

INGRID MARIA BERTOLINO BRAIDO

FAMÍLIA MONOPARENTAL E SEUS FILHOS – COMO O DIREITO PODE
AGIR PARA DAR CONDIÇÃO DE VIDA DIGNA A ESSAS CRIANÇAS

FRANCA
2006

INGRID MARIA BERTOLINO BRAIDO

FAMÍLIA MONOPARENTAL E SEUS FILHOS – COMO O DIREITO PODE
AGIR PARA DAR CONDIÇÃO DE VIDA DIGNA A ESSAS CRIANÇAS

Dissertação de mestrado apresentada ao curso de pós-graduação em direito da Faculdade de História, Direito e Serviço Social da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, como exigência para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientação do Prof. Dr. Hélio Borghi.

INGRID MARIA BERTOLINO BRAIDO

**FAMÍLIA MONOPARENTAL E SEUS FILHOS – COMO O DIREITO PODE
AGIR PARA DAR CONDIÇÃO DE VIDA DIGNA A ESSAS CRIANÇAS**

Dissertação de mestrado apresentada ao curso de pós-graduação em direito da Faculdade de História, Direito e Serviço Social da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, como exigência para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientação do Prof. Dr. Hélio Borghi.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: _____

1º Examinador _____

2º Examinador _____

Franca, ____ de _____ de 2006.

Dedico o presente trabalho

Aos meus pais, Isaías e Denise, por todo o amor dedicado;

À minha avó querida e ao avô, *in memoriam*, presente quando do início do trabalho;

Aos irmãos e cunhada;

Aos amigos e amigas.

Agradeço

A Deus, acima de tudo; à FAPESP, pelo apoio concedido; ao Prof. Dr. Hélio Borghi, e à minha mãe, a consecução dessa dissertação.

VIII

Num meio-dia de fim de primavera
 Tive um sonho com uma fotografia.
 Vi Jesus Cristo descer à terra.
 Veio pela encosta de um monte
 Tornado outra vez menino,
 A correr e a rolar pela erva
 E a arrancar flores para as deitar fora
 E a rir de modo a ouvir-se de longe.

Tinha fugido do céu.

Era nosso demais para fingir

De segunda pessoa da Trindade.

No deu era tudo falso, tudo em desacordo

Com flores e árvores e pedras.

No céu tinha que estar sempre sério

E de vez em quando se tornar outra vez homem

E subir para a cruz , e estar sempre a morrer

Com uma coroa toda à roda de espinhos

E os pés espetados por um prego com cabeça,

E a rir de modo a ouvir-se de longe.

RESUMO

O presente trabalho tem por objeto de estudo a família monoparental a qual encontra proteção estatal na Constituição Federal Brasileira, em seu art. 226, § 4º, consistindo a mesma na comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Visa-se dar especial ênfase aos filhos da família monoparental, pois são esses marginalizados diante das adversidades enfrentadas por tais famílias.

Acredita-se que elas sofrem problemas de ordem psicológica, os quais abalam todo o desenvolvimento desses seres. É necessário amor, carinho e atenção desses pais ausentes, e da atuação do direito, poder estatal e da sociedade para se encontrar soluções para o problema.

Para isso, foram analisados institutos legais do Código Civil de 2002, do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como da Constituição Federal. Buscam-se mecanismos efetivos para inserção dessa família na sociedade, bem como a desmarginalização da mesma.

Palavras-Chave: família; monoparentalidade; marginalidade; dignidade; proteção estatal; atuação social.

ABSTRACT

This work aims to analyze single-parent families, composed of one single parent (typically the mother) living with his/her children. These families are protected by the Brazilian Constitutional Act of 1988 in its 226 article, § 4°. Nevertheless, the children face hardships and psychological problems that compromise their development. Our goal is to analyze the Brazilian Civil Code, the Brazilian Children and Adolescent Statute and the Brazilian Constitutional Act in order to identify possible modifications that would induce absent parents to supply care and attention to their children.

Key-words: family; lone parents; dignity; state acting; social acting.

SUMÁRIO

| | |
|---|------------|
| INTRODUÇÃO..... | 10 |
| Capítulo 1 FAMÍLIA MONOPARENTAL E SUAS ORIGENS..... | 16 |
| 1.1 Histórico..... | 18 |
| 1.1.1 Poder Familiar..... | 30 |
| 1.1.2 Guarda..... | 33 |
| 1.1.3 Adoção..... | 34 |
| 1.1.4 Alimentos..... | 40 |
| Capítulo 2 A FALTA DE UM DOS PAIS NO LAR E OS PROBLEMAS PSICOLÓGICOS ACARRETADOS AOS FILHOS..... | 43 |
| Capítulo 3 O CÓDIGO CIVIL DE 2002 E A ENTIDADE MONOPARENTAL: DA PROTEÇÃO DA PESSOA DOS FILHOS; PODER FAMILIAR; ADOÇÃO E ALIMENTOS..... | 56 |
| 3.1 Proteção da Pessoa dos Filhos..... | 56 |
| 3.2 Poder Familiar..... | 71 |
| 3.3 Adoção..... | 94 |
| 3.4 Alimentos..... | 104 |
| Capítulo 4 O ECA NA SALVAGUARDA DOS DIREITOS DOS FILHOS DE FAMÍLIAS MONOPARENTAIS..... | 122 |
| 4.1 Poder Familiar (antigo Pátrio Poder)..... | 130 |
| 4.2 Alimentos..... | 132 |
| 4.3 Guarda..... | 134 |
| 4.4 Adoção..... | 137 |
| Capítulo 5 ATUAÇÃO DO DIREITO, SOCIEDADE E PODER PÚBLICO A FIM DE DAR CONDIÇÕES DE VIDA DIGNA ÀS CRIANÇAS FRUTOS DA ENTIDADE MONOPARENTAL..... | 142 |
| Capítulo 6 LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA..... | 156 |
| 6.1 Alemanha..... | 156 |
| 6.2 Chile..... | 163 |
| 6.3 Equador..... | 168 |
| 6.4 Itália..... | 171 |
| 6.5 Paraguai..... | 178 |
| 6.6 Portugal..... | 181 |
| 6.7 Uruguai..... | 186 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 197 |
| REFERÊNCIAS..... | 208 |

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo o estudo das famílias monoparentais, principalmente, dando ênfase à pessoa dos filhos dessa entidade familiar. Esse tipo de família encontra proteção estatal conforme disposto no art. 226, § 4º da Constituição Federal, segundo o qual se entende por entidade monoparental aquela comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Comprovou-se em estudo anterior ao presente que as entidades monoparentais são formadas, na maioria das vezes, pelas mães e seus descendentes, sendo que essas famílias vivem com renda *per capita* bem inferior à das famílias biparentais, havendo uma necessidade de equiparação dessas realidades. Quando um dos genitores não está no lar, as dificuldades para a criação dos filhos aumentam e essas crianças acabam vivendo marginalizadas pela sociedade. Comprovada essa marginalidade da família monoparental em estudo de iniciação científica, busca-se a solução para o problema, visando inserir a entidade familiar monoparental nas discussões jurídicas e encontrar maneiras de minimizar os efeitos maléficos que a falta de um dos pais no lar gera para essa família. Não bastando isso, acredita-se que as mesmas são também marginalizadas pelo direito, pois apenas um dispositivo constitucional disciplina acerca de tais entidades, sem maiores detalhamentos no Código Civil ou outro dispositivo legal.

A presente pesquisa terá delineamento bibliográfico, contando-se, para isso, principalmente com a biblioteca da faculdade de História, Direito e Serviço Social, da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” – UNESP – Câmpus de Franca. O método de tratamento do material será o estruturalista, desenvolvido por Lévi-Strauss. De acordo com o método em questão, parte-se da investigação de um fenômeno concreto; em seguida, eleva-se ao nível abstrato, constituindo um modelo que represente o objeto de estudo,

voltando ao concreto ao final, criando uma realidade estruturada e relacionada com a experiência do sujeito social. Assim sendo, parte-se da investigação real de como se encontram os filhos das famílias monoparentais no Brasil, que garantias lhes são asseguradas no mundo real e como essas crianças e adolescentes são tratados; para, em seguida, construir um modelo ideal de como tratar essas crianças no mundo real e, ao final, transformar esse modelo ideal em realidade, garantindo, efetivamente, a inclusão da família monoparental na sociedade, para que ela saia da marginalidade e seus filhos se desenvolvam em condições dignas.

Sendo a atual dissertação é voltada para os filhos das famílias monoparentais, procura-se aqui analisar os sofrimentos enfrentados por essas famílias e como minimizar os efeitos maléficos que a falta de um dos pais no lar gera nessas crianças. Acredita-se que o genitor que não está no lar não se sente responsável pelos filhos, o que onera o genitor que permanece com as crianças, na maioria das vezes, a mãe. Essa mãe enfrenta dupla jornada de trabalho para conseguir sustentar seus filhos e educá-los, enquanto o pai, muitas vezes, nem a pensão alimentícia paga. Dificuldades sociais à parte, existem pais que simplesmente não pagam os alimentos por não se sentirem responsáveis por essas crianças, por não terem mais contato e por não as educarem. Busca-se, com o presente, justamente inverter essa mentalidade, a fim de que esses pais ausentes se tornem presentes, além de tentar encontrar maneiras de suprir essas necessidades das famílias monoparentais, seja por atuação estatal, seja por atuação da sociedade ou da própria família.

A Constituição é expressa em seu art. 227 ao atribuir à família, sociedade e Estado o dever de assegurar à criança e ao adolescente o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, entre outros. Enfim, se é dever do Estado, da família e da sociedade garantir os direitos básicos às crianças e adolescentes, como esses entes podem atuar frente à família monoparental?

Além dessa, outras questões são levantadas, como por exemplo, quais os efeitos que a falta de um dos pais no lar gera nas crianças? Programas de proteção econômica a essas famílias serão suficientes para tirá-las da marginalidade? A legislação em vigor é suficiente para garantir efetiva proteção a essas crianças? Como a sociedade civil pode agir no intuito de proteger essas crianças e adolescentes? Enfim, uma série de questionamentos que instigam o pesquisador foi levantada, para que, no desenvolvimento da pesquisa, chegasse à resposta a tais dúvidas.

Sendo assim, divide-se o estudo em capítulos, visando desenvolver em cada um deles aspectos relevantes à presente análise, de modo a encontrar a solução ao problema levantado. O primeiro capítulo será destinado ao estudo das origens da família monoparental. Procurar-se-á fazer um histórico das famílias em geral e analisar os institutos de direito civil que servirão de base legal para o presente estudo, ou seja, pretende-se fazer um histórico sobre poder familiar, guarda, alimentos e adoção. Analisar-se-á como surgiram as primeiras famílias monoparentais, acreditando-se que embora elas não existissem em textos legais, faticamente, a família monoparental sempre existiu. Alguns autores como Philippe Àries, Fustel de Coulanges e Caio Mário da Silva Pereira, entre outros, embasarão teoricamente o presente capítulo.

O segundo capítulo irá analisar a falta de um dos pais no lar e os problemas psicológicos acarretados aos filhos. Acredita-se que essas crianças enfrentem inúmeras dificuldades de adaptação ao meio em que vivem, principalmente problemas psicológicos por serem abandonadas por um dos genitores, por viverem em um modelo de família que não é tido como típico. Constatados esses problemas, passa-se a tentar encontrar, no direito, maneiras para proteger tais famílias. Servirão como teoria de base para o estudo deste capítulo, autores como Helen Bee, Paul Mussen et al, Edson Fachin, Andrew J. Cherlin, entre outros.

O terceiro capítulo dará ênfase a dispositivos do Código Civil brasileiro os quais são relevantes para o presente estudo. O Código Civil em seu Livro IV (Do Direito de Família), apesar de não dispor especificamente sobre famílias monoparentais, traz institutos que contribuirão para a análise em questão. Pretende-se, assim, abordar o capítulo XI do título I desse diploma legal o qual dispõe a respeito da proteção da pessoa dos filhos, em um estudo voltado para a guarda das crianças quando da ruptura do lar conjugal ou mesmo quando os pais nem se uniram. Também será analisado o capítulo IV, do subtítulo II desse mesmo título, o qual dispõe sobre adoção, pretendendo-se apenas abordar o surgimento da família monoparental através de adoção. Em seguida, passa-se ao capítulo V, desse mesmo subtítulo, do poder familiar, visando estudar os deveres e responsabilidades dos pais em relação aos filhos; e, por fim, tem-se o subtítulo III do título II, que trata dos alimentos, que será analisado naquilo que couber ao desenvolvimento do presente trabalho, ou seja, alimentos devidos de pais para filhos em função do dever de sustento. Ressalta-se, ainda, que, no tocante à guarda, preocupação relevante surge quanto à responsabilidade civil dos pais pelos atos praticados pelos filhos menores. Pelo sistema do Código Civil de 2002, o pai que detém a guarda do menor é responsável pelos seus atos (a não ser que o ato ilícito ocorra no dia de visita). Sendo assim, o chefe da família monoparental, além de arcar com a maioria dos ônus para a criação e educação das crianças, também arca com todas as responsabilidades. Quanto aos alimentos, necessário se faz mencionar que os mesmos são decorrentes do dever de sustento que os pais têm em relação aos filhos; apesar de o dever de sustento vir disciplinado em capítulo referente à eficácia do casamento, no Código Civil, analisa-se, aqui, o capítulo referente a alimentos, mas com essa ressalva. Pretende-se, também, analisar a possibilidade de outros parentes prestarem alimentos aos filhos de famílias monoparentais quando a pensão alimentícia for insuficiente para garantir a vida digna a tais crianças. Ainda no que se refere ao estudo do Código Civil de 2002, não poderia faltar análise ao projeto de lei n.º 6.960/02 o qual prevê

modificações consideráveis ao livro de família do citado código; conforme os artigos forem mencionados, se os mesmos forem passíveis de modificação, citar-se-á, também o constante no projeto. Vários autores darão a base teórica ao presente capítulo, dentre eles, cabe citar, Regina Beatriz Tavares da Silva, Waldyr Grisard Filho, Roberto João Elias, Denise Damo Comel, Silmara Juny Chinelato, Hélio Borghi, Antônio Chaves, Yussef Said Cahali, entre outros.

Buscando, no direito, soluções para os problemas enfrentados pela família monoparental, o capítulo quarto analisará o Estatuto da Criança e do Adolescente na salvaguarda dos direitos dos filhos das famílias monoparentais. O ECA é corpo jurídico que visa dar proteção a todas as crianças e adolescentes, proteção essa integral. Ocorre, porém, que, na prática, poucas crianças encontram proteção efetiva; além disso, os estudos jurídicos relativos à criança e adolescentes se resumem na análise de crianças e jovens infratores, ou crianças e jovens em situações irregulares (abandonadas, carentes, etc.) e quase nada se estuda em relação às outras crianças. Por isso, o presente trabalho tem a finalidade de estudar a criança e o adolescente frutos de família monoparental, pois não há preocupação efetiva em atender e proteger essa camada. Sendo assim, também serão analisados institutos do ECA os quais são relevantes para o desenvolvimento do presente estudo, sendo eles a guarda, a adoção, os alimentos e o pátrio poder, na mesma linha do desenvolvido para o Código Civil. Os autores que fundamentarão o capítulo são, principalmente, Roberto João Elias, Munir Cury, Paulo Afonso Garrido de Paula e Jurandir Norberto Marçura, Tânia da Silva Pereira.

O quinto capítulo terá em vista a atuação do direito, da sociedade e do poder público a fim de dar condições de vida digna às crianças frutos da entidade monoparental. Aqui, primeiramente, far-se-á uma análise do que seja a vida digna preconizada já no título dessa dissertação. Feita a análise do que seja a vida digna, segue o estudo para verificar como podem, principalmente, a sociedade e o poder público agirem para se conquistar tal

finalidade. Como já dito, a Constituição Federal, em seu art. 227 salienta ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurarem os direitos das crianças e adolescentes; sendo assim, o presente trabalho busca soluções concretas para que a presente norma deixe de ser apenas norma programática e torne-se efetiva. O direito deve agir no tocante à atuação de nossos magistrados e promotores na proteção à criança e ao adolescente; quanto às normas postas, as mesmas serão analisadas nos capítulos terceiro e quarto. Dão suporte teórico ao capítulo os autores José Sebastião de Oliveira e Eduardo de Oliveira Leite, principalmente.

O último capítulo terá por finalidade a análise da legislação estrangeira no tocante aos institutos jurídicos mencionados no decorrer do trabalho. Pretende-se estudar alguns países que adotam o sistema da *civil law*, ou seja, sistema semelhante ao nosso, o qual segue as origens do direito romano-germânico, baseando-se na lei posta, principalmente, a fim de se estabelecer comparações com a legislação pátria. Serão objeto de análise as Constituições e os Códigos Civis de cada país elencado.

Enfim, em linhas gerais, são esses os caminhos que deverão ser traçados para se chegar às respostas às questões elencadas no início. Além disso, pretende-se, efetivamente, encontrar maneiras de garantir condições de vida digna aos filhos das famílias monoparentais, os quais vivem, verdadeiramente, à margem da sociedade.

1 FAMÍLIA MONOPARENTAL E SUAS ORIGENS

Antes de adentrarmos no histórico da família a fim de desvendar a suas origens, bem como as origens dos institutos de direito civil cujo estudo será relevante para o trabalho em questão, necessário se faz analisar a família juridicamente. O direito de família é ramo do direito civil, mas regido também por dispositivos constitucionais que dão o norte para a família moderna. O Código Civil em vigência acolheu a União Estável em título próprio, mas não mencionou a respeito da família monoparental, ambas já previstas constitucionalmente; mesmo assim, o referido diploma embasa o presente estudo, pois ele contém dispositivos que regulam a família em geral e, portanto, cabíveis à família monoparental. Deste modo, deve-se reportar a Maria Helena Diniz¹ que define o direito de família como sendo

(...) ramo do direito civil concernente às relações entre pessoas unidas pelo matrimônio, pela união estável ou pelo parentesco e aos institutos complementares de direito protetivo ou assistencial, pois, embora a tutela e a curatela não advenham de relações familiares, têm, devido a sua finalidade, conexão com o direito de família.

O livro de família do Código Civil é subdividido em quatro títulos: 1) Do Direito Pessoal; 2) Do Direito Patrimonial; 3) Da União Estável e 4) Da Tutela e Curatela. O primeiro e o segundo título se subdividem: o primeiro em disposições sobre o casamento e as relações de parentesco e o segundo, em quatro subtítulos sobre o regime de bens entre os cônjuges, o usufruto e a administração dos bens de filhos menores, alimentos e sobre o bem de família. Em síntese, encontra-se o direito de família assim subdividido, porém, não se deve esquecer que a Constituição Federal também traz dispositivos normativos sobre a família e é nela que se encontra a previsão específica acerca da família monoparental.

Diniz² ainda salienta que, no âmbito jurídico, a família pode ser definida sob três acepções: amplíssima, lata e restrita. Pela primeira, a família abrange todos os indivíduos que

¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, V. 05, p. 03.

² Idem, p. 09.

estiverem ligados por afinidade ou vínculo de sangue, chegando a incluir pessoas estranhas. A segunda abrange cônjuge, filhos, parentes em linha reta ou colateral, e afins. Por fim, a última, abrange cônjuges e prole, famílias monoparentais e união estável.

Quanto à família monoparental, a Constituição Federal a define em seu art. 226, § 4º como sendo a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Assim, a mesma pode-se originar de uma união desfeita, em que conviviam pais e filhos e, após a dissolução, passou-se a conviver um dos pais com os filhos; pode-se formar também quando advier a morte de um dos cônjuges; ou de mães solteiras que optaram pelo celibato; enfim, das diferentes formas possíveis em que se possa imaginar apenas um dos genitores convivendo com seus filhos. Nesse contexto, pode-se inferir que a família monoparental sempre existiu, pois a filiação concubinária, o abandono do lar por um dos cônjuges e mesmo a morte de um deles não são fenômenos do mundo moderno, podendo-se afirmar, categoricamente, que já existiam na antiguidade. Contudo, apesar da existência fática, no mundo jurídico, a família monoparental era relegada à marginalidade, ou seja, não existia. A doutrina aponta a Inglaterra como o primeiro país a se referir ao termo família monoparental em suas estatísticas — *one-parent families* ou *lone-parent families*³. Na França, a expressão só surgiu em 1981, apesar de a mesma ter reconhecido o divórcio já na Constituição de 1791. No Brasil, apenas em 1988, com a Constituição Federal, foi a mesma elevada à categoria de entidade familiar e passou a ter reconhecimento no direito. A diferença substancial apontada pela doutrina entre a família monoparental fática e a jurídica é que a primeira, mais antiga, era formada principalmente por viúvas e mães solteiras, enquanto as atuais advêm de famílias biparentais dissolvidas ora pela separação, ora pelo divórcio⁴.

Após análise do conceito jurídico de família e do surgimento da família monoparental,

³ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 21. e FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 134.

⁴ LEITE, E. O. Idem, p. 31.

em que se detecta uma evolução progressiva das mesmas desde a Antiguidade à era moderna, faz-se a seguir um histórico da família e dos respectivos institutos que a compõe e que são relevantes para o presente estudo, com o intuito de melhor compreender o fenômeno das famílias modernas.

1.1 Histórico

Família e história estão intimamente relacionadas, não se podendo considerar cada qual isoladamente. Desde a pré-história os homens já se organizavam a ponto de constituir uma célula elementar. Portanto, a família surge desde o primeiro indício de vida humana na Terra e, conforme Giselda Hironaka,⁵ “a história da família se confunde com a história da própria humanidade”.

Visa-se, aqui, analisar o surgimento da família, seu desenvolvimento com o decorrer dos tempos, suas diferentes faces, verificando-se como a mesma se apresenta no direito pátrio e quais os caminhos percorridos para que ela se encontre da maneira atual. Visa-se analisar, também, o desenvolvimento histórico de cada um dos institutos de direito civil pertinentes ao presente trabalho, de forma individualizada, para melhor compreensão dos mesmos.

A família nunca foi uma instituição baseada em critérios fixos e próprios, sempre mudou e se influenciou pela política, religião, economia e sociedade. Princípios morais e psicológicos mudaram ao longo da história e, com eles, a concepção de família. A família está presente em qualquer sociedade, seja ela de que tipo for. Porém, é inevitável que, em função da estrutura demográfica, da organização econômica e de crenças religiosas, cada sociedade imprima à família traços originais.

⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. **Revista do Advogado**, n. 62, p. 16, mar. 2000.

Segundo James Casey⁶, muitas são as teorias sobre a organização das primeiras famílias, embora nenhuma tenha cientificidade, pois tais teorias são reputadas em simples hipóteses, baseadas em dados obtidos sem comprovação suficiente. Há quem acredite que as primeiras famílias se organizavam de acordo com o sistema poligâmico — um indivíduo ligado a diversos cônjuges ao mesmo tempo. Tal associação poderia ser poligênica, isto é, um homem unido a várias mulheres, a família organizada de forma patriarcal, ou ainda, poderia ser poliândrica, ou seja, uma mulher ligada a vários homens, originando a família conhecida como matriarcal. Acredita-se, também, que a família tenha se constituído sob base monogâmica — união andrógina, isto é, entre um homem e uma mulher. Todavia, há ainda uma teoria que nega a própria existência da família nos primeiros tempos, pregando como realidade inicial a promiscuidade entre homens.

A análise dessas teorias leva a crer que as primeiras famílias se organizavam de acordo com a forma polígamo polígino, isto é, um homem vivendo com várias mulheres e a prole, em forma de patriarcado poligâmico, para depois ser monógamo. Os exemplos de poliandria — uma mulher e vários homens — são citados como formas de vivência. São casos esparsos e citados isoladamente como reais, em alguns momentos e lugares de comprovada decadência de costumes — daí decorrem as sociedades matriarcais, com a predominância da mulher no comando do grupo em que vivia, pois exercia o poder de mando sobre seus vários filhos, que eram concebidos de pais diferentes, os quais nem sabiam se eram pais deste ou daquele filho.

É certo, ainda, que a proibição do incesto é marcante desde as primeiras civilizações. Sendo assim, a família não se reproduzia dentro de seu próprio seio — havia uma relação de troca, que se concretizava através do casamento. Os parentes eram criados dessa forma e era mantida a boa relação entre a vizinhança.

⁶ CASEY, James. **A história da família**. Tradução Sérgio Bath. São Paulo: Ática, 1992, p. 35.

Ainda conforme Caio Mário da Silva Pereira⁷, há indícios de uma promiscuidade originária nas relações de família, pertencendo todas as mulheres a todos os homens, além de citar também a poliandria, já referida acima. Também passou a família pela organização matriarcal — a mulher se investia de poder na educação dos filhos, devido à ausência temporária dos homens em face de guerras, ou busca de alimentos; ou então por ser a certeza da maternidade elemento determinante para as relações de parentesco. Porém, salienta o autor que esses arranjos familiares não prevaleceram por algum período.

A família ocidental viveu predominantemente sob a forma patriarcal; César Fiúza⁸ assevera que para se analisar a família ocidental moderna, deve-se retroagir à cultura greco-romana; lá a família era formada não só por pais e filhos, mas por esposa, filhos, filhas, noras, netos, escravos, clientes, todos sob o domínio do pai. Este era o senhor absoluto da casa — comandava os negócios de família, presidia o culto doméstico e era o juiz dos casos que envolviam seus subordinados. Rui Geraldo Camargo Viana⁹ nota que a família romana compreendia um aspecto econômico, ou seja, compreendia os agregados (descendentes de uma mesma estirpe), os cognados (ligados à família por laços civis), a clientela (pessoas livres e estrangeiros que ofereciam seus préstimos ao senhor em troca de proteção), os escravos e os bens — o gado fazia parte da família.

Segundo Gaetano Sciascia, a definição jurídica da família em Roma era: “organismo social econômico sob o poder de um pater-famílias vivo”¹⁰. Quanto ao casamento, o autor afirma que existiam duas formas no direito romano, o casamento *cum manu* segundo o qual a esposa passava a adotar o culto doméstico do marido, e se submetendo ao pátrio poder do marido; já no casamento *sine manu* a mulher não passa para a família do marido,

⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil:** direito de família. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 05, p. 17.

⁸ FIÚZA, César. **Direito civil:** curso completo. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 890.

⁹ VIANA, Rui Geraldo Camargo. Evolução Histórica da Família. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 02, 2000, Belo Horizonte. **Anais ...** Belo Horizonte: IBDFAM, 2000, p. 325-331.

¹⁰ SCIASCIA, Gaetano. **Sinopse de direito romano.** 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1959, p. 39.

permanecendo sob o pátrio poder de origem. O casamento *cum manu* exige forma solene para sua realização e é o mais comum na Roma antiga, conforme se vê a seguir em Fustel de Coulanges.

Fustel de Coulanges¹¹, em sua obra **A cidade Antiga**, narra a vida da Roma antiga, em que atesta que a base de sustentação da família é a religião. O fogo sagrado e o culto aos antepassados fizeram com que a família formasse uma unidade nesta vida e na vida após a morte. Em toda casa havia um altar em que uma labareda de fogo permanecia constantemente acesa; a família se reunia ao redor desse fogo para realizar suas orações, cantar hinos de louvores a seus deuses, cultuar os antepassados. Enfim, a família romana era constituída por um grupo de pessoas que invocavam os mesmos deuses e ofereciam banquetes fúnebres aos mesmos antepassados.

A religião doméstica instituiu o casamento. A mulher, enquanto solteira, assistia aos atos religiosos de seu pai. Depois de casada, desligava-se totalmente da religião paterna, e passava a cultuar os deuses e os mortos do marido. A mulher renascia com o casamento; ela não podia pertencer a duas famílias, nem a duas religiões domésticas e, sendo assim, ela passava a pertencer à família e à religião do marido; outros deuses, outros mortos, outros hinos.

Do culto aos mortos, surge a necessidade da eterna perpetuação da família. Acreditava-se que a felicidade da vida após a morte não dependesse da conduta do morto durante a sua vida e sim dos banquetes fúnebres que seus descendentes lhe ofereceriam. Se isso não ocorresse, o morto passaria a uma esfera inferior, podendo chegar à categoria de demônio. Por isso, o romano desejava, acima de tudo, um filho homem, para continuar o culto doméstico e, assim, garantir a felicidade após a morte.

Diante disso, o casamento torna-se obrigatório, e seu principal objetivo era a

¹¹ COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. Tradução Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo: Hemus, 1975.

perpetuação do culto. Sendo o casamento forma de perpetuação da família, ele poderia ser anulado em caso de esterilidade da mulher. Nesse caso, o divórcio era um direito. Se a esterilidade não fosse da mulher, um irmão ou parente do marido o substituíam e a mulher era obrigada a ter um filho com esse parente, não tendo direito ao divórcio. A criança assim nascida era considerada filha do marido e continuaria seu culto. Ainda, o nascimento de uma menina não satisfaria o objetivo do casamento, pois ela não daria seqüência ao culto, uma vez que, quando casasse, renunciaria ao culto de seu pai.

Pela perpetuação do culto, também surgiu o instituto da adoção. Era um último recurso para aqueles que não possuíam filhos e não quisessem que as cerimônias fúnebres cessassem. A adoção só era permitida a quem não tivesse filhos.

Por fim, essa é a base da família da Roma antiga. Apesar do poder que o homem exercia em tal sociedade, não se pode dizer que a mulher era considerada um objeto. Ela realizava importante papel no culto, bem como na procriação e e

Média, difundiu-se a concepção do casamento religioso, que passou a ser um sacramento e não mais uma simples declaração de vontades.

