ilícito, apesar de sabermos que o menor mantém relação próxima e recebe influência constante deste progenitor”¹⁹⁹.

Ao se optar pelo regime da guarda compartilhada, a responsabilidade dos pais deve ser sempre solidária em relação aos prejuízos causados pelo filho. A controvérsia sobre este ponto de vista é bem maior do que a existente quanto ao exercício unilateral do poder familiar. Enquanto neste conserva-se apenas a titularidade do poder familiar, naquela, além da titularidade, os pais exercem em comum acordo e conjuntamente o poder familiar, da mesma forma que faziam na vigência do casamento ou da união estável.

3.4.2- Menor emancipado

A emancipação é uma das causas pelas quais cessa a incapacidade para os menores, permanecendo, entretanto, o problema dos pais continuarem ou não responsáveis pelos atos dos filhos emancipados.

Há três correntes que tratam sobre o tema. A primeira delas entende que com a emancipação os pais não se eximem da responsabilidade pelo ato dos filhos emancipados. Os defensores desta corrente utilizam como argumento o fato de o art. 932, I do Código Civil falar em menoridade apenas, e não em capacidade.

¹⁹⁹ Jeovanna Viana. Responsabilidade civil dos pais..., p. 250.

Desta forma, cessando a incapacidade e não a menoridade, os pais devem continuar responsáveis pelos filhos ainda que estes já estejam emancipados. Para estes doutrinadores, a maioridade, assim como a emancipação, é uma das formas de cessão da menoridade, mas que, entretanto, a emancipação não leva à maioridade.

A segunda corrente defende que a emancipação exime os pais da responsabilidade advinda de atos cometidos pelo filho emancipado. Dentre os defensores desta teoria encontra-se Orlando Gomes, que também critica a responsabilidade irrestrita dos pais:

“Mais estranhável ainda a opinião de que o pai responde pelos atos ilícitos do filho emancipado. Para todos os efeitos, a emancipação equivale à maioridade. É apenas o processo de antecipá-la. Não é possível, assim, sustentar que persiste a responsabilidade do pai. Até porque tal opinião esbarra com um obstáculo intransponível, que é a lei. Segundo o disposto no artigo 1.521, no. 1, o pai responde pelo filho menor que estiver sob seu poder, e a emancipação é, precisamente, a libertação antecipada desse poder”²⁰⁰.

Outro doutrinador que também não admite a possibilidade de persistir a responsabilidade paterna após a emancipação é Mário Moacyr Porto. Para este, uma vez que se tem a extinção do poder familiar pela emancipação e a

²⁰⁰ Orlando Gomes. Obrigações, p. 292.

responsabilidade paterna decorre justamente deste poder familiar, não há porque se justificar a continuidade da responsabilidade paterna presumida.

Observa, ainda, que o art. 482, alínea 2, do Código Civil Francês exclui de forma expressa a responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos emancipados. Da mesma forma, pode-se encontrar o assunto no art. 2048 do Código Italiano²⁰¹.

A última tese é a de que os pais continuam, sim, responsáveis pelos atos dos filhos, mas apenas quando a emancipação é voluntária. Desta feita, se a emancipação for resultado de qualquer uma das hipóteses previstas no parágrafo único do art. 5º do Código Civil – como casamento ou colação de grau em ensino superior – os pais não mais responderiam pelos atos do filho emancipado.

Para Caio Mário:

“Em caso de emancipação do filho, cabe distinguir: se é a legal, advinda por exemplo do casamento, os pais estão liberados; mas a emancipação voluntária não os exonera, porque um ato de vontade não elimina a responsabilidade que provêm da lei”²⁰²

O Superior Tribunal de Justiça possui o mesmo entendimento:

²⁰¹ Mário Moacyr Porto. O caso da culpa como fundamento da responsabilidade civil, p. 47.

²⁰² Responsabilidade civil, p. 92. No mesmo sentido, Marinice Cecin. A responsabilidade civil dos pais pelos filhos emancipados, p. 158.

“Tratando-se de atos ilícitos, a emancipação, ao menos a que decorra da vontade dos pais, não terá as mesmas conseqüências que dela advêm quando se cuide da prática de atos com efeitos jurídicos queridos. A responsabilidade dos pais decorre especialmente do poder de direção que, para os fins em exame, não é afetado. E possível mesmo ter-se a emancipação como ato menos refletido; não necessariamente fraudulento. Observo que a emancipação, por si não afasta a possibilidade de responsabilizar os pais, o que não exclui possa isso derivar de outras causas que venham a ser apuradas”²⁰³.

Outro fundamento que justifica essa diferenciação está voltado para os pais cujos filhos cometem atos ilícitos. Aqueles procuram eximir-se de responsabilidade sobre um filho problemático, o qual, justamente por ter esse adjetivo, requer os cuidados dos pais em dobro para si.

²⁰³ Recurso especial n. 122.573, 3ª T, j. 23/6/1998. Nesse mesmo sentido destaca-se acórdão do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul: “A emancipação concedida pelo pai ao filho menor é liberalidade exclusivamente benéfica deste. Tem a finalidade de liberá-lo da assistência, facilitando-lhe a prática dos atos jurídicos. Desavém ao pai utilizá-la para descartar-se da responsabilidade pelos atos do filho menor ‘na idade em que os riscos se maximizam - da puberdade até a maioridade’, porque torna mascarada a libertação do pátrio poder. Nestas circunstâncias a delegação total da capacidade outorgada pelo pai ao filho menor não compreende exoneração da responsabilidade, que não se substitui, nem se sucede, para delir a solidariedade nascida do ato ilícito. Não é nulo, mas ineficaz o ato da emancipação em face de terceiros e do menor, prejudicial pela totalidade da carga na obrigação de indenizar, por isso cognoscível o defeito e pronunciável de ofício no próprio processo” (Apelação Cível n.º 186065454, 2ª. C., Rel. Juiz Clarindo Favretto, j. 18/8/1 988, publicado na RT 639/1 72).

Entretanto, é fato que mesmo nas hipóteses de emancipação previstas nos incisos II a V, do parágrafo único do art. 5º do Código Civil, o menor, na realidade, continua morando com os pais e dependendo deles financeiramente, o que denota uma emancipação apenas jurídica e não fática, pois os pais que têm seus filhos sob o mesmo teto devem fazer com que os mesmos continuem seguindo suas regras e estejam, portanto, sujeitos à autoridade paterna.

Gelson Amaro de Souza, sobre este tema, diz:

“A emancipação que afasta a responsabilidade dos pais há de ser a fática e não a jurídica. O filho pode não ser emancipado juridicamente, mas, a partir do momento que ele se afasta do pai, passa a ser autônomo em seus negócios e não mais estará sujeito às ordens e orientações dos pais; haverá a emancipação de fato e em razão dela os pais ficam desonerados da responsabilidade por atos desse filho. Ao contrário, em havendo a emancipação jurídica, mas não existindo a emancipação de fato, circunstância averiguável pela submissão do filho em relação aos pais, quando destes continua a depender, a responsabilidade dos pais persistirá”²⁰⁴.

Pela realidade social ser outra, o mais correto deveria ser que os pais, cujos filhos emancipados continuam vivendo sob o mesmo teto, permaneçam

²⁰⁴ Gelson Amaro de Souza. Responsabilidade civil pelos danos causados pelos filhos, p. 83.

com a responsabilidade sobre os mesmos, independentemente do tipo de emancipação ali ocorrida.

Por ser uma teoria difícil de ser mantida, pois não é economicamente viável para muitas famílias terem duas ou mais moradias apenas pela questão da responsabilidade, uma solução justa seria a aplicação da responsabilidade solidária entre os pais e os filhos emancipados que morem sob o mesmo teto, recaindo tal responsabilidade para os pais apenas quando estes falharam ou contribuíram para o ato ilícito²⁰⁵. A solidariedade atende aos anseios de garantir o ressarcimento da vítima e não causa injusta irreversível aos pais que, provando a condição de emancipação do filho e a ausência de responsabilidade pelo ato por ele praticado, podem exercer direito de regresso em relação ao filho, uma vez que o art. 934 do Código Civil veda o direito de regresso apenas se o descendente for incapaz.

A solidariedade nesse caso, além de justa, está em estrita conformidade com o texto legal, uma vez que a subsidiariedade prevista no artigo 928 do Código Civil é afeta apenas aos incapazes, condição que inexistente se há emancipação, incidindo em relação aos emancipados a regra da solidariedade prevista no artigo 942 do Código Civil.

²⁰⁵ Carlos Roberto Gonçalves, que também defende que a responsabilidade do filho, em regra, é subsidiária e mitigada, entende que no caso de emancipação voluntária, a responsabilidade do menor é solidária (Responsabilidade civil, p. 137).

3.4.3- Pais adolescentes incapazes

Não é incomum à realidade brasileira o nascimento de filhos entre menores de idade. As estatísticas revelam que a maioria das mulheres brasileiras tem seus filhos em idades entre 20 e 29 anos, e as taxas mais elevadas concentram-se na faixa das mulheres com 20 a 24 anos. Mas o aumento relativo da participação do número de nascimentos cujas mães são adolescentes e jovens com até 19 anos de idade vem constituindo um motivo de preocupação. Estudos mostram que o fenômeno está concentrado entre as adolescentes das classes menos favorecidas economicamente.

O fenômeno precisa ser compreendido também dentro do processo de alteração dos padrões etários da fecundidade no Brasil, cuja redução, ocorrida nas últimas décadas deu-se com maior ênfase entre mulheres de 30 e 49 anos, tornando o padrão da fecundidade brasileira mais jovem. Desta forma, o aumento proporcional no número de mães adolescentes e jovens menores de 20 anos decorre, também, da alteração em padrão relativo²⁰⁶.

Pode-se notar que pais adolescentes criam um problema jurídico, pois muitas vezes são detentores do pátrio poder em relação a seus filhos, mas também são sujeitos passivos do mesmo em relação a seus pais. Neste caso, a dúvida surge quanto a esses menores, pais de filhos menores, responderem ou não civilmente pelos atos de seus filhos.

²⁰⁶ Em relação a 1993, cresceu a proporção de mães menores de 20 anos: em 2003, eram mais de 20% do total de mães. No entanto, em 2002, o percentual de mães jovens fora maior: 21,23%. In http://www.ibge.gov.br/english/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=283&id_pagina=1, pesquisado em 16/06/2006, às 11:54.

O Código Civil, em seu art. 932, I apenas menciona que os pais serão responsáveis pelos atos ilícitos cometidos pelo filho menor. Por este artigo, bastaria ser pai ou mãe para responder pelo ato do filho independentemente de serem ou não capazes. Percebe-se que a incapacidade não pode servir como forma de exclusão da responsabilidade, pois o art. 928 do mesmo diploma legal prevê a possibilidade de responsabilização do incapaz, ainda que esta venha a ocorrer de forma subsidiária.

Aqui, a responsabilidade do pai menor de idade não é subsidiária, pois responde por prejuízo causado por terceiro, mas por quem está legalmente obrigado a responder em primeiro lugar.

Assim, pais adolescentes e menores devem ser acionados pelos danos que seus filhos vierem a causar a terceiros. No caso de insolvência, a indenização não poderá recair sobre os avós, pois essa possibilidade não se encontra prevista em lei. Portanto, os pais somente respondem pelos atos de seus filhos, excluindo-se a responsabilidade dos avós pelos netos.

CAPÍTULO IV - TITULARIDADE E EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR

Maria Helena Diniz, seguindo as lições de Carbonnier, examina a titularidade do poder familiar, no direito brasileiro, separando a hipótese-padrão das situações patológicas, e assim dispõe:

“A hipótese-padrão é a da família na qual o pai e a mãe estão vivos e unidos pelo enlace matrimonial ou pela união estável, sendo ambos plenamente capazes. Nessa circunstância o poder familiar é simultâneo, o exercício é de ambos os cônjuges ou conviventes, havendo divergência entre eles, qualquer deles tem o direito de recorrer ao juiz, para a solução do problema, evitando-se que a decisão seja inexorável. E dentre as situações anormais, destaca-se na família matrimonial quando (a) os cônjuges estiverem vivos e bem casados, porém o poder familiar será exercido só pela mãe se o pai estiver proibido de exercê-lo por ter sido suspenso ou destituído do munus público ou por não poder, devido a força maior, manifestar sua vontade; (b) os consortes estiverem separados judicialmente ou divorciados, ou os conviventes tiverem rompido a união estável, pois embora a separação judicial, o divórcio ou a dissolução da união estável não alterem as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito que os primeiros cabe de terem em sua companhia os segundos (CC, art. 1.632), o exercício do poder familiar pode

*ser alterado pela atribuição de guarda a um deles; (c) o vínculo conjugal se dissolve pela morte de um dos cônjuges, caso em que o poder familiar competirá ao consorte vivente, assim se um dos genitores falecer, o viúvo assumirá sozinho o poder familiar e o conservará, ainda que venha a convolar novas núpcias ou formar união estável, exercendo-o sem qualquer interferência do novo cônjuge ou convivente”.*²⁰⁷

No caso de titularidade do poder familiar nos casos de separação e divórcio, assim já se manifestava a jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo, quando na Apelação nº 119.900-4, julgada em 19 de outubro de 1999, que teve como relator Waldemar Nogueira Filho, e que assentiu:

“TITULARIDADE DO PODER FAMILIAR – Não decurso entre ascendente e descendente, durante o poder familiar – Titularidade que continua a ser dos genitores, ainda que separados judicialmente ou divorciados – Inteligência dos artigos 169, II e 381 do Código Civil, art. 27 da Lei nº. 6.015/77 e art. 23 da Lei nº. 5.478/68 – Arguição rejeitada”. (TJSP – AP. Cível – 119.900-4, 19-10-99, Rel. Waldemar Nogueira Filho)”.

Sílvio de Salvo Venosa ensina que nenhum dos pais perde o poder familiar com a separação judicial ou divórcio, pois o poder familiar decorre da

²⁰⁷ Maria Helena Diniz, *Curso*, cit., p. 442.

paternidade e da filiação e não do casamento, tanto que o novo Código Civil se reporta também à união estável. E completa afirmando que a guarda em regra ficará com um dos pais, sendo assegurado ao outro o direito de visitas, não se excluindo a possibilidade da guarda compartilhada do menor, hipótese em que se admite que ambos os conjugues, conjuntamente, por períodos determinados ou simultaneamente a exerçam. Essa regra se aplicará também aos conviventes.²⁰⁸

Maria Helena Diniz, ainda, divide a titularidade do poder familiar em duas hipóteses, sendo a primeira na família não-matrimonial quando o filho for reconhecido pelos dois genitores, simultânea ou sucessivamente, estabelecendo assim, o parentesco, ficará sujeito ao exercício do poder familiar de um deles, já quando o filho for reconhecido por apenas um deles, sujeitar-se-á ao poder familiar de quem o reconhecer; a segunda hipótese ocorre na família civil quando o filho adotivo for adotado pelo casal, e nesse caso como se equipara ao filho matrimonial, aos pais adotivos competirá o exercício do poder familiar, e na hipótese em que o filho adotivo for adotado só pelo marido, a este caberá o exercício do poder familiar, nas mesmas condições ocorrerá quando o filho adotivo for adotado apenas pela mulher.²⁰⁹

Modernamente, a titularidade do poder familiar não é mais palco de controvérsias em nosso ordenamento jurídico, visto que a Constituição Federal de 1988 resolve todas as questões ao equiparar homens e mulheres como sujeitos de direitos e deveres, consoante o disposto nos arts. 5º, I e 226, § 5º da Carta Magna,

²⁰⁸ Sílvio de Salvo Venosa, *Direito*, cit., p. 357.

²⁰⁹ Maria Helena Diniz, *Curso*, cit., p. 442-443.

bem como, no art. 1.631 do novo Código Civil e art. 21, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Nesse sentido, grande contribuição trouxe o Estatuto da Criança e do Adolescente ao *asseverar que o pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma que dispuser a legislação civil, assegurando a qualquer deles o direito de, em caso de discórdia, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência*, conforme enunciado no art. 21.

Tal dispositivo demonstra de forma muito precisa que o dever não deve recair somente sobre a figura paterna, mas sim sobre ambos, tanto pai quanto mãe.

Além do dispositivo supra citado, a Constituição Federal em duas passagens, artigos 5º e 226, dá embasamento à legislação ordinária futura, vejamos:

“Art. 5º – [...]

I – Homens e mulheres são iguais em direito e obrigações, nos termos desta Constituição”.

“Art. 226 – [...]

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

Coadunando dessa linha de raciocínio, o legislador infra-constitucional manteve a mesma linha ao estabelecer o artigo 1631, na forma a seguir:

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

Nota-se que tais artigos ressaltam a igualdade entre pai e mãe, principalmente após o novo Código Civil, aniquilando assim, os últimos resquícios do autoritarismo paternal centrado no direito romano.

Conforme as lições de Sílvio de Salvo Venosa nenhum dos pais perderá o exercício do poder familiar com a separação judicial ou divórcio, visto que o poder familiar decorre da paternidade e da filiação, e não do casamento, tanto que a Constituição Federal e o novo Código Civil seguindo seus passos, reportam-se também ao instituto da união estável.²¹⁰

Nesse sentido julgado prolatado pelo Tribunal de Justiça do Paraná, em julgado datado de 18 de março de 1996, em decisão que teve como relator o Juiz Munir Karam asseverou:

Prestação de contas – Doação de imóvel feita pela mãe aos filhos, no processo de separação consensual – Administração direta e exclusiva a cargo do pai – Ação procedente - Apelo

²¹⁰ Sílvio de Salvo Venosa, *Direito*, cit., p. 357.).

provido. I – O pátrio poder não é, em nosso sistema jurídico, alterado quanto a sua titularidade pela separação judicial. Mantém-se, como poder de ambos os genitores, com as suas características, inclusive a de irrenunciabilidade. I – O usufruto dos bens do filho considera-se inerente ao exercício do pátrio poder. II – Não responde o pai pela administração dos bens do filho e, se não age com culpa grave, não está obrigado a prestar caução, nem a lhe render contas. Decisão: Unânime”. (TJPR – Ac. 12183, 18-03-96, Rel. Juiz Munir Karam).

No pólo ativo, o poder familiar corresponde aos pais que, em igualdade de condições, têm a responsabilidade pelo cumprimento de todas as atribuições que lhes são inerentes. Em posição de igualdade jurídica, reconhecendo-se a ambos os mesmos direitos e obrigações, já não se fala em competências ou encargos diferenciados tão somente por serem de sexos diferentes, ainda que se saiba que na prática muitas são as diferenças e também as discriminações, tanto do lado masculino quanto do feminino.²¹¹

Embora a locução poder familiar possa dar a entender que no pólo ativo se incluiriam outros integrantes da família, além dos pais, tal interpretação não se afigura correta. Primeiro, pela própria natureza do poder familiar, estabelecido em virtude do vínculo da paternidade e maternidade. Depois, porque eventual inclusão de terceiro não encontra qualquer amparo no ordenamento jurídico vigente, pois certo é que tanto as normas da CF, quanto as do CC, não se compatibilizam com esse entendimento.

²¹¹ Denise Damo Comel, *Do poder*, cit., p. 77.

Com efeito, a sujeição ativa ao poder familiar independe do estado dos pais, a despeito do contido na primeira parte do *caput* do art. 1.631 do CC: “*durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais...*”. Aliás, a redação desta primeira parte do artigo se afigura adaptação grosseira e não refletida do revogado art. 380, do Código Civil de 1916, substituída, apenas, a expressão pátrio poder por poder familiar, e incluída a união estável. A toda evidência, não parece ter sido acertado colocar, nas disposições gerais sobre o poder familiar e já no segundo artigo, que o poder familiar compete aos pais *durante o casamento e a união estável*.

Se a própria Constituição Federal, também o Código Civil, concebem outras formas de constituição de família que não apenas a oriunda do matrimônio e da união estável, se o artigo anterior do próprio Código estabelece que os filhos menores (sem qualquer distinção, ou seja, todo e qualquer filho) estão sujeitos ao poder familiar, enfim, se todos os filhos são iguais em direitos e obrigações, havidos ou não da relação de casamento (CF, art. 227, par. 6o), não poderia, de modo algum, ter o legislador estabelecido como disposição geral, e em primeiro plano, que ele compete aos pais durante o casamento e a união estável.

Nesse sentido, Denise Damo Comel afirma que mesmo um dos pais se casando com terceira pessoa o poder familiar compete aos genitores igualmente, da mesma forma os filhos advindos de pais solteiros, mesmo na hipótese de se delimitar o exercício do direito.²¹²

²¹² Denise Damo Comel, *Do poder*, cit., p. 78.

Considerando que o poder familiar é a função dos pais a ser exercida em benefício e no interesse do filho, não há que restringi-lo a certas e determinadas relações havidas entre os pais, senão estendê-lo a todo e qualquer filho, sem discriminação alguma, em consonância com os preceitos constitucionais.

Não se diga que o art. 1.630, do Código Civil, supriria o contido no art. 1.631. Estabelecendo o primeiro que todo filho está sujeito ao poder familiar, e o subsequente restringindo a função aos pais casados e em união estável, seria permitido concluir que fora destas hipóteses o poder familiar competiria a outras pessoas que não os pais, o que se poderia pensar até mesmo em virtude da expressão – poder *familiar* – o que, de resto, seria um absurdo também.

A supressão, portanto, da primeira parte do artigo: “(...) *durante o casamento e a união estável*”, para que fique constando apenas que “*compete o poder familiar aos pais*”, o que, combinado com o artigo antecedente, dará a exata e correta compreensão de que todo pai e toda mãe, ou qualquer pai e qualquer mãe, de regra, são os sujeitos ativos do poder familiar, qualquer que seja a relação estabelecida entre eles. E assim, na seqüência, quando da regulamentação do exercício do poder familiar, enfrentar-se-iam e solucionar-se-iam as situações de falta, impedimento ou outras que implicassem em alterações no exercício da função, mas nunca na titularidade. Esse é o novo discurso do poder familiar.

Assim, para Denise Damo Comel a primeira parte do *caput* do artigo 1.631 do Código Civil afronta o princípio constitucional da isonomia entre os filhos

(art. 227, § 6º) ao estabelecer que o poder familiar compete aos pais durante o casamento e a união estável.²¹³

Na relação parental todos os filhos menores são considerados titulares de direito, conforme dispõem o art. 1.630 do novo Código Civil, o art. 20 do E.C.A e o art. 227 da Constituição Federal. Porém, além desse critério, é necessário também que os pais estejam vivos e sejam conhecidos e tenham capacidade para exercerem essa titularidade.

O art. 1.633 do Código Civil, porquanto se refere ao filho não reconhecido pelo pai e, neste caso, o poder de família será exercido pela mãe²¹⁴, e caso, a mesma seja desconhecida ou incapaz de exercer o poder de família, será nomeado um tutor para o menor.²¹⁵

²¹³ Denise Damo Comel, *Do poder*, cit., p. 77.

²¹⁴ Esse é o posicionamento dominante dos Tribunais como se vê no julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.04.253564-1/001, que teve como relator DES. BATISTA FRANCO, julgado em 19 de abril de 2005, que asseverou:

EMENTA: GUARDA. AVÓS MATERNOS. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA DA GENITORA E FILHO. IRRELEVÂNCIA. INTERESSE DO MENOR. É concebido que a guarda deverá ser, em regra, dos pais em razão do PODER FAMILIAR, sendo excepcionalmente deferida a terceiros na ausência dos pais ou em situações peculiares. O fato do menor e sua genitora viverem sob dependência econômica dos avós maternos, por si só não é suficiente para conceder-lhes a guarda daquele, haja vista a plena capacidade moral e física da mãe, não caracterizando situação excepcional. Recurso a que se nega provimento.

²¹⁵ Sílvio de Salvo Venosa, *Direito*, cit., p. 358. Nesse sentido o autor destaca a seguinte decisão: “Pátrio Poder – Em havendo, a companheira, sozinha registrado, civilmente, os filhos havidos na Constancia do concubinato, cumpre reconhecer-lhe a titularidade exclusiva do pátrio poder, cabendo-lhe a posse e a guarda, tanto que, na espécie dos autos, inexistem razões que justifiquem a alteração. Decisão: conhecer, não prover” (TJDF – Ap. Cível APC8327, 24-03-82, Rel. Elmano Farias).

É interessante verificar que ainda que se mantenha o poder familiar discutindo quanto ao exercício entre os pais é certo que na atualidade haverá situações que a atribuição do poder familiar passa a ser delegado a outrem, com quem a criança não possui vínculo afetivo.

Em todas as situações o que se visa é o interesse do menor que se sobrepõe a de todos os outros, nesse sentido o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, na APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.02.651991-8/001, que teve como relator EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS, julgado em 12/04/2005, que assim asseverou:

EMENTA: Em se tratando de menores, a regra básica é a de que o interesse deles deve prevalecer, tanto assim que a lei os protege, estabelecendo, por princípio, sua interpretação sempre em benefício daqueles.

Não se pode esquecer das situações trazidas em virtude de outras formas de filiação, assim há de se considerar como deve o julgador decidir diante do questionamento apresentado quando a guarda esta sendo pretendida entre aquele que tem laços sangüíneos e do outro lado àquele que tem a convivência, conforme estudado no item 1.2 do presente trabalho.

A polêmica mais célebre detectada em toda a mídia impressa se deu em virtude do falecimento da cantora Cássia Eller, posto que a mesma era mãe de uma criança, cujo pai já havia falecido, sendo que a mesma, homossexual assumida,

vivia uma relação com a mulher que veio a combater com os avós paternos a guarda do menino “Chicão”.

Neste caso o juiz decidiu, de forma inusitada pelo deferimento da guarda a companheira, e não ao avô, visto que a criança possuía laços afetivos com a companheira de sua mãe, mais estreitos do que aquele mantido com o seu avô.

Essa decisão denotou uma tendência dos tribunais que tem adotado esse entendimento também quando se refere a chamada “adoção à brasileira”.

Nesse sentido, a decisão proferida na apelação 2004.001.10200, que teve como relator o Desembargador Jessé Torres, em julgado datado de 23 de junho de 2004, que asseverou:

Apelação. Anulação de assento de nascimento lavrado em recorrência de “adoção à brasileira”. Paternidade declarada voluntariamente pelo marido e pai biológico das decorrentes, já falecido, que considerava a ré como filha. Reconhecimento jurisprudencial da “paternidade socioafetiva”. Status de filha que o tempo consolidou. O interesse econômico das apelantes não se sobrepõe ao princípio inscrito no art. 1º, III, da Constituição da República. Recurso desprovido”

No mesmo sentido, decisão proferida no Recurso Especial 119.346, julgado em 23 de junho de 2003, e teve como relator o Ministro Barros Monteiro.

CAPÍTULO V - GUARDA E DIREITO DE VISITA

5.1. Conceito de guarda

A guarda é um instituto intimamente ligado ao poder familiar, que se encontra disciplinado pelo art. 1.634, II, do Novo Código Civil, bem como pelos artigos 21 e 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Nesse sentido, de suma importância é o art. 33, § 1º, do mesmo diploma legal, o qual remete a uma forte idéia de posse do menor.

O Código Civil de 2002 manteve o capítulo destinado à proteção da pessoa dos filhos, como específico àquelas situações referentes à dissolução do casamento.

Como bem assinala Sílvio Rodrigues, o capítulo destinado à proteção das pessoas dos filhos reproduz praticamente as disposições do Código de 1916, ressalvadas aquelas constantes da redação apresentada pela Lei do Divórcio, as quais foram revogadas ou merecedoras de nova leitura diante da igualdade constitucional entre o marido e a mulher, e da necessidade de preservação de, em primeiro lugar, do melhor interesse dos menores²¹⁶.

O instituto da guarda se refere ao direito e ao dever dos pais, ou de cada um dos cônjuges, de ter em sua companhia os filhos ou de protegê-los, nas

²¹⁶ Sílvio Rodrigues, *Direito Civil*, cit., p. 273. Acrescenta o doutrinador que o espírito da tutela do bem-estar dos filhos é que qualquer decisão quanto a guarda poderá ser revista a qualquer tempo, diante de novos elementos apresentados pelo interessado.

diversas circunstâncias indicadas na lei civil. Neste sentido, a guarda tanto significa custódia, como a proteção que é devida aos filhos pelos pais. Em regra, a guarda dos filhos compete ao titular em que se conserva o pátrio poder, ou seja, aquele que detém a sua custódia e proteção, após o rompimento da convivência conjugal, abrangendo-se aqui tanto o casamento como a união estável.

Nas palavras de José Antônio de Paula Neto, o instituto da guarda trata-se de *"direito consistente na posse de menor oponível a terceiros e que acarreta deveres de vigilância em relação a este"*²¹⁷.

Ressalte-se que o instituto da guarda integra um conjunto de deveres que o ordenamento jurídico impõe aos pais em relação às pessoas e bens dos filhos.

Nesse sentido, posiciona-se Waldyr Grisard Filho ao ensinar que a guarda é definida como um direito-dever natural e originário dos pais, que consiste na convivência com seus filhos, previsto no art. 1.634, II, do Novo Código Civil, sendo pressuposto que possibilita o exercício de todas as funções paternas²¹⁸.

Por fim, destaca-se que uma pequena parte da doutrina divide a guarda entre guarda jurídica e guarda física. Sendo que a primeira refere-se às relações de caráter pessoal advindas do poder de família, tais como sustento,

²¹⁷ José de Paula Santos Neto. *Do pátrio poder*, São Paulo: Revista dos Tribunais; 1993. p. 139.

²¹⁸ Waldyr Grisard Filho, *Guarda compartilhada - um novo modelo de responsabilidade*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 47.

educação, respeito e honra, enquanto a segunda caracteriza-se pela idéia de posse, custódia e etc.

Adverte-se; ainda, segundo Sílvio Venosa, que a guarda poderá ser estabelecida pelo juízo da infância e da juventude e pelo juízo de família, assim concluindo:

“Quando é discutida matéria atinente ao poder de família e guarda dos filhos, divórcio, separação judicial, regulamentação de visitas e etc., competente será o juiz de família para determinar a guarda dos filhos, atendendo ao que mais lhe for conveniente. Quando é discutida matéria que importe em violação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, competente será o juizado especial. [...] No entanto, o comportamento do juiz em ambas as situações deve ser o mesmo, sempre levando em consideração preponderante o interesse e o bem-estar do menor”²¹⁹.

Deste modo, as diferenças da guarda no Estatuto da Criança e do Adolescente quanto à guarda de família e o poder familiar residem no fato de que há exigências processuais e conjunturais para a primeira, como, por exemplo, o compromisso que prestará o guardião de bem e fielmente desempenhar o encargo, mediante termo nos autos.

²¹⁹ Sílvio de Salvo Venosa, *Direito Civil*, cit., p. 330.

Existem diversas modalidades de guarda previstas no Código Civil, conforme também exposto no item anterior. Desta forma, a primeira modalidade advém do vínculo matrimonial ou da união estável e é decorrência da maternidade e paternidade. Esta modalidade é conhecida como *guarda comum ou originária*, ou seja, não deriva da guarda judicial, mas, sim, natural, pela qual os cônjuges exercem plenamente todos os poderes inerentes ao pátrio poder, e, claro, por consequência, a guarda.

No entanto, quando a família é extinta, ocorre a segunda modalidade de guarda, ou seja, a *guarda judicial*, que será deferida conforme a regra do melhor interesse para o menor, podendo dessa forma o magistrado seguir cinco rumos na sua decisão final: optar pela guarda única, compartilhada, alternada, dividida ou de nidação.

Com a disputa pela posse do menor advinda da interposição de um processo de guarda, separação ou divórcio, o juiz, antes de decidir o mérito da ação, é obrigado a determinar a guarda provisória para um dos cônjuges, a qual não pode ser considerado modelo de guarda, mas sim uma situação momentânea em que o menor está, uma vez que quando a ação for julgada no seu mérito, ocorrerá a estipulação da guarda definitiva; esta também não é um modelo de guarda, porque terá que adotar um dos cinco modelos de guarda após o rompimento da convivência conjugal (guarda única, compartilhada ou alternada, dividida ou de nidação).

Em face do Código Civil de 2002, não existe um modelo de guarda que o magistrado deva primeiramente adotar e, via de regra, no caso de rompimento

da convivência conjugal, corriqueiramente o magistrado opta pelo deferimento do modelo de guarda única, no qual um dos cônjuges será nomeado o guardião, ou seja, será o titular da guarda, mas ambos continuarão a exercerem a guarda jurídica.

Na guarda jurídica, o guardião tem o poder de decisão, em virtude de ter a guarda material, enquanto o não guardião tem o poder de fiscalização, podendo recorrer judicialmente caso entenda que a decisão não seja a melhor para o seu filho; assim, poderá exercer a guarda jurídica, mesmo que de uma forma indireta, através dessa fixação de visitas.

Quando se fala em guarda, tem-se que levar em conta sempre o interesse e o bem-estar do menor, a sua boa formação moral, social e psicológica; a busca da saúde mental ou a preservação de sua estrutura emocional. E para preservar a estrutura emocional de uma criança ou de um adolescente, necessário se faz que não sofra solução de continuidade três referenciais, a saber²²⁰:

a) *a continuidade afetiva*: quando a guarda deverá ser deferida ao genitor que pode dedicar mais tempo ao filho.

b) *a continuidade social*: ao deferir a guarda a um dos genitores, o Juiz deverá levar em consideração o ambiente vivido pelo menor no momento da separação. E nesse caso se é o genitor que permaneceu na cidade ou na residência, deverá ficar com o filho.

c) *a continuidade espacial*: o espaço dos filhos deverá ser reservado. Não deverá haver mudança de espaço do local onde ele vive, da escola onde

²²⁰Zaudith Silva Santos, *A guarda dos filhos – compartilhada ou conjunta*, disponível na Internet: <http://www.pailegal.net/textoimprime.asp?rvTextold=1112568435>.

estuda, pois a criança perde um dos seus referenciais que segundo a psicanalista francesa Françoise Dolto²²¹, denomina de *d'enveloppe spatiale de as sécurité* (“envoltório espacial da sua segurança”). Neste caso, recomenda-se que os filhos devam ficar com o genitor que permaneceu na casa onde morava no tempo da separação e na mesma escola onde vinha estudando.

d) *o interesse imediato e urgente de que a criança não se desarticule*: o interesse a médio prazo, a fim de que ela recupere sua dinâmica evolutiva após os momentos difíceis, vividos durante a separação dos pais, com todo o stress que envolve situações como tais. E o interesse a longo prazo, para que ela possa deixar seus pais. É preciso que a criança seja apoiada na conquista da sua autonomia mais depressa do que os filhos de casais unidos, ou seja, que se torne capaz de assumir a responsabilidade por si, e não se deixar apegar demais ao genitor contínuo ou desenvolver mecanismos de fuga, que são principalmente de dois tipos: a inibição - a fuga para dentro de si - ou o abandono da formação pré – profissional, dos estudos, o que às vezes chega até as fugas repetidas. O interesse do filho consiste em levá-lo a sua autonomia responsável, ao seu desenvolvimento, físico cultural e moral e psicológico, de forma harmoniosa, sem que falte ou deixe de ser levada em conta qualquer nuance neste sentido.

Uma vez analisados os referenciais a serem considerados para estipulação da guarda do menor, passa-se ao estudo das suas modalidades.

²²¹ Françoise Dolto, Quando os pais se separam, Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar, 1989, p. 53.

5.2. Os modelos de guarda

Os modelos de guarda e suas denominações apresentam controvérsias e diferenças, assim, para um melhor entendimento, este trabalho adotará a divisão, a saber: guarda alternada; guarda dividida; guarda de nidação, guarda compartilhada e guarda de terceiros.

5.2.1- Guarda alternada

Para os casos de adoção da modalidade de *guarda alternada*, o juiz estará possibilitando a cada um dos genitores ter a guarda do menor de forma alternada, ou seja, o casal determinará o período em que o menor ficará em cada domicílio, donde os direitos-deveres inerentes à guarda ficarão sempre com o genitor que estiver com a posse do menor, cabendo ao outro os direitos inerentes do não guardião, existindo sempre uma alternância na sua guarda jurídica.

Quando se fala em guarda alternada, é de se destacar que a mesma é um sistema de residência que implica que as crianças passem certo tempo com cada um dos pais separados (divorciados ou não). O menor vive tanto com um genitor como com o outro, de acordo com um ciclo mais ou menos rápido de alternância entre as duas residências. Um exemplo típico de guarda alternada refere-se à hipótese em que o menor reside uma semana na casa de um dos genitores e uma semana na casa do outro. Desse modo, não há que se falar de exercício conjunto de autoridade parental, mas alternado.

Percebe-se que esta modalidade de guarda caracteriza-se pela possibilidade de cada um dos pais deter a guarda do filho alternadamente, segundo um ritmo de tempo que pode ser de um ano, um mês, uma semana, uma parte da semana ou uma repartição organizada dia a dia e, conseqüentemente, durante esse período de tempo deter de forma exclusiva, a totalidade dos poderes-deveres que integram o poder parental. No término do período, os papéis invertem-se. É a atribuição da guarda física e legal, alternadamente a cada um dos pais.

Este é um tipo de guarda que se contrapõe fortemente à continuidade do lar, que deve ser respeitado para preservar o bem estar da criança. É inconveniente à consolidação dos hábitos, valores, padrões e formação da personalidade do menor, pois o elevado número de mudanças provoca uma enorme instabilidade emocional e psíquica. A jurisprudência a desabona, não sendo aceita em quase todas as legislações mundiais.

Possui vantagens e sérias desvantagens posto que os pais muitas vezes não ficam coesos quanto aos interesses do filho e entram em conflito sobre a guarda. Chateiam, fazem chantagens mútuas e o filho muda de casa a hora que deseja, caminhando de um lado para o outro.

Também, este tipo de guarda permite ao filho fugir aos seus deveres mais comezinhos: tomar banho, estudar, fazer alguma coisa em casa a exemplo de arrumar o quarto em que dorme, fazer as tarefas da escola, freqüentar a igreja ou o culto e muitas vezes se rebela quando é reclamado por alguns desses motivos, com

um comportamento insubordinado e prepotente. O mais grave de tudo é a falta de respeito aos pais e descumprimento da ordem judicial.

Nesses casos, a guarda alternada prejudica muito o menor, pois o mesmo passa a desprezar o que seria a coisa mais importante de sua vida que é a sua formação cultural, física e moral.

Quando a criança pula da casa do pai para a casa da mãe, por muito tempo, existe o perigo de não preservar ou fixar a imagem dos pais, faltando-lhe a segurança de um lar; para muitos estudiosos do direito, pode até desenvolver descompensações, e influenciar bastante no surgimento de homens e mulheres com dupla personalidade, sendo inteiramente possível trazerem consigo uma carga enorme de neurose e psicose, armazenadas nos escaninhos de sua memória em formação, quando viviam igual “macacos” a pular de galho em galho.