A partir do século XIV, a mulher passa a sofrer uma degradação lenta e progressiva no lar; no século XVI ela se torna incapaz e passa a depender da autorização do marido para todos os atos de sua vida. O pai passa a ter um poder absoluto. O casamento surge como um contrato apenas para legitimar a união conjugal. Apesar dessas mudanças, no século XVI, os membros da família se envolvem emocional e afetivamente; a criança antes ignorada e com finalidade de continuação da linhagem apenas, passa a ser vista nos retratos de família, os quais simbolizavam a importância que se dava à família. Ariès¹⁴ afirma que “a família transformou-se profundamente na medida em que modificou suas relações internas com a criança”. Nos séculos anteriores (XI — XIV), as crianças se desligavam de sua família de origem para serem educadas em outras famílias, nas quais eram tratadas como serviçais e assim passavam a ser educadas. Essa situação muda no decorrer do tempo, e já no século XV a educação passa a ser fornecida pelas escolas — ocorre uma aproximação da família e do sentimento da infância para essas crianças. Com essas mudanças, a família passa a se concentrar em torno da criança. No século XVII, a casa de família desempenha uma função pública, pois havia um grupo que se formava em torno da família, constituído por servidores, amigos, protegidos e não por outros parentes; nesse contexto, pode-se falar em uma promíscua vida familiar, pois as pessoas se misturavam, casais dormiam nos mesmos aposentos, criados e crianças dividiam leitos. No século XVIII, ocorre uma m

como também, com a igualdade entre os filhos, não havendo mais preferência e privilégios para o primogênito¹⁶.

No âmbito jurídico, tem-se o principal ancestral da família no direito romano; neste, a família é assentada nos princípios da religião doméstica. O filho era aquele continuador do culto doméstico e não o ligado ao pai por laços de consangüinidade. Mais tarde vieram as influências cristãs, o direito canônico, e as definições de direito civil, nos diversos Códigos Civis surgidos após o Francês, de 1804. Ocorre, porém, que a família não deve coincidir com uma definição estritamente jurídica — “a família é o conjunto de pessoas que descendem de tronco ancestral comum”, no dizer de Caio Mário da Silva Pereira.¹⁷

Por muito tempo, a família romana foi modelo para o mundo ocidental. O modelo patriarcal — homem chefe de família e mulher à disposição do lar — predominou até no século XX. Também a Igreja Católica muito contribuiu para a padronização da família-tipo, ou seja, aquela integrada por um pai, que trabalha fora de casa; a mãe, que trabalha na esfera doméstica; e os filhos. A doutrina católica defende o caráter indissolúvel do casamento monogâmico — o casal passa a ser uma só carne e o que Deus uniu, o homem não separa.

Entretanto, a família começa a ter suas estruturas abaladas a partir da revolução industrial e da revolução francesa. Conforme narrado por Philippe Ariès e Georges Duby¹⁸, os princípios de liberdade, igualdade e fraternidade, inerentes à revolução francesa, geram mudanças para a família; o governo revolucionário deveria encontrar o equilíbrio entre a proteção da liberdade individual, a preservação da unidade familiar e a consolidação do controle do Estado. Em 1790, na França, foram instituídos os tribunais de família (estímulo jurídico para que

controle da família ou da Igreja sobre o indivíduo a fim de ampliar seu próprio controle — ele garantiu os direitos individuais, encorajou a união familiar e limitou o poder paterno. O pátrio poder começa a perder suas forças. O divórcio foi a consequência lógica das idéias liberais expressas na Constituição de 1791, que passa a considerar o casamento como um contrato civil, fundado sobre o consentimento de ambas as partes. Assim, o Estado assumiu o controle do estado civil dos cidadãos e substituiu a Igreja como autoridade máxima nas questões da vida familiar.

A revolução industrial também foi de vital importância para a desestruturação do modelo patriarcal de família. Dispõe a respeito William J. Goode¹⁹, constatando que uma nova situação entra em cena e, nela, a família deixa de ser o grupo que organiza e realiza a atividade produtiva. Os instrumentos de trabalho passam a pertencer a um segmento social decisivo (capitalistas), que garantem o processo produtivo e se apropriam do produto. As máquinas substituem a força humana, multiplicando ou acelerando a produção. Em decorrência disso, mulheres, crianças ou homens não especializados podiam ser empregados, caindo, conseqüentemente, o salário dos operários especializados. Como todos da família podiam trabalhar, os salários eram reduzidos até ao ponto em que seria necessária a renda conjunta dos membros daquela para compor os salários anteriormente ganhos apenas pelo chefe da família — o pai. As relações sociais, antes centradas na grande família, modificam-se. De instituição principal, a família passa a uma posição subordinada, face à capitalização da economia. O indivíduo se libera de suas obrigações, de seus vínculos familiares.

Fiúza²⁰ constata que a Revolução Industrial insere a mulher no mercado de trabalho, iniciando a revolução familiar; em 1960, com a Revolução Sexual, a mulher ocupa posição de igualdade perante o homem.

Os papéis familiares se alteraram com o tempo. A partir do século XX, a mulher

¹⁹ GOODE, William J. **Revolução mundial e padrões de família**. Tradução Leônidas Gontijo de Carvalho. São Paulo: Nacional, EDUSP, 1969, p. 15.

²⁰ FIÚZA, C. op. cit., p. 892, nota 8.

conquistou direitos e saiu da condição de submissão ao homem. A característica principal do casamento moderno é o afeto; não se pode mais atribuir à mulher o papel de cuidar do lar e ao homem o papel de provedor da família. Já não é obrigação única do marido suprir as necessidades familiares. Nesse contexto, a família-tipo passa a perder campo. Hoje, os modelos de família são os mais diversos possíveis — casamentos em leitos separados, uniões estáveis, uniões homossexuais, as famílias monoparentais. As separações e os divórcios tornam-se comuns, solução fácil para desgastes e conflitos. A esse respeito, Fiúza²¹ salienta que já não há papéis definidos — homens e mulheres se dividem nas tarefas familiares. Fujita²², indo além, afirma que a família moderna deve ser analisada “sob a ótica das grandes transformações tecnológicas ocorridas no século XX, da intensificação e da facilidade das comunicações entre os povos, sobretudo pela interação cultural e integração econômica via *Internet*, da globalização, de interdependência entre todos os países”.

Esse é o retrato da família moderna; a família monoparental é típica nesses tempos. Não se visa aqui fazer a apologia das desuniões, pelo contrário. A família-tipo ainda está viva e deve-se sempre buscar resgatá-la, pois é o modelo ideal para a criação e educação da prole.

No Brasil, o Código Civil de 1916 trazia a noção de uma família patriarcal, fundada no casamento — que era a única célula familiar conhecida. Apesar da existência de relacionamentos extramatrimoniais, esses eram ignorados em razão da moral e dos bons costumes. Conforme Viana²³, a legislação tratava homens e mulheres de maneira discriminatória — o Código Criminal punia o adultério feminino severamente e o masculino, só era punido se o homem estivesse em concubinação com outra mulher, pois as relações passageiras eram toleradas. Segundo Pereira²⁴, o casamento é um contrato de natureza especial, pois gera conseqüências que vão além do campo patrimonial. Até 1977, o casamento

²¹ FIÚZA, C. op. cit., p. 893, nota 8.

²² FUJITA, J. S. op. cit., p. 04, nota 13.

²³ VIANA, R. G. C. op. cit., p. 329, nota 9.

²⁴ PEREIRA, C. M. S. op. cit., p. 175, nota 7.

era indissolúvel, porém, uma emenda Constitucional tornou o vínculo do casamento dissolúvel; a Lei 6.515/77 instituiu e regulamentou o divórcio. De acordo com Álvaro Villaça Azevedo²⁵, novas formas de família passam a surgir na sociedade, as quais não encontram respaldo no direito; porém, a doutrina já fala em posse do estado de casado, para designar a união de pessoas que se comportam como se casadas fossem, porém, oficialmente não são. O referido autor considera que o casamento de fato só existiu no Brasil à época em que aqui vigia o direito luso-brasileiro, e consistia no casamento não oficializado, mas que passava a ser considerado casamento se as pessoas assim vivessem por um período longo de tempo. Porém, em 1890, com o Decreto nº 181, apenas o casamento civil era válido no Brasil, e até mesmo o casamento celebrado na Igreja Católica deixou de constituir prova legal do matrimônio.

A idéia de família de fato já havia se consolidado como realidade social. A Constituição Federal de 1988 trouxe, portanto, inovações significativas ao considerar a união estável e a monoparentalidade como entidades familiares, bem como ao reafirmar a previsão do divórcio, estabelecer a igualdade entre os cônjuges, abolir as desigualdades entre os filhos, a possibilidade de se reconhecer filhos de relações extramatrimoniais, reformas nos institutos da adoção e tutela — possibilidade de colocação da criança em família substituta, enfim, novidades que se fizeram necessárias em virtude das mudanças ocorridas na sociedade.

Aponta Azevedo²⁶ que o concubinato já existia na Roma antiga, porém, com o advento do Cristianismo, o mesmo passou a ser considerado imoral, sendo proibido ao homem ter mais de uma concubina e nenhuma, se fosse casado. Afirma o autor que, no Brasil, essa espécie de união surgiu principalmente em face das dificuldades de separação e das dificuldades de registro do casamento religioso. Em 1988, a Constituição Federal Brasileira

²⁵ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 119.

²⁶ Idem, p. 155.

acolheu dentre as formas de família, aquela constituída através da União Estável, antigo concubinato puro.

A União Estável regulamentou-se com as Leis 8.971/94 e 9.278/96. Hoje, o Código Civil de 2002 acolheu o instituto, traçando suas diretrizes a partir do art. 1.723 até o art. 1.727. É união entre pessoas de sexo diferentes, dotada de estabilidade, facilitando a lei sua conversão em casamento. Hélio Borghi²⁷ assegura serem elementos essenciais para a caracterização da união estável a fidelidade, a notoriedade e a continuidade das relações sexuais. Na nova visão da família, não pode ser a mesma vinculada ao casamento, por isso, importante passo deu a Constituição Federal ao instituir a União Estável²⁸.

Quanto à entidade monoparental, o legislador constitucional assim a elevou à categoria de entidade familiar em vista do crescente índice de famílias assim constituídas. Após a legalização do divórcio, as famílias dele resultantes também precisavam ser amparadas legalmente. Assim, família monoparental é a entidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, § 4º da Constituição Federal), surgindo através de desuniões como o divórcio, a separação judicial ou extrajudicial, a morte, e pelas pessoas solteiras que possuem filhos e não se uniram ao outro genitor.

A Constituição também equiparou todos os filhos, proibidas designações discriminatórias em relação à filiação — art. 226, § 6º. Antes do dispositivo constitucional, a filiação era dividida em legítima e ilegítima, sendo a primeira decorrente de relação de casamento e a segunda extramatrimonial.

A Carta Magna traz ainda inovações no tocante à proteção à pessoa de crianças e adolescentes, em seu art. 227, § 1º. Em seguida, veio o Estatuto da Criança e do Adolescente, legislação inovadora “descendo a minúcias em termos de proteção e assistência, além de estabelecer medidas definidoras de direitos; outras de caráter administrativo e ainda de

²⁷ BORGHI, Hélio. **União estável e casamento**: Aspectos Polêmicos. 2.ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 5.

²⁸ FIÚZA, C. op. cit., p. 894, nota 8.

punições, de modo a tornar efetiva a proteção e assistência à criança e ao adolescente”²⁹. Anterior a essa legislação, vigia no Brasil o conhecido Código de Menores — Lei 6.697/79, que substituiu o Código de Menores de 1927 — Lei Melo Matos. O Código de Menores de 1979 tinha por base a figura do menor infrator, ao contrário do Estatuto de 1990 que adota como princípio central a proteção integral, destacando-se como direitos básicos para crianças e adolescentes o direito à vida, à saúde, à liberdade, à dignidade, direito à convivência familiar e comunitária, educação e cultura, profissionalização, proteção ao trabalho, enfim, preocupação efetiva para com essas crianças³⁰ d (r)Tj 4.08163 0 Tm

Assim, a família mudou de face, mas continua sendo a base de toda sociedade e o verdadeiro caminho para se conseguir um mundo mais justo, mais solidário, mais honesto e mais humano.

A seguir, passa-se à análise do desenvolvimento histórico dos institutos de direito civil pertinentes ao presente trabalho, tais como se apresentarão, na seguinte ordem: 1) Poder Familiar; 2) Guarda; 3) Adoção; 4) Alimentos.

1.1.1 Poder Familiar

As origens do poder familiar são remotas, podendo-se dizer que, desde o surgimento da humanidade e das civilizações antigas, pais e filhos viviam nessa relação de poder e dever. Porém, em geral, tem-se como ponto de referência para seu estudo histórico o direito romano. Consoante Waldyr Grisard Filho³⁴, em Roma, o pátrio poder (hoje, sob a denominação de poder familiar) era algo análogo ao poder de propriedade, sempre exercido pelo cabeça da família sobre todos que o cercavam — filhos, escravos, esposas e outros que compusessem a família. O pai possuía um poder perpétuo sobre sua prole. Em João Andrades Carvalho³⁵ encontra-se que a família romana era um grupo com soberania própria, subordinada à figura patriarcal; o pai era senhor absoluto com poder de vida e morte sobre os filhos. Com tal poder, o pai poderia expor o filho recém-nascido, dá-lo a terceiro ou entregá-lo como pagamento indenizatório. O pátrio poder se extinguia com a morte do *paterfamilias*; excepcionalmente, era extinto com a emancipação, ou com o abandono do filho pelo pai. Com o passar do tempo, esse poder absoluto passa a sofrer restrições, até desaparecer. Já em

³⁴ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 29.

³⁵ CARVALHO, João Andrades. **Tutela, curatela, guarda, visita e pátrio poder**. Rio de Janeiro: AIDE, 1995, p. 38.

Justiniano, a propriedade dos bens passa a ser dos filhos, sendo o pai mero administrador dos mesmos.

Fujita³⁶ relata que a *patria potestas* em Roma se desenvolvia através de amplos poderes de ordem pessoal e patrimonial dados ao chefe da família. O filho era totalmente dependente do pai, nada possuindo, pois tudo que adquiria pertencia ao pai. No entanto, com o *corpus iuris civile* de Justiniano, o pai perde essa posição de detentor de poderes ilimitados, passando a ter direito de correção sobre os filhos. Isso ocorre em função da extinção do culto aos antepassados e com a diminuição da influência religiosa.

Também Borghi³⁷ destaca que, em Roma, o chefe da família possuía poderes muito vastos, pois além do poder que exercia sobre os filhos, dominava todos que estavam a sua volta — mulher, escravos e bens.

Pereira³⁸ confirma que, em Roma, o poder familiar está intimamente ligado ao aspecto religioso, sendo o *paterfamilias* o sacerdote do culto doméstico e a autoridade suprema do grupo, inclusive detendo poder de vida e morte sobre os filhos. Entretanto, a partir do século II, o poder familiar é abrandado, passando a ter uma concepção mais piedosa. Civilmente, o filho era totalmente submetido ao poder absoluto do pai, mas politicamente, o filho poderia ser reclamado pelo Estado para o exercício de função pública, ou para participar de comícios. À época do imperador Constantino, era permitida a venda de filho recém-nascido quando os pais se encontrassem em situação de extrema pobreza. Em Justiniano, porém, no século VI, o pátrio poder perde a violência inicial, embora ainda fosse rígido.

Nesse sentido, Sciascia³⁹ afirma que a *patria potestas* era “direito absoluto do pater-famílias sobre seus filhos e descendentes diretos”. E, ainda, que a *patria potestas* terminava com a morte de uma das partes, pelo casamento *cum manu* da filha e pela emancipação.

³⁶ FUJITA, J. S. op. cit., p. 294, nota 13.

³⁷ BORGHI, H. op. cit., p. 158, nota 27.

³⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 05, p. 417.

³⁹ SCIASCIA, G. op. cit., p. 31, nota 10.

Na Idade Média, o pátrio poder assume duas formas — nos países de direito escrito prevalecia a orientação romana, ou seja, todos os poderes concentrados nas mãos do pai; já os países de direito costumeiro seguiam o sistema germânico, ou seja, prevalecia o interesse do filho ao do pai; aqui o pátrio poder é tido como um direito e um dever dos pais visando à proteção dos filhos e do grupo familiar — o exercício era temporário, à mãe eram estendidas algumas funções e os filhos poderiam possuir bens⁴⁰.

No Brasil, desde o início prevaleceu a concepção romana de pátrio poder — as ordenações do Reino, o Código Civil de 1916. Segundo Pereira⁴¹, nas ordenações era conferido ao pai o poder de dirigir a educação e administrar os bens dos filhos. O Decreto 181 de 1890 concedia o pátrio poder à viúva sobre os filhos do casamento extinto pela morte, porém, o pátrio poder cessava se a viúva convolasse novas núpcias.

Denise Damo Comel⁴² lembra que nas Ordenações Filipinas o instituto possuía o mesmo rigor encontrado em Roma, pois assim o herdou a Coroa Portuguesa. Assim, tem-se que só ao pai competia o exercício do poder familiar, restando à mãe alguns direitos relativos à obediência filial; a menoridade cessava aos 25 anos, mas o pátrio poder só seria extinto se o filho não mais dependesse do pai; filhos espúrios, adulterinos e incestuosos, estavam excluídos do pátrio poder. O pai deveria educar e dar profissão aos filhos, castigá-los moderadamente e se não se corrigissem com os castigos dados, entregá-los ao magistrado para que fossem presos, devendo o pai sustentá-lo, aproveitar os serviços dos filhos sem necessidade de pagamento, defendê-los em juízo, nomear tutor.

A sociedade rural incentivava a manutenção do poder patriarcal. Sendo assim, o Código de 1916 refletia esse desejo de manutenção de uma sociedade agrária patriarcalista; nele, o pátrio poder era conferido ao marido e, em sua falta, à mulher; a mulher que casasse

⁴⁰GRISARD FILHO, Waldyr. A adoção depois do novo código civil. **Revista dos Tribunais**, Ano 92, v. 816, p. 26-38, p. 27, out. 2003.

⁴¹PEREIRA, C. M. S. op. cit., p. 419, nota 38.

⁴²COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 23.

novamente perdia o pátrio poder em relação aos filhos do primeiro leito⁴³.

Porém, com a urbanização, industrialização e a globalização esse comportamento se modifica e assim foram necessárias mudanças no quadro legislativo — o Estatuto da Mulher Casada, a Lei do Divórcio, a Constituição Federal e o ECA conferem ao pai e à mãe o cuidado com os filhos menores, estabelecendo mais uma relação de proteção e dever que de poder.

No Estatuto da Mulher Casada, entretanto, o pátrio poder é atribuído tanto ao homem quanto à mulher, porém ela o exerce em colaboração ao marido; a viúva que se casasse novamente, não perderia o poder familiar em relação aos filhos do leito anterior. Com a Lei do Divórcio, os pais decidiam a respeito da guarda dos filhos, preservando os dois o pátrio poder, nos moldes do Estatuto da Mulher Casada; porém, em havendo culpa pela separação, os filhos deveriam ficar com o cônjuge inocente. A Constituição Federal iguala todos os filhos e também os cônjuges, havendo igualdade de exercício no pátrio poder. Com o advento do Código Civil de 2002, muda-se a denominação para *poder familiar*, possuindo os cônjuges iguais direitos e deveres sobre os filhos⁴⁴.

1.1.2 Guarda

No tocante à guarda, a história acompanha o pátrio poder. Quando da separação de um casal com filhos, a lei favorecia a concessão da guarda exclusiva ao pai num primeiro momento, em seguida, passou-se a privilegiar a mãe. No sistema da *common law*, adotado nos países de língua inglesa, o qual tem por base o direito consuetudinário, o pai ficava encarregado da educação dos filhos em troca do trabalho dos mesmos. Os filhos eram propriedades dos pais e, quando advinha uma separação, estes ficavam com aqueles, pois os

⁴³PEREIRA, C. M. S. op. cit., p. 419, nota 38.

⁴⁴ COMEL, D. D. op. cit., p. 33-48, nota 42.

pais tinham melhores condições econômicas de sustentar os filhos. A partir da revolução industrial, essa realidade muda, pois os homens deixam o campo, vão para as fábricas e às mulheres passa-se a incumbência da educação dos filhos.

No Brasil, o Código Civil de 1916 preconizava que em havendo um desquite judicial, os filhos permaneceriam com o cônjuge inocente — art. 326; o parágrafo primeiro do referido artigo afirmava que em sendo ambos os cônjuges culpados, as mães teriam o direito de permanecer com as filhas enquanto menores e, com os filhos, até a idade de seis anos, sendo que, depois dessa idade, os filhos seriam entregues aos pais. Porém, após a publicação do Estatuto da Mulher Casada, ficou preconizado que se ambos os cônjuges fossem culpados, os filhos ficariam em poder da mãe, salvo se essa decisão acarretasse prejuízo moral para as crianças; essa orientação foi mantida na Lei do Divórcio.

Então, até a década de sessenta, o pai é apenas provedor, sem possuir papel direto na educação dos filhos; a partir daí, com o ingresso da mulher no mercado de trabalho, tal realidade muda novamente — os pais passam a assumir mais responsabilidades nos lares e passam a cuidar e participar mais ativamente da vida dos filhos. Assim, surge um novo momento nos arranjos de guarda e visitação, acordos de guarda compartilhada passaram a ser propostos nos tribunais a fim de manter esse vínculo com os dois pais na criação dos filhos pós-ruptura conjugal. Hoje, o sistema de guarda conjunta está em discussão e vem sendo implantado em todo o mundo, como proposta a minimizar os danos que uma separação acarreta aos filhos.

1.1.3 Adoção

Segundo Sílvio de Sálvio Venosa⁴⁵, a adoção já existia na Antiguidade como forma de

⁴⁵ VENOSA, Sílvio de Sálvio. **Direito civil: direito de família**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 420.

perpetuação do culto doméstico. Na Grécia, era uma forma de manutenção do culto familiar pela linha masculina. Porém é no Direito Romano que o instituto se difunde e se define precisamente, como forma de se evitar o desaparecimento do grupo familiar, assegurando ao homem sem descendentes a perpetuação do nome e do culto doméstico. Em todos esses modelos prevalecia a idéia de que a adoção deveria imitar a natureza, princípio que sobrevive até hoje.

Diversos autores concordam que dentre os povos orientais o instituto já era conhecido. Caio M. S. Pereira, Hélio Borghi, Antônio Chaves, Waldyr Grisard Filho, dentre outros, relatam que o Código de Hamurabi e o de Manu já traziam dispositivos tratando de adoção.

Grisard Filho⁴⁶ afirma que o Código de Hamurabi dispunha que “se um cidadão adotou uma criança desde o seu nascimento, essa criança adotada não pode ser reclamada”; também recorda que a própria Bíblia sagrada, no livro do Deuteronômio, obrigava o

Venosa⁴⁹ também relata que existiam as mesmas duas formas de adoção no Direito Romano — a *adoptio* e a *adrogatio*. Pela primeira, adotava-se uma pessoa que abandonava seu culto para assumir o do adotante, passando a ser seu herdeiro. A segunda era modalidade pertencente ao direito público, abrangia o adotando, sua família, filhos e mulher; só era possível quando o ad-rogante fosse um *pater-familias* sem herdeiros homens — toda a família era acolhida e extinguia-se o culto doméstico da família ad-rogada. A *adoptio* era destinada aos incapazes — aqueles que estivessem sob pátrio poder. Em ambas as modalidades exigia-se idade mínima de sessenta anos para o adotante e uma diferença de idade de 18 anos entre adotante e adotado. Mais adiante, já na época de Justiniano, duas formas de adoção eram conhecidas — a *plena* (realizada entre parentes), e a *minus plena* (realizada por estranhos). Acentua-se, aí, a idéia de que a adoção deveria imitar a filiação natural.

Borghi⁵⁰ acrescenta que a *adrogatio* revelava importância social, sendo sua solenidade exercida em praça pública, havendo comício e votação pelos interessados. Confirma as constatações de Venosa citadas no parágrafo anterior e ainda esclarece que as formalidades desaparecem na época de Justiniano, prevalecendo apenas o acordo de vontades entre as partes, como também a *adrogatio* desaparece no período.

Alguns autores constatarem que existia, em Roma, três tipos de adoção. Pereira⁵¹ fala na *adoptio per testamentum*, na *adrogatio*, e na *datio in adoptionem*. A primeira forma, não analisada acima, é referente à declaração de última vontade por meio de testamento — era destinada a produzir efeitos depois da morte do testador. Não era muito utilizada, mas por esse modo foi adotado Otávio Augusto, por Júlio César, ambos imperadores. As mesmas três formas de adoção em Roma são citadas por Fujita⁵² — ad-rogação, adoção propriamente dita e a adoção testamentária. Pela primeira, adotava-se uma pessoa e todos os seus descendentes,

⁴⁹ VENOSA, S. S. op. cit., p. 330, nota 45.

⁵⁰ BORGHI, H., op. cit., p. 125, nota 27.

⁵¹ PEREIRA, C. M. S. op. cit., p. 387, nota 38.

⁵² FUJITA, J. S. op. cit. p. 274, nota 13.

havendo intervenção do poder público; pela segunda, adotava-se apenas o incapaz, com intervenção de um magistrado e extinção do pátrio poder do pai natural para a transferência ao adotante; por fim, a testamentária era feita por testamento. Sônia Maria Monteiro⁵³ enumera, também, as mesmas três formas de adoção.

Já na Idade Média, segundo Marco Aurélio S. Viana⁵⁴, o instituto perde importância, por ser contrário aos interesses dos senhores feudais. Borghi⁵⁵ comprova que a Igreja Católica também contribuiu para que tal declínio ocorresse, pois temia que a adoção legitimasse filhos não matrimoniais, desestimulando o casamento, além de facilitar a venda simulada de crianças. Os senhores feudais temiam, com a adoção, a divisão das riquezas acumuladas. O mesmo autor, em outro artigo, diz que a Igreja via a adoção como adversária do casamento, pois não precisariam mais casar para ter quem lhes amparasse na velhice; sendo assim, a legislação canônica só acolheu a adoção em casos especiais⁵⁶. Também Grisard Filho⁵⁷ confirma que a adoção desapareceu na Idade Média por influência da Igreja Católica, sob os mesmos argumentos expostos acima.

Na Idade Moderna, o instituto volta a ser objeto de atenções a partir da Revolução Francesa. Em praticamente todas as legislações modernas admite-se a adoção. Ressurgiu em 1683, no Código dinamarquês; depois, no Código da Prússia, em 1751 e no Código da Bavária em 1756. Na França, em particular, o Código Napoleão, de 1804, regulou o instituto para atender o interesse do próprio imperador que desejava adotar um sobrinho para que o mesmo lhe herdasse o trono⁵⁸.

No Brasil, passou a ser acolhida no Código Civil de 1916. Depois vieram a Lei 3.313/57, a Lei 4.655/65, a Lei 6.697/79 — Código de Menores, o ECA e o Código Civil de

⁵³ MONTEIRO, Sônia Maria. **Aspectos novos da adoção**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 12.

⁵⁴ VIANA, Marco Aurélio S. **Da guarda, da tutela e da adoção** (no estatuto da criança e do adolescente). 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 71.

⁵⁵ BORGHI, H. op. cit., p. 125, nota 27.

⁵⁶ BORGHI, Hélio. A nova adoção no direito civil brasileiro. **Revista dos Tribunais**, Ano 79, v. 661, p. 242 - 246, nov. 1990.

⁵⁷ GRISARD FILHO, W. op. cit., p. 26, nota 40.

⁵⁸ Idem, p. 28, nota 40.

2002. Borghi⁵⁹ assegura que antes da elaboração do Código Civil de 1916 a adoção não era regulamentada de forma sistematizada, porém, cita algumas referências na legislação em vigor à época: ordenações Filipinas, Lei de 22.09.1828, Consolidação de Teixeira de Freitas, Decreto n. 181, de 24.01.1890.

Salienta o autor, que o Código Civil de 1916 regulava a adoção da seguinte forma: o adotante deveria ter idade mínima de 30 anos; se casado o adotante, a união deveria ter no mínimo cinco anos; os efeitos da adoção eram limitados a adotante e adotado; diferença de idade de dezesseis anos entre adotante e adotado; o adotando deveria manifestar seu consentimento para a adoção ou o seu representante legal; o ato era feito por escritura pública; não se extinguíam os vínculos com a família natural, apenas no que tocasse ao pátrio poder, que era transferido ao adotante; a adoção poderia ser dissolvida por convenção das partes⁶⁰. Porém, Monteiro⁶¹ explica que a redação originária do Código previa que somente maiores de 50 anos poderiam adotar; a diferença de idade entre adotante e adotado deveria ser de 18 anos; exigia-se escritura pública; havendo superveniência de prole, a herança do adotado era reduzida à metade do que correspondesse a cada um dos filhos; além das demais características citadas acima. As mudanças no tocante à idade mínima do adotante e a diferença de idade entre adotante e adotado vieram com a Lei 3.133/57, a qual diminuiu a idade para trinta anos, podendo o adotante adotar independente de possuir prole legítima ou ilegítima. A diferença de idade entre adotante e adotado passa para dezesseis anos; casais podem adotar após cinco anos de matrimônio.