A guarda alternada neste caso poderá perfeitamente facilitar o conflito pois ao mesmo tempo que o menor será jogado de um lado para o outro, náufrago numa tempestade, a inadaptação será característica também dos genitores, facilitando-lhes a fuga à responsabilidade, buscando o próprio interesse, invertendo semanas ou temporadas, sob as alegações mais pueris ou mentirosas (viagens, obrigações profissionais, congressos, etc.). Em suma, os adultos procurarão tirar vantagens desta situação indefinida, propícias ao desentendimento e à destruição de uma convivência imprescindível.

Tem-se, desta forma, que não existe autoridade alternada e sim autoridade definida. A criança deve saber onde é o seu lar, quem são seus pais e aqueles que o amam, respeitam e educam e que a estes deve obediência e respeito, sem qualquer tergiversação.

A guarda alternada possui um grande defeito no entendimento de muitos juizes e operadores do direito de família. Receia-se que tal tipo de guarda sobrecarrega demais a criança, com uma gama enorme de atividades posto que age como bumerangue da casa da mãe para casa do pai, sem a segurança, estabilidade e confiança, necessárias para o seu desenvolvimento sadio²²².

Destaca-se, portanto, que muitos doutrinadores criticam esse tipo de guarda²²³ e há de se aderir às críticas, pois, na guarda alternada, a criança perde sua identidade já que se muda o tempo todo, o que sem dúvida demonstra um egoísmo *incontesti* de seus genitores.

5.2.2- Guarda dividida

Vê-se que a *Guarda dividida* apresenta-se quando o menor vive em um lar fixo, determinado, recebendo a visita periódica do pai ou da mãe que não tem a guarda. É o sistema de visitas, que tem efeito destrutivo sobre o relacionamento entre pais e filhos, uma vez que propicia o afastamento entre eles, lento e gradual,

²²²Zaudith Silva Santos, *A guarda dos filhos – compartilhada ou conjunta*, disponível na Internet: <http://www.pailegal.net/textoimprime.asp?rvTextId=1112568435>.

²²³Sílvio de Salvo Venosa, *Direito Civil*, cit., p. 332.

até desaparecer. Ocorrem seguidos desencontros e repetidas separações. São os próprios pais que contestam e procuram novos meios de garantir uma maior participação e mais comprometida na vida de seus filhos.

Assim, a *Guarda Dividida*, *Guarda Única*, ou *Guarda Exclusiva (sole custody)* pode ser conceituada como o tradicional sistema, em que o menor fica com um dos pais, em residência fixa, recebendo visitas periódicas do outro. É bastante criticada, tanto pelas ciências da saúde mental, quanto pelas ciências sociais e jurídicas, uma vez que proporciona o gradual afastamento entre pais e filhos, até que se verifique o fenecer da relação, bem como afronta os princípios constitucionais da isonomia e melhor interesse do menor

5.2.3. Guarda de nidacão

O *Aninhamento* ou *nidacão* é um tipo de guarda raro, no qual os pais se revezam mudando-se para a casa onde vivem as crianças em períodos alternados de tempo. É a *birds nest theory* do Direito Americano, que, por ser pouco prática, bastante exótica, e levar a prejuízos semelhantes aos já descritos no modo anterior, é muito pouco defendida²²⁴.

5.2.4. Guarda compartilhada

Originária da Inglaterra, na década de sessenta ocorreu a primeira decisão sobre a guarda compartilhada (*joint custody*). A idéia da guarda

²²⁴ Sílvio de Salvo Venosa, *Direito Civil ...*, cit., p. 332.

compartilhada estendeu-se a França e ao Canadá, ganhando a jurisprudência em suas províncias, espalhando-se por toda América do Norte. O Direito americano absorveu a nova tendência e a desenvolveu em larga escala.

Nos Estados Unidos a guarda compartilhada é intensamente discutida, debatida, pesquisada, devido ao aumento de pais envolvidos nos cuidados com os filhos. A *American Bar Association* – ABA criou um comitê especial para desenvolver estudos sobre guarda de menores (*Child Custody Committee*). Há uma grande divulgação desse modelo aos pais, sendo um dos tipos que mais cresce.

Na França, em 1976, a jurisprudência provoca o monopólio da autoridade parental, recebendo consagração legislativa na Lei de 22.07.1987. A nova lei modificou os textos do Código Civil francês, relativos ao exercício da autoridade parental, harmonizando as decisões e tranquilizando os juízes.

A tendência mundial é o reconhecimento da guarda compartilhada como a forma mais adequada e benéfica nas relações entre pais e filhos, servindo como tentativa para minorar os efeitos desastrosos da maioria das separações²²⁵.

No ordenamento pátrio a guarda dos filhos decorre de duas situações fáticas: em decorrência da dissolução da sociedade conjugal, da extinção da união estável ou ainda decorrência do que preceitua o Estatuto da Criança e do Adolescente.

²²⁵ <http://www.apase.org.br/81003-definicao.htm>.

No ordenamento civil, a guarda compartilhada não se encontra expressamente disciplinada, o que enseja divergências acerca do assunto.

Segundo a doutrina, a guarda compartilhada reserva a um dos pais a guarda física do menor, assim o menor reside com um dos genitores. O outro, contudo, poderá participar ativamente da vida de seu filho, sem as restrições legais de imposição de dia e horários rígidos para visita²²⁶. Para tanto, esta forma de guarda somente será possível quando os pais revelam maturidade e possibilidades funcionais de compartilhar as rotinas dos filhos de maneira harmônica, respeitados seus horários e suas atividades escolares e extracurriculares.

A guarda compartilhada trata do compartilhamento, como o próprio nome diz, dos direitos e deveres sem a existência da fiscalização, tendo o menor um domicílio fixo, tendo o genitor, contudo, maior liberdade no seu convívio e contato.

Nessa modalidade de guarda, o menor tem sempre um domicílio referencial, pois tem que contar com a estabilidade do mesmo, com um centro de apoio para as suas atividades no mundo exterior.

Vê-se a valorização de ambos os genitores, de forma igualitária, conforme preceituado no art. 229, da Constituição Federal, que impõe aos pais o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, independentemente de conviverem ou não no mesmo lar.

²²⁶ Claudia Baptista Lopes. *A guarda compartilhada valorize o papel do pai e da mãe*. Disponível na Internet: <www.conjur.uol.com.br/textos/15235>.

O princípio do melhor interesse da criança identifica-se como “Direito Fundamental” na Constituição Federal em razão da ratificação da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança – ONU /89, que lhe proclama proteção especial e pleno direito de ser cuidada por seus pai²²⁷.

Sérgio Gischokow Pereira esclarece que, nesse contexto, é importante que se verifique, antes de tudo, o interesse do menor, pois segundo preconiza o art. 13, da antiga Lei do Divórcio: “*Se houver motivos graves, poderá o juiz, a bem dos filhos, regular por maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores a situação deles com os pais*”. Percebe-se, assim, que ao juiz era outorgada ampla liberdade para resolver acerca da guarda dos filhos, com a finalidade de antever qual seria a melhor alternativa para tutelar os interesses do menor.

Mas, em linhas gerais, o Código Civil de 2002 manteve essas considerações, principalmente no que tange ao poder familiar, onde importa destacar que o mesmo fez a separação tópica entre a disciplina do exercício do poder familiar quanto à pessoa dos filhos menores e a do exercício do poder familiar quanto aos bens dos filhos menores. E, muito embora o poder pessoal de família e o direito patrimonial de família sejam matérias distintas, estas se refletem no poder familiar, pelo qual incumbe aos pais em conjunto a tutela do interesse do filho menor.

²²⁷ Waldyr Grisard Filho, *Guarda compartilhada*, cit., p. 103.

No direito anglo-saxão, a guarda compartilhada é chamada de *joint custody*, e é entendida como o sistema onde os filhos permanecem sob a autoridade equivalente de ambos genitores, buscando-se aproximar pais e filhos.

Segundo Waldyr Grisard Filho, a guarda compartilhada deve ser entendida como uma modalidade, que aduz vantagens tanto para os pais como para os filhos, pois:

*“Este modelo, priorizando o melhor interesse dos filhos e a igualdade dos gêneros no exercício da parentalidade, 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 da união conjugal, ou de fato”.*²²⁸

Como no ordenamento jurídico não existe um modelo padrão de guarda compartilhada, o que existe é a possibilidade da responsabilidade parental, a qual deve priorizar a relação dos filhos com os seus pais. Para tanto, devem ser analisadas as circunstâncias do caso concreto para que a mesma seja aplicada.

²²⁸ Waldyr Grisard Filho, *Guarda Compartilhada*, cit., p. 102.

5.2.5. Guarda de terceiros

A guarda de terceiros refere-se a casos em que diante do caso concreto o juiz reputa que ela não deve ser atribuída a nenhum dos genitores. A lei aponta como critérios de determinação de guarda de terceiros o grau de parentesco, afinidade e afetividade. O legislador não previu as hipóteses de guarda compartilhada ou alternada estabelecidas pelo juiz. Todavia, estas podem ser efetuadas quando da homologação da separação judicial por mútuo consentimento ou pelo divórcio direto consensual, mantendo-se a regra do poder familiar que vigorou durante todo o decurso da sociedade conjugal.

5.3 Guarda compartilhada x guarda alternada

A discussão acerca da diferença entre os dois institutos tem surgido em inúmeras argumentações doutrinárias. De acordo com Rosângela Paiva Epagnol:

"A guarda compartilhada de filhos menores é o instituto que visa a participação em nível de igualdade dos genitores nas decisões que se relacionam aos filhos, é a contribuição justa dos pais, na educação e formação, saúde moral e espiritual dos filhos, até que estes atinjam a capacidade plena, em caso de ruptura da sociedade familiar, sem detrimento, ou privilégio de nenhuma das partes. (...) Não poucas pessoas envolvidas

no âmbito da guarda de menores, vislumbra um vínculo entre a guarda compartilhada e guarda alternada, ora, nada há que se confundir, pois, uma vez já visto os objetos do primeiro instituto jurídico, não nos resta dúvida que dele apenas se busca o melhor interesse do menor, que tem por direito inegociável a presença compartilhada dos pais, e nos parece que, etimologicamente o termo compartilhar, nos traz a idéia de partilhar + com = participar conjuntamente, simultaneamente. Idéia antagônica à guarda alternada, cujo teor o próprio nome já diz. Diz-se de coisas que se alternam, ora uma, ora outra, sucessivamente, em que há revezamento. Diz-se do que ocorre sucessivamente, a intervalos, uma vez sim, outra vez não. Aliás, tal modelo de guarda não tem sido aceita perante nossos tribunais, pelas suas razões óbvias, ou seja, ao menor cabe a perturbação quanto ao seu ponto de referência, fato que lhe traz perplexidade e mal estar no presente, e nos futuros danos consideráveis à sua formação no futuro²²⁹. (grifo nosso)

Nos dizeres de Grisard Filho: *"não há constância de moradia, a formação dos hábitos deixa a desejar, porque eles não sabem que orientação seguir, se do meio familiar paterno ou materno"*²³⁰.

²²⁹ Rosângela Paiva Egnol, *Filhos da mãe - uma reflexão à guarda compartilhada*, Juris Síntese, nº 39 – jan./fev. de 2003.

²³⁰ Waldir Grisard Filho, *Guarda Compartilhada*, p. 190.

Importante ter tais esclarecimentos em mente vez que não é a vontade dos pais, mas sim o bem estar dos filhos, que tem pautado a decisão dos tribunais pátrios, praticamente pacífica em obstar a instituição da "guarda alternada", conforme se verifica da leitura dos seguintes acórdãos:

EMENTA: GUARDA DE MENOR COMPARTILHADA - IMPOSSIBILIDADE - PAIS RESIDINDO EM CIDADES DISTINTAS - AUSÊNCIA DE DIÁLOGOS E ENTENDIMENTO ENTRE OS GENITORES SOBRE A EDUCAÇÃO DO FILHO - GUARDA ALTERNADA - INADMISSÍVEL - PREJUÍZO À FORMAÇÃO DO MENOR. A guarda compartilhada pressupõe a existência de diálogo e consenso entre os genitores sobre a educação do menor. Além disso, guarda compartilhada torna-se utopia quando os pais residem em cidades distintas, pois aludido instituto visa à participação dos genitores no cotidiano do menor, dividindo direitos e obrigações oriundas da guarda. O instituto da guarda alternada não é admissível em nosso direito, porque afronta o princípio basilar do bem-estar do menor, uma vez que compromete a formação da criança, em virtude da instabilidade de seu cotidiano. Recurso desprovido. (TJMG - Apelação Cível nº 1.0000.00.328063-3/000 – rel. Des. LAMBERTO SANT'ANNA – Data do acórdão: 11/09/2003 Data da publicação: 24/10/2003).

E, ainda:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - FILHO MENOR (5 ANOS DE IDADE) - REGULAMENTAÇÃO DE VISITA - GUARDA ALTERNADA INDEFERIDA - INTERESSE DO MENOR DEVE SOBREPOR-SE AO DOS PAIS - AGRAVO DESPROVIDO.

Nos casos que envolvem guarda de filho e direito de visita, é imperioso ater-se sempre ao interesse do menor. A guarda alternada, permanecendo o filho uma semana com cada um dos pais não é aconselhável pois as repetidas quebras na continuidade das relações e ambiência afetiva, o elevado número de separações e reaproximações provocam no menor instabilidade emocional e psíquica, prejudicando seu normal desenvolvimento, por vezes retrocessos irrecuperáveis, a não recomendar o modelo alternado, uma caricata divisão pela metade em que os pais são obrigados por lei a dividir pela metade o tempo passado com os filhos (RJ 268/28). (TJSC - Agravo de instrumento n. 00.000236-4, da Capital, Rel. Des. Alcides Aguiar, j. 26.06.2000). (Grifo nosso).

Como mencionado acima e fundamentado com as jurisprudências, nota-se que os tribunais reconhecem ser absolutamente impróprio e prejudicial à boa formação da personalidade da criança ficar submetida à guarda dos pais, separados, durante a semana ou em dias alternados.

Tem-se, em decorrência, um rol de malefícios à criança pela aplicação desta modalidade de guarda, quais sejam: a clara inconstância de

moradia; a formação dos menores resta prejudicada, não sabendo que orientação seguir, paterna ou materna, em temas importantes para definição de seus valores morais, éticos, religiosos etc; é prejudicial à saúde e higidez psíquica da criança, tornando confusos certos referenciais importantes na fase inicial de sua formação, como, por exemplo, reconhecer o lugar onde mora, identificar seus objetos pessoais e interagir mais constantemente com pessoas e locais que representam seu universo diário (vizinhos, amigos, locais de diversão etc).

A "guarda compartilhada", ao revés, não se confunde com a "guarda alternada", vez que naquela não se inclui a idéia de "alternância" de dias, semanas ou meses de exclusividade na companhia dos filhos. De fato, na "guarda compartilhada" o que se "compartilha" não é a posse, mas sim a responsabilidade pela sua educação, saúde, formação, bem estar, etc. O menor permanece apenas em uma residência – do pai ou da mãe -, entretanto, ambos decidem em conjunto o que será melhor para o filho. Questões como o colégio a ser escolhido, as atividades de lazer a serem desenvolvidas, a orientação religiosa etc., deverão ser debatidas e solucionadas por ambos os cônjuges, posto que esta é a idéia que justifica a escolha da "guarda compartilhada".

Note-se, portanto, que ocorre na "guarda compartilhada" a plena participação de ambos os genitores em todos os aspectos da formação dos filhos, independentemente destes permanecerem da companhia de um deles apenas nos finais de semana e feriados.

Não é preciso fazer maiores digressões para vislumbrar que nem mesmo a "guarda compartilhada" poderá ser aplicada quando ausente a necessária harmonia entre os genitores. Destarte, sendo freqüentes os conflitos, discussões, brigas ou até mesmo agressões físicas e/ou morais, a "guarda compartilhada" não terá possibilidade de ser aplicada com sucesso, cabendo ao juiz analisar caso a caso.

Sobre a inviabilidade de instituição da "guarda compartilhada" em casos tais, pertinente transcrever, uma vez mais, o comentário de Rosângela Paiva Epagnol:

“Havemos de convir, que se não houver um consenso, um fino trato, um respeito às relações humanas, entre o casal de separandos, (não importando a modalidade de opção familiar), seria uma utopia falarmos de aplicação do presente instituto, dado ao cerne que se dispõe: o melhor bem estar do menor. Pois, se os separandos não conseguem administrar a situação de conflito conjugal, sem atingir a relação filial, quando não há diálogo, quando não conseguem abolir os filhos do conflito, o sistema da guarda compartilhada tenderá ao fracasso”²³¹.

No que se refere especificamente à "guarda compartilhada", a jurisprudência é igualmente pacífica no sentido de afastar sua aplicação quando a

²³¹Rosângela Paiva Epagnol, Filhos da mãe - uma reflexão à guarda compartilhada, Juris Síntese, nº 39 – jan./fev. de 2003.

relação entre os genitores é marcada pela desarmonia, pelo desrespeito e pelos constantes conflitos e disputas, conforme se aduz da leitura dos seguintes julgados:

APELAÇÃO CÍVEL. GUARDA COMPARTILHADA. Não mais se mostrando possível a manutenção da guarda do menor de forma compartilhada, em razão do difícil relacionamento entre os genitores, cumpre ser definitivada em relação à genitora, que reúne melhores condições de cuidar, educar e zelar pelo filho, devendo, no primeiro grau, ser estabelecido o direito de vista. Apelo provido. (TJRS – Apelação Cível Nº 70005127527 – 8ª Câ. Cível – rel. Des. ANTONIO CARLOS STANGLER PEREIRA – j. 18.12.03).

ALTERAÇÃO DE GUARDA, DE VISITAÇÃO E DE ALIMENTOS. GUARDA COMPARTILHADA. LITÍGIO ENTRE OS PAIS. DESCABIMENTO. 1. Não é a conveniência dos pais que deve orientar a definição da guarda, mas o interesse do filho. 2. A chamada guarda compartilhada não consiste em transformar o filho em objeto, que fica a disposição de cada genitor por um semestre, mas uma forma harmônica ajustada pelos genitores, que permita ao filho desfrutar tanto da companhia paterna como da materna, num regime de visitação bastante amplo e flexível, mas sem que o filho perca seus referenciais de moradia. Para que a guarda compartilhada seja possível e proveitosa para o filho, é imprescindível que exista

entre os pais uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, onde não existam disputas nem conflitos. 3. Quando o litígio é uma constante, a guarda compartilhada é descabida. Recurso desprovido." (TJRS – Apelação Cível Nº 70 005 760 673 – 7ª Câm. Cível – rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves – j. 12.03.03).

APELAÇÃO CÍVEL. GUARDA. FILHO. ALTERAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA. Se o "melhor interesse" do filho é que permaneça sob a guarda materna, já que a estabilidade, continuidade e permanência dele no âmbito familiar onde está inserido devem ser priorizadas, mormente considerando-se que a mãe está cumprindo a contento seu papel parental, mantém-se a improcedência da alteração da guarda pretendida pelo pai. Descabe também a guarda compartilhada, se os litigantes apresentam elevado grau de animosidade e divergências. (TJRS – Apelação Cível Nº 70008688988 – 8ª Câm. Cível – rel. Des. JOSÉ S. TRINDADE – j. 24.06.04).