Em 1965 é editada a Lei 4.655, inserindo no ordenamento a legitimação adotiva, mantendo-se a adoção prevista no Código Civil. Em Fujita⁶² consta que a legitimação adotiva estabelecia um vínculo mais forte entre adotado e adotante, pois se rompiam os laços entre o

⁵⁹ BORGHI, H. op. cit., p. 128, nota 56.

⁶⁰ BORGHI, H. op. cit., p. 128-131, nota 56.

⁶¹ MONTEIRO, S. M. op. cit., p. 36, nota 53.

⁶² FUJITA, J. S. op. cit., p. 389, nota 13.

adotado e sua família natural; assemelhava-se a uma filiação biológica. Borghi⁶³, por sua vez, enumera as hipóteses em que era cabível a legitimação adotiva, conforme o artigo primeiro da Lei:

- a) infante cujos pais fossem desconhecidos;
- b) infante exposto, cujos pais tivessem declarado por escrito que o mesmo podia ser dado;
- c) menor até sete anos, cujos pais tivessem sido destituídos do pátrio poder;
- d) órfão até sete anos, que não tivesse sido reclamado por qualquer parente, até pelo menos um ano;
- e) filho natural, apenas reconhecido pela mãe, que não tivesse condições de possibilitar subsistência ao mesmo.

Sendo assim, tem-se que o instituto era destinado a acolher os menores carentes. Após um tempo, surgiu necessidade de novas modificações no instituto da adoção, o que acabou por extinguir do ordenamento a legitimação adotiva quando do surgimento da Lei 6.697/79, conhecida como Código de Menores.

Pelo Código de Menores, duas novas formas de adoção foram instituídas — a adoção simples, destinada a menores em situação irregular e a adoção plena, que substituiu a legitimação adotiva estendendo o vínculo da adoção a toda família do adotante; mas a Lei ainda mantinha a adoção prevista no Código Civil de 1916⁶⁴. Borghi⁶⁵, contudo, declara que ambas as adoções, a simples e a plena, eram destinadas a menores em situação irregular — a plena era destinada a menores até 7 anos de idade e a simples, destinada a menores até 18 anos de idade. Ainda segundo o autor, a adoção simples necessitava de prévia autorização judiciária, podendo o adotado utilizar o apelido da família; era necessário estágio de convivência entre o menor e os pais adotantes, dispensando-se o estágio se o adotando tivesse menos de um ano de idade. A adoção plena era irreversível, assumindo as partes parentesco legal, estendendo o vínculo a toda a família do adotante. Já na adoção simples, os vínculos de parentesco se restringem a adotante e adotado, não se rompiam os laços de sangue com a

⁶³ BORGHI, H. op. cit., p. 132, nota 56.

⁶⁴ GRISARD FILHO, W. op. cit., p. 29, nota 40.

⁶⁵ BORGHI, H. op. cit., p. 245, nota 56.

família original, havendo exclusão da sucessão hereditária em havendo filhos legítimos.

Após onze anos de vigência do Código de Menores, é promulgado o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90, a qual ainda disciplina a matéria da adoção, hoje sendo aplicada subsidiariamente ao Código Civil vigente. Ao contrário do Código de Menores, o Estatuto é dirigido a todos os menores, acolhendo a teoria da proteção integral à criança e ao adolescente, não mais regulando apenas sobre menores em situação irregular. Quando da vigência do Código Civil de 1916, o ECA era aplicado à adoção de menores de 18 anos e o Código destinava-se à adoção de maiores de dezoito. Dessa forma, continuavam existindo duas formas de adoção, a plena (ECA) e a simples (Código Civil). Tal distinção já não existe, contudo, sob a égide do Código Civil de 2002.

Por fim, a adoção, desde o Código de Hamurabi até os dias de hoje sofreu profundas modificações no tocante à sua estrutura e finalidade. O que antes era concebido para a perpetuação do culto doméstico, para a perpetuação do nome, para a transmissão de reinados, para a transmissão de bens, como meio de contentar pais inférteis, é hoje, no século XXI, concebida com a intenção de proteção à criança, visando ao seu melhor interesse, visando à sua proteção.

1.1.4 Alimentos

Conforme Áurea Pimentel Pereira⁶⁶, os alimentos eram tidos como dever moral, nas primeiras civilizações, não havendo regra jurídica que impusesse a obrigação. Com o nascimento de normas que disciplinassem o direito de família, os alimentos passaram a ser reivindicados com fundamento em uma relação jurídica, assumindo característica de dever

⁶⁶ PEREIRA, Áurea. Pimentel. **Alimentos**: no direito de família e no direito dos companheiros. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 08.

legal. Fujita⁶⁷, por sua vez, afirma encontrar o instituto no direito romano, porém tinha um caráter mais moral que obrigacional — consistia em uma ajuda entre os parentes. Borghi⁶⁸ assegura que o instituto existe desde a Antigüidade. Na Grécia, o pai tinha o dever de educar a prole, sendo que os alimentos também atingiam a mulher viúva ou divorciada e, no caso desta, até a devolução do dote. No direito romano, os alimentos eram tidos como dever moral e de caridade; na Idade Média, o dever de alimentos era associado à noção de coabitação dos cônjuges e à noção de educação e criação da prole.

Conforme Yussef Said Cahali⁶⁹, no direito romano, a obrigação alimentícia era fundada em várias causas, ou na convenção, no testamento, na relação familiar, na relação de patronato ou na tutela. Porém, o autor coloca que não há registros no início da legislação romana da obrigação alimentícia com base do direito de família; isso por que os vínculos de família eram estritamente ligados ao pátrio poder, sendo assim, todos os direitos estavam com o pai, não havendo obrigação deste para com os demais membros. A partir do principado, reitera o autor, o conceito de família se modifica, adquirindo, o vínculo de sangue, maior importância, transformando-se o dever moral de socorro em obrigação jurídica. Em Justiniano, já é pacífica a obrigação alimentar com fundamento jurídico, e recíproca entre ascendentes e descendentes, cônjuges e entre irmãos. Pereira⁷⁰ diz que, no direito romano, os alimentos prestados à esposa refletiam a situação de inferioridade e discriminação em que vivia a mulher, assim como os filhos e escravos, os quais estavam submetidos à autoridade do *pater familias*.

Cahali⁷¹, ainda afirma que o direito canônico preconizou bastante as obrigações alimentares, inclusive no tocante à esfera extrafamiliar. Relações de clero, monastério, patronato, exigiam alimentos. Além dessas, a Igreja se via obrigada a dar alimentos aos

⁶⁷ FUJITA, J. op. cit., p. 315, nota 13.

⁶⁸ BORGHI, H. op. cit., p. 184, nota 56.

⁶⁹ CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 41.

⁷⁰ PEREIRA,

asilados e questionava-se se os padrinhos deviam alimentos aos afilhados.

No Brasil, também consoante Cahali⁷² a primeira notícia que se tem do instituto é nas Ordenações Filipinas — Liv. 1, Tít. LXXXXVIII, 15, o qual dispunha sobre a proteção aos órfãos; e Liv. 1, Tít. LXXXXVIII, 11; cc Liv. 4, Tít. XCIX, 1º os quais dispunham sobre a assistência devida aos filhos ilegítimos. Em seguida, o Código Civil de 1916 cuidou da obrigação jurídica alimentar familiar como efeito jurídico do casamento, ou seja, mútua assistência entre os cônjuges, dever de sustento, guarda e educação dos filhos ou decorrentes das relações de parentesco. Depois, vieram algumas leis, como o Dec.-lei 3.200/41, que disciplinava sobre a proteção à família; a Lei 5.478/68, que dispunha sobre a ação de alimentos; a Lei 8.560/92 que regulamenta a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento entre outras, até o advento do Código Civil de 2002, que disciplina a matéria atualmente.

Enfim, verificou-se, neste capítulo, que a origem da família remonta à pré-história, confundindo-se, a chamada célula elementar da sociedade, com a própria história da humanidade. Evoluiu, através dos tempos, sofreu várias mutações e hoje, devido ao avanço tecnológico, à internet e à globalização, a família-tipo perde terreno para a família moderna, não havendo mais distinção de papéis exercidos pelo pai ou pela mãe.

Assim também a família monoparental sempre existiu de fato, desde a Antiguidade, embora não encontrasse proteção no mundo jurídico.

Portanto, feita esta constatação, cabe, a seguir, verificar os problemas psicológicos acarretados aos filhos desta entidade familiar, em decorrência da falta de um dos pais no lar, a fim de não serem mais tais famílias relegadas ao descaso.

⁷² CAHALLI, Y. S. op. cit., p. 46, nota 69.

2 A FALTA DE UM DOS PAIS NO LAR E OS PROBLEMAS PSICOLÓGICOS ACARRETADOS AOS FILHOS

Acredita-se, no senso comum, que o modelo ideal de família para a criação, educação e desenvolvimento das crianças é a família nuclear, ou seja, aquela composta pelos pais e seus filhos. Lee Salk⁷³ afirma que a família é o meio ideal para as crianças se criarem, pois elas precisam de um ambiente familiar, um lar seguro e acolhedor para que suas necessidades sejam melhor supridas. Nos anos cinquenta, o modelo típico de família é este nuclear, formado só pelos pais e crianças no qual se preserva melhor a vida privada e pessoal de seus membros, pois não se vive mais com avós, tios, entre outros, conforme é relatado por Andrew J. Cherlin⁷⁴ em estudo realizado nos Estados Unidos sobre casamentos, divórcios e suas estatísticas sociais.

Ocorre, porém, que com o passar do tempo, esse tipo de família passou a sofrer interferência de fatores externos que a abalaram. Sendo assim, nem sempre as crianças têm possibilidade de crescer em um lar completo, o que ocasiona certas deficiências no desenvolvimento infantil. O presente capítulo tem por finalidade analisar os efeitos que a falta de um dos pais no lar gera nas crianças e, a partir da constatação desses efeitos, buscar respostas na psicologia infantil que amenizem essas conseqüências. Tenta-se analisar a falta da mãe e também do pai nos diferentes estágios etários de desenvolvimento da criança e do adolescente, destacando maior ênfase no papel do pai na educação dos filhos, pois é ele que, em 90% dos casos de famílias monoparentais, está ausente.

Logo ao nascer, o ser humano depende irrestritamente de seus pais para poder sobreviver. A mãe é quem supre a maioria das necessidades dos filhos nesse estágio, que são

⁷³ SALK, Lee. **O que toda criança gostaria que os pais soubessem**. 2.ed. Rio de Janeiro: Record, 1972, p. 15.

⁷⁴ CHERLIN, Andrew J. **Marriage, divorce, remarriage**. Cambridge, M.A. Harvard University Press, 1992, p. 28.

alimentação, higiene, proteção. Segundo Paul Mussen⁷⁵, as relações iniciais entre mães e filhos são de grande importância para o desenvolvimento da personalidade da criança; mais tarde, são as atitudes dos pais e o meio familiar que exercem maior influência nesse intuito. A primeira fase de aprendizagem social ocorre no lar. O mesmo autor ainda reitera que na primeira infância, a falta de afeto, privações e maus-tratos geram crianças inativas, infelizes e perturbadas emocionalmente. Nesse sentido, Arthur Jersild⁷⁶ também ensina que se a criança não recebe cuidados adequados da mãe dos seis meses ao primeiro ano de vida, pode sofrer danos difíceis de remediar, apresentando, por exemplo, dificuldade no desenvolvimento da linguagem, na leitura e assim por diante. Essa falta de cuidados maternos gera abalos emocionais, apatia, ansiedade, não sendo, muitas vezes, percebida fisicamente.

Os pais são também importantes na socialização da criança, principalmente nos seus dois primeiros anos de vida. Mussen⁷⁷ e outros definem a socialização como “o processo pelo qual as crianças aprendem os padrões, valores e comportamentos esperados em sua cultura e sociedade”. Na mesma obra, tem-se que a família é a parte mais importante do ambiente da criança, visto ser ela o agente primário de socialização e o mais influente na modelação da personalidade do indivíduo ao transmitir valores, crenças e normas da cultura.

Com o passar dos anos, as crianças se vêm envolvidas em um ambiente social complexo: escola, irmãos, babás, vizinhos, animais, etc. Dos três aos seis anos, a criança nota que seu mundo não se resume a sua mãe e vê que há outras pessoas a sua volta; o pai passa a ter maior relevância nesse momento e, por isso, Paul Osterrieth⁷⁸ afirma ser esse um momento em que os pais deveriam estar unidos para que a criança perceba a diferença entre o mundo masculino e o feminino e seus diferentes papéis. Como já dito, o papel do pai começa a ser

⁷⁵ MUSSEN, Paul H. **O desenvolvimento psicológico da criança**. 6.ed. Rio de Janeiro: Zahar 1972. p. 14

⁷⁶ JERSILD, Arthur. **Psicologia da criança**. Belo Horizonte: Itatiaia, 1973. p. 35 e 153.

⁷⁷ MUSSEN, Paul H. et al. **Desenvolvimento e personalidade da criança**. 3.ed. São Paulo: Harbra, 1995. p. 185.

⁷⁸ OSTERRIETH, Paul. **Introdução à psicologia da criança**. 4.ed. São Paulo: Nacional, 1967, p. 138.

sentido pela cri

estabelecer esse estilo competente de educação filial em famílias nucleares, em que os pais estão dispostos a conversarem e estipularem os limites e, também, dedicarem-se de forma mais amorosa às crianças — mas isso não será impossível de acontecer em uma família monoparental. No mesmo sentido afirmam Mussen e outros, crianças com bom desempenho têm pais afetuosos e envolvidos com elas; “uma relação positiva entre pai e filho forma uma base para a criança aceitar as expectativas e exigências dos pais”⁸². A competência social da criança é aumentada com o afeto dos pais; já a rejeição gera comportamentos anti-sociais e agressivos.

Na adolescência, novos fatores surgem e os pais passam a ter que enfrentar outros problemas. Os cuidados iniciais da infância já são dispensáveis, o adolescente já é capaz de sobreviver sozinho, mas isso não significa que ele não dependa de carinho e orientação. Nessa fase, as incertezas são muitas e, por isso, o diálogo se faz muito mais freqüente entre pais e filhos. Mussen e outros⁸³ concordam que, principalmente no início da adolescência, a orientação e apoio dos pais são muito importantes; em meio a tantas mudanças, os jovens precisam de segurança e estabilidade para ampará-los. Ressaltam que a comunicação familiar auxilia na formação da identidade do adolescente e na sua maturidade. Nessa fase, os conflitos entre pais e filhos aumentam, pois os adolescentes passam a questionar certas regras impostas pelos pais; o conflito, porém, não significa que as relações entre pais e filhos estão se desfazendo e, sim, é sinal de um desenvolvimento saudável para o processo de individuação e separação entre pais e filhos⁸⁴.

Nota-se que o pai precisa participar do desenvolvimento de uma criança, porém, por muito tempo, não se associava a imagem do pai a trocar fraldas, a beijar os filhos, a demonstrar carinho e amor por eles. A sociedade sempre considerou essas tarefas como femininas, sendo o pai apenas provedor de bens materiais. Hoje, essa posição se inverteu, pais

⁸² MUSSEN, P. H. et al. op. cit., p. 325, nota 77.

⁸³ Idem., p. 544 e 546.

⁸⁴ BEE, H. op. cit. p. 320, nota 79.

e mães se dedicam mutuamente no cuidar dos filhos, apesar de ainda ser maior o contato entre mãe e filhos no início da vida. Nesse contexto, muito se discute sobre a paternidade afetiva. No auge do desenvolvimento genético, com a precisão dos testes de DNA, discute-se se basta um laço de sangue para ser pai juridicamente. O ato de registrar um filho dá a este um pai? É suficiente ter um pai biológico? Luiz Edson Fachin⁸⁵ analisa essas questões, salientando que a base da paternidade se dá com os cuidados na alimentação, na instrução, no carinho no tratamento, não bastando o mero vínculo biológico para configurar a paternidade. Fala ainda na posse de estado de filho, ou seja, o filho adquire essa posição se assim se comportar perante o pai, ainda que não o chame de pai; se o chamamento ocorrer, mais que configurada está a paternidade. Ressalta, ainda, que com os novos rumos tomados pelo direito de família, a concepção de filiação não poderia permanecer intacta — circunstâncias de amor e afeto se tornam mais significativas nos laços de paternidade. A descendência genética é dada, é uma informação obrigatória, enquanto que a afetiva é construída, é conquistada nos detalhes e no desejo de querer ser pai e ser filho. Diante dessa realidade, o autor questiona se é inevitável ter a paternidade declarada, se o filho pode optar por não ter um pai biológico. São questionamentos pertinentes, pois enquanto as mães solteiras brigam nos tribunais discutindo a paternidade e uma pensão alimentícia, ninguém questiona se essa paternidade poderia vir a ser suspensa no futuro por vontade do filho. O filho é obrigado a ter um pai em seu registro que ele não considera como tal? Muitas famílias são reconstituídas após uma separação, ou muitas mães solteiras podem se unir a um parceiro e, nesses casos, muitas vezes, o terceiro se torna realmente o pai da criança no lugar do pai biológico. Paulo Luiz Netto Lobo⁸⁶, alude a que “os tribunais têm entendido que os filhos podem, a qualquer tempo, pleitear a paternidade que imputam a alguém, não prevalecendo a presunção *pater is est* nem o registro público de nascimento”. Nesse sentido, dispõe o art. 1.614 do Código Civil: “O filho maior não pode ser

⁸⁵ FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade**: relação biológica e afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 73.

⁸⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio da afetividade na filiação. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 03, p. 35-41, jul.-set. 2000.

reconhecido sem o seu

guarda dos filhos, ou uma melhor regulamentação do regime de visitas. Assim é narrado por Evani Zambom Marques da Silva⁸⁹ que cita ser cada vez mais constante o interesse dos pais pelos filhos nas varas de família. A autora fala em um pátrio dever, ou seja, os pais procuram cumprir com seu dever de ser pai — sustento, educação, criação, afeto. Não é necessário mais esperar uma decisão judicial para que o pai assuma sua responsabilidade após uma separação, ou após o nascimento de um filho fora de um casamento — as responsabilidades impostas pela decisão judicial já são cumpridas antes da definição legal. É o surgimento de um pai ativo — e este não precisa ser necessariamente o pai biológico — como já analisado. Após uma separação, a vida familiar continua e nem sempre essa nova realidade faz com que pais e filhos se afastem. Apesar dessas inovações, é necessário salientar que esses pais ainda são minoria e que a realidade mostra que os filhos de família monoparental vivem em condições precárias e muitas vezes em condições de pobreza. Conforme exposto por Cherlin⁹⁰, mulheres separadas e divorciadas com filhos acreditam que sua situação econômica se deteriorou. Aquelas que estavam fora do mercado de trabalho antes da separação encontram dificuldades em adentrá-lo; as que estavam empregadas acreditam que seus vencimentos não são suficientes para sustentar uma família. Os pais divorciados nunca continuam sustentando seus filhos como deveriam e por isso é possível notar que as famílias monoparentais sempre experienciam um declínio no padrão de vida em relação ao que tinham quando eram biparentais. O autor ainda mostra dados estatísticos do censo de 1980 nos Estados Unidos que comprovam que 9% da população na linha de pobreza é casada; 18% vive em união estável e 47% correspondem a mães que vivem com seus filhos. Os dados são semelhantes no Brasil — conforme a PNAD de 2001⁹¹: a média salarial em Reais das mães com filhos menores de 14 anos é de R\$ 291,92, e a do casal com filhos menores de catorze anos é de R\$ 786, 78 —

⁸⁹ SILVA, Evani Zambom Marques da. **Paternidade ativa na separação conjugal**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1998, p. 45.

⁹⁰ CHERLIN, A. J. op. cit. p. 73, nota 74.

⁹¹ Fonte: IBGE, PNAD 2001 – Disponível em: <http://www.ibge.gov.br>. Acesso em: 20.06.2003.

diferença considerável que demonstra a não igualdade de condições de vida entre famílias bi e monoparentais. Frank F. Furstenberg e Andrew J. Cherlin⁹² relatam que Irwin Garfinkel desenvolveu um sistema para amenizar a falta de recursos com que contam essas mães: o pai que não detivesse a custódia deveria pagar uma proporção fixa do salário que variasse conforme o número de filhos — de 17% para um filho a 34% para cinco filhos ou mais.

Cabe ressaltar que esse novo papel de pai ativo que alguns pais assumem é de fundamental importância a fim de se estabelecer uma educação de tipo competente para as crianças, ou seja, aquela educação com nível equilibrado de controle e carinho aos filhos. Espera-se que essa seja uma postura que se assuma na sociedade para que se revertam as estatísticas que mostram as famílias monoparentais à margem da sociedade. Furstenberg Jr. e Cherlin⁹³ asseguram que estudos comprovam que os pais que visitam seus filhos com maior regularidade contribuem com mais recursos para o sustento das crianças. Na verdade, isso prova que os pais que visitam mais são aqueles que possuem maior comprometimento em relação à criação de seus filhos; por isso deve-se incentivar o aumento no nível de compromisso que a maioria dos pais tem em relação aos filhos, ou seja, deve-se incentivar a paternidade ativa.

Em meio a todas essas discussões, cabe ainda ressaltar o efeito da falta de um dos pais no lar, principalmente o elemento paterno, quando ocorre uma separação, um divórcio, ou quando a mãe se vê obrigada a assumir a maternidade sozinha. Constata-se que os desentendimentos entre os pais acarretam desajustamentos emocionais nos filhos, tornando difícil para as crianças aprenderem reações maduras emocionalmente. Afirma-se, também, que a maioria dos casos de delinquência juvenil retrata um histórico de famílias desajustadas e lares perturbados⁹⁴. Salk⁹⁵ considera, ainda, que algumas discussões são normais entre casais,

⁹² FURSTENBERG JR., Frank F.; CHERLIN, Andrew J. **Divided families**: what happens to children when parents part. United States: Harvard University Press, 1995, p. 17.

⁹³ Idem, p. 73.

⁹⁴ MUSSEM, P. op. cit. p. 113, nota 75.

porém, quando elas começarem a ficar sérias, a ponto de culminar em uma separação, os filhos devem ser informados das desavenças para que não se surpreendam com um lar desfeito de repente; é importante frisar aos filhos que eles não são os causadores da separação, pois essa dúvida paira na mente da maioria das crianças. Depois da ocorrência de acontecimentos como a morte ou novo casamento do pai ou da mãe, a criança passa por um período de regressões afetivas⁹⁶. C. I. Sandström⁹⁷ assevera que as conseqüências que um lar desfeito gera na criança variam conforme o caso; geralmente, o divórcio é seguido de um período longo de tensão emocional e discórdia na criança; um lar desfeito, na maioria das vezes, tem efeitos prejudiciais. Nesse sentido, Furstenberg Jr. e Cherlin⁹⁸ dizem que antes de se separar definitivamente, o casal passa por uma ou mais separações temporárias (podendo esse período variar em meses ou anos), o que deixa as crianças em um prolongado período de incertezas e confusões. Reiteram, ainda, que quando a separação ocorre, a freqüente inabilidade dos casais para negociar um divórcio emocionalmente com sucesso traz profundas conseqüências para as crianças. Dificuldades surgem, também, quando a mãe se vê obrigada a assumir a maternidade sozinha; as mães solteiras se deparam com maiores obstáculos para educar seus filhos, pois enfrentam problemas financeiros, com maior carga de trabalho e se sentem mais solitárias. O mesmo acontece com as mães divorciadas e separadas que permanecem com seus filhos. É comum, após a dissolução do casamento, a mulher ficar com os filhos e, sendo assim, ela acaba assumindo a maioria das responsabilidades para o sustento dos mesmos. Mesmo quando os pais são presentes, eles assumem um papel mínimo no cuidado do dia a dia e de supervisão das crianças⁹⁹.

Os autores divergem, no entanto, no tocante aos arranjos familiares e de moradia em

⁹⁵ SALK, L. op. cit., nota 73.

⁹⁶ OSTERRIETH, P. op. cit. p. 144, nota 78.

⁹⁷ SANDSTRÖM, C. I. **A psicologia da infância e da adolescência**. 2.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1969.

⁹⁸ FURSTENBERG Jr., F. F.; CHERLIN, A. J. op. cit. p. 21 e 24, nota 92.

⁹⁹ Idem, p. 36 e 48.

famílias com um único genitor. Mussen e outr

que seguem o divórcio, as crianças se tornam agressivas, vingativas, zangadas e deprimidas, ocorrendo piora no desempenho escolar. Para suavizar esses efeitos, a autora sugere também atitudes a serem adotadas: tentar fazer com que não ocorram muitas mudanças na vida da criança — se possível, manter na mesma escola, não mudar de casa, manter as amizades, etc; fazer o possível para que o pai que não ficou com a custódia tenha contato com os filhos; não demonstrar conflitos existentes entre os ex-cônjuges na presença dos filhos; não falar depreciativamente do outro cônjuge na presença das crianças — são algumas sugestões para que as crianças não sintam tantos impactos com a separação ou divórcio. Quanto à guarda, a autora também sugere que o sistema de guarda compartilhada parece ser o ideal, embora não haja pesquisas que comprovem o dado cientificamente; salienta, então, que seja qual for o tipo de guarda adotado, o importante é que os pais consigam manter o controle das crianças e proximidade emocional com ambos os pais. Se essa estrutura for mantida, apenas o processo do divórcio gera problemas às crianças, depois elas se adaptam facilmente. O processo de mudança se tornará muito menos penoso se a família puder contar com apoio emocional de outras pessoas, como amigos, familiares e demais redes sociais, sendo, por isso, importante cultivar esses laços sociais durante toda a vida, não vivendo a família isolada, pois pode ser que a família se sinta sozinha quando precisar de apoio, caso tenha vivido no isolamento até aparecerem as dificuldades.

Também atesta Cherlin¹⁰⁴ que os dois primeiros anos após o divórcio constituem o período de crise. Geralmente as mães permanecem com as crianças e as rotinas mudam – os filhos passam a ter refeições irregulares com maior frequência; os horários de sono mudam, etc. Além disso, essas mães contam com pouca ajuda financeira dos pais; as mulheres, após o divórcio, caem de classe social e levam seus filhos juntos; mudam-se para lugares mais baratos, com uma vizinhança menos desejável; aumentam o tempo de trabalho e diminuem o

¹⁰⁴ CHERLIN, A. J. op cit., p. 78, nota 74.

tempo com as crianças. A separação gera um período de intensa tristeza nos filhos, variando conforme a idade dos mesmos — crianças em idade pré-escolar ficam assustadas e confusas, tendendo a crer que são culpadas pela situação; crianças mais velhas, com idade entre sete e doze anos, expressam raiva e adolescentes entendem melhor as razões do divórcio, mas se preocupam com os efeitos que a separação produzirá no seu futuro.

O autor supra-citado reitera que, de acordo com pesquisas, crescer em uma família monoparental está associado a menores chances de sucesso na vida adulta, sendo que, para minimizar esses efeitos, o genitor que detiver a guarda das crianças, deve conseguir manter uma rotina ordenada, garantindo uma educação que combine afeto e envolvimento com um controle responsável, e também se não houver muitos conflitos entre os pais separados¹⁰⁵.

De todo o exposto é possível concluir que os traumas adquiridos pela criança acompanharão a mesma em todo o seu crescimento, por isso é de grande importância a busca por um bom desenvolvimento de crianças e adolescentes. Tudo leva a crer que os filhos de famílias monoparentais apresentarão maiores dificuldades no seu desenvolvimento devido à ausência de um dos pais no lar; porém, como visto, esses efeitos maléficos podem ser minimizados se houver cooperação dos pais, da família e da sociedade. Conforme descrito acima, porém, a simples manutenção de um lar biparental já desfeito, ou seja, onde não haja amor, afeto e respeito entre os conviventes, será pior para o desenvolvimento dos filhos. Além disso, diversos são os fatores que influenciam na educação de uma criança: família, escola, televisão, meio social em que vivem; por isso, não se pode atribuir toda a responsabilidade pela criação aos pais, embora sejam esses os principais fomentadores. É muito comum, em todo o ambiente social em que se desenvolve uma criança, dar-se mais importância às dores físicas que às emocionais; nas escolas, é mais importante uma nova sala de aula que contratar uma psicóloga para crianças com problemas emocionais; na família e nos ambientes sociais, a

¹⁰⁵ CHERLIN, A. J. op. cit., p. 85, nota 74.

criança está bem se não está chorando ou sangrando. O diálogo é escasso e as preocupações de adultos para com as crianças nunca atingem o emocional; as crianças não expressam suas dores e os adultos não procuram examinar esses problemas. Essa realidade deve mudar; as crianças, frutos de famílias monoparentais, precisam de apoio psicológico, precisam ser tratadas com mais afeto, amor e carinho. Procurar-se-á encontrar no direito maneiras de tornar a vida dessas crianças e jovens menos penosa, tanto no tocante às dificuldades patrimoniais, quanto nas dificuldades emocionais pelas quais passam.

Por outro lado, pergunta-se: como pode o direito resolver problemas emocionais e afetivos dentro da entidade monoparental? Não se caracterizaria, assim, uma ingerência do Estado na vida do indivíduo?

Antes de responder a tais perguntas, necessário se faz analisar a legislação civil, em pertinência ao presente trabalho, a fim de se encontrar no direito maneiras de minimizar os problemas enfrentados pelos filhos das famílias monoparentais.

3 O CÓDIGO CIVIL DE 2002 E A ENTIDADE MONOPARENTAL: DA PROTEÇÃO DA PESSOA DOS FILHOS; PODER FAMILIAR; ADOÇÃO E ALIMENTOS

O presente capítulo tem por finalidade a análise de institutos do Código Civil de 2002 que se fazem importantes para o deslinde da proposta em estudo, ou seja, como o direito pode atuar para dar condições de vida digna aos filhos das famílias monoparentais. O Código Civil em seu Livro IV (Do Direito de Família), apesar de não dispor especificamente sobre famílias monoparentais, traz institutos que contribuirão para a análise em questão. Sendo assim, pretende-se abordar o capítulo XI do título I desse diploma legal que dispõe a respeito da proteção da pessoa dos filhos, em um estudo voltado para a guarda das crianças quando da ruptura do lar conjugal; também o capítulo IV, do subtítulo II desse mesmo título deverá ser analisado — Adoção — ou seja, pretende-se abordar o surgimento da família monoparental através da adoção; na seqüência, passa-se ao capítulo V desse mesmo subtítulo — Do Poder Familiar — visando estudar os deveres e responsabilidades dos pais; e, por fim, tem-se o subtítulo III do título II, que trata dos Alimentos, que será estudado naquilo que couber ao desenvolvimento do presente trabalho, especificamente, o art. 1.703 do Estatuto Civil. Segue-se, então, a referida análise.

3.1 Proteção da pessoa dos filhos

O capítulo XI, do subtítulo I, título I do livro IV do Código Civil traz tópico específico referente à proteção da pessoa dos filhos nos arts. 1.583 a 1.590. Na verdade, todo o capítulo se refere à guarda dos filhos quando da ruptura conjugal. Antes disso, é necessário lembrar que o art. 1.566 do mesmo Código, no capítulo a respeito da eficácia do casamento, traz como dever de ambos os cônjuges o sustento, a guarda e a educação dos filhos — é dever inerente

ao poder familiar, independentemente de serem os pais casados ou não. Sendo assim, o capítulo a respeito da proteção da pessoa dos filhos já se inicia afirmando que após a dissolução conjugal será observado o que os pais acordarem sobre a guarda dos filhos.

A guarda consiste no direito de posse sobre um menor oponível a terceiros, acarretando a quem o detenha o dever de assistência e vigilância em relação a ele. O termo “guarda” sugere essa idéia de posse, de guardar, ter para si; por isso, por muito tempo pressupunha-se que a guarda era um direito do pai inocente sobre os filhos que restaram de uma união desfeita. Somente com a publicação do Estatuto da Criança e do Adolescente essa idéia se modificou passando o instituto a ser visto como um dever e não como um direito. Conforme Grisard Filho¹⁰⁶, “a guarda compreende o poder de reter o filho no lar, de tê-lo junto a si, de reger sua conduta. Na guarda está o dever de vigilância que, lenta e constantemente, atua decisivamente no desenvolvimento da personalidade do menor e na sua formação integral”. Salienta o autor, ainda, que a guarda deve corresponder à convivência diária entre pais e filhos, visando ao pleno desenvolvimento do menor, incluindo-se aí proteção, educação, comunicação, de forma a assistir o menor material, moral e psiquicamente. Prevalece a orientação de satisfação do interesse dos filhos, indo ao encontro da proteção integral dos filhos, princípio atuante na sociedade moderna.

Também ressalta Marcelo Truzzi Otero¹⁰⁷ que a guarda “consiste na prerrogativa legal atribuída aos titulares do pátrio poder ou terceiras pessoas manterem consigo menores ou maiores inválidos a fim de dirigir-lhes a formação moral e intelectual, suprir-lhes as necessidades materiais e imateriais, encaminhando-os para a vida”. É, na verdade, um ônus ao guardião, no sentido de dever zelar pelos interesses de quem está sob sua custódia.

Guilherme Gonçalves Strenger¹⁰⁸ também define guarda como sendo um “poder-dever

¹⁰⁶ GRISARD FILHO, W. op. cit., p. 56, nota 34.

¹⁰⁷ OTERO, Marcelo Truzzi. Guarda de filhos e direito de visitas na separação e divórcio. **Revista dos Tribunais**, Ano 88, v. 761, p. 94-107, mar. 1999.

¹⁰⁸ STRENGER, Guilherme Gon

submetido a um regime jurídico legal, de modo a facultar a quem de direito prerrogativas para o exercício da proteção e amparo daquele que a lei considerar nessa condição”.

Grisard Filho enumera diversas modalidades de guarda, conforme classificação adotada na doutrina. Dentre estas, existe a *guarda comum*, ou seja, é a guarda conferida a ambos os pais na vigência da comunhão de vidas; é decorrente da maternidade e da paternidade, é natural. A guarda *desmembrada* ocorre quando o menor está abandonado e em estado de perigo; nesse caso, o Estado age outorgando a guarda a quem não detém o poder familiar. A guarda *delegada* também ocorre nesses casos, ou seja, é exercida em nome do Estado por quem não tem a representação legal do menor. A guarda *originária* é a proveniente do pátrio poder e a *derivada* é a que decorre da lei. A guarda de *fato* é aquela sem reconhecimento legal, ou seja, alguém, por decisão própria, encarrega-se da proteção, assistência e educação do menor, sem possuir nenhum direito reconhecido, mas todas as obrigações decorrentes de uma guarda. A guarda *provisória* é aquela que ocorre na pendência de um processo judicial de separação ou divórcio em que a guarda definitiva ainda não foi julgada; em contraposição, a guarda *definitiva* ou permanente é a que ocorre após a sentença judicial de separação ou divórcio em que se decide com qual dos pais deve o menor permanecer.

Enquanto a família está unida, a guarda é exercida conjuntamente pelo pai e pela mãe, não havendo grandes questionamentos a respeito da mesma. Apenas em casos de divergência sobre decisão importante na vida dos filhos o judiciário pode intervir, mediante provocação, indicando a solução mais propícia ao caso concreto. Ocorre, porém, que com a dissolução do vínculo conjugal, surgindo-se a família monoparental, as questões acerca de guarda de filhos começam a aflorar. De acordo com o relatado em capítulo antecedente, após a ruptura conjugal os filhos passam por um período de desestruturação de seu mundo, alguns apresentando problemas na escola, outros transtornos psicológicos, etc... Por isso, necessário

se faz a presença atuante de pai e mãe para ajudar os filhos a superarem tais traumas. Sendo assim, questiona-se: quem deve ficar com os filhos? Qual o melhor modelo de guarda a ser aplicado em benefício dos mesmos? Como regular a visita? A melhor maneira de solucionar o problema é buscar sempre o interesse do menor, o qual deverá ser analisado no caso concreto pelo juiz, considerando-se o bem-estar material e emocional dos filhos, aspectos morais e espirituais, a saúde corporal e intelectual, de forma a não comprometer o adequado desenvolvimento dos mesmos. O art. 1.583 do Código Civil dispõe: “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”. O projeto 6.960/02, o qual propõe alterações ao Código Civil, de autoria do Deputado Federal Ricardo Fiúza, sugere a inclusão no dispositivo que devam ser preservados os direitos dos filhos, além, de um parágrafo único que conta com a seguinte redação: “A guarda poderá ser conjunta ou compartilhada”. A proposta de alteração tende a uma adequação do dispositivo às tendências modernas do direito de família. Enfim, em casos de separações e divórcios consensuais o juiz só homologará o acordo se o mesmo tratar da guarda dos filhos — os pais devem disciplinar sobre alimentos, guarda, direito de visitas¹⁰⁹. Também nesse sentido, Sílvia Rodrigues¹¹⁰ manifesta que vários são os pontos sobre os quais o casal separando necessita acordar, como a guarda de filhos; o que avençarem a esse respeito, será homologado pelo juiz, pois o legislador considera serem os pais os mais preocupados com o interesse dos filhos; reitera o autor que, pelo fato de prevalecer o interesse dos filhos nessa questão, a sentença que fixa a guarda ou a que homologa o acordo não fazem coisa julgada, estando as mesmas sujeitas à modificação, caso seja melhor para os menores. Nesse sentido, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais confirma decisão de primeiro grau que modificou a guarda do menor quando este já contava com dezessete anos; passou-se a guarda ao pai por se

¹⁰⁹ VENOSA, S. S. op. cit., p. 228, nota 45.

¹¹⁰ RODRIGUES, Sílvia. direito de família:— art. 1.511 a 1.590: parte especial. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira (Coord.). **Comentários ao código civil**: São Paulo: Saraiva, 2003, v. 17.

entender ser o melhor para a menor¹¹¹. Também no mesmo sentido o Tribunal de Minas passa guarda de filha ao pai, após catorze anos de guarda materna, considerando haver maior identificação da menor com o pai, inclusive em matéria religiosa¹¹². Em Venosa¹¹³ encontra-se que os pais devem descrever com minúcias as formas de convivência nas férias escolares e festividades religiosas; também afirma que as crianças em pequena idade devem ficar preferencialmente com a mãe.

Ocorre, porém, que, nem sempre, os divórcios e separações são consensuais. Em ocorrendo uma separação de fato, judicial ou um divórcio, os filhos devem permanecer sob a guarda de um dos pais, como ocorre normalmente. Nesses casos, o juiz, ao sentenciar a respeito da dissolução da sociedade conjugal, já deve analisar o acordo entre os pais sobre a guarda, direito de visitas e alimentos em relação aos filhos menores. Caso não haja acordo entre os pais, o próprio juiz decide a questão, considerando o que for melhor para a criança, como já dito. Muitas vezes, os cônjuges dissidentes não chegam a uma conclusão sobre o melhor sistema de guarda, regime de visitas e demais questões atinentes aos filhos; nesses casos, a decisão passa ao juiz. Assim rege o art. 1.584 do Código Civil:

Decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la.

Parágrafo único. Verificando que os filhos não devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, o juiz deferirá a sua guarda à pessoa que revele compatibilidade com

¹¹¹ RT 784/364 – TJMG – Ap. 173.144-7/00 – j. 25.05.2000 – rel. des. Hyarco Immesi. **ADOLESCENTE – Guarda – Transferência do encargo antes atribuído à mãe para o pai – Admissibilidade se o infante, sem hesitar, afirma adaptar-se melhor ao genitor – Prevalência do interesse do menor sobre qualquer outro.** *Ementa Oficial:* Nas ações judiciais atinentes à guarda de menor, deve-se ater ao princípio que estabelece o prevalectimento de seu interesse (dele, menor) sobre qualquer outro. Se o menor, sem hesitar, afirma adaptar-se melhor ao pai, tem-se por justificada salienter tantum a transferência do encargo de guarda antes atribuído à mãe.

¹¹² RT 791/338 – TJMG – Ag. 188.593-8/00 j. 28.12.2000 – rel. des. Hyarco Immesi. **ADOLESCENTE – Guarda – Menor que opta, sem hesitar, por residir em companhia do pai – Receptividade da sua opção que se impõe se ambos os genitores divorciados têm idênticas condições para o exercício do dever e desde que se infira ter sido livremente manifestada.** *Ementa Oficial:* Em questões atinentes a menores impõe-se o prevalectimento do interesse deles, com vistas ao seu bem-estar. Se, exempli gratia, divorciados os pais, sua filha adolescente opta, sem hesitar, por residir em companhia do pai, tendo este e a mãe idênticas condições para o exercício do dever de guarda, impõe-se dar receptividade à sua opção, desde que se infira ter sido livremente manifestada.

¹¹³ VENOSA, S. S. op. cit, p. 228, nota 45.

a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade, de acordo com o disposto na lei específica.

Conforme explica Silva¹¹⁴, a expressão “condições” deve ser observada de maneira ampla, considerando-se aspectos morais, educacionais e ambientais, não ficando vinculada apenas à condição econômico-financeira dos genitores. Também quanto à outorga de filhos a terceiras pessoas, o dispositivo é amplo, não sendo necessário vínculo de parentesco destas com o menor — privilegiam-se laços afetivos e de afinidade. Rodrigues¹¹⁵ salienta que a decisão de conferir guarda a terceira pessoa é audaz, devendo o juiz sempre ter em mente o interesse do menor. Não havendo outra medida possível, deve-se entregar a guarda a parente que revele compatibilidade com a função; porém, o juiz pode escolher um terceiro não parente se o mesmo apresentar compatibilidade com a natureza da função e possuir afinidade com o menor. Essas regras também são aplicadas na dissolução da união estável. Roberto João Elias¹¹⁶ considera que em podendo o menor ser ouvido, deve o mesmo manifestar a sua preferência sobre a guarda.

Atualmente, muito se fala a respeito da mediação como forma de solucionar os conflitos envolvendo as relações familiares. Levando-se em consideração que esses conflitos surgem quando as partes já se ressentiram profundamente entre si, já se desgastaram e, principalmente, culmina com o fim do amor entre o casal, a decisão imposta pelo poder judiciário pode não corresponder à justiça do caso concreto, ou ainda, pode não surtir efeito, pois, na maioria das vezes, a parte insatisfeita não cumpre o determinado por sentença. Quando a união chega ao fim, os pais não conseguem agir de maneira racional nas questões atinentes aos filhos. As mágoas impedem que os pais pensem exclusivamente nos filhos a fim de encontrar a melhor solução para os mesmos, no tocante a guarda, visitas, etc...

Além disso, de acordo com considerações de Maria Berenice Dias e Giselle

¹¹⁴ SILVA, R. B. T. op. cit. p. 1442, nota 87.

¹¹⁵ RODRIGUES, S. op. cit., p. 206, nota 110.

¹¹⁶ ELIAS, Roberto João. **Pátrio poder: guarda de filhos e direito de visita**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 59.

Groeninga¹¹⁷, faltam, ao Judiciário, instrumentos para lidar com a esfera afetiva e psíquica das partes quando do rompimento de uma relação conjugal; sendo assim, a mediação resgata o indivíduo e suas responsabilidades, contribuindo para a responsabilização do par, facilitando a execução do que as partes acertaram, diminuindo a distância entre a sentença e o que as partes realmente estão dispostas a cumprir. Em geral, as pessoas transferem para o judiciário a responsabilidade de julgar suas ações sociais.

Nesse contexto, no entender de Águida Arruda Barbosa¹¹⁸, a mediação é apontada como uma solução, pois busca a co-parentalidade e uma maior responsabilização entre os pais. A mediação familiar pode ser definida como uma intervenção feita por uma equipe multidisciplinar, nos conflitos de família, a qual busca, através de técnicas de especialização interdisciplinar, entender o sofrimento, as angústias, ajudando na organização da ruptura conjugal. Ainda em outro artigo¹¹⁹, a autora ressalta esse papel de integração do saber interdisciplinar na busca da pacificação do conflito, do despertar da responsabilidade parental e da autoria da própria vida, pois não seria papel do direito a solução dos problemas familiares, mas sim, estes deveriam ser resolvidos em um ambiente de paz e compreensão. Seria um complemento de auxílio à Justiça, principalmente no que toca ao Direito de Família, área que busca a solução dos conflitos de forma pacífica, com o menor custo emocional, econômico e social para o casal.

Considera-se como uma das vantagens dessa prática, a substituição da lógica ganhador-perdedor que é obtida com a decisão judicial, a qual radicaliza o conflito. É Daniele Ganancia¹²⁰ quem aponta que, com esse instrumento, ocorre o desenvolvimento do diálogo e

¹¹⁷ DIAS, Maria Berenice; GROENINGA, Giselle. A mediação no confronto entre direitos e deveres. **Revista do Advogado** – Associação dos Advogados de São Paulo, n. 62, p. 59-63, mar. 2001.

¹¹⁸ BARBOSA, Águida Arruda. **O direito de família e a mediação familiar**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1998. (Cadernos de Estudos n.º. 01: Direito de Família e Ciências Humanas).

¹¹⁹ BARBOSA, Águida Arruda. Mediação: “A clínica do direito”. **Revista do Advogado** – Associação dos Advogados de São Paulo, n. 62, p. 41-48, mar. 2001.

¹²⁰ GANANCIA, Daniele. Justiça e mediação familiar: uma parceria a serviço da co-parentalidade. Tradução Giselle G. de Almeida, Águida A. Barbosa e Eliane Riberti Nazareth. **Revista do Advogado** – Associação dos Advogados de São Paulo, n. 62, p. 07-15, mar. 2001.

do reconhecimento da outra parte, redirecionando a discussão para as necessidades das crianças, ultrapassando-se os conflitos do casal. Ainda de acordo com Eliane Riberti Nazareth¹²¹, a mediação “é um método de condução dos conflitos, aplicado por um terceiro neutro e especialmente treinado, cujo objetivo é restabelecer a comunicação produtiva e colaborativa entre as pessoas que se encontram em um impasse, ajudando-as a chegar a um acordo, se for o caso”. A autora ainda dispõe que esse método propicia que as pessoas em conflito retomem a autodeterminação na condução de suas próprias vidas.

Como a mediação é uma proposta de reorganização e reestruturação da comunicação entre as pessoas, é importante, por isso, que o mediador seja escolhido pelas partes. Ela proporciona a comunicação futura entre as partes, a qual é prejudicada nos processos convencionais, na maioria das vezes. Pode, a mesma, ser realizada como forma de substituição do processo judicial, ou mesmo após o procedimento judicial já ter se iniciado, destinando-se, nesse caso, a revisões de cláusulas, quando surgirem fatos novos, em casos de revisão de guarda, visitas, entre outros¹²².

O mediador facilita a retomada do diálogo entre as pessoas em conflito; ele não interfere diretamente, mas ajuda as pessoas a encontrarem as próprias saídas; ele é necessário para que a comunicação seja restabelecida. Conforme Haim Grunspun¹²³, “o mediador age como um facilitador, orientando as partes na identificação dos temas, engajando as partes na solução dos problemas em conjunto e explorando as possibilidades de acordos alternativos”.

O autor supra-citado declara que o mediador ajuda os casais a manterem uma discussão racional sobre o que seria melhor para os filhos e para eles próprios. Ainda, o mediador poderia ser um profissional originado de vários campos do conhecimento, dentre advogados, psiquiatras, psicólogos, sociólogos, sacerdotes, educadores, desde que recebam

¹²¹ NAZARETH, Eliane Riberti. Psicanálise e mediação: meios efetivos de ação. **Revista do Advogado** – Associação dos Advogados de São Paulo, n. 62, p. 49-57, mar. 2001, p. 55.

¹²² BARBOSA, Á. A. op. cit., p. 28, nota 118.

¹²³ GRUNSPUN, Haim. **Mediação familiar**: o mediador e a separação de casais com filhos. São Paulo: LTR, 2000, p. 103.

treinamento para serem mediadores. Na prática, a mediação deve ocorrer no local de trabalho do mediador, o qual deve ser pessoa preparada para tanto e sua duração é estimada de 2 a 4 meses com encontros semanais.

Apesar de ainda não ser legalmente prevista no ordenamento nacional, a prática é aqui realizada. Há um projeto de lei em trâmite no Congresso Nacional que disciplina sobre o assunto, Projeto n.º 4.827/98. Segundo Marcial Barreto Casabona¹²⁴, destacam-se como principais pontos do projeto:

- a) aplicação de mediação em todas as oportunidades em que o ordenamento preveja conciliação, reconciliação, transação, ou acordo de outra ordem para os fins que comuta a lei civil ou penal (artigo 1º, § único)
- b) possibilidade de o juiz, em qualquer grau de jurisdição, suspender o processo por 3 meses, prorrogáveis por igual período, para, com a concordância das partes, promover a mediação.
- c) mediação pode ser realizada extrajudicialmente e, obtido acordo, será ele reduzido a termo e homologado por sentença.

O referido projeto de Lei, conta com vinte e nove artigos, divididos em três capítulos, os quais disciplinam a respeito das modalidades de mediação; da mediação prévia e incidental; e dos mediadores. Prevê modificações ao Código de Processo Civil. O projeto acolhe os anseios da doutrina, porém, falha ao determinar que o mediador deva ser advogado. A proposta é justamente de interdisciplinariedade, por isso, não se deveria fixar o advogado como único possível a proceder a mediação judicial.

Em sendo frustrada a mediação, Strenger¹²⁵ sugere, ainda, que o juiz deve, acima de todos os conflitos existentes entre o casal, saber ponderar sobre qual situação é melhor para o menor; apesar disso, a decisão judicial não é absoluta ou definitiva, pois está a mesma sujeita a alteração caso ocorram motivos supervenientes que alterem a situação estabelecida. Sendo assim, Grisard Filho¹²⁶ também acrescenta que se a conduta de um dos genitores for contrária à ordem e à moral familiar, isso refletirá sensivelmente na determinação da guarda. Em nome

¹²⁴ CASABONA, Marcial Barreto. Mediação e lei. **Revista do Advogado** – Associação dos Advogados de São Paulo, n. 62, p. 84-92, mar.2001.

¹²⁵ STRENGER, G. G. op. cit., p. 43, nota 10.

¹²⁶ GRISARD FILHO, W. op. cit., nota 34.

do melhor interesse da cri

mas sim, um direito do filho que se vê privado do convívio familiar com integridade. Na atual sistemática de salvaguarda dos interesses dos filhos, o direito de visitas deve ser regulamentado no interesse desses e, sendo assim, não há que se falar em faculdade dos pais de se comunicar com os filhos. O autor salienta que o regime ideal de visitas é o que se pauta na liberdade e na espontaneidade.

O referido direito de visitas tem estreita relação com a noção de parentesco, por isso sua principal função é a preservação das relações familiares; é o substituto de uma comunhão de vida, sendo o desdobramento da guarda quando os pais se separam.

Também Otero¹²⁹ sinaliza que o direito de visitas corresponde não só ao contato físico entre genitor não guardião e seus filhos, mas engloba, além da possibilidade de visitar a criança, o direito de se corresponder com ela, de fiscalizar sua educação, mantê-la em sua companhia sem a presença do outro genitor, tê-la em sua residência e na de seus familiares, zelando pela integridade física do menor enquanto o mesmo estiver em sua companhia. É pacífico na doutrina e na jurisprudência que o direito de visitas não se limita ao genitor não guardião; parentes próximos como avós, tios, padrinhos, e outras pessoas que tenham vínculo afetivo com o menor são titulares do direito de visita ao menor de modo a favorecer seu desenvolvimento psíquico e espiritual. Salienta o autor, ainda, que, modernamente, o direito de visitas se baseia no direito de a criança gozar de convivência familiar, estreitando laços afetivos com o genitor não guardião, bem como com a família do mesmo, a fim de contribuir para a formação da personalidade do menor. Sendo assim, a jurisprudência entende ser essencial o máximo de contato possível entre o genitor não guardião e o filho; por isso, o Tribunal de Justiça do Acre deu provimento ao agravo impetrado por um pai inconformado com a redução de seu tempo de visita com o filho¹³⁰. Além disso, a Constituição Federal em

¹²⁹ OTERO, M. T. op. cit., p. 97, nota 107.

¹³⁰ RT 810/305 – TJAC – AgIn. 02.000256-4 – j. 10.06.2002. rel. Des. Ciro Facundo de Almeida. **GUARDA – Direito de visita – Prazo de trinta e duas horas semanais concedido ao pai – Admissibilidade por inexistir qualquer fato que desaconselhe a permanência daquele período.** *Ementa Oficial: É razoável*

seu art. 227 consagra à criança e ao adolescente o direito à convivência familiar. Logo, o direito de visitas deve-se estender aos avós e parentes próximos, pois para que o menor desenvolva plenamente a sua personalidade é essencial o convívio do mesmo com aqueles que o amam. De acordo com Sidnei Agostinho Beneti¹³¹, a convivência dos filhos com os avós é tão importante quanto a convivência com os pais. O art. 1.589 disciplina sobre o direito de visitas com a seguinte redação: “O pai ou mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação”. Rodrigues¹³² afirma que o pai não detentor da guarda, além do direito de visita, possui o dever de fiscalizar a manutenção e educação dos filhos, não cabendo a um só deles decidir sobre questão tão importante. O projeto 6.960/02 acrescenta dois parágrafos ao dispositivo, com o seguinte teor:

§ 1º Aos avós e outros parentes, inclusive afins, do menor é assegurado o direito de visitá-lo, com vistas à preservação dos respectivos laços de afetividade.

§ 2º O juiz, havendo justo motivo, poderá modificar as regras da visitação, com observância do princípio da prevalência dos interesses dos filhos.

Como já dito, embora a legislação se refira apenas ao direito dos pais em visitar seus filhos, a doutrina cada vez mais salienta ser o menor também titular do direito de ser visitado. Conforme Silva¹³³, a doutrina moderna analisa as visitas como um direito-dever, e não mais como simples faculdade conferida aos pais; a visita é atributo do poder parental, por isso, quem a detém deve exercer os direitos e deveres advindos de tal poder. Os parágrafos propostos no projeto 6.960/02 ao artigo são necessários devido à falta de regras que assegurem a visitação de outros parentes do menor, sendo que mais uma vez privilegiam-se os

que se conceda ao pai o direito de visita, permitindo que o filho com ele fique em pelo menos trinta e duas horas semanais, por inexistir qualquer fato que desaconselhe a permanência acima.

¹³¹ BENETI, Sidnei Agostinho. Os direitos de guarda, visita e fiscalização dos filhos ante a separação dos pais. **Revista dos Tribunais**, Ano 76, v. 622, p. 42, ago. 1987.

¹³² RODRIGUES, S. op. cit. p. 210, nota 110.

¹³³ SILVA, R. B. T. op. cit., p. 1448, nota 87.

laços de afetividade. O direito de visitas beneficia, também, os pais solteiros, desde que tenham reconhecido os filhos¹³⁴.

A doutrina enumera três formas de visitação: livre, mínima regulamentação e extremamente regulamentada, sendo, o segundo, o sistema mais adotado. De tudo isso, observa-se que, legalmente, a visita é um direito dos pais e não um dever. Sendo assim, grande é o número de pais que se desinteressam pelos filhos após alguns anos de separação e não convivência. As brigas entre os pais, a constituição de nova família, além de outros motivos, fazem com que o genitor não guardião abandone a prole, o que gera efeitos extremamente negativos aos filhos. Estes, em muitas separações, tornam-se centro das discussões das angústias e frustrações paternas; os pais usam os filhos como objeto de disputas e ataques. Ainda no intuito de preservação do interesse do menor, o art. 1.588 do Código Civil dispõe que “o pai ou a mãe que contrair novas núpcias não perde o direito de ter consigo os filhos, que só lhe poderão ser retirados por mandado judicial, provado que não são tratados convenientemente”.

Incentiva-se, atualmente, a adoção da guarda compartilhada, tipo de guarda que melhor se adequa às exigências da família moderna. É uma solução para que os filhos possam ter preservada a família, porém, é necessária conscientização dos pais, devendo estes pensar no interesse dos filhos, não os colocando em meio aos problemas pessoais. Como já visto, o projeto 6.960/02 prevê alteração ao art. 1.583 do Código Civil introduzindo parágrafo acerca da guarda compartilhada.

A guarda compartilhada consiste na manutenção da guarda dos filhos por ambos os genitores após uma separação ou divórcio, possuindo os pais responsabilidade solidária pelos atos dos filhos. É um meio de exercício da autoridade parental conjunta que os pais continuam a exercer após a fragmentação da família. Os pais agem em relação aos filhos como agiam na

¹³⁴ELIAS, R. J. op. cit., p. 65, nota 116.

constância da união familiar. É um exercício à participação permanente na vida dos filhos. Nesse tipo de guarda, os filhos permanecem em uma residência fixa, seja a casa do pai ou da mãe, mas o outro genitor tem livre acesso a encontros com os filhos, bem como atua nas decisões que envolvam a vida dos mesmos. Conforme Grisard Filho¹³⁵, “com a guarda compartilhada, busca-se atenuar o impacto negativo que a ruptura conjugal tem sobre o relacionamento entre os pais e o filho, enquanto mantém os dois pais envolvidos na sua criação, validando-lhes o papel parental permanente, ininterrupto e conjunto”. A partir da constatação de que se reservava ao genitor não-guardião um papel secundário na educação dos filhos, passou-se a questionar o sistema de guarda única após a separação conjugal. Por esse motivo, profissionais de várias áreas se ocupam do tema, como psicólogos, sociólogos, assistentes sociais, etc. Assim, os tribunais começam a voltar seu posicionamento no sentido das preocupações levantadas no tocante à guarda de filhos, adotando-se a guarda compartilhada como possível solução para o problema.

A guarda compartilhada não pode ser confundida com a guarda alternada. Nesta, a guarda é deferida aos dois pais de forma unilateral por períodos de tempo diversos, ou seja, os pais não exercem a guarda conjuntamente, mas revezam, em períodos de tempo, a guarda única. O período de tempo pode ser o ano escolar, um mês, uma semana, uma parte da semana. Nesse período, o genitor guardião exerce exclusivamente a totalidade dos poderes-deveres que compõem o poder parental¹³⁶. Acredita-se que esse modelo não seja o ideal para o pleno desenvolvimento de uma criança. Ele é impróprio para consolidação de hábitos e rotinas, pois os filhos vêem-se perdidos em casas diferentes, horários diferentes, etc.

A guarda compartilhada volta-se contra o modelo tradicionalmente adotado — guarda única, em que a guarda pertencia à mãe e os alimentos ao pai. Para Grisard Filho¹³⁷, ela preserva o convívio do menor com seus dois genitores, ao manter o exercício em comum da

¹³⁵ GRISARD FILHO, W. op. cit. p. 113, nota 34.

¹³⁶ Idem, p. 106.