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - SEPARAÇÃO LITIGIOSA - CULPA RECÍPROCA. Para que seja declarada a separação por culpa de uma das partes, não bastam alegações, por mais graves que sejam, sem amparo de provas seguras que as corroborem. Em se tratando de crianças de tenra idade, recomenda-se uma certa estabilidade nas relações afetivas,

ficando inviabilizado o instituto da guarda compartilhada quando o casal tem convivência problemática e com choques constantes. (TJMG - APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.00.343058-4/000 – 7ª Câm. Cível - Relator DES. WANDER MAROTTA – j. 23.09.03).

GUARDA COMPARTILHADA.

A estipulação de guarda compartilhada é admitida em restritas hipóteses, sendo de todo desaconselhável quando há profunda mágoa e litígio entre as partes envolvidas. Apelo desprovido (TJRS – Apelação Cível Nº 70007133382 – 7ª Câm. Cível – rel. Des. MARIA BERENICE DIAS – j. 29.10.03).

Logo, muito embora inexista previsão legal específica, é plenamente aceita, hoje, a "guarda compartilhada", desde que, conforme visto, exista uma relação harmoniosa e amistosa entre os genitores de forma a possibilitar o efetivo "compartilhamento" das decisões envolvendo o bem estar e formação dos filhos. Por outro lado, a doutrina e jurisprudência citadas são uníssonas em repudiar, em qualquer hipótese, a "guarda alternada", sendo tal repúdio estendido à "guarda compartilhada" quando for impossível a convivência harmônica entre os genitores²³².

²³² Paulo Andreatto Bonfim, *Guarda compartilhada x guarda alternada: delineamentos teóricos e práticos*, Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 815, 26 set. 2005.

Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7335>>.

E, assim, segundo o art. 1.690 do Código Civil, compete aos pais, em conjunto, decidirem as questões pertinentes à criação, educação, companhia e guarda, autorização para casar, representação e assistência dos filhos, bem como cabe aos pais a decisão sobre questões relativas aos bens dos filhos. Assim ocorre também na guarda compartilhada, eis que ambos os pais incorrem no dever jurídico de decidir sobre a vida e patrimônio dos filhos.

Os genitores conscientes de sua responsabilidade quanto ao desenvolvimento dos filhos percebem que na modalidade de guarda compartilhada há o incentivo e contínuo acompanhamento da vida dos filhos, trazendo, desta forma, benefícios para ambos. E assim, também, se retira da figura do pai o estigma de mero provedor financeiro.

Em suma, tem-se que tanto a guarda compartilhada, como a alternada, é criticada, pois impõem ao menor deslocamentos regulares entre dois domicílios, o que acarreta uma dose de estresse e descontinuidade na vida diária.

As vantagens desse sistema são a manutenção da relação paterno-filial com ambos os cônjuges, o papel ativo de ambos os genitores no exercício do poder familiar, tendo como resultado uma melhor conservação dos recursos materiais, afetivos e sociais. *Mutatis mutandis* a autoridade parental conjunta pode ser exercida quer na guarda monoparental, quer na guarda compartilhada.

A monoparentalidade não significa a exclusão do pai não guardião e, o chefe da família monoparental se beneficia ao valorizar e acolher positivamente as

contribuições do outro genitor: a grande deficiência da família monoparental consiste em continuar a satisfazer as necessidades de seus membros com recursos diminuídos. As necessidades não diminuem enquanto que os recursos são truncados pela saída de um dos cônjuges.

Ressalte-se, entretanto, que a guarda compartilhada ainda é pouco aplicada, porém, plenamente aceita em muitos países, entretanto, como já dito anteriormente, no Brasil verifica-se uma tímida tendência no seu deferimento. Os opositores da modalidade de “guarda compartilhada” afirmam que a aplicação dessa modalidade enseja males à formação da criança, bem como dificulta a relação com os pais. Tal posição é defendida, principalmente, por psicólogos; de certo não se pode discordar que a figura da mãe é imprescindível, até os três anos de idade, mas após essa idade ambos os pais terão a mesma importância na formação do menor para que haja um desenvolvimento sadio, assevera Denise Willhelm Gonçalves.²³³

Corroborando com o exposto acima, a corrente que defende a aplicação da guarda compartilhada, sustenta que tal modalidade ajuda tanto na formação moral como física e psíquica do menor, e nesse sentido cumpre destacar a posição da Desembargadora Maria Raimunda Teixeira de Azevedo:

“Critica-se os procedimentos jurídicos atuais, que muitas vezes reforçam a disputa entre os cônjuges, acarretando por vezes, prejuízos emocionais aos membros da família. É nesse campo que a Guarda Compartilhada tem algo a oferecer. A

²³³ Denise Willhelm Gonçalves, *Guarda Compartilhada*, Revista Jurídica, Ano 50, nº 299, São Paulo: Nota Dez, 2002.

*possibilidade de se buscar um sistema jurídico capaz de unir os pais, ou se assim não for, capaz de reduzir as desavenças. Por isso devem os Juristas municiar-se do que haja do mais moderno e prático, além de Leis que permitam agir em conformidade com cada caso. (...) Não há na Guarda Compartilhada um arranjo padrão. O melhor arranjo é aquele que possibilita o maior contato das crianças com os pais, a qual deve dispensar interesses em seu bem estar, educação, saúde e seu desenvolvimento como um todo. Os sentimentos de responsabilidade e de solidariedade devem ser incentivados, organizando-se um modelo de forma livre, mas a favor da criança, do jovem e da família, potenciando-se a força nela imanentes, o que redundará menores riscos de marginalização e estigmatização”.*²³⁴

No ordenamento jurídico pátrio, pode-se encontrar no art. 1.584, do novo Código Civil que: *“(...) decretada a separação judicial, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la”.*

Deixa claro referido dispositivo que não havendo acordo, será a guarda atribuída a quem revelar melhores condições. Assim, o juiz ao analisar o caso em concreto, caso avalie que ambos possuem essa condição disposta no

²³⁴ Maria Raimunda Teixeira de Azevedo. Sobre a Guarda Compartilhada. Palestra proferida à Comissão Permanente das mulheres advogadas OAB/RJ. In: APASE, 25.abril.2001. Disponível em: <<http://www.rj.apase.org.br/14002-aguardacompartilhada.htm>>. Acesso em 10.04.2004.

referido artigo, e observado o interesse do menor, poderá optar pela guarda compartilhada, regulamentando o convívio dos pais com a prole, de acordo com o melhor interesse da criança e disponibilidade dos pais. Além, disso, o Novo Código Civil em seu art. 1.632 dispõe que: “(...) *a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos*”.

Percebe-se, todavia, que os genitores mesmo diante das situações acima mencionadas devem exercer na totalidade todos os direitos inerentes à guarda jurídica do menor. Tanto esse dispositivo como, aquele antes descrito, estão em consonância com a guarda compartilhada, pois se percebe até mesmo por parte do legislador maior cuidado na elaboração desses artigos, principalmente ao amoldar esses preceitos àqueles elencados na Constituição Federal, tais como a igualdade entre homem e mulher.

No art. 1.584, o legislador cuidou de não incluir somente a pessoa da mãe, figurando agora que a guarda será atribuída ao genitor que melhor revelar condições, sendo que essas condições envolvem um conjunto de requisitos essenciais, subjetivos e objetivos, no campo afetivo-emocional, aliado às condições materiais e financeiras. Diante disso, nada está a proibir a concessão da guarda compartilhada.

Outro dispositivo legal que deve ser analisado para fins de guarda compartilhada é o art. 1.583, o qual indica que “*no caso de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal pela separação judicial por mútuo consentimento ou pelo*

divórcio direto consensual, observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos”, abrindo-se assim espaço para o juiz homologar uma guarda compartilhada deixando aos genitores fixarem rotinas desta convivência.

Se a própria doutrina não é unânime ao tratar do assunto que dirá a jurisprudência. Nesse contexto, os Tribunais têm se manifestado de formas diversas, pois quando da constância da união, o exercício da guarda é comum, logo, com a separação do casal as funções parentais se dividem e as decisões tornam-se unilaterais, e nesse sentido, muitos acreditam que a guarda compartilhada seria a melhor forma de manter a criança numa situação estável. Isto porque, a guarda compartilhada pressupõe a diminuição dos efeitos negativos da ruptura da sociedade conjugal sobre a criança.

Verifica-se a urgente necessidade de realizar debates visando não só o uso de uma expressão comum à guarda compartilhada, como também a devida explicação sobre o que é, como funciona, o que representam a guarda compartilhada e os benefícios advindos para as crianças que sofrem um processo doloroso da separação dos pais.

A maioria da jurisprudência parece não concordar com o deferimento da guarda compartilhada, pois como se pode observar nos julgados abaixo, são majoritárias as posições contrárias a guarda compartilhada:

A chamada “custódia conjunta”, importando o revezamento semanal do ambiente familiar, é prejudicial à consolidação dos

hábitos, valores, padrões e idéias na mente do menor; conseqüentemente, à formação da responsabilidade do mesmo (RJP, 59/42).

Manter a guarda dos filhos menores com a mãe, naturalmente mais predisposta a tanto; na medida razoável, é manter a situação existente, sendo de considerar que as mudanças no regime sempre podem trazer problemas de ordem emocional nas crianças. Neste sentido: RT 238/264; 516/213; 523/123; 627/126 e 733/333; e RJTJRS 113/428.

Guarda Compartilhada. Cuidados. Menor, nascido aos 23/12/98, não mais necessita dos cuidados especiais, inerentes aos de poucos meses de vida. Visita. Imprescindível, nos primeiros anos de vida do filho, a presença do pai, por meio de visitas regulares, ensejando-lhe estabilidade e delineamento satisfatório da personalidade, nada justificando contato rápido que não possibilita mínimo de convivência. Agravo provido parcialmente. (MCT), Tipo da Ação: AGRAVO DE INSTRUMENTO, Número do Processo: 2000.002.06792, Data de Registro: 10/10/2000, Folhas: 45787/45796, Comarca de Origem: NITEROI, Órgão Julgador: DÉCIMA SEXTA CÂMARA CÍVEL, Votação: Unânime, DES. ELY BARBOSA, Julgado em 08/08/2000.

Muitos dos acórdãos pesquisados não deixam de nos demonstrar que, embora não haja vedação jurídica, a guarda compartilhada ainda não é muito aceita, sendo raramente acolhida jurisprudencialmente como se vê:

GUARDA CONJUNTA - Inviável e traumatizante a guarda conjunta, deve manter-se direito de visita que não perturbe a vida do menor. O Des. Milton dos Santos Martins- Relator – coloca (...) aliás, em ‘Nouvel Observateur’, psicólogo francês, Serge Lebovici, nota que os juízes falham em querer ser bonzinhos, pensando serem sensatos começam a pôr a criança 5 dias numa casa, 3 dias na outra, transformam toda a vida da criança e ela não segue vida nenhuma. Isso é traumatizante. Ou fica com o pai ou fica com a mãe durante os 7 dias e apenas um direito de visita. Guarda conjunta de pais separados, isso não existe. Essa situação de querer contentar os dois não é possível, quer dizer, um terá que ser realmente prejudicado. Entendo que nesta idade do menino, o pai deve ficar prejudicado na sua afeição, mas não diminuí-la; precisa compreender isso e não desregulamentar a vida da criança - Nego provimento. (TJRS, Agravo de Instrumento nº 590021101, Rel. Des. Milton dos Santos Martins, julgado em 16.05.1990).

A jurisprudência majoritária evita a concessão da guarda compartilhada, principalmente nos casos em que há litígio entre os pais, onde ressaltam ser prejudicial ao bem estar emocional dos filhos.

Nesse sentido, o Agravo de Instrumento 70008775827, que teve como relator o Desembargador Rui Portanova, que assim asseverou:

“(...) Contudo, a guarda compartilhada requer a concordância de ambos os pais. Havendo divergência ou belicosidade entre os pais, não cabe compartilhar a guarda da criança.

As decisões dessa Corte são nesse sentido:

GUARDA COMPARTILHADA. INTERESSE DO FILHO. Tendo o filho, com 13 anos de idade, manifestado a preferência em ficar na guarda do genitor, descabido impor a guarda compartilhada, que só obtém sucesso quando existe harmonia e convivência pacífica entre os genitores. Agravo provido. (AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 70007822257, SÉTIMA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: MARIA BERENICE DIAS, JULGADO EM 31/03/2004)

APELAÇÃO CÍVEL. CAUTELAR INOMINADA E DIVÓRCIO. GUARDA. PARTILHA E ALIMENTOS. O magistrado, carente de elementos a dar certeza quanto à data da efetiva separação fática do casal, deve pautar-se na data da propositura da ação de separação consensual, impondo-se a

partilha dos bens adquiridos até esta data, uma vez que adquiridos ainda na constância da união. O pedido do apelante para o deferimento de guarda compartilhada não encontra fundamento, uma vez que se mostra esta medida incompatível com a situação fática dos autos, tendo em conta a atitude belicosa entre as partes. Os alimentos foram fixados em consonância com o binômio necessidade/possibilidade, não merecendo qualquer reparo. No que toca ao ônus sucumbencial, este atendeu o decaimento dos pedidos das partes, tanto na ação cautelar como na principal, e ao disposto no art. 20 do CPC. Apelo desprovido. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 70006241145, OITAVA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: ANTÔNIO CARLOS STANGLER PEREIRA, JULGADO EM 29/04/2004).

Mas, importante acima de tudo é a análise das vantagens advindas da guarda compartilhada aos menores, pois não são somente espinhos que devem ser ressaltados, mas também os aspectos positivos.

Diante da calorosa discussão acerca da possibilidade de concessão da guarda compartilhada, deve-se destacar também que a Constituição Federal, em seu art. 5º, I, prevê a igualdade entre homem e mulher, e também estatui em seu art. 226, § 5º, do mesmo diploma legal que: "*os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher*", com base

nos princípios da dignidade humana e paternidade responsável, segundo preleciona o § 7º, do mesmo artigo.

Com base nisso, importa transcrever um julgado onde a guarda compartilhada é entendida como uma alternativa:

“ (...) E por que não admitir a concessão de uma guarda assistida, ou até mesmo compartilhada? O direito nacional não contempla norma jurídica impeditiva da guarda assistida ou da guarda compartilhada, criações voltadas a conferir segurança aos pronunciamentos judiciais e maior proteção aos interesses em conflito (Agravo de Instrumento nº 99016390-3, Rel. Dês. César Abreu).

Importa destacar, também, a posição da Lei nº 8.069/90 – Estatuto da Criança e Adolescente, o qual traz, uma série de dispositivos aptos a fundamentar a concessão da guarda compartilhada, tal como o art., 4º, *caput*, que assim enuncia: *"É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes, e à convivência familiar e comunitária"*.

Após a análise desses dispositivos a luz da proteção integral e do melhor interesse da criança, percebe-se panorama favorável à instituição da guarda compartilhada, pois, até mesmo o Código Civil de 2002 trata das implicações importantes sobre a guarda de menores, que é o Poder Familiar, o qual deverá ser

exercido igualmente por pai e mãe (se capazes), visto que a dissolução da sociedade conjugal ou a extinção da união estável, não interferem neste atributo.

Há que se mencionar o art. 1.584 do CC, já mencionado, o qual dispõe que o juiz ao analisar a questão, e avaliando que ambos têm condições equivalentes, observado o interesse do menor, poderá atribuir a guarda compartilhada. Assim, como se vê o Novo Código deixa implícita a aplicação da guarda compartilhada, uma vez que não a veda. A guarda compartilhada vem oferecer um grande instrumental para que se garanta a efetividade do exercício do pátrio poder, mesmo após a dissolução da sociedade conjugal.

5.4. Critérios determinantes da guarda

O instituto da guarda foi inalterado com o advento do Novo Código Civil, e tão pouco foi regulamentada a guarda compartilhada, mas não se pode esquecer que com a evolução da sociedade e as mudanças dos valores éticos e sociais, muitas mudanças ocorreram na seara do Direito de Família, abrangendo a guarda. Isto porque, o instituto da guarda não conseguiu acompanhar o desenvolvimento da sociedade, conforme será constatado adiante.

Nas décadas de 30 e 40, a sociedade brasileira privilegiava a figura do homem, bem como este era o detentor do poder econômico (as mulheres tinham dificuldades para adentrar no mercado de trabalho) restando assim, o deferimento

da guarda sempre ao homem, pois se encontrava ligado à parte financeira para tutelar o bem-estar ao menor.²³⁵

Tal situação perdura aproximadamente até 1960, época em que ocorrem pequenas, mas significativas mudanças nesse contexto social, pois mudam-se os valores da sociedade, invertendo a situação ao atribuir a figura da mãe o encargo de gerir a vida do menor após o fim da família.

Como poucas mulheres arriscavam-se ao mercado de trabalho, tais discussões ficaram adiadas até esse período, porém, com a mesma ocorre também a nacionalização do trabalho da mulher, onde passa a figura feminina a ser detentora de direitos no campo trabalhista.

Com essas mudanças inseridas, destaca-se que até os dias de hoje a sociedade não para de evoluir, modificar seus valores e costumes, passando a figura materna a ganhar grande destaque na sociedade.

Porém, mesmo diante de tais mudanças observa-se hoje que os pais tentam reassumir uma posição quanto a responsabilidade diante do lar, por desejo de melhor se relacionar melhor com seus filhos, almejando muitas vezes ficar com a guarda do menor.

Tal situação decorre do nítido desequilíbrio que existe nas relações parentais, uma vez que na maioria dos casos de rompimento da convivência conjugal é a figura materna que permanece com a guarda dos filhos, contrariando

²³⁵ Maria Raimunda Teixeira de Azevedo, *Sobre a guarda ...*, cit., disponível na Internet.

conseqüentemente uma das maiores tendências que vem se manifestando no século XXI, ou seja, o principio de igualdade.²³⁶

Mas, deve-se ter em mente que a modalidade de guarda única ou exclusiva, não é a única existente, visto que poderão os pais ficar na guarda do menor, ou até poderão os genitores obter a guarda compartilhada. Mas, apesar de não ser esse modelo o único, nossos Tribunais insistem em continuar aplicando o mesmo, diante de algumas visões arcaicas, concedendo assim, a modalidade de guarda única.

Em decorrência de uma enorme mudança de valores, e da igualdade que os pais exercem hoje, essa visão não mais acolhe os anseios da sociedade, visto sua ineficácia diante da realidade cotidiana, já que a mulher assumiu uma posição no mercado de trabalho e o homem quer ser reconhecido como sujeito de direitos e deveres, de forma paritária nas relações para com seus filhos.

E como, ultimamente, são freqüentes os divórcios e separações, sejam elas amigáveis, consensuais ou litigiosas. Em decorrência surge a guarda dos filhos, e denota-se, entretanto, que não cabe mais tão-somente a aplicação da guarda exclusiva, bem como se sabe que o cenário econômico promove diferentes atribuições aos pais.²³⁷ Até porque é fato que a vida moderna, colocou homens e mulheres no mesmo patamar, sendo que a Constituição instituiu o princípio da

²³⁶ Lair da Silva Loureiro Filho e Claudia Regina Magalhães Loureiro, *Direito de família – a lei nos tribunais*, São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 62.

²³⁷ Wilfredo J Césare, *Guarda compartilhada – esperanças para os filhos pós-divórcio*. Disponível na Internet: <www.pailegal.net>.

igualdade, conferindo às mulheres e aos homens, direitos e deveres iguais, conforme art. 5º, *caput* e inciso I.