¹³⁷ GRISARD FILHO, W. op. cit. p. 138, nota 34.

autoridade parental. Não há norma expressa no tocante à guarda compartilhada no ordenamento pátrio, porém ela é lícita e possível na medida que vislumbra o melhor interesse da criança. O único problema que a doutrina aponta é como conciliar a guarda compartilhada no ambiente de desentendimentos e hostilidades gerado após as rupturas conjugais. Assim, salienta Sérgio Gischkow Pereira¹³⁸, “o direito brasileiro não possui norma impeditiva da guarda conjunta. Bem ao contrário: de sua sistemática desponta a conclusão de que precisa ser aceita esta modalidade de custódia. O desuso doutrinário e jurisprudencial, a toda evidência, não tem o dom de elidir o instituto em estudo”.

Quanto à operacionalização do modelo de guarda compartilhada, tem-se que o menor deva ter uma residência fixa e única — na casa do pai ou da mãe, conforme acordo, próxima ao colégio, vizinhos, clube, e demais atividades. Isso se dá para que o menor possa ter uma estabilidade — continuidade espacial e social¹³⁹. Os pais têm como principal missão dar educação aos filhos e, muitas vezes, após a dissolução da comunhão de vidas do casal, o simples pagamento da pensão é confundido com educar. Na guarda compartilhada, os pais decidem em conjunto sobre os programas educacionais e de orientação, pois embora a criança resida com apenas um dos genitores, as decisões e responsabilidades pela educação pertencem a ambos os pais. Nos casos de guarda única, as visitas servem apenas para fiscalizar a educação, recaindo todas as decisões sobre o genitor guardião. Isso afasta pais e filhos, de modo que até a prestação alimentícia passa a não ter sentido para o pai não guardião que, ao afastar-se da educação, passa a descumprir suas obrigações. Como a guarda compartilhada estreita os laços entre pais e filhos, há um estímulo ao pagamento de alimentos, pois o genitor que não reside com o filho acompanha o investimento de seus recursos, vê onde e como gasta, além de sentir e presenciar as reais necessidades dos filhos.

Parecem notórias as inúmeras vantagens do modelo de guarda conjunta. Assim,

¹³⁸ PEREIRA, Sérgio Gischkow. A guarda conjunta de menores no direito brasileiro. **Ajuris** – Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul. Ano 13, mar. 1986.p. 59.

¹³⁹ GRISARD FILHO, W. op. cit. p. 146, nota 34.

Grisard Filho¹⁴⁰ salienta:

(...) a continuidade das relações paterno e materno-filiais, ou seja, a manutenção do vínculo co-parental após o divórcio, a proteção dos filhos dos conflitos parentais e o respeito ao direito de estes manterem uma adequada comunicação com ambos os genitores, mais do que quem fica com eles, são os melhores prognósticos que a guarda compartilhada pode oferecer ao desenvolvimento da personalidade do menor.

Enfim, a grande vantagem do modelo é a preservação da continuidade de convivência da criança com os dois genitores após a dissolução conjugal, ocorrendo a manutenção da ligação emocional. Por isso, deve-se privilegiar tal modelo a fim de proporcionar melhores condições de vida aos filhos das famílias monoparentais.

3.2 Poder Familiar

O conhecido instituto do “pátrio poder” encontrou nova denominação no Código Civil de 2002. Seguindo concepções mais modernas, o Código adota a expressão “poder familiar” no Capítulo V, do subtítulo II, título I do Livro do Direito de Família para o instituto em questão, por ser mais consentânea com o seu sentido atual, quando se integram ambos os genitores na realização do mesmo. São apenas 9 artigos — 1.630 a 1.638 — que tratam das responsabilidades dos pais em relação aos filhos, bem como a maneira de exercício do poder familiar e eventual possibilidade de suspensão ou extinção do exercício do mesmo. O art. 1.630 do Código Civil dispõe: “Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores”.

No tocante à mudança na denominação do instituto, Comel¹⁴¹ assegura que “pátrio poder” denotava a prevalência do cônjuge do sexo masculino sobre a prole, o que já não se justificava em face da posição ocupada pela mulher na sociedade conjugal. No entanto, a própria autora critica a expressão utilizada sugerindo que se adotasse “autoridade parental”,

¹⁴⁰ GRISARD FILHO, W. op. cit. p. 165, nota 34.

¹⁴¹ COMEL, D. D. op. cit., nota 42.

pois o termo “autoridade” seria menos severo que “poder”, afastando a idéia de domínio que carrega o instituto; também a expressão “familiar” designaria toda a família, ao contrário de “parental” que designa pai e mãe. Silmara Juny Chinelato¹⁴² declara que a expressão “pátrio poder” já não pode mais ser concebida em vista da concepção do direito de família nos dias atuais, o qual se centra em valores pessoais, com ênfase na dignidade da pessoa humana; assevera, ainda, que a expressão antiga denota apenas os direitos e não os deveres; também critica a nova expressão adotada, alegando que “poder familiar” sugere a idéia de família, a qual ultrapassa a pessoa dos pais, verdadeiros titulares do instituto; melhor seria, portanto, autoridade parental.

O poder familiar já não é visto hoje como um simples poder dos pais em relação a seus filhos, é muito mais um dever, ou um conjunto de deveres. Segundo Elias¹⁴³, pode-se definir o pátrio poder (hoje, poder familiar) como um conjunto de direitos e deveres que os pais têm em relação à pessoa dos filhos menores com o fim de desenvolver integralmente a personalidade dos mesmos. Ainda nessa linha, Carvalho¹⁴⁴ conceitua o pátrio poder como o conjunto de atribuições conferidas aos pais em busca da realização dos filhos menores quanto à humanidade e socialidade dos mesmos. Nesse sentido, Grisard Filho¹⁴⁵ também define o instituto como “conjunto de faculdades encomendadas aos pais, como instituição protetora da menoridade, com o fim de lograr o pleno desenvolvimento e a formação integral dos filhos, seja físico, mental, moral, espiritual e social”.

Ainda no intuito de conceituar o instituto, Comel¹⁴⁶ assegura ser necessário elencar os elementos essenciais do mesmo. São eles:

- 1) O poder familiar é uma função: encargo de atender ao filho, assegurando-lhe o atendimento de todos os direitos que lhes são reconhecidos como pessoa, em face da sua condição peculiar de desenvolvimento;

¹⁴² CHINELATO, Silmara Juny. direito de família – art. 1.591 – 1.710: parte especial. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). **Comentários ao código civil**. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 18.

¹⁴³ ELIAS, R. J. op. cit, nota 116.

¹⁴⁴ CARVALHO, J. A. cp. cit, p. 175, nota 35.

¹⁴⁵ GRISARD FILHO, W. op. cit., p. 27, nota 34.

¹⁴⁶ COMEL, D. D. op. cit., p. 66-69, nota 28.

- 2) direitos outorgados aos pais como instrumento para que possam cumprir com o referido dever;
- 3) tanto a titularidade quanto o exercício estão definitivamente atribuídos ao pai e à mãe, em igualdade de condições;
- 4) a função é desempenhada sempre no superior interesse do filho;
- 5) em um dos pólos se encontra todo e qualquer filho menor de idade e não emancipado;
- 6) dever do filho de obediência às orientações e determinações paternas.

É possível notar que o poder familiar é instituído para o bem dos filhos; visa-se, em primeiro plano, amparar o menor e, para isso, pai e mãe devem atuar em harmonia, da melhor forma possível, visando ao desenvolvimento do filho. Em contrapartida, a lei estabelece ser dever do filho prestar obediência aos pais. Hoje, a doutrina adota a teoria da proteção integral da criança e do adolescente; sendo assim, o incapaz merece total atenção dos pais, estabelecendo a lei quais funções devem ser cumpridas pelos detentores do poder familiar. Como visto em capítulo precedente, hoje, muito se fala no papel do afeto no âmbito do direito de família, embora seja possível notar uma intervenção do Estado cada vez maior nas relações familiares, principalmente no tocante às relações paterno-filiais, pois já não se confere total autonomia aos pais para educarem seus filhos como bem quiserem.¹⁴⁷ As disposições referentes ao Estatuto da Criança e do Adolescente serão, contudo, estudadas em capítulo à parte. Como constata, ainda, que a Constituição, em alguns de seus dispositivos, reitera esse compartilhamento entre pais e Poder Público no exercício do poder familiar; como exemplo, tem-se o arts. 205 e 208, os quais dispõem que a educação é direito de todos, sendo dever do Estado e da Família proporcioná-la. A autora afirma que o instituto do poder familiar é tido como função social e, sendo assim, é instituto de ordem pública, por isso sujeito aos controles do Estado. Porém, ao Estado compete a formulação e execução das políticas de atendimento à criança e ao adolescente, pois o próprio Código Civil, em seu art. 1.513 afirma ser “defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela

¹⁴⁷ Idem, p. 90.

família”.¹⁴⁸

São características do poder familiar: irrenunciabilidade, indisponibilidade, imprescritibilidade, direito de proteção e temporariedade¹⁴⁹. É irrenunciável, pois os pais não podem subtrair-se da responsabilidade de proteção aos filhos, é um múnus público. É indisponível, pois é essencial para o menor, não podendo os pais disporem da relação que possuem com o filho, nem o filho pode sobreviver sem o poder familiar — o menor pode não sobreviver sem a assistência de seus semelhantes. É imprescritível, pois ainda que não exercido por seus titulares, ele pode a qualquer momento ser discutido, a não ser que haja perda definitiva do poder familiar. Há ainda a considerar o direito de proteção, pois por ele o poder familiar deve ser exercido em prol do menor a fim de propiciar o seu pleno desenvolvimento. Quanto à temporariedade, tem-se que o poder familiar perdura enquanto perdurar a menoridade — ou seja, ele cessa naturalmente aos dezoito anos ou pelas outras formas de término da incapacidade civil — emancipação, casamento, colação de grau em curso de nível superior, entre outros, também cessando com a morte dos pais ou dos filhos. Quanto à renunciabilidade do poder familiar, Borghi diverge da maioria da doutrina ao afirmar que o poder familiar não é irrenunciável, ou seja, acredita que os pais renunciam ao poder familiar quando concordam com a adoção; outros entendem que consista em uma transferência do poder familiar, e não renúncia. Nesse sentido, Chinelato¹⁵⁰ também considera que o poder familiar é irrenunciável, pois busca-se evitar o desamparo dos menores, porém, admite a renúncia nos casos de emancipação e de consentimento para a adoção. A autora ainda elenca como característica do poder familiar a indivisibilidade, ou seja, o poder familiar não pode ser exercido de modo limitado, com exceção das famílias monoparentais que dividem alguns atributos do poder familiar, como a guarda; diz ser o poder familiar

¹⁴⁸ COMEL, D. D. op. cit., p. 93, nota 28.

¹⁴⁹ ELIAS, R. J. op. cit., p. 30, nota 116.

¹⁵⁰ CHINELATO, S. J. op. cit., p. 220, nota 142.

intransferível, indelegável, imprescritível e com caráter de ordem pública. Pereira¹⁵¹ também confirma a indisponibilidade, a irrenunciabilidade, a imprescritibilidade e acrescenta a inalienabilidade, como características do poder familiar.

Os sujeitos ativos do poder familiar são ambos os pais. Na constância da união matrimonial, ambos o exercem com plenos poderes conjuntamente; em igualdade de condições. Os sujeitos passivos são os filhos, não havendo discriminação entre eles, sejam os mesmos naturais ou adotivos, desde que não s

56182 0 Td ()Tj 4353 0 Td ()Tj 3.0

estável, mas também em todas as formas de família. Chinelato¹⁵⁴, citada anteriormente, alerta que o art. 1.631 “não prevê expressamente a hipótese de família

entanto, a questão de os pais terem consigo os filhos, terem-nos em sua companhia, ou seja, a questão da guarda”. O exercício é a atuação concreta dos pais, de forma ativa e prática. Sendo assim, é possível falar em atividade conjunta e exercício individual, o que ocorre efetivamente com as famílias monoparentais. Em caso de filho não reconhecido pelo pai, o poder familiar será exercido exclusivamente pela mãe; porém se esta não puder exercê-lo, será nomeado tutor ao menor. O art. 1.633 assim relata: “O filho, não reconhecido pelo pai, fica sob poder familiar exclusivo da mãe; se a mãe não for conhecida ou capaz de exercê-lo, dar-se-á tutor ao menor”. É importante evidenciar que o vínculo de parentesco entre pais e filhos é estabelecido pelo reconhecimento da filiação; sendo assim, o pai que não reconhecer o filho, não poderá exercer o poder familiar; porém, mesmo que haja reconhecimento tardio, pode dar ensejo a que o filho seja criado e educado sem a presença daquele que recusou a declaração de reconhecimento em ação de investigação de paternidade¹⁶⁰. Assim dispõe o art. 1.616 do Código Civil: “A sentença que julgar procedente a ação de investigação produzirá os mesmos efeitos do reconhecimento; mas poderá ordenar que o filho se crie e eduque fora da companhia dos pais ou daquele que lhe contestou essa qualidade”. Também é importante citar, quanto ao filho havido fora do casamento, o art. 1.612 do Código Civil, o qual dispõe: “O filho reconhecido, enquanto menor, ficará sob a guarda do genitor que o reconheceu, e, se ambos o reconhecerem e não houver acordo, sob a de quem melhor atender aos interesses do menor”.

Embora se tenha como regra o exercício do poder familiar por ambos os pais conjuntamente e, preferencialmente, no mesmo lar, existem situações de impossibilidade desse exercício comum, em função da não convivência dos pais. Nesses casos, a guarda será atribuída a um dos pais, permanecendo o poder familiar atribuído aos dois pais. Salienta-se, ainda, quanto à titularidade, que o exercício é personalíssimo, ou seja, a titularidade ativa não

¹⁶⁰ SILVA, R. B. T. op. cit., p. 1496, nota 87.

ultrapassa o pai ou a mãe, não atinge os avós, os quais são os mais indicados para exercerem a tutela em ocorrendo a falta dos pais, mas não se fala em poder familiar para os avós.¹⁶¹

Nesse contexto, Comel¹⁶² faz distinções entre formas de exercício do poder familiar; sendo assim, dispõe que existe o exercício conjunto, o exercício compartilhado, o exercício solidário, a intervenção efetiva de todos os pais, o exercício exclusivo, pactos entre pais e os atos de exercício não-consentidos, os quais serão explicados. Quanto à primeira forma, ou seja, o exercício conjunto, consiste na atuação ativa de ambos os cônjuges em todos os atos do exercício do poder familiar — seria um modelo ideal, em que os pais estariam concordantes em todos os momentos, embora, na prática, seja difícil conceber os pais sempre juntos em todos os momentos, havendo horas em que será necessária uma decisão individual. O modelo de exercício compartilhado permite essa flexibilização, admitindo-se a atuação de um dos pais com o consentimento do outro; ambos os pais atuam no ato, mas um materialmente e o outro formalmente; a decisão é comum, mas o exercício material não precisa ser conjunto. O exercício solidário pressupõe interdependência entre os pais; consiste em cada um dos pais poder realizar sozinho o poder familiar, mesmo que não haja concordância ou participação do outro; cada um detém a função em sua totalidade. Contudo, esse sistema não é estabelecido como regra geral, pois pressupõe o pleno entendimento e harmonia entre o casal, o que é difícil de ocorrer na prática; a regra do Código Civil é o exercício compartilhado. No modelo de intervenção efetiva de ambos os pais, exige-se a atuação efetiva, ou seja, materialmente, de ambos os pais nos atos em que a lei assim preveja, quais sejam, autorização para adoção, para matrimônio, emancipação, nomeação de tutor e autorização para viajar para o exterior. O exercício exclusivo consiste na realização dos atos próprios ao poder familiar por apenas um dos pais, em virtude de impossibilidade do outro, por falta ou impedimento. Alguns casos são: morte de um dos pais, declaração de ausência, interdição judicial de um dos pais, em casos de

¹⁶¹ BORGHI, H. op. cit. p. 162, nota 27.

¹⁶² COMEL, D. D. cp. cit., p. 174, nota 42.

suspensão ou perda do poder familiar por apenas um dos pais e quando um dos pais não for juridicamente reconhecido. No tocante aos pactos entre pais, tem-se que esses pactos são acordos em que os próprios pais estabelecem o modo em que cada qual vai atuar no exercício do poder familiar, havendo uma divisão de tarefas. No Brasil, esses pactos são admitidos em casos de dissolução da sociedade conjugal ou da união estável ou quando os pais não convivam; enfim, nos casos de famílias monoparentais —aspectos esses analisados no tópico anterior no tocante aos acordos sobre guarda. Por fim, o último modelo de exercício de poder familiar relatado pela autora consiste nos atos de exercício não consentido: um dos pais atua em um ato específico, sem o consentimento do outro — são reflexos negativos na esfera doméstica, podendo o pai desrespeitado recorrer ao judiciário para que resolva a questão. É necessário ressaltar que quando um dos pais atua individualmente, com ou sem o consentimento do outro, forçoso se faz respeitar o terceiro que eventualmente tenha participado do ato; não há regra específica a respeito no direito pátrio, mas a proteção se faz necessária para dar segurança e agilidade nas negociações que envolvam interesses de menores.¹⁶³

No exercício do poder familiar, incumbe aos progenitores dirigir a criação e educação do filho, incluindo-se também a formação do espírito e do caráter dos mesmos. Preconiza o art. 229 da Constituição Federal: “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores...”. Portanto, os pais devem exercer o poder familiar tendo em vista o pleno desenvolvimento da personalidade dos filhos. Os filhos têm o direito à criação e à educação, ao lar, à convivência com os pais. Grisard Filho¹⁶⁴ ressalta que o poder familiar não é um mero conjunto de direitos que se exercem no interesse exclusivo de seus titulares, pai e mãe, mas é um exercício de um dever em atenção aos interesses dos filhos; o principal é a proteção do incapaz. Conforme o art. 1.634 do Código Civil,

¹⁶³ COMEL, D. D. op. cit., p. 212, nota 42.

¹⁶⁴ GRISARD FILHO, W. op. cit., p. 33, nota 34.

Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I – dirigir-lhes a criação e educação;

II- tê-los em sua companhia e guarda;

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

IV- nomear-lhes tutor por testamento ou documento aut

Comel¹⁶⁸ também comenta esses atributos do poder familiar. No tocante ao dever de criar, constata ser esse essencial ao poder familiar e que constitui em garantir aos filhos os direitos fundamentais da pessoa humana. Assim sendo, inclui-se aí o dever de sustento, de proteção da saúde, enfim, tudo o que for essencial para o desenvolvimento do filho. No dever de sustento, inclui-se o dever de prestar alimentos, que consiste não só no suporte econômico, como também no aspecto assistencial. Tal instituto será estudado com maior riqueza de detalhes no subitem seguinte. Quanto ao dever de educar, a autora afirma que consiste o mesmo em promover o desenvolvimento da personalidade do filho, preparando-o para ser cidadão e preparando-o para o exercício de algum ofício, seja por meio da educação formal ou da informal, considerando-se educação formal a que se obtém através de estabelecimento oficial de ensino e a informal aquela transmitida através da atuação dos pais na vida dos filhos, no cotidiano. No tocante à educação formal, os pais devem escolher a escola, matricular e acompanhar a frequência e o desempenho escolar do filho. Dentro do dever de educar, a autora coloca o dever de corrigir, considerando, este, integrante da função educativa; é permitido o castigo moderado, consistindo o mesmo em reprimenda razoável, sem excessos e com caráter educativo. Por óbvio, castigos imoderados, que representem ameaça à integridade física do menor são absolutamente proibidos. No tocante ao dever de ter em companhia e guarda, argumenta que constitui uma extensão do dever de criar e educar, pois este só poderá ser realizado se os pais tiverem o filho em companhia e guarda; explica que o termo não constitui apenas no contato físico, no morar junto, e sim, na construção de uma plena comunidade de vida, havendo troca de experiências, afetos, sentimentos, conhecimentos e informações. Também dentro do dever de ter em companhia e guarda, a autora insere o dever de reclamar de detenção ilegal, o que consiste em reclamá-lo de quem ilegalmente o detenha. Nesse contexto, a autora fala de duas hipóteses: primeiramente, seria o abandono

¹⁶⁸ COMEL, D. D. op. cit., p. 98-125, nota 42.

voluntário do filho do lar dos pais e, o segundo, quando o filho for retido por terceira pessoa; para ambos os casos, os pais devem intentar ação de busca e apreensão no intuito de recuperar o filho. No tocante ao dever de representação e assistência, compreende forma de manifestação de vontade dos pais em nome dos filhos em vista da incapacidade civil destes; a autora insere no dever de representação e assistência o consentimento para casamento e a nomeação de tutor; o Código Civil permite o casamento de pessoas com dezesseis anos, desde que mediante autorização de ambos os pais, conforme o art. 1.517; quanto à nomeação de tutor, os pais podem escolher quem lhes irá substituir em caso de morte dos mesmos — a nomeação pode ser feita por testamento ou por outro documento autêntico.

Embora o poder familiar se apresente mais como conjunto de deveres dos pais em relação aos filhos, a estes também são impostas algumas condutas concernentes ao exercício do mesmo. Sendo assim, os filhos devem obediência aos pais e devem prestar serviços próprios de sua idade e condição; porém, o direito dos pais de exigir obediência, respeito e serviços próprios de sua idade deve ser exercido com moderação, pois o abuso pode levar à suspensão ou perda do poder parental. Comel¹⁶⁹ lembra que o dever de exigir obediência, respeito e colaboração é competência dos pais no exercício do poder familiar; no tocante à obediência, as ordens dadas pelos pais devem ser lícitas e de caráter educativo, corretivo ou de proteção, no interesse do menor; o respeito devido, tem seu fundamento no direito natural, pois o afeto, a consideração, o amor geram nos filhos esse sentimento de respeito em relação aos pais, que deve perdurar por toda a vida; os serviços próprios da idade são aqueles domésticos, prestados no âmbito do lar, como forma de preparar o filho para viver em sociedade. Propõe Chinelato¹⁷⁰ que, quanto à prestação de serviços próprios da sua idade, deve-se lembrar que a Consolidação das Leis Trabalhistas proíbe o trabalho de menor de 12 anos fora do lar e, à noite, até os 18 anos.

¹⁶⁹ COMEL, D. D. op. cit., p. 126, nota 42.

¹⁷⁰ CHINELATO, S. J. op. cit., p. 241, nota 142.

Vistas todas as atribuições que cabem aos pais em decorrência do poder familiar, a legislação civil e penal aponta algumas conseqüências em vista do não cumprimento das mesmas pelos pais. Ainda é Comel quem enumera alguns artigos do Código Penal, no capítulo dos crimes contra a assistência familiar e no capítulo referente à periclitacão da vida e da saúde, os quais serão transcritos:

Abandono Material - Art. 244 – Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou ascendente inválido ou valetudinário, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo:

Pena - detenção de 1 (um) a 4 (quatro anos), e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País.

Entrega de filho menor a pessoa inidônea – Art. 245 – Entregar filho menor de 18 (dezoito) anos a pessoa em cuja companhia saiba ou deva saber que o menor fica moral ou materialmente em perigo:

Pena - detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos.

§ 1º A pena é de 1 (um) a 4 (quatro) anos de reclusão, se o agente pratica delito para obter lucro, ou se o menor é enviado para o exterior.

§ 2º Incorre, também, na pena do parágrafo anterior quem, embora excluído o perigo moral ou material, auxilia a efetivação de ato destinado ao envio de menor para o exterior, com o fito de obter lucro.

Abandono Intelectual – Art. 246 – Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar:

Pena – detenção, de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa.

Art. 247 – Permitir alguém que menor de 18 (dezoito) anos, sujeito a seu poder ou confiado à sua guarda ou vigilância:

I – freqüente casa de jogos ou mal-afamada, ou conviva com pessoa viciosa ou de má vida;

II – freqüente espetáculo capaz de pervertê-lo ou de ofender-lhe o pudor, ou participe de representação de igual natureza;

III – resida ou trabalhe em casa de prostituição;

IV – mendigue ou sirva a mendigo para exercitar a comiseracão pública:

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.

Abandono de Incapaz – Art. 133 – Abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos.

Exposicão ou abandono de recém-nascido – Art. 134 – Expor ou abandonar recém-nascido, para ocultar desonra própria:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

Essas são algumas conseqüências de natureza penal quando do não cumprimento do poder familiar. Tem-se ainda as conseqüências de natureza civil, também relatadas pela autora supra-citada, podendo ocorrer a suspensão ou perda do poder familiar, que serão analisadas abaixo; algumas medidas previstas no ECA, que também serão vistas em capítulo à parte; e pena de prisão em caso de alimentos não prestados.

Os pais, em decorrência do poder familiar, são também responsáveis civilmente pelos atos dos filhos; ou seja, se o filho praticar ato ilícito ou ato infracional com reflexo patrimonial, os pais são responsáveis pela reparação do dano. De acordo com o art. 932 do Código Civil, os pais são responsáveis pela reparação civil dos atos praticados pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade ou em sua companhia. Conforme Venosa¹⁷¹, o artigo preconiza que em se tratando de pais separados, o progenitor que detiver a guarda será o responsável pelos atos dos menores, porém a jurisprudência tende a alargar o conceito, dependendo do caso concreto, buscando responsabilizar ambos os pais. O Código Civil de 2002 instituiu a responsabilidade civil objetiva dos pais em relação aos atos dos filhos, pois por ser incapaz, o filho é pessoalmente irresponsável, cabendo aos pais a reparação. Para isso, os bens do pai e da mãe suportarão o ônus pelo ressarcimento do dano¹⁷².

Quanto aos bens dos filhos, os pais devem administrá-los, sem poderem dispor dos mesmos, no intuito de contribuírem para que os filhos tenham condições materiais necessárias para o bom desenvolvimento de sua personalidade. Carvalho¹⁷³ acredita ser impróprio falar que os pais têm direitos sobre a pessoa e o bem dos filhos; os pais possuem apenas direito ao usufruto dos bens, podendo o mesmo ser condicionado, limitado ou até excluído do exercício do poder familiar. Os pais exercem o múnus de administrar os bens dos filhos, pois estes não possuem capacidade civil para tanto — a administração legal possibilita a representação do menor nos atos da vida civil. A matéria é tratada pelos art. 1.689 a 1.693 do Código Civil no

¹⁷¹ VENOSA, S. S. op. cit., p. 360, nota 45.

¹⁷² PEREIRA, C. M. S. op. cit., p. 422, nota 38.

¹⁷³ CARVALHO, J. A. op. cit., p. 185, nota 35.

que refere ao usufruto e administração dos bens dos filhos menores. Venosa¹⁷⁴ salienta que a administração corresponde apenas a atos restritos a administrar, como locação, pagamento de impostos, etc.; para alienação, é necessária autorização judicial. Comel comenta que o usufruto previsto no âmbito do poder familiar não é direito real e sim, é direito de família especial; critica, ainda, o usufruto legal, afirmando que o Código “perdeu a oportunidade de atualizar a disciplina das relações patrimoniais no poder familiar, suprimindo de vez o usufruto legal e substituindo-o pela obrigação de o filho contribuir, eqüitativamente, segundo suas possibilidades, com os encargos de família, enquanto conviva com ela”¹⁷⁵. Conclui a autora que os pais só poderão utilizar os rendimentos do filho na medida do necessário para satisfazer as despesas da família; o que remanescer, passa a integrar o patrimônio do filho, estando sob administração dos pais. Segundo o art. 1.689, II, os pais estão obrigados a administrar os bens dos filhos menores na vigência do poder familiar, porém, o art. 1.691 prescreve algumas limitações a esse dever, quais sejam, os pais estão proibidos de alienar ou gravar de ônus real os imóveis dos filhos, e estão proibidos de contrair em nome dos filhos obrigações que excedam os limites da administração. Comel¹⁷⁶ alerta, ainda, que no direito pátrio não há regra que determine a prestação de contas dos pais para os filhos em relação à administração dos bens destes, porém, essa previsão é comumente encontrada no direito estrangeiro. O art. 1.693 enumera os bens que são excluídos da administração e do usufruto dos pais. São eles:

- I – os bens adquiridos pelo filho havido fora do casamento, antes do reconhecimento;
- II – os valores auferidos pelo filho maior de 16 (dezesesseis) anos, no exercício de atividade profissional e os bens com tais recursos adquiridos;
- III – os bens deixados ou doados ao filho, sob a condição de não serem usufruídos ou administrados pelos pais;
- IV – os bens que aos filhos couberem na herança, quando os pais forem excluídos da sucessão.

A primeira exclusão tem em vista não incentivar reconhecimento de filho em função

¹⁷⁴ VENOSA, S. S. op. cit., p. 368, nota 45.

¹⁷⁵ COMEL, D. D. op. cit., p. 147, nota 42.

¹⁷⁶ Idem, p. 159.

dos bens que o mesmo tenha. Quanto à segunda exclusão, o legislador entende que se o menor tem capacidade para adquirir tais bens, também terá para administrá-los. A terceira exclusão visa proteger a vontade do transmitente, que não desejava ter seus bens usufruídos ou administrados pelos pais do menor. A última exclusão tem a intenção de não punir o filho pela indignidade sucessória dos pais¹⁷⁷. Borghi¹⁷⁸ também constata, quanto à primeira exclusão, que o ato de reconhecimento do filho pelo pai seria suspeito.