Destarte, o acompanhamento contínuo, tanto do pai, como da mãe, tem ajudado nas limitações apresentadas no desenvolvimento das crianças.

Subsistem, ainda, critérios determinantes da guarda, pois enquanto não houver a rompimento da convivência conjugal deverá a guarda ser exercida pelos genitores de forma igual, através da guarda comum. E, surgindo o litígio, em que gerar a extinção da família, seja por separação litigiosa ou de fato, ocorrerá na maioria dos casos disputa pela guarda do menor, ou seja, deverá ser estabelecida uma modalidade de guarda para o filho.

Contudo, podem os genitores convencionar e optar por uma decisão consensual estabelecendo a modalidade de guarda a ser adotada, desde que esteja de acordo com o interesse do menor²³⁸.

Caso os genitores não entrem em acordo caberá ao juiz decidir qual a melhor modalidade de guarda a ser adotada. E nesse caso, a decisão do juiz ao prolatar sua sentença deverá observar certos requisitos para concessão, tais como: a idade do menor, o vínculo de irmãos (se existirem), a opinião do menor, comportamento dos pais e o interesse do menor.

²³⁸ Sílvio Rodrigues, *Direito Civil*, cit., p. 274.

Nesse contexto, observa Silvio Rodrigues²³⁹ que o requisito da idade é de suma importância, visto que enquanto o menor estiver em idade tenra, ou seja, idade que varia do nascimento até aproximadamente 2 anos de vida, já está comprovado perante a psicologia, bem como encontra-se estabelecido através de farta jurisprudência, que nesse caso para o menor a melhor opção é ficar com a figura materna, em virtude que este depende da mãe de forma absoluta. Assim, destaca-se a seguinte jurisprudência:

MENOR - Guarda - Criança de tenra idade - Separação judicial dos pais - Menor há muito tempo sob a guarda do pai - Inexistência de indícios de que tal situação não mais convém à criança - Manutenção do *status quo* a serviço da proteção psicológica do menino, até a solução das pendências judiciais de seus pais - Decisão mantida- Recurso não provido Em se tratando de guarda de menores, há que se encaminhar os julgamentos basicamente no sentido de garantir-lhes, tanto quanto possível tranquilidade e bem estar, devendo prevalecer seus interesses sobre os de seus pais” (Relator: Marco César – Agravo de Instrumento nº 201.724-1 – São Paulo).²⁴⁰

²³⁹Silvio Rodrigues, *Direito Civil*, cit., p. 274.

²⁴⁰ APASE - Associação de Pais e Mães Separados. Guarda de menores. TJ-SP. Disponível em: <http://www.apasesp.com.br/jurisprudencia/jurisprudencia_08_04_02.htm>. Acesso em 10.01.04.

Caso existam irmãos, decorre de um princípio lógico que não é aconselhável separá-los, em virtude de inúmeros fatores, mas primordialmente, destaca-se que se tenta manter o que restou da família.

Quanto à opinião do menor acerca da sua opção de guarda, a jurisprudência tem firmado entendimento de que deverá o juiz ouvir a manifestação do mesmo, com o fito de evitar-se que ocorram sentenças que fujam da realidade.

Outro requisito é a conduta dos pais, pois o juiz antes de decidir quem exercerá a guarda do menor deverá observá-la, sendo levado em consideração tanto as condições morais, como, idoneidade, ambiente familiar, social, como as condições materiais, seja a sua profissão, renda e etc.

À luz do exposto, considera-se que o interesse do menor é o requisito que se sobrepõe a qualquer outro no deferimento da guarda, conforme dispõe a Lei nº 6.515/78, em seu art. 13. Deverá o interesse do menor ser sempre analisado caso a caso, cabendo ao juiz fazer uma avaliação criteriosa dos interesses individuais e concretos do menor.

Segundo Eduardo de Oliveira Leite, no que tange ao interesse do menor, o juiz deverá obedecer a certos requisitos que já se encontram ratificados pela doutrina pátria, tais como o "*desenvolvimento físico e moral da criança, a qualidade de suas relações afetivas e a sua inserção no grupo social*".²⁴¹

²⁴¹ Eduardo de Oliveira Leite, *Famílias monoparentais: a situação jurídica dos pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 197.

Nesse mesmo sentido, jurisprudência:

Guarda – Menor – Atribuição a mãe, declarada responsável pela separação – Admissibilidade – Observância da regra geral, que condiciona a guarda aos interesses morais e materiais do filho —Improvemento do recurso – Interpretação dos arts. 10, 12 e 13 da Lei 6.515/78. A regra geral da definição da guarda de menor é a da preservação dos seus interesses morais e materiais, de modo que, se é o que lhes convém, pode ser atribuída ao cônjuge responsável pela separação. (TJSP, AC 61.708-4, São Paulo - 18.11.97, Rel. Cezar Peluso).²⁴²

O bem maior neste caso é o bem-estar do menor o qual deverá prevalecer diante de todos outros requisitos apresentados anteriormente. Percebe-se que, se a própria doutrina não é unânime ao tratar do assunto, que se dirá da jurisprudência.

Nesse contexto, os Tribunais têm se manifestado de formas diversas, pois quando da constância da união, o exercício da guarda é comum, logo, com a separação do casal as funções parentais se dividem e as decisões tornam-se unilaterais, e nesse sentido, muitos acreditam que a guarda compartilhada seria a melhor forma de manter a criança numa situação estável. Isto porque, a guarda

²⁴² Lair da Silva Loureiro Filho e Claudia Regina Magalhães Loureiro, *Direito de Família*, cit., p. 35.

compartilhada pressupõe a diminuição dos efeitos negativos da ruptura da sociedade conjugal sobre a criança.

Há urgência na realização de debates, visando não só o uso de uma expressão comum a guarda compartilhada, como também a devida explicação sobre o que é, como funciona, o que representam a guarda compartilhada e os benefícios advindos para as crianças que sofrem um processo doloroso da separação dos pais.

Deve-se observar, ainda, o art. 1.584, já mencionado, o qual dispõe que o juiz ao analisar a questão, e avaliando que ambos têm condições equivalentes, observado o interesse do menor, poderá atribuir a guarda compartilhada. Como se vê o Código Civil de 2002 deixa implícita a aplicação da guarda compartilhada, uma vez que não a veda. A guarda compartilhada vem oferecer um grande instrumental para que se garanta a efetividade do exercício do pátrio poder, mesmo após a dissolução da sociedade conjugal.

5.5. *Direito comparado*

A guarda compartilhada já é utilizada há bastante tempo no direito alienígena como uma forma de superar as limitações trazidas pelo arcaico sistema de visitas e por possibilitar um melhor nível de relacionamento entre pais e filhos. Passa-se, agora, por legislações internacionais que nortearam o desenvolvimento do tema.

Na França, a idéia surgiu em 1976. O Código Civil Francês estabeleceu, com a inovação trazida pela Lei Malhuret, que, após a oitiva dos filhos menores, o juiz deve fixar a autoridade parental (expressão que lá substituiu o termo guarda), de acordo com interesses e necessidades dos filhos e, caso fique estabelecida a guarda única, o magistrado deverá decidir com quem ficarão. Mas, estando o casal de acordo, basta uma declaração conjunta perante o Juiz, para que seja decidido pelo compartilhamento da guarda.

Para o Direito Canadense, a separação dos genitores não deve gerar um sentimento de perda para nenhuma das partes envolvidas, seja mãe, pai, ou filhos. Esta idéia é a pedra de toque para a adoção da guarda compartilhada por este ordenamento, da qual resulta uma presunção de guarda conjunta, como melhor interesse do menor.

Já no Direito Inglês busca-se distribuir igualmente, entre os genitores, as responsabilidades perante os filhos, cabendo à mãe os cuidados diários com os filhos - *care and control* - resgatado ao pai o poder de dirigir conjuntamente a vida dos menores - *custody*.

Mas foi o direito estadunidense que mais se aplicou a este estudo, e a maioria de seus estados já adota a guarda compartilhada. Inúmeros juristas americanos estão dedicando-se a pesquisar e discutir uma aplicação cada vez mais uniforme em todo o país. A *American Bar Association*, entidade representativa dos advogados americanos, chegou a criar uma comissão especial para desenvolver estudos sobre a guarda de menores - o *Child Custody Committee*.

A título de exemplo, transcreve-se uma parte do Estatuto do Estado Americano de Iowa, sobre a guarda de crianças:

"1. The court, insofar as is reasonable and in the best interest of the child, shall order the custody award, including liberal visitation rights where appropriate, which will assure the child the opportunity for the maximum continuing physical and emotional contact with both parents after the parents have separated or dissolved the marriage, and which will encourage parents to share the rights and responsibilities of raising the child unless direct physical harm or significant emotional harm to the child, other children, or a parent is likely to result from such contact with one parent."

"2. If the court does not grant joint custody under this subsection, the court shall cite clear and convincing evidence, pursuant to the factors in subsection 3, that joint custody is unreasonable and not in the best interest of the child to the extent that the legal custodial relationship between the child and a parent should be severed."²⁴³

²⁴³ Tradução livre: "1 - A corte, na medida do que é razoável e no melhor interesse da criança, outorgará o pedido de custódia, incluindo onde apropriado os direitos de visita liberados, os quais garantirão à criança a oportunidade da máxima continuidade do contato físico e emocional com ambos os pais após estes haverem se separado ou dissolvido o casamento, e que encorajarão os pais a compartilhar

Desta forma, percebe-se que a regra é o compartilhamento; a exceção deve ser muito bem fundamentada para ser admitida. Este raciocínio também deve ser aplicado no Brasil, tendo os operadores e aplicadores do direito bastante cautela ao tentar transportar preceitos estrangeiros aos estudos nacionais.

os direitos e responsabilidades no desenvolvimento da criança sem danos físicos diretos ou prejuízos emocionais significativos à criança, outras crianças ou a um dos pais como provavelmente resulta de tais contatos com um dos pais”.

“2. Se a corte não conceder a custódia compartilhada sob esta subsecção, a corte expedirá clara e convincente evidência, de acordo com os elementos da subsecção 3, pela qual a custódia compartilhada é injusta e não no melhor interesse da criança até o âmbito da relação da custódia legal entre a criança e o pai que tenha sido punido.”

CAPÍTULO VI - SUSPENSÃO, DESTITUIÇÃO E EXTINÇÃO DO PODER FAMILIAR

Inicialmente, cumpre ressaltar que as modalidades suspensão e destituição do poder de família não são consideradas sanções, mas, sim, imposições em prol dos menores, impostas aos pais por terem ou estarem cometendo infração ao dever do exercício do poder paternal.

O poder de família, por ser considerado um *munus*, deverá ser exercido em torno do interesse do filho menor, podendo o Estado interferir na relação que, em síntese, afeta a célula familiar, como assevera Sílvio Venosa.²⁴⁴

Os casos em que o titular do poder de família será privado de seu exercício, temporária ou definitivamente, encontram-se previstos na lei.

6.1. Suspensão do poder familiar

Ocorrerá a suspensão do poder familiar, nas seguintes hipóteses enumeradas pelo art. 1.637, que dispõe:

“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

²⁴⁴ Sílvio de Salvo Venosa, *Direito...*, cit., p. 366.

Ministério Público, adotar 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 2 (dois) anos de prisão”.

A suspensão e modificação do poder familiar dizem respeito às restrições no exercício da função paterna que podem referir-se à sua totalidade, esvaziando, relativamente a qualquer dos pais, ou ambos, todo o conteúdo de poderes e deveres que tenham com relação ao filho, como também parte dele, atingindo certas e determinadas faculdades, sempre em consideração às circunstâncias particulares da relação com o filho e aos motivos que levaram a assim proceder.

A primeira hipótese consiste na suspensão do poder familiar e a segunda na modificação²⁴⁵.

Na suspensão o exercício do poder familiar é privado, por tempo determinado, de todos ou de parte de seus atributos, referindo-se a um dos filhos ou de alguns, conforme dita Denise Damo Comel. Esta autora acrescenta que é a cessação do exercício do poder, por determinação judicial, em processo próprio e sob motivo definido em lei.²⁴⁶

²⁴⁵ Denise Damo Comel, *Do poder*, cit., p. 262.

²⁴⁶ Denise Damo Comel, *Do poder*, cit., p. 264.

Considerando-se que o poder familiar é um *munus* público que deve ser exercido no interesse dos filhos menores não emancipados, o Estado controla-o, prescrevendo normas que arrolam casos que autorizem o magistrado a privar o genitor de seu exercício temporariamente, por prejudicar o filho com seu comportamento, hipótese em que se tem a suspensão do poder familiar, sendo nomeado curador especial ao menor no curso da ação.

Assim assevera Maria Helena Diniz:

“Na suspensão, o exercício do poder familiar é previsto, por tempo determinado, de todos os seus atributos ou somente de parte deles, referindo-se a um dos filhos ou alguns, por exemplo, poderá o juiz privar o pai da administração do patrimônio dos filhos, se lhe está arruinando os bens, restaurando-se os com a expiração do prazo.”²⁴⁷

Essa sanção visa, de forma geral, preservar o interesse do menor, e como assevera Silvio Rodrigues, afastando-o da má influência do pai que viola o dever de exercer o poder familiar conforme a lei.²⁴⁸

As causas determinantes da suspensão do poder familiar encontram-se previstas no Código Civil, no art. 1.637, o qual elenca como causas o abuso do poder por pai ou mãe; falta de deveres paternos, por exemplo, quando deixam os filhos em estado habitual de vadiagem e etc; se o privam de alimentos,

²⁴⁷ Maria Helena Diniz, *Curso de direito*, cit, p. 449.

²⁴⁸ Silvio Rodrigues, *Direito civil*, cit., p. 368.

pondo em perigo sua saúde ou se o maltratam, e nos casos de dilapidação dos bens do filho, e assim cabe ao juiz, a requerimento do Ministério Público ou de algum parente, adotar medida que lhe pareça cabível à segurança do menor e seus haveres, suspendendo, até que seja novamente conveniente, o poder familiar.

De acordo com o artigo em estudo, ao mencionar o termo "arruinar os bens dos filhos", "arruinar" quer significar reduzir ao empobrecimento, diminuir as capacidades econômicas do menor, cabendo, assim, a suspensão do Poder Familiar.

Assim, poderá ser destituído do Poder Familiar o genitor que, reiteradamente (inc. IV), diminua o patrimônio do menor cuja administração está exercendo, sem que as despesas estejam efetivamente comprovadas.

Quem é titular do Poder Familiar possui, com relação à pessoa dos filhos menores, a direção da criação e educação; a companhia e guarda dos mesmos; a concessão ou denegação do consentimento para casamento; a nomeação de tutor por testamento ou documento autêntico; a representação até os dezesseis anos, nos atos da vida civil e assistência, após essa idade, nos atos que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; a reclamação dos menores de quem ilegalmente os detenha e exigir dos menores que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição (art. 1.634, do Código Civil).

Outra causa determinante para suspensão do poder familiar se dá quando o pai ou a mãe sofre condenação por sentença irrecorrível, por ter cometido

crime cuja pena exceda 2 anos de prisão, nos moldes do art. 1.637, parágrafo único, do Código Civil.

A suspensão do poder familiar será decretada pela autoridade judiciária, quando restar constatada a apuração de conduta grave do titular do poder de família. Deverá o pedido de suspensão ser formulado por algum parente do menor, pelo Ministério Público, cabendo ao juiz a fixação do tempo em que será suspenso o pátrio poder, bem como caberá ao mesmo adotar medidas necessárias.

Uma vez suspenso o poder familiar, o titular perderá também, os direitos, com relação ao filho, inclusive o direito ao usufruto legal e a administração de seus bens.

A suspensão corresponde à sanção mais branda, enquanto a destituição é uma sanção de maior gravidade, observando que a mesma depende de sentença judicial. E como observa Sílvio Rodrigues, a suspensão ou destituição do pátrio poder não constituem um instituto punitivo aos pais, mas sim um ato em prol dos menores, que ficam afastados de sua presença nociva.²⁴⁹

Assim, resumindo, a suspensão do poder familiar refere-se à retirada temporária dos poderes dos pais sobre a pessoa e os bens dos filhos com base na lei e após o devido processo legal. A suspensão do Poder Familiar é decretada judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil

²⁴⁹ Sílvio Rodrigues, *Direito civil...* cit., p. 369.

(art. 1637, Código Civil) e também na hipótese de descumprimento injustificado dos seguintes deveres e obrigações: sustento, guarda e educação dos filhos.

6.2. Destituição do poder familiar

A destituição do poder familiar, por conseqüência, é uma sanção mais grave do que a suspensão, operando-se por sentença judicial (lei nº 8.069/90, art. 148, parágrafo único, b), se o juiz se convencer de que houve uma das causas que a justificam, abrangendo, por ser medida imperativa, toda a prole e não somente um filho ou alguns filhos²⁵⁰.

Via de regra, a perda do poder familiar é permanente, muito embora possa ser seu exercício restabelecido, desde que provada a regeneração do que deu causa a perda ou se desaparecida a causa que a determinou, mediante processo judicial de caráter contencioso, depois de decorridos 5 (cinco) anos a contar da imposição da penalidade.

Deverá, sempre e indiscutivelmente, ser observado o que for de melhor interesse para a criança, uma vez que a destituição é medida drástica:

EMENTA: ECA. GUARDA. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. Nas ações relativas aos direitos de crianças, devem ser considerados, primordialmente, os interesses dos infantes. Os princípios da moralidade e impessoalidade

²⁵⁰ Maria Helena Diniz, *Curso de direito ...*, cit., p. 451.

devem, pois, ceder ao princípio da prioridade absoluta à infância, esculpido no art. 227 da Constituição Federal. Apelo provido. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 70008140303, SÉTIMA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: MARIA BERENICE DIAS, JULGADO EM 14/04/2004) (NLPM) - [#1987]

ECA. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. Impõe-se a destituição do poder familiar, em atenção ao princípio do melhor interesse da criança, quando os pais, que sofrem problemas mentais, não prestam ao filho os cuidados mínimos de que necessita para crescer de forma saudável e feliz. Apelo desprovido. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 70008091886, SÉTIMA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: MARIA BERENICE DIAS, JULGADO EM 31/03/2004)

Ora, na suspensão do poder familiar, ante o seu caráter temporário, ficará desprovido o genitor suspenso de tais atos enquanto perdurarem seus efeitos. A destituição ou perda do Poder Familiar, por ser mais grave, pode acarretar permanência dos efeitos, perdendo o genitor destituído, definitivamente, o Poder Familiar, pois:

"De certo modo se pode pensar que, nos casos de perda do pátrio poder, o legislador reconhece que o seu titular não está capacitado para exercer tão alta função, de modo que, para o

bem dos filhos, o destitui daquele encargo, no qual só excepcionalmente o readmitirá, depois de custosamente convencido de que as causas que anteriormente militavam ora foram removidas em definitivo"²⁵¹.

As causas de destituição do poder familiar são claramente enumeradas no art. 1.638, do Código Civil, assim comentadas por Maria Helena Diniz²⁵²:

1. Castigar imoderadamente o filho - poderá o juiz decretar a perda do poder familiar ao pai ou mãe que deu causa à situação irregular do menor, por torná-lo vítima de maus tratos, de opressão ou castigos imoderados por eles ou por responsáveis pelo menor.

O castigo moderado é admitido como integrante do dever de correção, mas castigar imoderadamente não é admitido em hipótese alguma, e o pai que assim age evidentemente não tem condições de exercer a função de tal importância; este fato configura ilícito penal, nos termos do art. 136, caracterizado como maus tratos.

2. Deixar o filho em abandono, privando-o de condições imprescindíveis à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que, eventualmente, em virtude de falta, ação ou omissão. O abandono de filho é ato que implica no desatendimento aos deveres de guarda, criação e educação.

²⁵¹ RODRIGUES, Silvio, *Direito civil: direito de família*, São Paulo: Saraiva, 2002. v. 6. p. 412.

²⁵² *Ibidem*.

ECA. DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR. Cabível a destituição do poder familiar quando a mãe não apresenta condições de prestar os cuidados que a filha necessita, por sofrer surtos psicóticos e possuir histórico de vida vinculado ao sofrimento e ao abandono. O interesse a ser preservado é o da criança, que necessita de proteção, carinho e de um ambiente que lhe possibilite crescer de forma saudável e feliz. Apelo desprovido. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 70007442882, SÉTIMA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: MARIA BERENICE DIAS, JULGADO EM 03/12/2003)

EMENTA: ECA. DESTITUIÇÃO DE PATRIO PODER. AINDA QUE A NEGLIGENCIA E A IRRESPONSABILIDADE DOS GENITORES POSSA SER, EM PARTE, CREDITADA A SITUAÇÃO DE POBREZA EM QUE ESTÃO INSERIDOS, DESCABE MANTER A CRIANÇA SUBMETIDA AOS EFEITOS NEFASTOS DE TAL CONDUTA, MORMENTE QUANDO NÃO HÁ QUALQUER INDICATIVO DE QUE POSSA VIR A MELHORAR, SOB PENA DE SOFRER GRAVES PREJUÍZOS EM SEU DESENVOLVIMENTO. APELO DESPROVIDO. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 70004192753, SÉTIMA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: DES. MARIA BERENICE DIAS, JULGADO EM 12/06/02)

Assevera Denise Damo Comel que é ato que afronta um dos direitos mais caros do filho: o de estar sob os cuidados e vigilância dos pais; o abandono que justifica a perda do poder familiar há de ser aquele em que o pai deixa o filho à mercê da própria sorte, ainda que com terceira pessoa ou com outro pai, mas que não tenha condição alguma de atendê-lo²⁵³.

ECA. Destituição de pátrio poder. Pais da menor sem condições pessoais de manter a filha, visto omissos e negligentes, além de infratores na esfera penal e consumidores de drogas. Impossibilidade de manutenção da guarda da menor em mãos da avó materna, porque inalterado o ambiente de convivência daquela com os destituídos. Decisão mantida (TJRS. Ap. Civ. 599031390, 2ª C. de Férias Civ., Rel. Breno Pereira da Costa Vasconcellos, j. 13/04/1999)

3. Praticar atos contrários à moral e aos bons costumes, podendo, então, considerar menor em situação irregular ou em perigo moral, por encontrar-se de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes; eis um exemplo: vive-se em companhia de mãe prostituta ou de pai que se entrega ao lenocínio ou ao uso de entorpecentes, vivendo desregradamente ou sofrendo abusos de ordem sexual.

Tal medida é plenamente justificada, pois os filhos submetidos ao poder familiar ainda não têm uma personalidade formada e definida, estando em

²⁵³ Denise Damo Comel, *Do poder ...*, cit., p. 289.

situação de especial vulnerabilidade diante do comportamento dos pais, de modo que não se pode admitir que permaneçam sob a autoridade de um pai responsável por atos que possam influenciar, de modo negativo e pernicioso, caráter em franco processo de desenvolvimento²⁵⁴.

Sobre este tema:

ECA. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. Descabe o sobrestamento da ação de destituição do poder familiar até a prolação da sentença no processo criminal movido contra o genitor acusado de abuso sexual. A perda do poder familiar prescinde da realização de fatos típicos penais, bastando que seja comprovada a prática de atos contrários à moral e aos bons costumes contra a criança, conforme prevê o art. 1.638, III, do Código Civil. Agravo provido. (AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 70008745655, SÉTIMA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: MARIA BERENICE DIAS, JULGADO EM 02/06/2004)

ECA. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. Em atenção ao princípio do melhor interesse da criança, impõe-se a destituição do poder familiar em relação ao pai que abusa sexualmente da filha, infringindo gravemente os deveres previstos no art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Pedido de diligências do Ministério Público acolhido, em parte,

²⁵⁴ Denise Damo Comel, *Do poder ...*, cit., p. 290.

e apelo desprovido. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 70008231722, SÉTIMA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: MARIA BERENICE DIAS, JULGADO EM 26/05/2004)

4. Incidir, reiteradamente, no abuso de sua autoridade na falta dos deveres paterno-maternos, na dilapidação dos bens da prole e na prática dos crimes punidos com mais de 2 (dois) anos de reclusão. Essa regra é novidade no ordenamento civil, inserida pelo Código Civil de 2002, e diante da sua análise percebe-se que tal norma pretende coibir a ação danosa de pais faltosos em sentido amplo, posto que as hipóteses elencadas nos incisos I a III, do art. 1.638, ainda que utilizando termos mais genéricos são mais específicas do que a inserida agora, que estabelece que a perda se dará quando os pais reincidirem na falta aos deveres do poder familiar²⁵⁵.

Sobre a destituição do poder familiar nos casos de prisão:

EMENTA: ECA. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. MELHOR INTERESSE DAS CRIANÇAS. Impõe-se a destituição do poder familiar quando o genitor, cuja prisão possui término previsto em 2007, deixa de tomar providências para manter os filhos protegidos e acompanhados no período de cumprimento da pena, revelando total descaso com a prole. Injusto pretender que as crianças, cuja guarda se encontra

²⁵⁵ Denise Damo Comel, *Do poder ...*, cit., p. 291.

com casal que pretende a adoção, vivam na mera expectativa de um dia vir a estar na companhia do pai, deixando de criar vínculos familiares em etapa importante na formação da personalidade. Apelo desprovido. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 70008106213, SÉTIMA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: MARIA BERENICE DIAS, JULGADO EM 14/04/2004)

Observou-se que a perda do poder familiar é a mais grave medida imposta em virtude da falta aos deveres dos pais para com seus filhos, ou falha em relação à condição paterna ou materna, conforme Caio Mario da Silva Pereira²⁵⁶.

A norma contida no art. 1.638, do Código Civil de 2002 seguiu em muito o Código Civil de 1916 que nos três primeiros incisos do novo diploma acrescentou uma nova causa de perda do poder familiar: a incidência reiterada em ato de abuso de autoridade. Em suma, tais providências asseguradas pelo Código são em prol da defesa dos menores, sendo imposta a perda do poder familiar sempre em defesa do interesse do menor.

Denise Damo Comel afirma que, embora esteja aparentemente bem regulamentada do ponto de vista legislativo, na prática não se apresenta tarefa facial, fundamentalmente por duas razões: porque deve sempre se revestir de caráter excepcional pra os casos em que tais radicais medidas venham justificadas por circunstâncias extremas que seriamente ponham em perigo a educação e

²⁵⁶ Caio Mario da Silva Pereira, *Instituições ...*, cit., p. 283.

formação dos filhos; e, em segundo lugar, porque o interesse prevalente do menor impõe que se deve conciliar a privação com critérios relativos de concreta oportunidade e nunca objetivos ou abstratos, o que implica uma pormenorizada análise de cada caso, dado que as soluções alcançadas num caso e circunstâncias específicas podem não ser válidas para outro aparentemente similar, e disso se extrai a dificuldade de estabelecerem critérios legais, também a necessidade de se tratar a privação do poder familiar de um ponto de vista eminentemente casuístico, por meio do qual se pode chegar à conclusão do tratamento distinto que as mesmas condutas podem receber na hora de se decidir ou não pela privação do poder familiar, dependente em grande medida da sensibilidade do juiz ante um problema, sem dúvida alguma, delicado.

Por fim, a enumeração contida na lei é taxativa, sendo assim não permite ampliação em seu rol, uma vez que a destituição do poder familiar é medida excepcional e deve visar o interesse supremo do menor.²⁵⁷

É de se notar que os Tribunais se manifestam no sentido de proteger o direito do menor quando o mesmo é lesado por seus genitores.

Nesse sentido o julgado já transcrito do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, apelação Nº 1.0271.04.028415-7/001²⁵⁸, que teve como relator o desembargador EDUARDO ANDRADE, julgada em 19 de abril de 2005.

²⁵⁷ Nesse sentido: Maria Helena Diniz, *Curso de direito* ..., cit., p. 453; Denise Damo Comel, *Do poder* ..., cit., p. 286.

6.3. Extinção do poder familiar

A extinção do poder familiar encontra-se disciplinada pelo art. 1.635, do Novo Código Civil, o qual dispõe:

“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 art. 1.638”.

Os modos de extinção do poder familiar podem classificar-se em absolutos e relativos, conforme o extingam em si mesmo, ou com relação a própria pessoa que o exerce, sendo assim, os absolutos implicam causas de extinção propriamente dita, e os relativos são as causas de perda ou suspensão do poder familiar.²⁵⁹

É a extinção do poder familiar a sua interrupção definitiva, a qual é imposta de forma cabal em virtude do exposto pela lei. Para Denise Damo Comel ela é isenta de qualquer sentido punitivo, posto que não se deve por descumprimento dos deveres paternos, mas sim pela prática de fatos previamente

²⁵⁸ EMENTA: DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR - DEVERES LEGAIS - DESCUMPRIMENTO - DEFERIMENTO DO PEDIDO. - Restando comprovado o descumprimento dos deveres legais impostos aos pais, evidenciados pela prática de atos contrários à moral e aos bons costumes e pelo abandono do menor, o pedido de destituição do poder familiar deve ser deferido. - Recurso desprovido.

²⁵⁹ Denise Damo Comel, *Do poder ...*, cit., p. 298.

previstos no ordenamento, com a conseqüente extinção, independente da vontade dos mesmos²⁶⁰.

As hipóteses de extinção do poder de família encontram-se enumeradas no art. 1.635, entretanto, as mesmas são taxativas podendo ocorrer também por decisão judicial.

Segundo Maria Helena Diniz opera-se *ipso iure*, sempre que houver incidido em quaisquer dos incisos do artigo 1.635.

A primeira hipótese se dá pela morte do pai ou do filho, posto que a morte de um deles não extingue, uma vez que o outro pode exercê-lo sozinho, cessando apenas quando ambos falecerem colocando os filhos menores não emancipados sob tutela.

A segunda hipótese diz respeito à emancipação do filho, que equipara o menor à pessoa maior deixando de submeter-se ao poder familiar.

A terceira hipótese reporta-se a maioridade do filho, pois lhe confere a plenitude dos direitos civis. A quarta hipóteses diz respeito a ação que extingue o poder familiar do pai ou da mãe carnal, transferindo-o aos adotante; se falecer o pai adotivo não se restaura o poder familiar do pai ou mãe natural, sendo nomeado ao adotado um tutor.²⁶¹

²⁶⁰ Denise Damo Comel, *Do poder ...*, cit., p. 299.

²⁶¹ Maria Helena Diniz, *Curso de direito...*, cit., p. 454.

A quarta hipótese refere-se à adoção como meio para extinção do poder familiar. A adoção, somada às causas de destituição abarca características conceituais e processuais diferenciadas, resultando em procedimentos específicos.

Sabe-se que a destituição do poder familiar independe de prévia colocação da criança ou do adolescente em família substituta. Pode-se ingressar com a referida ação e, após definida a situação da criança ou adolescente, colocá-lo sob tutela, guarda ou adoção, mesmo porque, nas duas últimas modalidades, há necessidade de prévia decretação da perda (no caso da tutela, a suspensão), do poder familiar. Por outro lado, a perda do poder familiar facilita a colocação da criança ou adolescente para adoção. Desde que a criança não esteja nesta última situação, sabe-se que a destituição ainda pode ser reversível (quando for apenas questão de cessão de direito).

ECA. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. Impõe-se a destituição do poder familiar, em atenção ao princípio do melhor interesse da criança, quando os pais, que sofrem problemas mentais, não prestam ao filho os cuidados mínimos de que necessita para crescer de forma saudável e feliz. Apelo desprovido. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 70008091886, SÉTIMA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: MARIA BERENICE DIAS, JULGADO EM 31/03/2004).

DIREITO CIVIL. PÁTRIO PODER. DEVER IRRENUNCIÁVEL E INDELEGÁVEL. DESTITUIÇÃO. CONSENTIMENTO DA MÃE. IRRELEVÂNCIA. HIPÓTESES ESPECÍFICAS. ART. 392 DO CÓDIGO CIVIL. CONTRADITÓRIO. NECESSIDADE. ARREPENDIMENTO POSTERIOR. ADOÇÃO. SITUAÇÃO DE FATO CONSOLIDADA. SEGURANÇA JURÍDICA. INTERESSES DO MENOR. ORIENTAÇÃO DA TURMA. PRECEDENTES. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I – O pátrio poder, por ser "um conjunto de obrigações, a cargo dos pais, no tocante às pessoas e bens dos filhos menores" é irrenunciável e indelegável. Em outras palavras, por se tratar de ônus, não pode ser objeto de renúncia. II – As hipóteses de extinção do pátrio poder estão previstas no art. 392 do Código Civil e as de destituição no 395, sendo certo que são estas exaustivas, a dependerem de procedimento próprio, previsto nos arts. 155/163 do Estatuto da Criança e do Adolescente, consoante dispõe o art. 24 do mesmo diploma. III – A entrega do filho pela mãe pode ensejar futura adoção (art. 45 do Estatuto), e, conseqüentemente, a extinção do pátrio poder, mas jamais pode constituir causa para a sua destituição, sabido, ademais, que "a falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do pátrio poder" (art. 23 do mesmo diploma). IV – Na linha de precedente desta Corte, "a legislação que dispõe sobre a proteção à criança e ao adolescente proclama

enfaticamente a especial atenção que se deve dar aos seus direitos e interesses e à hermenêutica valorativa e teleológica na sua exegese". V – Situação de fato consolidada enseja o provimento do recurso a fim de que prevaleçam os superiores interesses do menor. STJ, RECURSO ESPECIAL 158.920 – SÃO PAULO, Quarta Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

ADOÇÃO - CUMULAÇÃO COM DESTITUIÇÃO DO PÁTRIO PODER - ADMISSIBILIDADE - HIPÓTESE EM QUE OS PEDIDOS SÃO COMPATÍVEIS, É COMPETENTE O MESMO JUÍZO E O PROCEDIMENTO É ADEQUADO PARA TODOS - INTELIGÊNCIA DO ART. 169 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. Os dois pedidos, ainda que um deles (destituição do pátrio poder) esteja implicitamente vinculado ao outro (adoção), podem ser tratados num único processo, posto que compatíveis entre si, para ambos é competente o mesmo juízo e o tipo de procedimento é adequado para todos. (Agravo de Instrumento n. 15.254-0/3, TJSP, C. Esp., 03.09.92, Rel. Dês. Sabino Neto – Revista Igualdade, n. 08 – MPPR).

Finalmente, a decisão judicial que decreta a perda do poder familiar extingue-o pela ocorrência das hipóteses arroladas no art. 1.638, do Código Civil. Destaca-se que, essa hipótese é novidade inserida pelo Código Civil de 2002, isto porque na sistemática do direito anterior, a perda do pátrio poder não era causa

extintiva, senão, restritas eram suas conseqüências ao disposto no art. 395, do Código de 1916.²⁶²

²⁶² Denise Damo Comel, *Do poder ...*, cit., p. 307.

CAPÍTULO VII - ASPECTOS PROCESSUAIS

7.1. Procedimento da perda e da suspensão do poder familiar

Quanto ao procedimento, via de regra, este somente poderá se determinado judicialmente, em procedimento contraditório em que se assegure a ampla defesa dos interessados, consoante determinação enunciada no art. 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

José Virgílio Castelo Branco assinala que é necessária a instauração formal de procedimento judicial contraditório, em que se assegure às partes envolvidas a possibilidade de ampla defesa, com o fito de assegurar a imparcialidade e a justiça da decisão.²⁶³

O rito processual está inserto nos artigos 155 a 163 do Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo a competência do Juízo da Vara da Infância e da Juventude ou ainda do Juízo da Vara da Família, conforme o menor esteja ou não em situação de risco, conforme se encontra disposto no art. 148, parágrafo único do Estatuto da Criança e do Adolescente. Nota-se que a competência do Juiz da Infância e da Juventude encontra-se reservada as hipóteses especiais do Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo de regra, matéria de competência do Juiz da Família.

²⁶³ José Virgílio Castelo Branco Rocha, O pátrio..., cit., p. 222.

O procedimento para a perda ou a suspensão do poder familiar iniciar-se-á por provocação do Ministério Público ou de quem tenha legítimo interesse (Lei nº 8.069/90, arts. 24, 155 e 201, III), sendo que a apreciação dessas ações é da competência da Justiça da Infância e da Juventude (art. 148, parágrafo único, b), e bem elucida Maria Helena Diniz:

“A petição inicial deverá indicar: a) a autoridade judiciária a quem se dirige; b) a qualificação do requerente e do requerido, que será dispensada se o pedido for feito por representante do Ministério Público; c) a exposição sumária do fato e do pedido; e d) as provas (art. 156, I a IV).”²⁶⁴

O requerido será citado pessoalmente, por todos os meios, para oferecer resposta escrita, dentro de 10 dias, indicando as provas que irá produzir arrolando testemunhas e documentos (art. 158 e parágrafo único). E, se, porventura, não puder constituir advogado, sem prejuízo de seu sustento e de sua família, o requerido deverá requerer, em cartório, a nomeação de dativo, que, então, apresentará sua resposta, a partir da data da intimação do despacho de nomeação.

Tem legitimidade para dar início ao procedimento tanto o Ministério Público, quanto qualquer parente ou quem tenha legítimo interesse, pois é o ECA que no art. 155, estende a legitimidade ativa de quem tenha lídimo interesse, restrita que está no Código Civil a qualquer parente.²⁶⁵

²⁶⁴ Maria Helena Diniz, Curso de Direito..., cit., p. 453.

²⁶⁵ Denise Damo Comel, Do Poder ..., cit., p. 279.

Assim sendo, a medida será decretada por sentença judicial, com todas as formalidades a ela inerentes, e para que se possa obter a força executiva necessária a sua implementação, pois assim enfatiza Denise Damo Comel, que quando a lei diz “cabe ao juiz adotar”, ela manda que se tome a providencia, conferindo um caráter de obrigatoriedade à atuação judicial, não deixando qualquer margem à interpretação de que seja mera faculdade de o juiz agir.²⁶⁶

E quanto aos efeitos, qualquer das hipóteses de modificação ou suspensão do poder familiar atinge apenas o exercício, não operando efeitos sobre a titularidade em si da função paterna, que permanece intacta, não tem, portanto, conseqüências tão drásticas e duradouras como a perda do poder familiar, embora nela também se reconheça que o proceder do pai foi abusivo.²⁶⁷

E visam tais efeitos atingir tão-somente ao pai faltoso, sendo que o outro pai não é atingido pela medida a não ser que tenha participado, de qualquer forma, do ato. E quanto a suspensão enquanto esta perdurar, o outro genitor que não foi atingido pela medida exercerá com exclusividade ou de forma diferenciada do outro. Contudo, quando a medida atingir a ambos genitores ou caso a suspensão ocorra com relação àquele que exerce com exclusividade, há necessidade da nomeação de um curador para o menor, enquanto durar o período de suspensão.