Não há plenitude de gozo da autoridade parental, podendo a mesma ser suspensa ou perdida em casos que impliquem em ma

extingue o poder familiar com a maioria, ou seja, aos dezoito anos, quando se atinge a capacidade civil. No caso de adoção, Silva¹⁸¹ fala não em extinção do poder familiar, mas em transferência do poder do pai natural ao adotivo. Comel¹⁸², porém, acredita que ocorre a extinção em relação aos pais biológicos e nova constituição de vínculo com os pais adotivos, pois há o rompimento total e definitivo com os pais biológicos. Pereira¹⁸³ declara que, na adoção, “o parentesco civil se opera de forma translatícia antes que extintiva, pois examinada a relação pelo lado da criança ou do jovem, ele não se acha em nenhum momento fora do poder parental”. A jurisprudência entende ser essencial a concordância de ambos os genitores para que o filho seja dado em adoção; sendo assim, decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo negou provimento a recurso de tia que, estando na posse de sobrinha e querendo adotá-la, requereu a destituição do poder familiar, não havendo motivos para a mesma. A destituição só ocorre nos casos expressos em lei; aqui, primeiro deveria ser pleiteada a adoção para em seguida ocorrer a destituição¹⁸⁴. Quanto ao último inciso do art. 1.635, decisão judicial, é a que conclui por um dos fatos graves descritos no art. 1.638, que são incompatíveis com o poder familiar; sendo assim, ocorrendo a perda, ocorre a extinção. A extinção ocorre automaticamente, sem necessidade de determinação judicial; logo, não há procedimento para se atingi-la. Como efeitos, tem-se o término da função paterna, havendo o rompimento do vínculo parental entre pais e filhos. Chinelato¹⁸⁵ reitera que os quatro primeiros incisos do art. 1.635 referem-se a casos de extinção do poder familiar em que não

¹⁸¹ SILVA, R. B. T. op. cit., p. 1500, nota 87.

¹⁸² COMEL, D. D. op. cit., p. 302, nota 42.

¹⁸³ PEREIRA, C. M. S. op. cit., p. 434, nota 38.

¹⁸⁴ RT 758/211. – TJSP Ap. 73.532-0/7-010 j. 16.10.2000 – rel. Des. Fábio Quadros. – **CRIANÇA – Adoção – Destituição do pátrio poder que constitui pressuposto lógico do pedido – Necessidade de que a inicial aponte causa eficiente para tanto e de que seja observado o contraditório – Inteligência dos arts. 45 e 169 da Lei 8.069/90.** *Ementa da Redação: Nos termos do art. 45 do ECA, a adoção direta só é admissível na hipótese de consentimento dos pais ou do representante legal do adotando, ou mesmo se desconhecidos forem os progenitores ou tenham eles sido destituídos do pátrio poder. No entanto, quando a destituição do pátrio poder constituir-se pressuposto lógico do pedido de adoção, é necessário que a inicial aponte causa eficiente para tanto e de que seja observado o contraditório, conforme se extrai da leitura do art. 169 da Lei 8.069/90.*

¹⁸⁵ CHINELATO, S. J. op. cit., p. 220, nota 142.

há necessidade de sentença judicial para tanto, sendo, também, hipóteses em que não cabe a restauração do poder familiar. Quanto ao último inciso é, ao mesmo tempo, caso de perda e de extinção do poder familiar.

O Código enfatiza, ainda, que, se os pais contraírem novas núpcias, não perdem o poder familiar dos filhos provindos de relacionamentos anteriores. Assim, o art. 1.636 do Código Civil dispõe:

O pai ou a mãe que contrai novas núpcias, ou estabelece união estável, não perde, quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro.
Parágrafo Único. Igual preceito ao estabelecido neste artigo aplica-se ao pai ou à mãe solteiros que casarem ou estabelecerem união estável.

Nota-se que o poder familiar é mantido na união estável e na entidade monoparental. É Chinelato¹⁸⁶ quem afirma que o artigo enfatiza os direitos dos genitores em relação aos filhos, independentemente do estado civil daqueles, observando-se a não interferência do novo cônjuge ou companheiro no exercício do poder familiar. Nesse sentido, Fabíola Santos Albuquerque¹⁸⁷ considera serem coisas diferentes o poder familiar e a liberdade de recomposição da família a que os pais têm direito, não podendo serem confundidas. Observa que o poder familiar não é inerente à convivência dos pais; sendo assim, deve-se preservar a unidade familiar, não se confundindo a unidade familiar com a convivência ou com a ruptura da relação conjugal; a unidade familiar é um elo que se perpetua para além da relação entre os genitores.

Deve-se atentar que, embora a lei preveja a não interferência do novo cônjuge na educação da prole anterior, na prática, surgem situações em que o adulto deve se manifestar, o que enseja conflitos entre os conviventes da nova família constituída. O Código é omissivo a

¹⁸⁶ CHINELATO, S. J. op. cit., p. 244, nota 142.

¹⁸⁷ ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Poder familiar nas famílias recompostas e o art. 1.636 do CC/2002. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 4, 2004, Belo Horizonte. *Anais ...* Belo Horizonte: IBDFAM, 2004, p. 161-179.

respeito, apenas afirmando a não intromissão. Muitas vezes, o laço de afeto estabelecido entre o novo parceiro do pai ou mãe é tão grande, que o menor passa a dever obediência ao próprio novo parceiro; como já dito, não é o laço de sangue apenas que possibilita a parentalidade. Segundo Grisard Filho¹⁸⁸, o papel do pai ou da mãe na família reconstituída varia de acordo com a origem da nova família, ou seja, se nasceu em função da morte de um dos pais, o novo cônjuge assume um papel de substituição do antigo; se nasceu em função de uma separação, os papéis mudam: se presentes os pais biológicos, os pais afins não substituem o antigo, porém, se os pais biológicos forem omissos, ausentes e desinteressados, o novo cônjuge passa a assumir o papel de pai. Sendo assim, quando do surgimento de nova família após uma separação, morte, ou divórcio, o novo parceiro tende a adotar uma posição mais ativa no exercício do poder familiar e não tão passiva como sugere o Código Civil.

O poder familiar pode ser suspenso, em determinados casos. A suspensão é medida provisória — subsistindo enquanto perdurar a causa que a determinou; a suspensão pode atingir um ou mais filhos, sem atingir toda a prole. É decretada pela autoridade judiciária, se apurada conduta grave. O pedido pode ser formulado por algum parente ou pelo Ministério Público, ou de ofício. A suspensão pode recair apenas sobre alguns direitos inerentes ao poder familiar ou sobre todos os atributos do mesmo¹⁸⁹. O tempo de suspensão fica a critério do juiz, conforme achar conveniente. Dispõe o art. 1.637:

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

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

Comel define a suspensão do Poder Familiar como “uma restrição imposta

¹⁸⁸ GRISARD FILHO, Waldyr. Famílias reconstituídas. Novas relações depois das separações. Parentesco e autoridade parental. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 4, 2004. *Anais ...* Belo Horizonte: IBDFAM, 2004.

¹⁸⁹ DOWER, N. G. B. op. cit., p. 217, nota 153.

judicialmente àquele que exerce o poder familiar e que vier ou a abusar de sua função em prejuízo do filho, ou a estar impedido temporariamente de exercê-la, pela qual se retira parcela de sua autoridade”.¹⁹⁰ Logo, consoante a autora, a suspensão não é definitiva, tem duração determinada, perdurando enquanto for necessária e útil ao interesse dos filhos. É vista, a suspensão, como medida de proteção ao interesse dos filhos ou como uma forma de sanção aos pais faltosos. Fujita¹⁹¹ define a suspensão do poder familiar como sendo uma “privação temporária do seu exercício pelos pais determinada pela autoridade judicial, porquanto estavam a prejudicar o seu filho, quer por má conduta, quer por interdição ou ausência, sendo-lhe nomeado um curador especial durante o curso do processo”. Têm-se como causas da suspensão do poder familiar o abuso de autoridade, a condenação por sentença irrecorrível (previstas no texto legal) e a interdição e ausência judicialmente decretadas. No tocante ao abuso de autoridade, deve-se levar em consideração o abuso qualificado, havendo falta aos deveres paternos ou ruína aos bens dos filhos, de modo a colocar em risco o interesse pessoal ou patrimonial do filho. Quanto à condenação por sentença irrecorrível, é necessário que seja sentença criminal condenatória, transitada em julgado, com pena privativa de liberdade superior a dois anos. Porém, considerando-se o princípio da integral proteção ao menor, não estaria o mesmo sendo respeitado se toda e qualquer condenação criminal como a privativa de liberdade superior a dois anos ensejasse a suspensão do poder familiar. Conforme Comel¹⁹², “ainda que a conduta criminosa seja reprovável, não se pode reputar que sempre indicará falta de condições do apenado para exercer o poder familiar, senão cada caso deverá ser apreciado judicialmente, para que, sempre no interesse e em benefício do menor, sejam tomadas as medidas cabíveis”. Quanto à condenação por crimes apenados com reprimendas inferiores, poderá ocasionar a suspensão ou até a perda do poder familiar, dependendo da gravidade com relação ao filho, devendo-se

¹⁹⁰ COMEL, D. D. op. cit., p. 264, nota 42.

¹⁹¹ FUJITA, J. S. op. cit., p. 301, nota 13.

¹⁹² COMEL, D. D. op. cit., p. 275, nota 42.

analisar o caso concreto. Se suspenso o poder familiar, o genitor perde todos os direitos em relação ao filho, inclusive o usufruto legal. A suspensão é menos grave que a destituição, pois o poder familiar pode ser restabelecido se cessada a causa geradora da suspensão¹⁹³. Por fim, como causas supra-legais de suspensão do poder familiar tem-se a interdição ou a ausência de um dos pais. Se o interditado não tem condições de administrar seus bens e sua vida pessoal, então, não poderá reger a vida do filho; na ausência, ocorre impossibilidade absoluta, pois o exercício do poder familiar exige a presença física do pai.¹⁹⁴

Também é necessário ressaltar que a suspensão do poder familiar não atinge a titularidade da função paterna e, sim, o exercício, apenas; são situações personalíssimas, que atingem apenas o pai faltoso. A duração da suspensão também será determinada judicialmente, de acordo com o caso concreto.¹⁹⁵

A destituição do poder parental é a sanção mais grave que pode ser imposta aos pais que faltarem com os deveres em relação aos filhos. Comel constata que a perda do poder familiar ocorre quando os pais desviam-se de maneira ostensiva das finalidades da instituição. Também é personalíssima, atingindo apenas o pai que deu causa à perda.¹⁹⁶ É medida definitiva, conforme hipóteses legais (castigo imoderado, abandono, prática de atos contrários à moral e aos bons costumes). Para perda, é necessário que haja culpa. Pode, ainda, ser vista como uma penalidade imposta a um dos pais ou a ambos, que tenham praticado qualquer dos atos previstos em lei ensejadores da perda do poder familiar, abrangendo a sanção todos os filhos¹⁹⁷. Dispõe o art. 1.638 do Código Civil:

Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:
I – castigar imoderadamente o filho;
II – deixar o filho em abandono;
III – praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;
IV – incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

¹⁹³ VENOSA, S. S. op. cit. p. 368, nota 45.

¹⁹⁴ COMEL, D. D. op. cit., p. 276, nota 42.

¹⁹⁵ Idem, p. 282.

¹⁹⁶ Idem, p. 286.

¹⁹⁷ FUJITA, J. S. op. cit., p. 303, nota 13.

Os pais podem castigar de forma moderada os filhos, desde que evitem qualquer agressão física ou psíquica, devendo os castigos se restringirem a proibições de privilégios relacionados ao lazer. O abandono corresponde ao abandono moral (descaso quanto à criação, educação e moralidade) e material. O último inciso refere à reiteração de atos que geram a suspensão do poder familiar, ou seja, reiteração no descumprimento do sustento, guarda, educação, entre outros¹⁹⁸. Essas causas são melhor explicadas por Comel: por castigo imoderado, entende-se aquele castigo levado a efeito com violência, brutalidade e agressividade, não podendo ser admitido; além da tortura física, a psicológica também caracteriza o castigo imoderado. Assim, ameaças, humilhações, ofensas verbais podem configurar o castigo imoderado. O abandono de filho consiste no desatendimento ao dever de guarda; “traduz-se na falta de cuidado e atenção, na incúria, ausência absoluta de carinho e amor”.¹⁹⁹ A autora ainda ressalta que para se configurar a hipótese, é necessário que o filho se encontre em estado de extrema privação, o que não ocorre se um dos pais sair do lar e o outro permanecer para cuidar das crianças. A doutrina reza que a miserabilidade não enseja a perda do poder familiar por si só, mas há casos que o abandono não se justifica pela penúria e, então, cabe a destituição. Sendo assim, a jurisprudência entende que a extrema pobreza não pode ser desculpa para se deixar o filho ao relento — assim decidiu o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul ao destituir o poder familiar de uma mãe²⁰⁰. Quanto à prática de atos contrários à moral e aos bons costumes, tem-se que os pais devem educar através do exemplo, e isso não ocorre quando os mesmos praticam atos que firam a integridade moral do menor. A autora cita como exemplo desses atos o convívio com pessoas viciadas em substâncias

¹⁹⁸ SILVA, R. B. T. op. cit. p. 1503, nota 87.

¹⁹⁹ COMEL, D. D. op. cit., p. 288, nota 42.

²⁰⁰ RT 791/333 – TJMS – Ap. 1000.067767-6/0000-00 – j. 14.03.2001 – rel. Des. Hamilton Carli. **PÁTRIO PODER – Destituição – Admissibilidade – Miserabilidade da mãe dos menores que não justifica que trate sua prole com desleixo e extremada desídia, faltando com os cuidados básicos e essenciais à própria sobrevivência dos infantes.** *Ementa Oficial: O fato de a mãe dos menores ser pobre, em situação de miséria, não justifica que trate os filhos com desleixo e extremada desídia, faltando aos cuidados básicos e essenciais à própria sobrevivência dos menores, donde o cabimento da destituição do pátrio poder, porque melhor atende aos interesses dos menores.*

entorpecentes; prática de atos de abuso sexual contra os filhos; convívio com pessoas que pratiquem atos depravados na presença dos menores. Por fim, quanto à reincidência em atos que ensejam a suspensão do poder familiar, tem-se que a medida é grave, devendo o aplicador da lei considerar se a medida é necessária ao melhor interesse do menor. Ao analisar as causas que dão ensejo à perda do poder familiar, Chinelato²⁰¹ alega, quanto ao castigo imoderado, que a evolução dos costumes e a própria psicologia abolem o castigo físico como forma de correção; às vezes, os castigos morais podem ser até mais cruéis que os físicos. Por fim, salienta a autora que uma vez desaparecidos os motivos que deram ensejo à perda do poder familiar, o mesmo deve ser restituído, visando-se ao melhor interesse da criança, quando esta não tiver sido colocada sob guarda ou tutela de outrem, embora o código não discipline a matéria; cabe ao juiz analisar o caso concreto para saber se é cabível o retorno ao poder familiar anterior ou não.

O procedimento da perda do poder familiar é tratado no Estatuto da Criança e do Adolescente. Quanto aos efeitos que a perda do poder familiar acarreta, tem-se que o pai, destituído do poder, fica totalmente inibido de qualquer autoridade em relação ao filho; porém, admite-se a volta do poder familiar ao pai faltoso, uma vez superada a situação que ensejou a perda, em prol do melhor interesse do filho.

As causas de perda do poder familiar são taxativas, não se podendo pleitear a destituição, por exemplo, em caso que a mãe biológica entrega o filho menor a terceiros para que esses o criem. Os terceiros podem posteriormente tentar a adoção do menor, mas não pleitear a destituição do poder familiar. Assim julgou o STJ em recurso no qual a mãe havia entregue a filha a terceiros e depois desejou reavê-la. O Tribunal entendeu não ser justo o interesse da mãe biológica, pois já havida dado o filho em adoção e assim atestado em juízo o seu desejo; porém, o caso se resolve com o pedido de adoção e não com o de destituição do

²⁰¹ CHINELATO, S. J. op. cit., p. 258, nota 142.

poder familiar²⁰². A suspensão e a destituição do poder familiar são aplicadas mais em prol dos menores que como um ato punitivo aos pais; os filhos se afastam da presença nociva.

3.3 Adoção

O instituto da adoção será aqui estudado no que for compatível com o tema em análise, ou seja, pretende-se focar a adoção em face à família monoparental. No Código Civil de 2002, a adoção é tratada no Capítulo IV, do Título I — subtítulo II, arts. de 1.618 a 1.629. No Código anterior, o instituto era tratado apenas no tocante à adoção de maiores de idade e não de crianças; o atual, ao contrário, refere-se à adoção de menores de 18 anos, havendo aplicação subsidiária do ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) que anteriormente abordava isoladamente a adoção de menores. Enfim, visa-se, aqui, analisar a adoção de menores em correlação com a família monoparental no Código Civil de 2002, sendo o ECA estudado em capítulo à parte.

Primeiramente, tem-se a conceituação do instituto e análise dos dispositivos gerais para, em seguida, estudar-se a situação do adotante solteiro, o adotante viúvo e o falecimento do adotante durante o procedimento da adoção, os divorciados, os separados, enfim, questões

²⁰² RT 768/188 – STJ - REsp. 158.920-SP – j. 23.03.1999 – rel Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. **CRIANÇA – Entrega de filho menor a terceiros – Pátrio poder – Destituição – Inadmissibilidade, pois não se trata de hipótese contemplada no art. 395 do CC – Circunstância que impede o Juiz de prolatar sentença nesse sentido, visando agilizar futuro processo adotivo em face do arrependimento posterior da genitora pelo seu ato – Possibilidade, no entanto, do deferimento da guarda do infante, na modalidade de colocação em família substituta, se verificado que o menor encontra-se no convívio do casal desde tenra idade, bem adaptado gozando de boa saúde e criação – Relativização de aspectos processuais em face da prevalência dos interesses do menor – Inteligência do art. 6º da Lei 8.069/90. Ementa da Redação: A entrega de filho menor a terceiros pela mãe pode ensejar futura adoção, e, conseqüentemente, a extinção do pátrio poder, mas jamais pode constituir causa para a sua destituição, pois trata-se de hipótese não contemplada no art. 395 do CC, circunstância, portanto, que impede que o Juiz prolate sentença nesse sentido, visando agilizar o processo adotivo em face do arrependimento da genitora pelo seu ato. No entanto, verificado que a criança encontra-se no convívio do casal desde tenra idade, estando bem adaptada, gozando de boa saúde e criação, convém, em face da prevalência dos interesses do menor, como determina o art. 6º da Lei 8.069/90, relativizar aspectos processuais, possibilitando, assim, o deferimento da guarda do infante ao casal na modalidade de colocação em família substituta, para que, em procedimento próprio, postule a respectiva adoção.**

que envolvam a família monoparental. Os principais artigos a serem discutidos serão o 1.618, o 1.619, o 1.621, 1.622, 1.624 ao 1.628.

Segundo Borghi²⁰³, o instituto revela grande importância social, visando, o mesmo, à criação de um parentesco civil, tendo como características a proteção e a beneficência. Para o autor, a natureza jurídica do instituto é de um negócio jurídico, em face da necessidade de acordo de vontades entre adotante e adotado (ou seu representante legal), para que haja a concretização do ato.

Borghi²⁰⁴ salienta que vige sob o regime do Código Civil de 2002 apenas um tipo de adoção, ou seja, regulada pelo Código e sendo complementada pelo ECA, destinada a adotantes com mais de dezoito anos e a adotandos em qualquer idade, desde que haja diferença de 16 anos entre ambos. O autor critica o Código ao não dispor sobre adoção entre irmãos e ascendentes do adotando, porém o louva ao manter um único tipo de adoção, reiterando o vínculo de parentesco entre adotado e adotante e com os parentes do último. Assim, dispõe o art. 1.618 do Código:

Só a pessoa maior de dezoito anos pode adotar

Parágrafo Único. A adoção por ambos os cônjuges ou companheiros poderá ser formalizada, desde que um deles tenha completado dezoito anos de idade, comprovada a estabilidade da família.

O projeto 6.960/02 propõe alteração no artigo acima transposto, no sentido da crítica - elaborada pelo autor supracitado. A redação seria a seguinte:

Art. 1.618. Só a pessoa maior de dezoito anos pode adotar.

§ 1º A adoção por ambos os cônjuges ou companheiros poderá ser formalizada, desde que um deles tenha completado dezoito anos de idade, comprovada a estabilidade da família.

§ 2º Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando.

§ 3º É vedada a adoção por procuração.

§ 4º A adoção é irrevogável.

O art. 1.619 também reitera o já disposto acima: “O adotante há de ser pelo menos

²⁰³ BORGHI, H. op. cit., p. 123, nota 27.

²⁰⁴ Idem, p. 139.

dezesseis anos mais velho que o adotado”.

A Constituição Federal estabelece a plena igualdade entre todos os filhos em seu art. 227, § 6º, o qual dispõe: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer

Ressalta, Arnold Wald²⁰⁸, que a adoção outrora tida como uma opção ao casal que não tinha filhos e buscavam uma satisfação pessoal no ato de serem pais, hoje é vista como um instituto assistencial, a fim de proteger o menor, dando-lhe um lar, um ambiente familiar, equiparando o filho adotivo ao legítimo. Assim, é tida para dar amparo a pessoas carentes, quando os pais forem desconhecidos ou não tiverem condições materiais para criarem os filhos²⁰⁹.

Nesse sentido, Pereira²¹⁰ também visualiza uma concepção moderna para a adoção, conforme o estabelecido no art. 227, § 5º da Constituição Federal: “a adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros”. Deduz-se do enunciado que a adoção já não encontra mais seu caráter contratualista, pois a própria lei ditará as regras a serem seguidas, e não as partes; da adoção resulta a filiação civil e, por fim, a própria Constituição em seu art. 227 assegura ser dever da família, sociedade e Estado a proteção e amparo às crianças e adolescentes. O instituto é um misto de direito público e privado.

Fujita²¹¹ enumera os traços característicos da adoção. O adotante deve ter idade igual ou superior a dezoito anos, podendo ser adotantes a pessoa solteira, o casal ligado pelo casamento ou pela união estável, ou os divorciados e separados judicialmente, em conjunto; pondera que deve haver estabilidade na família do adotante; ascendentes e irmãos não podem ser adotantes; é necessário que haja uma diferença de idade de no mínimo 16 anos entre adotante e adotado; o adotando pode ter qualquer idade, inclusive pode ter mais de 18 anos, tudo conforme visto acima. Os pais ou representantes legais do adotando devem autorizar a adoção, bem como deve ser consultado o adotando se o mesmo tiver mais de doze anos — a autorização é dispensável em caso de pais desconhecidos ou destituídos do poder familiar.

²⁰⁸ WALD, Arnold. **O novo direito de família**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 36.

²⁰⁹ FUJITA, J. S. op. cit., p. 273, nota 13.

²¹⁰ PEREIRA, C. M. S. op. cit., p. 396, nota 38.

²¹¹ FUJITA, J. S. op. cit., p. 274, nota 13.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça de São Paulo²¹² nega provimento a recurso que pleiteia a adoção sem que haja a devida destituição do poder familiar, e sem alegar justos motivos para a destituição. Já o Tribunal de Justiça do Paraná²¹³ concede a adoção de criança, destituindo primeiramente o poder familiar, em virtude de maus tratos à criança.

Dispõe o art. 1.621 do Código Civil:

Art. 1.621. A adoção depende de consentimento dos pais ou dos representantes legais, de quem se deseja adotar, e da concordância deste, se contar mais de doze anos.

§ 1º O consentimento será dispensado em relação à criança ou adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar.

§ 2º O consentimento previsto no *caput* é revogável até a publicação da sentença constitutiva da adoção.

Também o art. 1.624, complementando o art. 1.621, acrescenta:

Art. 1.624. Não há necessidade do consentimento do representante legal do menor, se provado que se trata de infante exposto, ou de menor cujos pais sejam desconhecidos, estejam desaparecidos, ou tenham sido destituídos do poder familiar, sem nomeação de tutor; ou de órfão não reclamado por qualquer parente, por mais de um ano.

Segue o autor dizendo que em caso de adoção de menores é necessário um período de convivência entre adotante e adotando. É necessária intervenção judicial com intervenção do Ministério Público, por se tratar de ação que envolve estado de pessoas. Por fim, a adoção é irrevogável²¹⁴.

²¹² RT 785/211 – TJSP – Ap. 73.532-0/7-00 – j. 16.10.2000 – rel. Des. Fábio Quadros. **CRIANÇA – Adoção – Destituição do pátrio poder que constitui pressuposto lógico do pedido – Necessidade de que a inicial aponte causa eficiente para tanto e de que seja observado o contraditório – Inteligência dos arts. 45 e 169 da Lei 8.069/90. Ementa da Redação: Nos termos do art. 45 do ECA, a adoção direta só é admissível na hipótese de consentimento dos pais ou do representante legal do adotando, ou mesmo se desconhecidos forem os progenitores ou tenham eles sido destituídos do pátrio poder. No entanto, quando a destituição do pátrio poder constituir-se pressuposto lógico do pedido de adoção, é necessário que a inicial aponte causa eficiente para tanto e de que seja observado o contraditório, conforme se extrai da leitura do art. 169 da Lei 8.069/90.**

²¹³ RT 810/354 – TJPR – ApCiv 107.839-1 – j. 27.06.2002 – rel. Des. Telmo Cherem. **PÁTRIO PODER – Destituição – Admissibilidade – Pais biológicos que não têm condições de atender os deveres legais na criação do filho. Ementa Oficial: Evidenciado que os pais biológicos não ostentam condições para cumprir os deveres de sustento, guarda e educação do filho, justifica-se a destituição do pátrio poder. ADOÇÃO – Criança – Vantagens reais para o adotando fulcradas em motivos legítimos – Interesse de menor que sobrepuja qualquer outro – Concessão do pedido. Ementa Oficial: Fundada em motivos legítimos, é de ser concedida a adoção que apresenta reais vantagens para o adotando, cujos superiores interesses devem se sobrepor a qualquer outro.**

²¹⁴ FUJITA, J. S. op. cit., p. 280, nota 13.

Fujita²¹⁵ também discorre sobre os efeitos da adoção. Primeiramente, ocorre o desligamento do vínculo de parentesco com a família biológica; em seguida, constitui-se um parentesco civil, com transferência do poder familiar ao adotante. Este pode dar nome e sobrenome ao adotado; assim estabelece o art. 1.627: “a decisão confere ao adotado o sobrenome do adotante, podendo determinar a modificação de seu prenome, se menor, a pedido do adotante ou do adotado”. Este passa a ter todos os direitos como se filho legítimo fosse, inclusive direitos sucessórios. Tais efeitos se iniciam com o trânsito em julgado da sentença; porém, se o adotante morrer no curso do processo, os efeitos retroagem à data do falecimento. Nesse sentido, tem-se o art. 1.628:

Art. 1.628. Os efeitos da adoção começam a partir do trânsito em julgado da sentença, exceto se o adotante vier a falecer no curso do procedimento, caso em que terá força retroativa à data do óbito. As relações de parentesco se estabelecem não só entre o adotante e o adotado, como também entre aquele e os descendentes deste e entre o adotado e todos os parentes do adotante.

O artigo transposto acima também é objeto de emenda pelo Projeto 6.960/02, ao qual seriam acrescentados quatro parágrafos, em função de omissão do Código ao tratar do instituto. O artigo apresentaria, além do *caput* já transcrito, os seguintes parágrafos:

§ 1º A sentença judicial da adoção será inscrita no registro civil, mediante mandado do qual não se fornecerá certidão.

§ 2º A inscrição consignará o nome dos adotantes como pais, bem como o nome de seus ascendentes.

§ 3º Não deve constar qualquer observação sobre a origem do ato na certidão de registro.

§ 4º A critério da autoridade judiciária, poderá ser fornecida certidão para a salvaguarda de direitos.

Embora o artigo transposto se refira aos efeitos após a morte, desde que já iniciado o procedimento de adoção, o Superior Tribunal de Justiça acolheu Recurso Especial em que reconhece a paternidade adotiva após a morte do pai, sem que houvesse o mesmo intentado a ação; porém, existiam provas inequívocas da vontade de adotar do falecido e da forma de

²¹⁵ Idem., p. 282.

tratamento da menor como sua filha²¹⁶.

Os vínculos de parentesco estabelecidos com a adoção não se restringem a adotando e adotado, mas entre o adotado e os demais parentes do adotante, bem como entre os descendentes do adotado e o adotante²¹⁷. Sendo assim, legítimo o acolhimento a apelo feito ao Tribunal de Justiça do Paraná de filha adotiva que deseja serem incorporados ao seu registro civil o nome dos genitores de seus pais adotivos, ou seja, seus avós adotivos e não o de seus avós biológicos como consta no registro, em função de constrangimentos sofridos com a situação, pois o sobrenome de seus pais adotivos é completamente distinto do sobrenome dos avós biológicos²¹⁸.

Passando à análise da adoção no tocante à família monoparental, tem-se que, segundo Chaves²¹⁹, em se tratando de processo de divórcio ou de separação judicial, os cônjuges poderão adotar se o período de prova tiver iniciado na constância do matrimônio, e desde que acordem quanto à guarda do menor. Dispõe o art. 1.622 do Código:

Art. 1.622. Ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher, ou se viverem em união estável.

Parágrafo único. Os divorciados e os judicialmente separados poderão adotar conjuntamente, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas, e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância da sociedade conjugal.