Quanto à perda do poder familiar segundo Denise Damo Comel, abarca prerrogativa em si mesma, quer dizer, a titularidade do poder ficando o pai

²⁶⁶ Ibidem.

²⁶⁷ Denise Damo Comel, Do Poder ..., cit., p. 279.

destituído verdadeiramente inibido de qualquer autoridade com relação ao filho.²⁶⁸ E assim como, na suspensão a perda do poder familiar é personalíssima e somente atingirá o pai que praticou a conduta que incide nas hipóteses previstas em lei.

Enfim, importa destacar que questão de especial interesse quanto aos efeitos da perda do poder familiar é se a medida é definitiva ou pode ser revogada ou modificada, cessada a situação que a motivou, isto porque, o direito anterior não disciplinava expressamente essa problemática, e alguns a tinham como medida de caráter definitivo e de efeitos permanentes, que não podia ser revogada dada a gravidade do ato praticado, mas a nova disciplina legal da matéria parece ter resolvido a questão, pois o inciso V do art. 1.35, do Código Civil estabelece como causa de extinção do poder familiar a decisão judicial, na forma do art. 1.638, exatamente aquele que trata da perda do poder familiar tendo-se que optou o legislador por vetar a possibilidade de restabelecimento da função colocando como consequência última a perda, que é exatamente o término definitivo do poder familiar.²⁶⁹

7.2. Procedimento da extinção do poder familiar

A extinção do poder familiar se opera *ipsu iure*, diferentemente da suspensão e da perda, quase somente ocorrem por determinação judicial em função do comportamento advindo da conduta dos pais.

²⁶⁸ Denise Damo Comel, Do Poder ..., cit., p. 294.

²⁶⁹ Denise Damo Comel, Do Poder ..., cit., p. 295-296.

Na extinção não há um procedimento a ser seguido, posto que acontecerá naturalmente, assim como as causas que a dão cabo, como consequência necessária da ocorrência das hipóteses elencadas em lei, dispostas no art. 1.635, do Código Civil como se depreendeu de análise anterior.

Com a extinção do poder familiar ocorre o término definitivo da função paterna, e quando há a perda do poder familiar pela extinção e com relação a ambos genitores, o filho será colocado em família substituta, assim como dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente.

CAPÍTULO VIII - O PODER FAMILIAR NO DIREITO COMPARADO

A doutrina espanhola denomina o poder familiar como *patria potestad* - conceituando-o como o conjunto de: “*derechos y deberes que corresponde a los padres sobre la persona y el patrimonio de cada uno de sus hijos no emancipados, como médio de realizar la función natural que les incumbe de proteger y educar a la prole*”.²⁷⁰ Segundo Denise Damo Comel, citando Fuente Noriega, importa destacar que:

“(...) a atual concepção de *patria potestad* no direito espanhol é considerá-la como uma função correspondente a ambos os pais, que, conjuntamente, devem exercê-lo no interesse ou benefício dos filhos com o objetivo de criá-los, protegê-los, representá-los e, em definitivo, dar-lhes assistência necessária que o estado de menoridade ou incapacidade requer, para que o ordenamento jurídico lhes conceda direitos e faculdades que lhes servem como meios para o devido cumprimento”.²⁷¹

Quanto à suspensão do poder familiar, na legislação espanhola esta figura existe e é prevista pelo ordenamento jurídico, que num primeiro plano trata a questão como privação, total ou parcial da *patria potestad*, regulada na primeira parte do art. 170, do Código Civil Espanhol, e segundo Denise Damo Comel o

²⁷⁰ José Luis Albácar López, *et al. Código Civil: doctrina y jurisprudência*. Apud. Denise Damo Comel, *Do poder*, cit., p. 65.

²⁷¹ Margarita Fuente Noriega. *La pátria potestad*. Apud. Denise Damo Comel, *Do poder*, cit., p. 66.

legislador não faz distinção entre as hipóteses em que ocorrerá a privação total ou parcial, dispondo apenas que uma ou outra poderá se dar se os pais descumprirem os deveres inerentes à função, em virtude de causa criminal ou matrimonial.²⁷²

Na doutrina espanhola as questões relativas à perda do poder familiar, importa destacar que é quase unânime o entendimento de que a privação da *patria potestad* é de caráter punitivo, ou seja, é concedida como castigo aos pais que se comportam contrariamente à lei, e descumprem gravemente seus deveres lesando, desta forma, os interesses dos filhos.

E quanto aos efeitos, Denise Damo Comel destaca que:

*“No direito comparado a tendência tem sido de admitir a recondução do pai afastado das funções, cessadas as causas que motivaram o afastamento, colocando sempre o interesse do menor em primeiro lugar. No direito espanhol a patria potestad, em benefício e interesse do filho, quando houver cassado a causa que motivou a privação”.*²⁷³

E, assim, enuncia o art. 170-1, do Código Civil Espanhol: *“Los Tribunales podrán, em beneficio e interes del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere la causa que motivó la privación”.*

²⁷² Denise Damo Comel, *Do poder*, cit., p. 266.

²⁷³ Denise Damo Comel, *Do poder*, cit., p. 297.

No que tange à extinção do poder familiar, ainda nos moldes da doutrina espanhola, pode-se dizer que as causas estão prescritas como causas de extinção da *potestad*, e são estas a morte ou declaração de falecimento dos pais ou do filho, a emancipação e a adoção do filho, muito parecida com as elencadas na doutrina brasileira, sendo diferente somente no que tange ao aspecto maioridade que não consta na legislação espanhola, por fazer parte do conceito de emancipação. Isto porque o art. 314, do Código Civil Espanhol coloca a maioridade como primeira causa da emancipação: “*La emancipación tiene lugar: 1º) por la mayor edad (...)*”.

É o que ocorre também nas legislações francesa, italiana, portuguesa e argentina.

E quanto aos efeitos da extinção do poder familiar, segundo Denise Damo Comel:

*“No direito espanhol, o término da patria potestad gera a aparição de deveres de liquidação da situação extinta, sem similar no direito brasileiro, que são regulados no art. 168, do Código Civil Espanhol. Tal norma, entretanto, é uma especificação das obrigações gerais de todo administrador dos bens dos filhos, fundada na regra de que todo administrador deve prestar contas de sua gestão, e se produz em todas as hipóteses de extinção”.*²⁷⁴

²⁷⁴ Denise Damo Comel, *Do poder*, cit., p. 309.

No direito português, por outro lado, tem-se como efeitos da filiação os deveres recíprocos entre pais e filhos, e assim também pode-se destacar o auxílio, respeito e assistência, e relativamente ao poder paternal são atribuídas aos pais as funções de velar pela segurança e saúde dos filhos, prover-lhes o sustento, dirigir-lhes a educação, representá-los e administrar-lhes os bens, e ainda o dever dos filhos de obediência aos pais, como assim destaca Denise Damo Comel:

*“Relativamente à pessoa dos filhos, a lei estabelece a obrigação dos pais de promover-lhes o desenvolvimento físico, intelectual e moral, assim como proporcionar-lhes adequada instrução geral e profissional. A função de reclamar o filho de terceiro, também é prevista expressamente, como de nomear tutor e a de conceder autorização para casamento”.*²⁷⁵

Vale destacar os artigos relativos ao pátrio poder no Código Civil Português:

Art. 1.874.º -1: *“Pais e filhos devem-se mutuamente respeito, auxílio e assistência”.*

Art. 1.878.º -1: *“Compete aos pais, no interesse dos filhos, velar pela segurança e saúde destes, prover ao seu sustento,*

²⁷⁵ Denise Damo Comel, *Do poder*, cit., p. 97.

dirigir a sua educação, representá-los, ainda que nascituros, e administrar os seus bens”.

Art. 1.885.º -1: *“Cabe aos pais, de acordo com as suas possibilidades, promover o desenvolvimento físico, intelectual e moral dos filhos”.*

Art. 1.887.º: *“Os menores não podem abandonar a casa paterna ou aquela que os pais lhes destinaram, nem dela ser retirados. 2. Se a abandonarem ou dela forem retirados; qualquer dos pais e, em caso de urgência, as pessoas a quem eles tenham confiado o filho podem reclamá-lo, recorrendo, se for necessário, ao Tribunal ou à autoridade competente”.*

Art. 1.928.º -1: *“Os pais podem nomear tutor ao filho menor para o caso de virem a falecer ou se tornarem incapazes; se apenas um dos progenitores exercer o poder paternal, a ele pertencerá esse poder”.*

Art. 1.612.º -1: *“A autorização para o casamento do menor de dezoito anos e maior de dezesseis deve ser concedida pelos progenitores que exerçam o poder paternal, ou pelo tutor”.*

No direito português também existe a medida de suspensão ou modificação do poder familiar, assim como a perda e a extinção; segundo Denise Damo Comel, a suspensão é disciplinada de forma casuística, em nove artigos, com as hipóteses de perda, sob a denominação *Inibição e limitação ao exercício do poder parental*, e prevê a possibilidade de inibição do poder, total ou parcialmente de forma judicial quando qualquer dos pais infringe culposamente os deveres para com os filhos, com grave prejuízo deles, ou quando, por inexperiência, enfermidade, ausência ou outras razões não se mostre em condição de cumprir aqueles deveres.²⁷⁶

Segundo a legislação portuguesa, também é possível que seja decretada judicialmente essa providência quando os pais coloquem em risco o patrimônio dos filhos e não seja caso de inibição do poder parental.

No direito português, a perda da autoridade paterna é tratada como inibição de pleno direito do poder paternal, e esta encontra-se disposta juntamente com as hipóteses de limitação do poder paternal, e uma vez decretada a sua perda pelo Tribunal caso cessem as causas que lhe deram origem, poderão os pais tomarem a recondução das funções afastadas.

Quanto à extinção o direito português (assim como no direito espanhol) se refere à maioria ou emancipação como termo final do poder paternal, e quanto à adoção plena também implica a extinção, uma vez que coloca o adotando

²⁷⁶ Denise Damo Comel, *Do poder*, cit., p. 269.

na situação de filho do adotante e o integra com os descendentes na família dele, extinguindo as relações familiares entre adotado e seus ascendentes e colaterais.²⁷⁷

Por fim, ainda na seara do poder familiar, importa destacar que no Código Civil argentino aos pais é estabelecida a obrigação de criar, alimentar e educar os filhos que estejam sob sua autoridade, sendo esse o conteúdo principal do poder familiar nesse país. Dentro do seu conteúdo, ainda, importa aos filhos o dever de respeito e obediência e, aos pais, a função de reclamá-los de detenção por terceiros, de exigir a colaboração própria à idade, a faculdade de correção e a representação.

De acordo com Denise Damo Comel:

“O Código Civil argentino regula a matéria da suspensão apenas no art. 309. Na primeira parte, dispõe que o exercício da autoridade dos pais ficará suspenso (com caráter de obrigatoriedade) durante a ausência dos pais, judicialmente declarada, e na interdição e na inabilitação. Na segunda parte, estabelece que no caso de os filhos serem entregues a um estabelecimento de proteção de menores, poderá ser suspenso o exercício (com caráter de facultatividade), de acordo com as circunstâncias do caso. Observando-se, então, que no direito argentino as causas que ensejam a suspensão relacionam-se ou à ausência ou à impossibilidade de

²⁷⁷ Denise Damo Comel, *Do poder*, cit., p. 300.

*exercerem a função, não incluindo os casos em que há descumprimento de função. Esses, no entanto, vão motivar a privação da autoridade paterna”.*²⁷⁸

No que diz respeito à perda do poder familiar, denomina-se privação do *patria potestad*, e ocorre nas hipóteses elencadas no art. 307, tal como em algumas hipóteses específicas de condenação criminal, por abandono ou quando ponha em perigo a segurança ou a saúde do filho.

Desta forma, dispõe referido artigo do Código Civil argentino:

“El padre o madre quedan privados de la patria potestad: 1º) Por ser condenados como autor, coautor, investigador o cómplice de um delito doloso contra la persona e los bienes de alguno de sus hijos, o como coautor, investigador o cómplice de um delito cometido por el hijo; 2º) Por el abandono que hiciere de alguno de sus hijos, para el que los haya abandonado, aun cuando quede bajo guarda o sea recogido por el outro progenitor o um tercero; 3º) Por poner em peligro la seguridad, la salud física o psíquica o la moralidad Del hijo, mediante malos tratamientos, ejemplos perniciosos, conducta notória o delincuencia”.

²⁷⁸ Denise Damo Comel, *Do poder*, cit., p. 269-270.

No direito argentino, há possibilidade de recuperação do poder familiar quando as razões que deram causa à sua perda não mais existirem e não houver mais perigo ao filho. O mesmo ocorre no direito italiano, conforme o art. 332, do Código Civil italiano:

*“Reintegrazione delle potestà. (1) – Il giudice (art. 38, 51) può reintegrare nella potestà il genitore Che ne è decaduto (330), quando, cessate le ragioni per le quali la decadenza è stata pronunciata, è escluso ogni pericolo di pregiudizio per il figlio”.*²⁷⁹

Quanto à guarda compartilhada, observa-se que em países estrangeiros, em caso de ruptura conjugal tanto a lei quanto a jurisprudência conferem a guarda dos filhos para a mãe. Existe uma idéia pré-concebida de que a mãe dispõe de mais tempo para se dedicar aos filhos, assim, ao pai, restaria apenas o papel de coadjuvante, sendo responsável pela fiscalização, visitação e alimentos, afastando-o, assim, sobremodo da criação diária de seus próprios filhos.²⁸⁰

No direito inglês, percorrendo a análise da evolução histórica da *Common Law*, no que tange à questão da guarda era pacífico o entendimento de que o genitor varão deveria ser o guardião da prole no caso de dissolução da união; somente após a Revolução Industrial e a migração dos homens para as indústrias, que se consolidou entendimento contrário, onde a criação dos filhos ficou sob

²⁷⁹ Denise Damo Comel, *Do poder*, cit., p. 297.

²⁸⁰ Daniela Mendonça Tapajós Gomes, *Guarda compartilhada*, Disponível na Internet: <www.pailegal.net>. Acesso em 10/01/2004.

responsabilidade das mães, restando aos pais o papel de mantenedor da família, de forma que por causa do trabalho, não podia dar a total atenção aos filhos, tarefa designada, então, à mãe dona-de-casa.²⁸¹

A alteração no contexto social acarretou o surgimento de novas modalidades de guarda para equilibrar o contato e o convívio dos filhos com ambos os genitores.

No Direito Brasileiro, o conceito de guarda está ligado à noção de posse que é desempenhada por apenas um dos genitores; no Direito Inglês, a guarda única ou *sole custody*.

Denise Wilhelm esclarece que em alguns países como Estados Unidos, França, Suécia e Dinamarca já introduziram a guarda conjunta como princípio, através da intervenção legislativa, outros a aplicaram via jurisprudência, na tentativa de encontrar a melhor maneira possível ao sistema, antes de consagrá-lo como legislação.²⁸²

Quando a guarda compartilhada é adotada pelos pais, a autoridade parental passa a ser exercida conjuntamente, não somente por aquele que tem o convívio diário e mora na mesma residência (genitor possuidor).

Nos Estados Unidos é patente a preocupação com a guarda compartilhada, e estes divulgam bastante as características desse tipo de custódia,

²⁸¹ Daniela Mendonça Tapajós Gomes, *Guarda*, cit., disponível na Internet.

²⁸² Denise Wilhelm Gonçalves, *Guarda compartilhada*, Revista Jurídica, 299:49 (2002).

pois segundo Denise Willhelm, nos Estados Unidos os estudos realizados apontam os filhos de pais separados como um grupo de maior predisposição a alterações comportamentais, desajustes escolares, queda de auto-estima, entre outros, sendo que as crianças que receberam guarda compartilhada tiveram resultados escolares melhores.²⁸³

No Direito Francês, a noção de guarda compartilhada surgiu no ano de 1976, quando se impõe que para os pais usufruírem a guarda compartilhada, é preciso firmar uma declaração conjunta perante o juiz com base no art.374-2 do Código civil francês. O Direito francês substituiu a expressão “*guarda*” por “*autoridade parental*”.²⁸⁴

No Direito Inglês, a guarda conjunta é denominada joint custody, onde os direitos e deveres da educação dos filhos são distribuídos de forma igualitária, sendo que a mãe deverá fiscalizar os cuidados diários com os filhos (care and control), e aos pais caberá o poder de gerenciar a vida dos menores (custody).

O Direito Americano adotou a guarda compartilhada pelo êxito que se tem obtido com este instituto.

Enfim, para o Direito Canadense o rompimento da convivência conjugal não deve gerar sentimento de perda para nenhuma das partes envolvidas, tanto que

²⁸³ Denise Willhelm Gonçalves, *Guarda*, cit., p. 48.

²⁸⁴ Daniela Mendonça Tapajós Gomes, *Guarda Compartilhada*, cit., disponível na Internet.

*o implemento da guarda compartilhada no ordenamento jurídico canadense se funda neste princípio.*²⁸⁵

De fato, em todos os sistemas jurídicos a efetivação da guarda compartilhada depende do bom relacionamento entre os genitores, já que a modalidade deve ser escolhida e firmada em mútuo acordo, ao invés de ser uma imposição do juízo.

²⁸⁵ Daniela Mendonça Tapajós Gomes. *Guarda Compartilhada*, cit., disponível na Internet.

CONCLUSÃO

O instituto do poder familiar nos últimos anos tem evoluído muito e, por conseguinte, sofreu algumas alterações, principalmente através da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente. Ocorre que muitas vezes essas alterações passam despercebidas pelo aplicador do Direito, quer em virtude da rapidez das mutações legislativas, quer pela falta de tempo para atualização.

É fundamental que ambos os pais estejam presentes na vida de seu filho, para que ele tenha um desenvolvimento físico, intelectual e espiritual correto. Desde muito cedo, a criança percebe a relação que existe entre ela e seus pais. Dessa maneira, esse constante apoio possibilita, ao menor, desenvolver suas aptidões, uma vez que se sente seguro e confiante.

O poder familiar é o complexo de direitos e deveres concernentes ao pai e à mãe, fundado no direito natural, confirmado pelo direito positivo e direcionado ao interesse da família e do filho menor não emancipado, que incide sobre a pessoa e o patrimônio deste filho e serve como meio para o manter, proteger e educar.

Com relação ao exercício do poder familiar, eram duas as alternativas possíveis para que não se desrespeitasse o preceito constitucional: estabelecer o exercício do poder familiar ao pai e à mãe conjuntamente; ou permitir que qualquer um deles o exercesse isoladamente, sem excluir o direito do outro. Optou o legislador, bem ou mal, pela primeira alternativa nos termos do artigo 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente *"o pátrio poder será exercido, em igualdade de*

condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência".

O Estatuto da Criança e do Adolescente, que em boa hora escoimou o anacrônico entre o Código Civil de 1916 e a Constituição Federal de 1988, antes relegando à mãe a um injustificável segundo plano, elevando-a ao mesmo *status* jurídico do pai. O Código Civil de 2002 seguiu a mesma orientação outorgando o exercício do poder familiar ou pátrio poder (art. 1.631) com redação semelhante à do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Destarte, qualquer ato jurídico que envolva o exercício do poder familiar deve conter a anuência do pai e da mãe, salvo na falta de um ou de outro ou suspensão ou destituição da *patria potestade*.

O poder familiar é um direito de família puro e, como tal, é indisponível, é irrenunciável, não passível de transação; é imprescritível (somente cessa na forma da lei, devendo ser nomeado tutor ou curador para exercê-lo; podendo tal múnus ser exercido pelo representante do Ministério Público).

Se houver irregular situação do menor, poderá o poder familiar ser delegado ou transferido para quem melhor diligencie no interesse do bem-estar do menor. O poder familiar compreende o dever genérico imposto aos pais de assistir, criar, educar os filhos menores e, em contrapartida o dever de os filhos ajudarem e ampararem os pais na velhice, na carência e enfermidade.

Pela sistemática francesa a criação e educação incluem tudo que for indispensável para o saudável desenvolvimento físico, mental e social do filho (da infância até a juventude). Já na sistemática alemã, o BGB aborda o dever de manutenção, engloba as necessidades vitais respeitando o status econômico e social da família.

A lei fulmina com a sanção de nulidade o ato praticado com infração ou violação dos interesses e direitos do menor, que tem até um ano após a maioridade ou emancipação para promover a hábil ação anulatória; e seus herdeiros, se morrer incapaz, até seis meses do falecimento; ou quem suceder o pai na representação do menor, no mesmo prazo de seis meses.

A natureza jurídica de tal usufruto é controvertida, pois alguns autores entendem ser uma compensação ao pai. Outros fundamentam na idéia da comunidade doméstica, em que todos compartilham de um mesmo orçamento.

A perda do poder familiar é a mais grave sanção imposta ao que é convencido de faltar aos seus deveres para com o filho, ou falhar em relação à sua condição paterna ou materna. Castigar imoderadamente, deixar ao abandono (quer material ou moral), praticar atos contrários à moral e aos bons costumes constitui causa para a perda do pátrio poder.

Percebeu-se outrora, que deverá esse poder ser concedido simultaneamente a ambos os pais, sempre exercido no proveito, interesse e

proteção dos filhos, e por óbvio advém de uma necessidade natural, uma vez que uma criança não possui condições de cuidar de seus interesses.

Nos moldes dos contornos constitucionais, observa-se que esse poder é função dos pais que estão sob o encargo de lhes assegurar o atendimento de todos os direitos que lhe são reconhecidos como pessoa, em face de sua condição peculiar de desenvolvimento, posto que é vértice do sistema civil a proteção do menor, tanto do ponto de vista sociológico como do ponto de vista jurídico.

E quanto ao instituto da guarda compartilhada observa-se que com o término o rompimento da convivência conjugal, seja pela dissolução do casamento ou pela extinção da união estável, a estrutura do lar fica abalada, e a parte mais frágil na relação, ou seja, o filho, se não for tratado com os devidos cuidados que merece, terá a sua formação prejudicada. E, foi querendo dirimir essas possíveis conseqüências, visto que um menor com má formação, pode ser um futuro problema para a sociedade, é que se pretende colocar em debate a guarda compartilhada.

Pode-se afirmar que quando a família está intacta, a guarda dos filhos é natural e ambos os cônjuges exercem plenamente todos os direitos inerentes ao poder familiar. Porém, com o rompimento da convivência conjugal, a situação da guarda dos filhos se altera, tendo nossos tribunais adotado exclusivamente o modelo da guarda única, eis que sempre atribui a somente um dos genitores a guarda do menor.

Ao longo das décadas, começou-se a perceber que esse modelo não priorizava o interesse do menor, uma vez que já está ratificado que com o tempo o não guardião acaba sempre se afastando do menor, em virtude de não conseguir participar de sua vida, seja por causa de o guardião dificultar o acesso com seu filho ou pelo pouco tempo que tem de contato com ele, normalmente finais de semana alternados. Portanto, constata-se que a reivindicação pela mudança encontra-se principalmente em casais que tiveram o rompimento da convivência conjugal na forma litigiosa, porque em casais, que se separaram consensualmente, o guardião normalmente não impede o não detentor da guarda de ver seu filho, de participar de sua vida, e ao contrário, muitas vezes o estimula.

No contexto do nosso ordenamento jurídico, a adequação da guarda compartilhada é possível, encontrando respaldo nos artigos 9º e 13 da Lei. 6.515/77, e pelos arts. 1.583 e 1.586, do novo Código Civil.

Porém, observa-se que tal instituto ainda não conseguiu encontrar seu conceito, e, em razão disso, existem projetos de leis tramitando no Congresso Nacional, que ainda precisam de algumas alterações, mas de qualquer forma já manifestam um movimento que deve ser estimulado. É muito importante a introdução da guarda compartilhada no nosso ordenamento jurídico, contudo é necessário que ela ocorra de forma planejada e bem elaborada, para que não prejudique ainda mais a relação pais e filhos.

De forma discreta, alguns tribunais brasileiros passaram a propor acordos de guarda entre os pais, como resposta às novas formas de família. Mas, a definição e o estudo específico do tema é de extrema importância para que os juízes possam se orientar e decidir respeitando o interesse do menor.

O que mais deve ser levado em conta é que o equilíbrio dos papéis, valorizando a paternidade e a maternidade, traz um desenvolvimento físico e mental mais adequado para os casos de fragmentação da família. Esse novo modelo opõe-se às decisões de guarda única, demonstrando vantagens ao bem estar do menor, mantendo o vínculo afetivo e o contato regular com os pais.

O interesse do menor é o determinante para a atribuição da guarda, fazendo nascer reflexões inéditas que favoreçam a relação familiar. A guarda sempre se revelou um ponto delicadíssimo no Direito de Família, pois dela depende diretamente o futuro da criança. Se até recentemente a questão não gerava maiores problemas, com as alterações na estrutura familiar, procuram-se novas fórmulas de guarda capazes de assegurar aos pais uma repartição eqüitativa da autoridade parental.

BIBLIOGRAFIA

ALDROVANDI, Andréa; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *O direito de família no contexto de organizações socioafetivas: dinâmica, instabilidade e polifamiliaridade*. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v. 7, n. 34.

ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de Almeida. *A evolução do direito de família no Brasil – uma análise comparativa do código civil de 1.916 e dos movimentos reformistas*. Disponível em: <http://www.ibdfam.com.br/inf_geral.asp?codinf=188&CodTema=59&Tipo=1>. Acesso em 10.09.04.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 2. vol. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

ALVIM, Arruda, CERQUEIRA CÉSAR, Joaquim Portes de & ROSAS, Roberto. (Coord.). *Aspectos controvertidos do novo código civil: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ANDREOTTI NETO, Nello, *Direito civil e romano*. 2. ed. Edições GEP. 1975.

APASE - Associação de Pais e Mães Separados. *Guarda de menores*. TJ-SP. Disponível em: <http://www.apasesp.com.br/jurisprudencia/jurisprudência_08_04_02.htm>. Acesso em 10.01.04.

AZEVEDO, Maria Raimunda Teixeira de. *Sobre a guarda compartilhada*. Palestra proferida à Comissão Permanente das mulheres advogadas OAB/RJ. In: APASE, 25.abril.2001. Disponível em: <<http://www.rj.apase.org.br/14002-aguardacompartilhada.htm>>. Acesso em 10.04.2004.

BARROS, Fernanda Otani de (Coord.). *Contando “causo”. psicanálise e direito: a clínica em extensão*. Belo Horizonte: Del Rey, vol.1, 2001.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito de família*. 6. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1964.

_____. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Ed. Rio, vol. 1.

BITTAR, Carlos Alberto. Novos rumos do direito de família. In *O Direito de Família e a Constituição de 1988*, São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. *Os direitos da personalidade*. 3. ed. rev. e atualizada por Eduardo Carlos Bianca Bittar, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Pátrio poder: regime jurídico atual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 676, fev. 1992.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Família: casamento, divórcio, concubinato, filiação, filhos de criação, adoção comum, simples e plena*. São Paulo: EUD, 1987.

BOEIRA, José Bernardo Ramos. *Investigação de paternidade: posse do estado de filho: paternidade sócio-afetiva*. 1. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Novos contornos do direito da filiação: a dimensão afetiva das relações parentais*. Revista AJURIS. Porto Alegre: Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, v. 26, n. 78, jun. 2000.

CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 11. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CÂNDIDO, João Batista de Oliveira. *Casamento*. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Direito de Família Contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

CARBONERA, Silvana Maria. *O papel jurídico do afeto nas relações de família*. In FACHIN, Luiz Edson. *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. São Paulo: Renovar, 2000.

CASABONA, Marcial Barreto. *Guarda compartilhada*. São Paulo: Quartier Latin; 2006.

CÉSARE, Wilfredo J. *Guarda compartilhada – esperanças para os filhos pós-divórcio*. Disponível na Internet: <www.pailegal.net>. Acesso em 15/02/2204.

CHAVES, Adalgisa Wiedemann. *A tripla parentalidade: biológica, registral e socioafetiva*. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, v. 7, n. 31, p. 143/160, ago./set., 2005.

CLERIGO, Luis Fernandez. *El derecho de familia em la legislacion comparada*. México: UTEHA (Union Tipográfica Editorial Hispano-Americana), 1947.

COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

COMEL, Nelsina Elizena Damo. *Paternidade responsável: o papel do pai na sociedade brasileira e na educação familiar*. Curitiba: Juruá, 1998.

CORRÊA, Alexandre & SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano e textos em correspondência com os artigos do código civil brasileiro*. Volumes 1 e 2, São Paulo: Saraiva, 1949.

DELINSKI, Julie Cristine. *O novo direito da filiação*. São Paulo: Dialética, 1997.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado 2005.

DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 7ª ed., adaptada à Lei nº 10.406 de 10.1.2002, São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Código civil anotado*. 5. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. _____. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. _____. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Conflito de normas*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Curso de direito civil brasileiro: direito das coisas*. Vol. 4, 17. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Curso de direito civil: direito de família*. Vol. 5, 14. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. _____. 17. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei. 10.406 de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. _____. 20. ed. rev. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei. 10.406 de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, volumes 1 a 4, 1998.

_____. *Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*. 9. ed., adaptada à Lei nº 10.406/2002, São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Norma constitucional e seus efeitos*. 4. ed. atual., São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. Direito à convivência familiar. (p. 799/815). In TARTUCE, Flávio (Coord.). CASTILHO, Ricardo (Coord.). *Direito civil: direito patrimonial e direito existencial*. São Paulo: Método; 2006. Estudos em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka .

_____ & LISBOA, Roberto Senise (Coordenadores). *O direito civil no século XXI*. São Paulo: Saravia, 2003. Vários autores.

DOWER, Nelson Godoy Bassil. *Curso moderno de direito civil*. 5º volume – família. São Paulo: Nelpa, 2002.

ELIAS, Roberto João. *Pátrio poder: guarda dos filhos e direito de visita*. São Paulo: Saraiva, 1999.

ELIAS, Telma de Melo. *Direito à vida e à saúde no estatuto da criança e do adolescente*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2005.

FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1992.

_____. *Limites e possibilidades da nova teoria geral do direito civil*. In: *Revista de Estudos Jurídicos*. Vol. II, n.1, ago. 1995, p.101.

_____. *A tríplex paternidade dos filhos imaginários*. In: ALVIM, Teresa Arruda (coord.). *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre Direito de Família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. v. 2.

_____. *Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil*. São Paulo: Renovar, 1999.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Em busca da família do novo milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do direito de família brasileiro contemporâneo*. São Paulo: Renovar, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Um alento ao futuro: novo tratamento da coisa julgada nas ações relativas à filiação*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 92, n. 808, p. 57/71, fevereiro, 2003.

FIUZA, Ricardo (coord.). *Novo código civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

FRAGOSO, Rui Celso Reali. *O menos na separação*. In *Revista do Advogado*, nº 58, Publicação da Associação dos Advogados de São Paulo, março/2000, p.96.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Curso de direito civil: direito de família*. 2.ed. atual. de acordo com o novo código civil: Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípio da paternidade responsável*. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 5, n. 18, p. 21/41, abr./jun., 2004.

GOLDRAJCK, Danielle; MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade; VALENTE, Maria Luiza Campos da Silva. *A alienação parental e a reconstrução dos vínculos parentais: uma abordagem interdisciplinar*. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, abr./jun., 1999 – p. 05/26.

GOMES, Daniela Mendonça Tapajós. *Guarda compartilhada*. Disponível na Internet: <www.pailegal.net>. Acesso em 10/01/2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2005.

GONÇALVES, Denise Wilhelm. *Guarda compartilhada*. In *Revista Jurídica*. Ano 50, n. 299, São Paulo: Notadez, 2002.

GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada - um novo modelo de responsabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GROENINGA, Giselle. *Do interesse à criança ao melhor interesse da criança – contribuições da mediação interdisciplinar*. In *Revista do Advogado (AASP)*, São Paulo, n.62, março, 2001, p.72/83.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Família e casamento em evolução*. In *Revista do Advogado* n. 62, Publicação da Associação dos Advogados de São Paulo, março/2001, p.16.

_____. *Se eu soubesse que ele era meu pai...* In PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família – A família na travessia do novo milênio*. Belo horizonte: Del Rey, 2000.

JABLONSKI, Bernardo. *Até que a vida nos separe – a crise do casamento contemporâneo*. Rio de Janeiro: Agir, 1998.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais: : a situação jurídica de pais e mães solteiras, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997.

_____. *Origem e evolução do casamento*. Curitiba: Juruá, 1991.

LEITE, Gisele. *O atual poder familiar*. Disponível na Internet: <www.pailegal.net/chicus.asp>. Acesso em 10 mai. de 2004.

LIMA, Alvino. *A responsabilidade civil pelo fato de outrem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2. ed., 2000.

LIMA, Taisa Maria Macena de. *Filiação e biodireito: uma análise das presunções em matéria de filiação em face da evolução das ciências biogenéticas*. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese, v. 4, n. 13, p. 143/161.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Do poder familiar*. In DIAS, Maria Berenice Dias, PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.), *Direito de família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2001, p. 141.

_____. *A repersonalização das relações de família*. In BITTAR, Carlos Alberto (org.). *O direito de família e a Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. *Paternidade sociafetiva e o retrocesso da Súmula 301 do STJ*. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n. 338, janeiro, 2005, p. 45/56.

LOPES, Claudia Baptista. *A guarda compartilhada valorize o papel do pai e da mãe*. Disponível na Internet: <www.conjur.uol.com.br/textos/15235>. Acesso em 10.05.2004.

LOUREIRO FILHO, Lair da Silva & LOUREIRO, Claudia Regina Magalhães. *Direito de família – a lei nos tribunais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

MAIDANA, Jédison Daltrozo. *O fenômeno da paternidade socioafetiva: a filiação e a revolução da genética*. In Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, n. 24, 2004, p.51.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 3. ed., 1993.

MIGUEL FILHO, Raduan. *Filiação e paternidade temporária*. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, v. 2, n. 5, p. 59/65, abr./jun., 2000.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2004.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 9. ed., 2001.

MOREIRA, Silvia Gomes. *Do direito à intimidade nas relações de família*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2004.

NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. *A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *Igualdade no casamento e na filiação*. In Revista do Advogado n. 58, Publicação da Associação dos Advogados de São Paulo, março/2000, p.34.

_____. *A Constituição Federal e as inovações no direito de família*. In COLTRO, Antônio Carlos Mathias (org.). *O direito de família após a Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Celso Bastos, 2000.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Direito de família: direito matrimonial*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1990.

OLIVEIRA, José Sebastião de Oliveira. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, Neiva Flávia de. *Pátrio poder e poder familiar: diferenças sociojurídicas*. In Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, volume 1, n. 1, abr./jun., 1999, p. 12.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil – direito de família*. 6. ed., volume V, Rio de Janeiro: Forense, 1987.

_____. _____. 14ª ed., volume V, Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEREIRA, Miriam Freire. *Inovações constitucionais no direito de família*. São Paulo, 1993. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. Belo Horizonte: Del Rey, 4. ed., 1997.

_____. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

_____. *A família: estruturação jurídica e psíquica*. In *Direito de família contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

_____. *Pai, porque me abandonaste?* Disponível na Internet: http://www.ibdfam.com.br/inf_geral.asp?codInf=73&CodTema=77&Tipo=1. Acesso em 10.09.04.

PEREIRA, Tânia da Silva. *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. São Paulo: Renovar, 1999.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte geral*. Campinas: Bookseller, 1999.

_____. *Tratado de direito de família*. São Paulo: Max Limonad, 3. ed., volume III, 1947.

RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. *O poder familiar e a guarda compartilhada sob o enfoque dos novos paradigmas do direito de família*. Rio de Janeiro: Lúmen Juirs, 2005.

RIBEIRO, Renato Janine. *A família na travessia do milênio*. In Congresso Brasileiro de Direito de Família, Belo Horizonte, Conferência de Abertura. Belo Horizonte, 1999.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Aide, 1. ed., volume 2, 1994.
_____. _____. Rio de Janeiro: Aide, 2002.

ROCHA, Virgílio Castelo Branco. *O pátrio poder: estudo teórico-prático*. Rio de Janeiro: Tupã, 1960.

RODRIGUES, Maria Alice. RAMIRES, Vera Regina. *As transições familiares e o melhor interesse da criança: as perspectivas do direito e da psicologia*. *Estudos Jurídicos*, São Leopoldo, v. 36, n. 97, p. 211/242, maio/agosto, 2003.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil – direito de família*. São Paulo: Saraiva, 27. ed., 2003.

_____. *Direito civil – responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 20. ed., 2003.

SALLES, Karen Ribeiro Pacheco Nioac de. *Guarda compartilhada*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SANTOS NETO, José Antônio de Paula. *Do pátrio poder*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

SARAIVA, João Batista Costa. *A quebra do paradigma da incapacidade e o princípio do superior interesse da criança – o “ cavalo de tróia” do menorismo*. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n. 96, dezembro, 2004, p. 167/175.

SARTORI, Frei Luís Maria A. (organizador). *Enclílicas papais do Papa João Paulo II: profeta do ano 2000*. São Paulo: LTr, 1999.

SCHUH, Lizete Peixoto Xavier. *Responsabilidade civil por abandono afetivo: a valoração do elo perdido ou não consentido*. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese, v. 8, n. 35, p. 53/77, abr./maio, 2006

SILVA, Cláudia Maria. *Descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade do filho*. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese, ano VI, nº 25, ago./set, 2004.

SLHESSARENKO, Amanda Zoe. *Uma visão sobre guarda de menor e direito de visita na sociedade contemporânea*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2001.

SOUZA, Aida Maria Loredo Moreira de. *Aspectos polêmicos da união estável*. 2. edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris., 2000.

TEPEDINO, Gustavo. *A disciplina jurídica da filiação*. In TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Direitos de família e do menor*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

_____. *A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional*. In *Temas de direito civil*. São Paulo: Renovar, 2001.

VELOSO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e paternidade*. São Paulo: Malheiros, 1997.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil – direito de família*. São Paulo: Atlas, 3 ed., volume VI, 2003.

_____. São Paulo: Atlas, 4 ed., volume VI, 2004.

VILLELA, João Batista. *Desbiologização da Paternidade*. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, jul./set. 1980, n. 71, p. 45-51.

WALD, Arnaldo. *Curso de direito civil brasileiro: o novo direito de família*. 13ª ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2000.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim & LAZARRINI, Alexandre Alves. (Coord.). *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. Volume 3, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. Vários autores.

WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre a filiação biológica e socioafetiva*. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese, n.14, jul./set. 2002, p. 128/163.

_____. *Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2003.

ZAMBERLAM, Cristina de Oliveira. *Os novos paradigmas da família contemporânea: uma perspectiva interdisciplinar*. São Paulo: Renovar, 2001.