²¹⁶ RT 815/224 – STJ – Resp. 457.635-PB – j. 19.11.2002 – rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. **ADOÇÃO – Criança – Adotante que falece antes do início do procedimento para regularizar a situação do menor – Circunstância que não impede o reconhecimento do vínculo de adoção – Demonstração de forma inequívoca de que era essa a intenção do de cujos – Inteligência do art. 42 da Lei 8.069/90. Ementa Oficial: O reconhecimento da filiação na certidão de batismo, a que se conjugam outros elementos de prova, demonstra a inequívoca intenção de adotar, o que pode ser declarada ainda que ao tempo da morte não tenha tido início o procedimento para a formalização da adoção.**

²¹⁷ PEREIRA, C. M. S. op. cit., p. 408, nota 38.

²¹⁸ RT 812/2003 – Ap. 125.548-3 – j. 30.09.2002 – rel. Dês. Accácio Cambi. **ADOÇÃO – Registro de nascimento – Pedido de retificação para que sejam colocados os nomes dos pais dos adotantes, em lugar daqueles dos genitores biológicos – Admissibilidade – Circunstância em que a denegação da pretensão significa perpetuar discriminações injustas, trazendo constrangimentos ao adotado, aos adotantes e aos seus familiares. Ementa Oficial: A adoção não pode ser vista como uma mera forma de subsistência, mas um importantíssimo instrumento a serviço da solidariedade humana, na medida em que voltado à instituição de laços de parentesco, baseado na afetividade. A distinção entre a adoção civil e a estatutária não pode estar calcada, qualitativamente, em aspectos patrimoniais, capazes de gerar injustas discriminações entre os direitos e qualificações dos filhos adotivos e dos biológicos. Denegar o pedido de retificação do registro de nascimento, para impedir que sejam colocados os nomes dos pais dos adotantes, em lugar daqueles dos genitores biológicos, significa perpetuar discriminações injustas, trazendo constrangimentos ao adotado, aos adotantes e aos seus familiares.**

²¹⁹ CHAVES, A. op. cit., p. 305, nota 205.

Assim também é permitido ao viúvo ou viúva adotarem, bem como aos solteiros; houve quem criticasse a adoção realizada por solteiros, alegando a incapacidade de se constituir uma família uma pessoa solteira com um filho²²⁰. Mas é caso típico de constituição de uma família monoparental pela adoção. Nesse sentido, Chaves²²¹ já dizia que a adoção pelo viúvo e pelo solteiro seria contra indicada, pois o lar do viúvo é envolvido pela dor e pelo luto e o solteiro teria algum desvio de comportamento social. A posição é deveras retrógrada em face ao nosso direito atual. Sendo a adoção instituto inspirado na solidariedade e na proteção dos menores, é totalmente admissível que viúvos e solteiros adotem, ainda mais após o reconhecimento da entidade familiar monoparental pela Constituição Federal. A família monoparental é tão digna quanto qualquer outra forma de família e não é mais possível existirem essas discriminações. Em um país com inúmeros menores abandonados, a adoção não deve ser dificultada por preconceitos odiosos.

De acordo com Maria Antonieta Pisano Motta²²², os pais adotivos podem vir a ser melhores que pais naturais, pois pais naturais ausentes podem ser figuras negativas para o desenvolvimento da criança. Pais adotivos podem ser ótimos pais psicológicos, de alto valor afetivo, promovendo um bom desenvolvimento para a criança. Assim expõe a autora²²³:

Os pais devem saber que terão de dar amor e colocar os limites tal como fariam se o filho fosse natural. É importante lembrá-los de que, assim como o filho natural, o filho adotivo também apresentará suas complicações e dificuldades nas diferentes etapas da vida, pois o que se verifica é que, curiosamente, há uma tendência a enxergar as dificuldades rotineiras dos filhos naturais como anormais nos filhos adotados.

Motta ainda reitera que os pais devem estar preparados para aceitar a criança como ela é, ainda que a mesma não atenda à expectativa dos adotantes.

Como dito anteriormente, antes de ser concretizada oficialmente a adoção, é

²²⁰ CHAVES, A. op. cit., p. 308, nota 205.

²²¹ Idem, p. 311.

²²² MOTTA, Maria Antonieta Pisano. **Adoção**: algumas contribuições psicanalíticas.. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1998, p. 129. (Cadernos de Estudos n. 01: Direito de Família e Ciências Humanas).

²²³ Idem, p. 132.

necessário que haja um período prévio de convivência entre adotante e adotado para que ocorra adaptação entre ambos. Nesse período, eles serão avaliados por uma equipe interprofissional, escolhida pelo magistrado²²⁴, sendo que a adoção só poderá ser deferida quando apresentar benefícios para o adotado²²⁵. Nesse sentido, o art. 1.625 do Código Civil dispõe: “Somente será admitida a adoção que constituir efetivo benefício para o adotando”. Silva²²⁶ ressalta que esses benefícios são de ordem pessoal, moral e afetiva, levando-se em conta sempre o interesse do menor. O referido artigo tem nova redação no Projeto 6.960/02, assim se apresentando:

Art. 1.625. Somente será admitida a adoção que constituir efetivo benefício para o adotando.

Parágrafo único. A adoção será precedida de estágio de convivência com o adotando, pelo prazo que o juiz fixar, observadas as peculiaridades do caso, podendo ser dispensado somente se o menor tiver menos do que um ano de idade ou se, independentemente de sua idade, já estiver na companhia do adotante durante tempo suficiente para a avaliação dos benefícios da constituição do vínculo.

Também é verdade que se o adotante falecer no curso do procedimento de adoção, já tendo manifestado sua vontade de forma inequívoca, a adoção pode ser concretizada²²⁷.

Quanto aos alimentos devidos, tem-se que após concretizada a adoção, o pai adotivo detém o poder familiar e, conseqüentemente, o dever de sustento do filho menor; logo, ele será devedor de alimentos em caso de separação ou divórcio do outro cônjuge adotante.

Chaves²²⁸ ainda questiona qual sobrenome teria uma criança adotada por uma mulher solteira que viesse a se casar posteriormente. Acreditava que a solução seria unir o sobrenome do marido ao da criança. Já não se justifica o questionamento em face do Código atual, pois o marido pode levar o sobrenome da esposa ou a esposa pode manter seu sobrenome de solteira, sem acrescentar o do marido; sendo assim, a criança não teria problemas em carregar só o sobrenome da mãe. Seria diferente caso o marido resolvesse adotar a criança também, aí sim

²²⁴ PEREIRA, C. M. S. op. cit., p. 403, nota 38.

²²⁵ MOTTA, M. A. P. op. cit., nota 184.

²²⁶ SILVA, R. B. T. op. cit., p. 1488, nota 87.

²²⁷ CHAVES, A. op. cit., p. 316, nota 205.

²²⁸ Idem, p. 462.

justifica-se a adoção do sobrenome do marido pela criança.

Outra questão que o autor supracitado menciona é no tocante ao sobrenome da viúva que adota — qual deve o adotado levar: seu sobrenome de solteira ou o do marido falecido? Como o marido não pode manifestar sua vontade, o ideal seria que o adotado levasse o sobrenome de solteira da viúva; mas como a viúva conserva o sobrenome do marido, não há como proibi-la de transmiti-lo a filho adotivo²²⁹. Parecem questões menores em face da grandiosidade do instituto, o qual encontra seu fundamento no amor, no afeto, na solidariedade, na compreensão e não no nome que o menor vai carregar.

Surge controvérsia no tocante à adoção de nascituro. Sempre se discutiu se o nascituro tem ou não personalidade jurídica, pois embora o Código saliente que a personalidade jurídica surge a partir do nascimento com vida, os direitos do nascituro estão ressalvados, como dispõe o art. 2º do Código Civil. Sendo assim, a maioria dos autores acredita que o nascituro não tem personalidade, portanto não pode ser adotado; o nascituro não teria direitos e, sim, expectativa de direitos. Porém, dentre os que consideram que o nascituro tenha personalidade jurídica, acreditam que essa personalidade está estritamente relacionada à gravidez, ou seja, em casos de inseminações, só poderá o nascituro ser considerado como pessoa a partir do momento que se encontrar no útero materno. Então, uma vez no útero, deve poder o nascituro ser adotado, pois há prenúncio de vida e pode ser o mesmo representado por seus genitores²³⁰. Sendo assim, parece ser mais acertado permitir a adoção do nascituro, ficando o ato condicionado ao nascimento com vida e a uma posterior afirmação de vontade dos genitores, pois o nascimento pode fazer com que mudem os sentimentos dos pais.

Recentemente, a Lei 10.421 – 15/04/2002 inseriu na CLT artigo referente à licença maternidade da mãe adotante. O período será de 120 dias para crianças até um ano de idade;

²²⁹ CHAVES, A. op. cit., p. 463, nota 205.

²³⁰ MONTEIRO, S. M. op. cit., p. 70, nota 53.

60 dias, para crianças de 1 a 4 anos e de 30 dias para crianças de 4 a 8 anos²³¹. Preocupação relevante e social, possibilitando que a adotante estreite laços com o filho.

3.4 Alimentos

Os alimentos são tratados no Código Civil no título II, subtítulo III do Livro de Família, compreendendo os arts. de 1.694 a 1.710. A matéria é extensa e abrangente, porém, para o presente trabalho, apenas interessa os alimentos no que se refere à salvaguarda dos filhos menores quando da existência da família monoparental; sendo assim, os artigos mais importantes aqui serão o 1.703, 1.705 e 1.706, que tratam mais especificamente do assunto, além daqueles que correspondem a disposições gerais.

Cahali²³² define alimentos como sendo “a contribuição periódica assegurada a alguém, por um título de direito, para exigí-la de outrem, como necessário à sua manutenção”. Segundo o autor, o interesse do legislador ao disciplinar sobre alimentos é social, no tocante ao que recai sobre a vida de quem se encontra em necessidades ou sem condições de sobrevivência pelo esforço próprio.

Os alimentos compreendem a tudo o que é essencial para a vida; de acordo com Borghi²³³, são definidos como a “cota periódica que um parente ou um obrigado deve a outro parente, ou a outrem, para fins de sua subsistência, nos casos previstos em lei”. O autor afirma que o instituto se funda na proteção da família. Wald²³⁴ considera que os alimentos visam a assegurar o direito à vida e devem ser prestados pela família, pois é nessa que se encontra o

²³¹ PEREIRA, C. M. S. op. cit., p. 398, nota 38.

²³² CAHALI, Y. S. op. cit., p. 16, nota 68.

²³³ BORGHI, Hélio. Os alimentos no atual direito de família brasileiro. **Revista de Estudos Jurídicos – UNESP**, ano 04, n. 07, p. 30, jan.-jul. 1999.

²³⁴ WALD, A. op. cit., p. 40, nota 208.

primeiro círculo de solidariedade. Chinelato²³⁵ traz, ainda, que os alimentos que advêm do parentesco fundam-se no dever de solidariedade.

No tocante à vida dos filhos menores, é sabido que incumbe aos pais o dever de sustento aos filhos, devendo prestar assistência material e moral, inserindo-se aí o dever de alimentação, vestuário, moradia, educação, saúde, enfim, o necessário para a sobrevivência, conforme Cahali²³⁶. Isso é dever correlato ao poder familiar, como já visto. Sendo assim, pode-se notar diferenças entre o dever de sustento que tem sua causa no poder familiar e a obrigação de alimentos, que tem sua origem no parentesco em linha reta. Na prática, fala-se em dever de sustento quando os pais coabitem e vivam em harmonia e em dever de alimentos quando da existência da família monoparental. Ainda conforme Cahali, supracitado, tem-se que:

(...) a obrigação de sustento define-se como uma *obrigação de fazer*; enquanto a obrigação alimentar consubstancia uma *obrigação de dar*. Apenas quando se verifica a impossibilidade de coabitação dos genitores, mantido o menor na companhia de um deles, ou de terceiros, é que a execução da obrigação de sustento (obrigação de fazer) se resolve na prestação do equivalente (obrigação de dar); e passa a representar sim uma forma suplementar colocada à disposição do filho para a obtenção dos meios de subsistência e educação.²³⁷

Deve-se salientar que o dever dos pais de prestarem alimentos aos filhos menores subsiste mesmo que haja suspensão ou destituição do poder familiar por decisão judicial²³⁸. De acordo com Elias²³⁹, se o menor for em seguida adotado por outros pais, a estes recai o dever de alimentos, porém, se o menor não for colocado em família substituta, não haverá quem se responsabilize pelo sustento do filho; então, permanece o direito de ser sustentado pelos genitores, mas a razão de pedir não está mais no poder familiar e sim no dever de alimentos decorrente do parentesco, condicionado à necessidade do filho e possibilidade do genitor.

²³⁵ CHINELATO, S. J. op. cit., p. 444, nota 142.

²³⁶ CAHALI, Y. S. op. cit., p. 523, nota 68.

²³⁷ Idem, p. 530.

²³⁸ PEREIRA, Á. P. op. cit., p. 63, nota 66.

²³⁹ ELIAS, R. J. op. cit., p. 98, nota 116.

Para Wald²⁴⁰, os pais não possuem apenas o dever de fornecer aos filhos menores o essencial à vida, mas devem prover-lhes todas as suas necessidades, de acordo com suas possibilidades econômicas. Sendo assim, há uma diferença entre os alimentos decorrentes do poder familiar e os demais devidos entre parentes; os primeiros são muito mais amplos.

Embora sempre se fale em alimentos devidos aos filhos menores, entende-se que, em caso de famílias monoparentais, os alimentos são devidos após a maioridade se o filho estiver em fase de desenvolvimento educacional, principalmente se estiver cursando uma universidade e não tiver meios próprios para se manter. Nesse sentido, Chinelato²⁴¹ assevera que a educação faz parte das necessidades vitais da pessoa; sendo assim, não só o menor dela necessita, como também o maior que deseja se formar em curso de nível superior. Porém, destaca que ao cessar a menoridade, os alimentos passam a se fundamentar na obrigação alimentar entre parentes e não mais no dever de sustento que advém do poder familiar; de qualquer forma, os alimentos continuam sendo devidos com o advento da maioridade se deles o filho necessitar. Também Peluso²⁴² comenta que a só ocorrência da maioridade não gera a extinção dos alimentos; pode, no entanto, o alimentante provar que o alimentado não necessita mais dos alimentos por capacidade financeira própria, demandando-se, assim, a cessação do encargo. Entretanto, não se admite a interrupção automática da prestação alimentícia pelo simples fato de se atingir a maioridade, pois nessa fase ainda se necessita do apoio dos pais em vista de dificuldades de se encontrar um primeiro emprego, ou em vista de pretensão de cursar uma universidade. A jurisprudência também coaduna desse entendimento, consoante decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo que determinam pela continuidade da prestação alimentícia, mesmo após completada a maioridade, em estando o alimentado

²⁴⁰ WALD, A. op. cit., p. 42, nota 208.

²⁴¹ CHINELATO, S. J. A. op. cit., p. 443, nota 142.

²⁴² PELUSO, A. C. op. cit. p. 23, nota 128.

cursando universidade e possuindo recursos o alimentante²⁴³.

A seguir, passa-se à análise de alguns princípios que norteiam a matéria, em consonância com enumeração de Pereira²⁴⁴: irrepetibilidade, irrenunciabilidade, imprescritibilidade, incedibilidade e, por fim, impenhorabilidade, inseqüestrabilidade, inarrestabilidade e incompensabilidade. Pelo primeiro princípio, a irrepetibilidade, tem-se que em havendo revisão da pensão alimentícia, aumentando-a, reduzindo-a ou suprimindo-a não ocorre a restituição do que havia sido pago anteriormente. Quanto ao segundo princípio, a irrenunciabilidade, tem-se que o credor não pode renunciar o direito a alimentos, embora possa deixar de exercê-lo, conforme o art. 1.707 do Código Civil. O terceiro princípio diz respeito à não prescritibilidade do direito de pedir alimentos, ou seja, a qualquer tempo pode-se propor a ação pleiteando alimentos. Borghi acrescenta que, embora o direito a alimentos seja imprescritível, as prestações alimentícias já devidas prescrevem em dois anos, conforme disposto no art. 206, § 2º do Código Civil. Quanto ao quarto princípio, a incedibilidade do direito aos alimentos, tem-se que o mesmo só pode ser exercido pelo seu titular, ou seja, não pode ser cedido a terceiro. Os quatro últimos princípios, impenhorabilidade, inseqüestrabilidade, inarrestabilidade e incompensabilidade consistem em não sujeitar os alimentos à penhora, seqüestro, arresto ou a qualquer outra constrição legal, pois o direito a alimentos está intimamente relacionado à sobrevivência. Cahali também enumera a irrenunciabilidade, a incedibilidade, a impenhorabilidade, incompensabilidade, a

²⁴³ RT 805/230 – TJSP – Ap. 224.121.4/0 – j. 14.05.2002 – rel. Ruyter Oliva. **ALIMENTOS – Pensão alimentícia – Filho maior de idade, mas que não completou curso superior – Admissibilidade – Responsabilidade do pai, que tem condições de suportar tal encargo.** *Ementa da Redação: O fato de o autor ser maior de idade, não exime a responsabilidade do pai de prestar alimentos, tendo em vista que ele ainda não completou curso superior que fora iniciado quando ainda era menor de idade e, principalmente, porque tal encargo pode ser suportado pelo pai.*

RT 814/220 – TJSP – AgIn 262.473-4/4-00 – j. 25.02.2003 – rel. Dês. Cezar Peluso. **ALIMENTOS – Pensão alimentícia – Maioridade do filho, que é estudante regular de curso superior e não trabalha – Impossibilidade de exclusão da responsabilidade do pai quanto a seu amparo financeiro para o sustento e os estudos.** *Ementa Oficial A só maioridade do filho ad fest dnt regular d curso superiores não trabalha (m)Tp54041960 Td (ã -*

imprescritibilidade como características da obrigação alimentícia. Dúvida surge no tocante à intransmissibilidade da obrigação; os autores supracitados são enfáticos ao afirmarem a não transmissibilidade passiva e ativa da obrigação alimentícia em ocorrendo morte do devedor ou do credor de alimentos; era a regra do direito anterior. Porém, o Código Civil atual, em seu art. 1.700 propõe que “a obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do art. 1.694”; ou seja, hoje, a regra geral recai sobre a transmissibilidade da obrigação alimentícia. Sendo assim, as pensões devidas até o falecimento do devedor representam dívida comum, devendo ser deduzida da partilha. A dívida não passará dos limites da herança e a ação já deveria estar pelo menos proposta quando do falecimento do alimentante, pois não cabe pleit

modificação para o artigo, o qual ficaria: “A obrigação de prestar alimentos decorrente do casamento e da união estável transmite-se aos herdeiros do devedor, nos limites das forças da herança, desde que o credor da pensão alimentícia não seja herdeiro do falecido”. A proposta vem aclarar as dúvidas surgidas na doutrina.

Além dos princípios básicos do instituto, Jorge Fujita²⁴⁹ enumera alguns requisitos essenciais para o mesmo. Primeiramente, é necessário que haja vínculo entre o alimentante e o alimentado, sendo que, na maioria das vezes, tal vínculo é de parentesco. Em seguida, fala-se da necessidade do alimentado, ou seja, deve haver im (c)Tj 5.28209 0 Td (i)Tj 2.88113 0 Td (d)Tj 6.0

parece um tanto legalista, uma vez que só analisa a vontade do legislador; considerando-se o melhor para a sociedade, crê-se que deveria haver a possibilidade de se pleitear os alimentos na concepção, mesmo que fique pendente a investigação de paternidade para depois do nascimento, cabendo o ressarcimento para aquele que os prestar injustamente — solução que satisfaz o bem da criança e o do suposto pai. Nesse sentido, também, quando se aponta o procedimento cautelar para a fixação de alimentos provisórios no curso do processo de investigação de paternidade, a doutrina preceitua que para que ocorra tal determinação é preciso haver forte presunção da paternidade. Chinelato²⁵¹ constata que a grande maioria de nossos autores dá muita ênfase à teoria natalista, ou seja, preocupam-se apenas com a primeira parte do art. 2º do Código supracitado, a qual determina que a personalidade civil começa a partir do nascimento com vida; esquecem-se da segunda parte que põe a salvo os direitos do nascituro. Acrescenta que, ao nascituro são devidos alimentos para que o mesmo possa se nutrir e desenvolver-se a fim de alcançar o nascimento com vida. Deve-se incluir dentre os alimentos ao nascituro a assistência médico-hospitalar, tratamentos necessários à gestante, entre outros gastos. A autora ainda afirma que, em se tratando de filho gerado em relação de casamento ou união estável, os alimentos são devidos sem questionamento; sendo o filho não matrimonial, devem-se pedir os alimentos cumulados com investigação de paternidade, a qual só será provada após o nascimento da criança; os alimentos devem ser provisionais, no caso, bastando o *fumus boni iures* para a concessão, cabendo ressarcimento dos valores prestados caso depois se comprove a não paternidade do prestador de alimentos. Apesar de serem irrepetíveis os alimentos, a indenização deve ser pleiteada com base no art. 927 do código, o qual determina que fica obrigado a reparar quem, por ato ilícito, causar dano a outrem; a autora reitera que, mesmo sendo o ato lícito, caberá indenização; ou seja, mesmo havendo boa-fé da parturiente, se o prestador dos alimentos não for o pai da criança, cabe a

²⁵¹ CHINELATO, S. J. op. cit., p. 460, nota 142.

indenização. É a posição mais acertada e coerente no que se refere a alimentos para nascituro. Nesse sentido, oportuno o apontamento de Pereira²⁵²: “Se a lei põe a salvo os direitos do nascituro desde a concepção, é de se considerar que o seu principal direito consiste no “direito à própria vida” e esta seria comprometida se à mãe necessitada fossem recusados os recursos primários à sobrevivência do ente em formação em seu ventre”.

Quando os pais se desunem, a partir da separação de fato já surge a necessidade da prestação alimentícia; os filhos, que passam a viver com apenas um dos genitores, necessitam da mesma assistência e educação e a falta de um dos pais no lar gera diminuição de recursos. O Código nada traz a respeito do dever de alimentos quando da separação de fato do casal, mas a necessidade existe e, mais uma vez, não se pode esperar que a lei tudo diga. Cabe ao aplicador analisar a questão quando a mesma surgir diante de si e determinar a prestação alimentícia, ainda que não ocorra a separação judicial do casal. Cahali²⁵³ salienta que também nos casos de casamento putativo é cabível ao filho pleitear alimentos, mesmo em face do cônjuge inocente. Em ocorrendo a separação judicial consensual do casal, este deve dispor na petição a quantia destinada à educação e assistência dos filhos, como cada pai vai contribuir, como serão pagos os alimentos. Adverte-se que não cabe renúncia a alimentos da prole no acordo de separação consensual, sendo indispensável a fixação de alimentos aos filhos no acordo²⁵⁴. Ressalta também o autor que na separação litigiosa ou no divórcio deve-se fixar os alimentos necessários ao sustento da prole. Ou seja, “ambos os cônjuges permanecem obrigados ao sustento dos filhos menores e maiores inválidos, qualquer que tenha sido a causa ou a forma da separação”²⁵⁵. Já não se vincula hoje os alimentos à idéia de culpa na separação, como o sistema adotava antigamente; hoje, ambos os pais têm o dever de assistência e sustento aos filhos, independente do que ocorreu na vida do casal. Em uma

²⁵² PEREIRA, C. M. S. op. cit., p. 517, nota 68.

²⁵³ CAHALI, Y. S. op. cit., p. 549, nota 68.

²⁵⁴ Idem, p. 562.

²⁵⁵ Idem, p. 565.

família monoparental, cabe a ambos os pais contribuir para o sustento dos filhos menores, devendo o juiz ponderar entre as necessidades dos filhos e a possibilidade dos pais na fixação do *quantum* da pensão alimentícia. Sendo assim, dispõe o art. 1.703 do Código: “Para a manutenção dos filhos, os cônjuges separados judicialmente contribuirão na proporção de seus recursos”. Declara-se que se um dos pais não tiver condições de prestar os alimentos ao filho, ao outro recairá toda a obrigação; e, ainda, que o juiz deve analisar a verdadeira situação financeira dos pais, devendo-se aplicar a teoria da aparência; ou seja, há profissões em que não se consegue provar a renda real, sendo difícil a prova dos ganhos mensais; sendo assim, deve-se considerar o nível de vida levado pelo pai, os bens que possui, ainda que não declarados no imposto de renda; fala-se até em desconsideração da personalidade jurídica, pois a pessoa física pode não ter bens comprovados, mas ser sócio de pessoa jurídica de patrimônio elevado²⁵⁶.

No tocante à fixação do *quantum* da pensão alimentícia, deve-se respeitar o binômio necessidade do alimentando e recursos do alimentante. Conforme Pereira²⁵⁷, o critério da proporcionalidade deve estar sempre presente quando da fixação das pensões alimentícias. No mesmo sentido, o art. 1.695 do Código Civil dispõe: “são devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento”. Sendo assim, a autora supracitada afirma que dentre as necessidades do alimentando deve-se incluir não só o necessário para a subsistência, mas também gastos com a saúde, educação, além de, em certos casos, proporcionar o nível de vida que o alimentante tinha anteriormente. Ou seja, em caso de surgimento da família monoparental, tendo o genitor obrigado a prestar alimentos, condições para tal, deverá manter o nível de vida que os filhos possuíam antes do surgimento da monoparentalidade. Na prática, apesar de a lei não estipular

²⁵⁶ CHINELATO, S. J. op. cit., p. 492, nota 142.

²⁵⁷ PEREIRA, A. P. op. cit., p. 27, nota 66.

um valor fixo para a pensão, tem-se determinado que o alimentante pague 33% dos seus vencimentos líquidos. O art. 1.694 e seu parágrafo primeiro dispõem:

Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

§ 1º - Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

Nota-se que o dispositivo acima é bem abrangente. Chinelato²⁵⁸ argumenta que no caso de famílias monoparentais é difícil respeitar o *caput* do artigo, quando se estipula que o alimentado deve viver de modo compatível com sua condição social. Além disso, alerta para a dificuldade de manter dois lares depois de um divórcio, uma separação ou dissolução de união estável, ou até mesmo quando os pais são solteiros e devem manter duas casas. Porém, crê-se que o máximo deve ser feito para que os filhos tenham condições de vida digna; se não se pode contar com recursos financeiros, espera-se que seja dado amor, ao menos. Silva²⁵⁹, em comentários a esse artigo, diz que os alimentos devidos entre parentes devem compreender o necessário à educação, independente da menoridade do alimentando, como já foi analisado anteriormente. Reafirma que a maioria faz cessar o dever de sustento decorrente do poder familiar, mas a obrigação alimentar persiste se comprovada a necessidade dos filhos. Sendo assim, o projeto de Lei 6.960/02 prevê o artigo da seguinte forma:

Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver com dignidade.

§ 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

§ 2º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.

§ 3º A obrigação de prestar alimentos entre parentes independe de ter cessado a menoridade, se comprovado que o alimentando não tem rendimentos ou meios próprios de subsistência, necessitando de recursos, especialmente para sua educação.

Normalmente, a obrigação deve ser satisfeita em dinheiro, porém, conforme Borghi, o alimentante pode dar ao alimentário roupas, casa, pagamento de remédios, além de convidá-lo

²⁵⁸ CHINELATO, S. J. op. cit., p. 446, nota 142.

²⁵⁹ SILVA, R. B. T. op. cit., p. 1556, nota 87.

a morar consigo. Nesse sentido, dispõe o art. 1.701:

A pessoa obrigada a suprir alimentos poderá pensionar o alimentando, ou dar-lhe hospedagem e sustento, sem prejuízo do dever de prestar o necessário à sua educação, quando menor.

Parágrafo Único. Compete ao juiz, se as circunstâncias o exigirem, fixar a forma do cumprimento da prestação.

Salienta-se que a expressão “quando menor” expressa no final do *caput* não coaduna com o já exposto sobre a educação de maiores²⁶⁰. Silva também reitera, a esse propósito, que a expressão *quando menor* deve ser substituída por “obrigação oriunda de parentesco”, no mesmo s

domésticas majoradas²⁶². Silva²⁶³ alerta que as mudanças ocorridas devem alcançar a situação financeira dos envolvidos, pois a simples modificação na situação patrimonial não justifica a revisão da pensão. Nota-se que, em não possuindo recursos o ascendente de primeiro grau, e os possuindo o ascendente de segundo, pode a estes recorrer-se, admitindo-se que os parentes dividam a obrigação entre os diversos graus de parentesco quando os mais próximos não possuírem recursos²⁶⁴. É comum crianças em necessidade pleitearem alimentos aos avós. Assim dispõe o art. 1.696 do Código Civil: “O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros”. Afirma-se que não ocorre solidariedade da obrigação entre os parentes, pois um substitui o outro²⁶⁵. Nesse sentido, também determina o art. 1.698:

se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide.

Ou seja, pode-se prestar alimentos concomitantemente, mais de um devedor; muitas vezes, os avós complementam as pensões pagas por um dos pais, quando revelada insuficiente²⁶⁶. A jurisprudência permite que seja feita complementação pelos avós da pensão paga pelos genitores, bem como permite que a pensão seja diretamente pleiteada ao avô em se comprovando não ser capaz de prestar alimentos o genitor. No primeiro sentido, é possível encontrar julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo²⁶⁷ e do Superior Tribunal de Justiça²⁶⁸

²⁶² RT 787/340 – TJMG – Ap. 13714/99- j. 24.04.2000 – rel. Des. Raymundo Liciano de Carvalho. **ALIMENTOS – Pensão alimentícia – Revisão – Redução do valor devido – Admissibilidade em sobrevivendo alteração nas condições econômicas do alimentante.** *Ementa Oficial: Os alimentos são sempre fixados em função das necessidades de quem os requer e dos recursos de quem os deve suprir. Sobrevindo alteração nas condições econômicas do alimentante são justificadas a revisão e a redução do valor de sua parcela de alimentos para ajustar-se à sua atual capacidade financeira.*

²⁶³ SILVA, R. B. T. op. cit., p. 1561, nota 87.

²⁶⁴ WALD, A. op. cit., p. 43, nota 171.

²⁶⁵ CHINELATO, S. J. op. cit., p. 453, nota 142.

²⁶⁶ Idem, p. 468.

²⁶⁷ RT 807/247 – TJSP – Ap. 237.559-4/9-00 – j. 18.06.2002 – rel. Des. Luiz Antônio de Godoy. **ALIMENTOS – Complementação pelos avós – Admissibilidade – Necessidades do menor que não podem ser totalmente**

e, no segundo sentido, há, também, acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo²⁶⁹.

No tocante à relação entre o dever de alimentos e o direito de visitas, a doutrina diverge no quão intimamente ligados estão esses institutos. Alguns autores consideram causa de suspensão ao direito de visitas a inadimplência alimentar. Assim dispõe Peluso²⁷⁰ em relação à questão:

Outra causa de suspensão ou exclusão do direito de visitas está na **inadimplência alimentar**. De ordinário, o pai, que apresenta condições financeiras e não solve obrigação de alimentos aos filhos, insiste na pretensão de exercer o direito das visitas, como se tratasse de qualificações jurídicas independentes. Não será demais repisar em que o direito de visitas não se estrutura como objeto de prazer pessoal dos genitores, predispondo-se, antes, como dever, à tutela de necessidade própria do desenvolvimento adequado da personalidade dos filhos, devendo seu exercício manifestar, assim, a natural preocupação do bem estar destes que envolve toda a concepção das faculdades do pátrio-poder. [...] O inadimplemento, em que é elementar a nota de **culpa**, do dever de sustento dos filhos menores, porque contraditório e incompatível com a exigibilidade do direito de visitas, autoriza a suspensão destas, no decurso de execução alimentar. Alimentos e visitas não são entidades autônomas, senão expressões conexas do mesmo dever unitário e do mesmo substrato moral do pátrio-poder. (grifos nossos)

Cahali²⁷¹ não coaduna da mesma opinião, dispondo que a inadimplência das prestações alimentícias não justifica a suspensão do direito de visitas, devendo aquela infração ser sanada pelos meios próprios, pois, senão, estar-se-ia diante de uma sanção contra o devedor a qual não é compatível com a dignidade das relações familiares. É a posição mais

satisfeitas pelos genitores – Filha adotada – Irrelevância – Circunstância em que deve prevalecer o princípio constitucional da igualdade, disposto no art. 227, § 6º, da CF. *Ementa da Redação: Tratando-se de ação de alimentos em que as necessidades do menor não podem ser totalmente satisfeitas pelos genitores, cabe aos avós a sua complementação. Ressalta-se que o fato de ter sido adotada a autora da demanda não possui qualquer relevância, em face do princípio constitucional da igualdade, disposto no art. 227, § 6º, da CF.*

²⁶⁸ RT 816/168 – STJ – Resp. 119.336-SP – j. 11.06.2002 – rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. **ALIMENTOS – Pensão alimentícia – Pai que não supre de modo satisfatório a necessidade dos alimentandos – Possibilidade de chamar os avós a complementar o pensionamento.** *Ementa Oficial: Os avós, tendo condições, podem ser chamados a complementar o pensionamento prestado pelo pai que não supre de modo satisfatório a necessidade dos alimentandos.*

²⁶⁹ RT 791/223 – TJSP – Ap. 179.803-4/1 – j. 27.03.2001 – rel. Des. Enio Santarelli Zuliani. **ALIMENTOS – Pensão alimentícia – Verba pleiteada ao avô – Admissibilidade se comprovada a incapacidade financeira do pai, menor de idade, em cumprir a obrigação – Emancipação do genitor que é ineficaz pela verificação da intenção de excluir o avô da obrigação – Possibilidade da exclusão do progenitor, entretanto, quando o pai passa a ter atividade laboral remunerada.** *Ementa da Redação: Diante da incapacidade do pai em prestar os alimentos à filha menor, é possível a responsabilização de parentes, in casu, do avô, para complementar a prestação devida, conforme previsão do art. 397 do CC. A emancipação do pai, com fim injustificável de excluir a responsabilidade do avô, que é sujeito a desconto em folha de pagamento, é ato ineficaz, pois visa fraudar a lei; no entanto, é admissível a exoneração do avô quando o filho passa a ter atividade laboral remunerada.*

²⁷⁰ PELUSO, A. C., op. cit., p. 20, nota 128.

²⁷¹ CAHALI, Y. S. op. cit., p. 571, nota 68.

acertada, uma vez que o direito/dever de visitas, como já analisado, é essencialmente benéfico ao filho; deve-se incentivar esse contato do filho com o genitor não-guardião, ainda que o mesmo falte com suas obrigações, devendo as faltas serem cobradas em ação de execução de alimentos, sob pena de prisão do devedor. Conforme Grisard Filho²⁷², os alimentos correspondem à obrigação da satisfação das necessidades básicas do menor, devendo ser atendida por ambos os genitores, não havendo distinção entre o genitor guardião e o não guardião no tocante ao dever de sustento dos filhos menores; deve-se seguir a capacidade econômica de cada um. O autor ainda salienta que o sistema de guarda compartilhada estimula o genitor não-guardião ao cumprimento da obrigação alimentícia, pois quanto mais o pai se afasta do filho, menos evidente lhe parece a obrigação de pagamento da pensão. Logo, a suspensão ou exclusão do direito de visitas pelo inadimplemento da pensão alimentícia só fará aumentar a mesma; com as visitas, o pai se intera das necessidades dos filhos e se conscientiza de que deve pagar os alimentos.

Cahali destaca que o genitor não-guardião tem o direito de fiscalizar a guarda, o sustento, a criação, a educação atribuída ao outro cônjuge; sendo assim, pode-se pleitear em juízo que o genitor guardião preste contas de como é gasto o valor disponibilizado pelo outro genitor. A posição não é pacífica na doutrina e jurisprudência, acreditando alguns que a prestação de contas vai além do simples direito de fiscalização. Declara, ainda, Cahali que o próprio filho pode pleitear a prestação de contas, além do alimentante genitor; apenas enumera dois requisitos para a legitimidade desse pedido de prestação de contas, quais sejam, 1) os alimentos devem ser restritos aos filhos e não prestados juntamente com os alimentos dados ao outro genitor, e 2) não pode ter a prestação de contas finalidade de apuração de crédito ou débito visando-se restituição ou execução forçada.

Não importa a origem da filiação, reconhecido o filho, é o mesmo legitimado para a

²⁷² GRISARD FILHO, op. cit., p. 97 e 152, nota 34.

propositura da ação de alimentos. O problema surge quando o filho não é reconhecido voluntariamente, sendo, então, necessário intentar ação de investigação da paternidade. Sendo assim, tem-se que a pretensão alimentícia é condicionada ao reconhecimento judicial da paternidade. É pacífico na doutrina e jurisprudência poder cumular a ação de investigação de paternidade com o pedido de alimentos; porém, o filho tem o direito de pleitear alimentos sem querer o reconhecimento da paternidade. O Tribunal de Justiça do Piauí, certa vez, julgou procedente ação de reconhecimento de paternidade sem a realização de exame de DNA, sendo os alimentos prejudicados em vista do falecimento do reclamado no curso da ação²⁷³.

O foro competente para essas ações, quando cumuladas, será o do domicílio do alimentando, conforme determina a súmula 1 do STJ: “O foro do domicílio ou da residência do alimentando é o competente para a ação de investigação de paternidade, quando cumulada com a de alimentos”. A investigatória, somente, deve correr no foro do domicílio do réu, conforme a regra geral. Têm legitimidade ativa para proporem essas ações o representante legal do menor ou o representante do Ministério Público, conforme art. 2º, § 4º da Lei 8.560/92, o qual dispõe: “Se o suposto pai não atender no prazo de 30 (trinta) dias a notificação judicial, ou negar a alegada paternidade, o juiz remeterá os autos ao representante do Ministério Público para que intente, havendo elementos suficientes, a ação de investigação de paternidade”. Ou seja, se o pai não reconhecer o filho, não haverá registro da criança sem a devida investigação de paternidade, ainda que a mesma tenha que ser proposta pelo Ministério Público²⁷⁴. Assim, o art. 1.705 do Código Civil dispõe: “Para obter alimentos, o filho havido

²⁷³ RT 801/338 – Ap. 00.000273-9 – j. 05.12.2001 – rel. Des. Raimundo Nonato da Costa Alencar. **INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – Pedido cumulado com alimentos – Recusa à realização do exame de DNA – Prejuízo para a defesa do réu, ainda mais quando o conjunto probatório lhe é desfavorável – Impossibilidade, no entanto, de se conceder o pedido de alimentos, se a pessoa obrigada a prestá-los falece no transcorrer da lide – Voto vencido. Ementa Oficial: Na investigação de paternidade, a recusa à realização do exame de DNA conta em prejuízo da defesa do réu, ainda mais se o conjunto das provas coligidas lhe é desfavorável e quando se sabe que ninguém deve deixar de colaborar com a Justiça para o esclarecimento da verdade. Embora possa e deva o juízo ad quem fixar os alimentos cumulativamente pedidos com o reconhecimento da paternidade, sob pena de decidir citra petita, não o poderá fazer, porém, quando a pessoa obrigada a prestá-los falece no transcorrer da lide.**

²⁷⁴ CAHALI, Y. S. op. cit., p. 598-606, nota 68.

fora do casamento pode acionar o genitor, sendo facultado ao juiz determinar, a pedido de qualquer das partes, que a ação se processe em segredo de justiça”. Salienta-se que o artigo é aplicado em casos de filhos havidos fora do casamento ou da união estável e não sendo os mesmos reconhecidos²⁷⁵. Afirma-se ser a norma inócua, uma vez que extinta a discriminação entre filhos; hoje, todos os filhos são iguais e é ampla a possibilidade de se intentar a ação investigatória²⁷⁶. Também Pereira considera ser dispensável o conteúdo do artigo supracitado em vista da igualdade entre os filhos.

Após a ação de reconhecimento da paternidade e conseqüente fixação de alimentos, pergunta-se desde quando os alimentos são devidos. Parece justo que os alimentos passem a ser devidos a partir da citação; de acordo com Cahali, “a sentença apenas declarou a realidade daquele fato preexistente. Reconhecida a paternidade, a obrigação de alimentar exsurge, de forma inconteste, desde o momento em que exercido aquele direito, com o pedido de constrição judicial, qual seja quando da instauração da relação processual válida”²⁷⁷. Nesse sentido, a Súmula 277 do STJ: “Julgada procedente a investigação de paternidade, os alimentos são devidos a partir da citação”.

Por fim, essas foram as considerações referentes ao instituto dos alimentos. Nota ter o mesmo relevante importância para o estudo em questão, uma vez que os filhos da família monoparental dele necessitam para sobreviverem com vida digna. O dever de sustento preconizado pelo poder familiar será satisfeito por meio dos alimentos na família monoparental.

O capítulo analisou aspectos do Código Civil brasileiro que se fazem importantes para o desenvolvimento do tema proposto. Primeiramente, menciona-se capítulo referente à proteção da pessoa dos filhos, dando especial ênfase à guarda dos mesmos quando ocorre a

²⁷⁵ BORGHI, H. op. cit, p. 199, nota 27.

²⁷⁶ CHINELATO, S. J. op. cit., p. 497, nota 142.

²⁷⁷ CAHALI, Y. S. op. cit., p. 640, nota 68.

ruptura do lar conjugal. Nesse contexto, conclui-se que o modelo de guarda compartil

monoparental como forma de apoio e proteção a inúmeros menores carentes.

Assim sendo, o capítulo seguinte tem por objeto de estudo o Estatuto da Criança e do Adolescente, para que também nesse corpo legislativo sejam encontrados dispositivos que norteiem a análise do tema proposto.

4 O ECA NA SALVAGUADA DOS DIREITOS DOS FILHOS DE FAMÍLIAS MONOPARENTAIS

O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 9.069 de 13 de julho de 1990, dispõe sobre a proteção integral a crianças e adolescentes, pessoas em desenvolvimento. Sob o império da teoria da proteção integral, a Lei é extensiva a todas as crianças, independentemente de condição social ou econômica, e não só àquelas em situação irregular, como ocorria com a proteção dada pelo antigo Código de Menores. Sendo assim, o presente capítulo tem por finalidade encontrar no ECA institutos que auxiliem na salvaguarda das crianças e adolescentes frutos da monoparentalidade. Em Elias²⁷⁸ encontra-se que o Estatuto também está de acordo com a Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 1989, a qual foi ratificada pelo governo brasileiro em 1990; além disso, o autor considera que a proteção integral deve abranger todas as necessidades para o pleno desenvolvimento da personalidade de um ser humano. Ainda discorrendo sobre o que signifique a proteção integral, em Chaves²⁷⁹ consta que consiste no completo amparo material e espiritual dado à criança e ao adolescente, além de sua salvaguarda desde a concepção, enquanto Wilson Donizetti Liberati²⁸⁰ afirma ser o Estatuto voltado para a população jovem do País, sendo dada especial atenção à camada da população considerada pessoal e socialmente sensível.

A seguir a opinião de Chaves²⁸¹, o legislador não deveria ter preocupação com a criança e o adolescente, uma vez que os mesmos estão entregues aos cuidados dos pais, pela

²⁷⁸ ELIAS, Roberto João. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 02.

²⁷⁹ CHAVES, Antônio. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**. 2.ed. São Paulo: LTR, 1997, p. 51.

²⁸⁰ LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

²⁸¹ CHAVES, A. op. cit., p. 53, nota 279.

própria natureza. Porém, em vista do baixo nível de educação, das condições de miserabilidade, além da ignorância dos deveres de uma paternidade responsável, tudo isso faz com que o legislador se obrigue a adotar uma política abrangente em prol desses entes carentes de atenção especial.

Seguindo a linha desenvolvida no estudo do Código Civil, a análise abrangerá o estudo do pátrio poder (hoje, poder familiar), alimentos, guarda, e adoção, principalmente focando-se no capítulo III, do Título II, o qual é referente ao direito à convivência familiar e comunitária. Ressalta-se que conceituações teóricas já abordadas no capítulo anterior não serão aqui repetidas; também ressalta-se que aspectos processuais não serão mencionados a fim de não se prolongar o trabalho com constatação de formalidades.

A Lei define criança e adolescente segundo critério etário: crianças são aquelas que possuem entre 0 e 12 anos e adolescentes os que vão dos 12 aos 18 anos de idade. Cury, Garrido e Marçura²⁸² observam que o legislador adotou o critério puramente cronológico, sendo a proteção devida em função da faixa etária, independentemente da capacidade civil. Assim, se um adolescente for emancipado aos dezesseis anos, nem por isso o Estatuto não lhe será destinado.

São estabelecidos uma gama de direitos e garantias fundamentais a crianças e adolescentes, os quais já estavam dispostos na Constituição Federal, mas não de incidência particular para crianças e adolescentes. O art. 3º da Lei reitera que a “criança e o adolescente gozam dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana”. Sendo assim, a Lei confere a eles direito à vida e à saúde; direito à liberdade, respeito e dignidade; direito à convivência familiar e comunitária; direito à educação, cultura, esporte e lazer; direito à profissionalização e proteção no trabalho. Em seguida, o Estatuto passa a cuidar da prevenção para que não ocorra ameaça ou violação aos direitos das crianças e adolescentes. Adiante, trata da política

²⁸² CURY, Munir; PAULA, Paulo Afonso Garrido de & MARÇURA, Jurandir Norberto. **Estatuto da criança e do adolescente anotado**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 22.

de atendimento a eles dispensada, traçando planos para a atuação da sociedade e do poder público na salvaguarda desses direitos. Então, tem-se título específico sobre a prática de ato infracional, seguido de título sobre as medidas aplicáveis aos pais ou responsáveis. Dispõe, ainda, sobre o Conselho Tutelar, o acesso à Justiça e, por fim, dos crimes e infrações administrativas. Para o presente estudo, é mais importante a análise dos direitos fundamentais, com especial ênfase ao direito à convivência familiar e comunitária, como já mencionado.

Conforme Maria de Fátima Carrada Firmo²⁸³, o Estatuto tem sua base nos arts. 227 e 228 da Constituição Federal, os quais precisavam de legislação infraconstitucional para se complementar; compreendido em 267 artigos, traduz uma nova política brasileira quanto à criança e ao adolescente, trazendo inovações e regulando as relações da família, Estado e sociedade com a criança e o adolescente.

No tocante ao direito à vida e à saúde, o ECA o considera “prioridade absoluta e determina a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso em condições dignas de existência”, conforme o encontrado no art. 7º. O artigo põe a salvo direitos do nascituro ao preconizar o nascimento sadio, por isso, outra gama de direitos é concedida à gestante, para a efetivação dos direitos do nascituro. Sendo assim, o Estatuto, mais uma vez, coaduna com o estipulado na Declaração dos Direitos da Criança e do Adolescente da ONU, a qual, citada e traduzida por Antônio Chaves, em seu n. 4, dispõe:

A criança deve se beneficiar da segurança social. Ela deve crescer e se desenvolver de uma maneira sã; e para tal, uma ajuda e uma proteção especiais devem lhe ser asseguradas, bem como à sua mãe, notadamente nos cuidados pré e pós-natais adequados. A Criança tem o direito a uma alimentação, a uma moradia, a lazer e a cuidados médicos adequados.

Além disso, o Estatuto também assegura à criança e ao adolescente atendimento médico pelo Sistema Único de Saúde e preconiza que, em caso de internação, aqueles têm

²⁸³ FIRMO, Maria de Fátima Carrada. **A criança e o adolescente no ordenamento jurídico brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 33.

direito a que um dos pais ou responsável permaneça em tempo integral no estabelecimento de atendimento à saúde junto a eles. Além da assistência médica e odontológica, preconiza-se a obrigatoriedade da vacinação. Cury e outros²⁸⁴ declaram que a vacinação é direito exclusivo do menor; se os pais ou responsáveis não o exercerem, o Ministério Público deverá atuar para assegurar tal direito.

Em linhas gerais, ao garantir o direito à liberdade, ao respeito e à dignidade, o ECA desejou ver garantidos direitos básicos de caráter moral, conforme salienta Tânia da Silva Pereira²⁸⁵. A autora ainda evidencia que garantir a liberdade ao jovem, não é permitir que ele rompa os limites impostos pelos adultos ou pela própria vida, mas é ensinar aos jovens o porquê desses limites. O jovem e a criança devem manifestar suas alegrias e tristezas por meio de suas atitudes, suas palavras e até pelo silêncio, consoante a autora que, no tocante ao respeito, entende que devem ser preservadas a integridade moral e psíquica das crianças e jovens, respeitando seus sentimentos e emoções. A Lei determina em seu art. 17 que “o direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais”. Quanto à dignidade da pessoa humana, tem-se ser valor supremo do ordenamento, ínsito a todos os campos do direito, desde o direito da personalidade, até direitos econômicos e sociais. Também determina o ECA em seu art. 18 ser “dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor”. Elias²⁸⁶ lembra que com a expressão “pondo-os a salvo”, encontrada no presente artigo, o legislador atribuiu responsabilidade para toda a sociedade agir em defesa dos direitos da criança e do adolescente; não basta simplesmente respeitar tais direitos, é necessário agir para

²⁸⁴ CURY, M. et al. op. cit., p. 29, nota 282.

²⁸⁵ PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente**: uma proposta interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 74.

²⁸⁶ ELIAS, R. J. op. cit., p. 13, nota 278.

que os mesmos se concretizem. Chaves²⁸⁷ comenta que por mais louvável que seja a intenção do legislador na salvaguarda dos direitos fundamentais, a lei produz um certo sentido de irrealidade, de frustração, pois não há como crer que crianças e adolescentes de mais baixa renda possam fazer valer tais prerrogativas, bem como poder contar com que alguém faça isso por eles. Na verdade, o grande problema do Estatuto está na sua efetivação, mas a teorização, a disciplinação jurídica é o primeiro passo. Nesse sentido, José Carlos Dias, citado por Alyrio Cavallieri²⁸⁸ considera que o disposto referente à liberdade, respeito e dignidade pelo Estatuto é repleto de utopia; porém, acredita na necessidade de se ressaltar princípios, mesmo que não estejam sincronizados com a realidade, colocando-os na lei, pois este será um começo para se transformar a realidade.

Quanto ao direito à Educação, Cultura, Esporte e ao Lazer, o ECA traça normas para o acesso e permanência na escola, sendo dever do Estado assegurar o ensino fundamental e médio, e dever dos Municípios, Estados e União elaborarem planos de incentivo à cultura e ao esporte. O legislador também se preocupa com os elevados índices de repetência e de evasão escolar; a educação deve ser melhorada, associada aos valores culturais e aos anseios e necessidades da população brasileira²⁸⁹. A Lei ainda determina ser obrigação dos pais matricularem seus filhos na rede regular de ensino e destaca que os dirigentes de estabelecimentos escolares, bem como creches e pré-escolas, conforme Cury e outros, devem comunicar ao Conselho Tutelar casos de maus tratos envolvendo seus alunos. Elias²⁹⁰ afirma que a evasão escolar é um grande problema, pois muitas crianças não concluem o primeiro grau; sendo assim, além do Estado, que deve proporcionar vagas e meios para crianças e adolescentes estudarem, os pais também devem cumprir o seu papel, matriculando os filhos e

²⁸⁷ CHAVES, A. op. cit., p. 97, nota 279.

²⁸⁸ CAVALLIERI, Alyrio (Org.). **Falhas do estatuto da criança e do adolescente**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 18.

²⁸⁹ PEREIRA, T. S. op. cit., p. 316-22, nota 285.

²⁹⁰ ELIAS, R. J. op. cit., p. 35, nota 278.

fiscalizando a frequência destes nos estabelecimentos escolares. Liberati²⁹¹ afirma que o Estatuto, ao assegurar o direito à educação, cultura e esporte e lazer, visou regulamentar a necessidade de se alfabetizarem de forma digna, a fim de proporcionar a crianças e jovens uma convivência sadia e equilibrada na comunidade. A educação é essencial para que um país deixe a linha de subdesenvolvimento; ela faz com que ocorram melhoras na saúde pública, nas condições de higiene, prepara as futuras mães, reduzindo, assim, os altos índices de mortalidade infantil; enfim, educação é essencial para um País. Porém, na realidade, depara-se com um Brasil com altas taxas de analfabetismo, com altos índices de repetência e evasão escolar.

Ainda no tocante aos direitos fundamentais, a Lei estabelece regras que disciplinem a profissionalização e a proteção no trabalho para o adolescente. É vedado qualquer trabalho a menor de 14 anos, salvo na condição de aprendiz, a fim de coibir abusos cometidos no trabalho de criança e adolescente e evitar situações de violação de direitos, como a condição de trabalho escravo a que muitas crianças são submetidas. Salienta-se que a idade mínima foi modificada a partir da Emenda Constitucional número 20 que aumentou a idade mínima para o trabalho para os 16 anos. O Estatuto ainda determina ser vedado o trabalho noturno, o perigoso, insalubre ou penoso, o realizado em locais que prejudiquem a sua formação ou o realizado em horários que não permitam a frequência à escola. Mais uma vez a regra gera distorções que acabam por gerar o trabalho informal e sem as garantias necessárias aos menores de 16 anos. Ou seja, num país miserável como o nosso, não basta a simples proibição do trabalho se não houver meios desses jovens se sustentarem, de se alimentarem, pois eles vão partir para a marginalidade. Talvez fosse melhor um trabalho regulamentado, com obrigatoriedade de frequência escolar, boas notas e um salário digno.

Após essa breve análise dos direitos fundamentais garantidos à criança e ao

²⁹¹ LIBERATI, W. D., op. cit., p. 38, nota 280.

adolescente, passa-se ao direito à convivência familiar e comunitária, aspecto mais relevante para o presente trabalho. Divide-se o estudo no tocante à família natural e família substituta, sendo esta subdividida quanto à guarda, tutela e adoção, com ênfase aos institutos analisados do Código Civil, como pátrio p

Chaves²⁹⁶ reitera que o direito do menor crescer em uma família é um direito natural, o qual deve ser preservado da melhor maneira possível pelas normas do direito positivo.

A família natural é definida no art. 25 da Lei o qual estabelece que a mesma é a comunidade formada pelos pais ou por qualquer deles e seus descendentes. Sendo assim, nota-se que a família monoparental faz parte da família natural; a família substituta constitui maneira de dar família àquelas crianças desprotegidas, órfãs ou sem pais por algum outro fator, como a perda do poder familiar. Nesse sentido, o art. 28 dispõe:

A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

§ 1º Sempre que possível, a criança ou adolescente deverá ser previamente ouvido e a sua opinião devidamente considerada.

§ 2º Na apreciação do pedido levar-se-á em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as conseqüências decorrentes da medida.

Salienta o Estatuto, ainda, que é necessário ambiente familiar adequado, não se confiando a criança à pessoa que revele incompatibilidade com a natureza da medida. Cury e outros²⁹⁷ consideram ambiente familiar adequado aquele que favorece “o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social da criança e adolescente, em condições de liberdade e dignidade”. Para Chaves²⁹⁸, a família deve ser um agrupamento com caracteres de moralidade e estabilidade, a fim de demonstrar seu papel social; não basta a reunião entre pais e filhos. A colocação em família substituta se dá de forma supletiva, ou seja, só ocorre quando a família natural, por algum motivo, se desintegrar; então, a família substituta virá para integrar socialmente a criança ou adolescente, evitando a institucionalização²⁹⁹. A Lei ainda determina que a colocação em família substituta não autoriza que o responsável pela criança ou adolescente na nova família o entregue a terceiros ou a entidades governamentais ou não-governamentais, sem prévia autorização judicial; a medida tem que ser cumprida com rigor e

²⁹⁶ CHAVES, A. op. cit., p. 108, nota 279.

²⁹⁷ CURY, M. et al. op. cit., p. 44, nota 282.

²⁹⁸ CHAVES, A. op. cit. p. 134, nota 279.

²⁹⁹ LIBERATI, W. D. op. cit., p. 25, nota 280.

dedicação, devendo o responsável prestar compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo ao assumi-lo. Chaves³⁰⁰ ainda acrescenta que a colocação do menor em família substituta é medida de grande importância e por isso que a medida deve ser cercada de cuidados; sendo assim, é necessário analisar a personalidade daquele que pretende ter o menor em seu lar, pois o ser humano de tudo é capaz, inclusive de disfarçar-se através do ato de benemerência para obter um serviçal ou cultivar intuítos piores. A colocação em família substituta requer cuidados, aos quais os juízes e uma equipe interdisciplinar deverão se ater. Após essas breves considerações, passa-se à análise dos institutos específicos.

4.1 Poder Familiar (antigo Pátrio Poder)

O Estatuto traz dispositivos que tratam do que denomina de pátrio poder, aplicados em complementação ao estabelecido no Código Civil, hoje sob a denominação de poder familiar.

Dispõe o art. 21 da Lei: “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”.

É no art. 22 que são fixados os atributos do instituto, os mesmos que se encontram no Código Civil, ou seja, é dever dos pais o sustento, a guarda e a educação dos filhos, tendo a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais. Bem semelhante ao que se encontra no Código Civil, o instituto é visto como um dever dos pais e não simplesmente um poder. É importante ressaltar que o ordenamento é único e que a regra é uma só, mas o objetivo do presente capítulo é mostrar a preocupação do Legislativo em reiterar uma gama de direitos previstos no Código Civil em legislação específica para crianças e adolescentes;

³⁰⁰ CHAVES, A. op. cit., p. 136, nota 279.

sendo assim, não cabe aqui novamente teorizar sobre o instituto.

No tocante ao dever de educação que é incumbido aos pais, conjuntamente à escola, Cury e outros³⁰¹ citam o art. 29 da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, o qual dispõe que a educação

(...) deverá ser orientada no sentido de: a) desenvolver a personalidade, as aptidões e a capacidade mental e física da criança em todo o seu potencial; b) imbuir na criança o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, bem como aos princípios consagrados na Carta das Nações Unidas; c) imbuir na criança o respeito aos seus pais, à sua própria identidade cultural, ao seu idioma e aos seus valores, aos valores nacionais do país em que reside, aos do eventual país de origem e ao das civilizações diferentes da sua; d) preparar a criança para assumir uma vida responsável numa sociedade livre, com espírito de compreensão, paz, tolerância, igualdade de sexos e amizade entre todos os povos, grupos étnicos, nacionais e religiosos e pessoas de origem indígena; e) imbuir na criança o respeito ao meio ambiente.

Os pais são os grandes responsáveis pela educação e pelos valores que os filhos carregam pela vida. Cabe a eles, mais do que a ninguém, incutir em seus filhos valores morais, éticos e humanitários. Na família monoparental, tal responsabilidade recai principalmente sobre o genitor guardião, em face do convívio diário, porém, isso não significa que o genitor não guardião não tenha o dever de incutir nos filhos tais princípios. Nesse sentido, reafirma-se que quanto maior a convivência do genitor não guardião com seus filhos, melhor será a formação desses.

O ECA ainda prevê a possibilidade de perda ou suspensão do pátrio poder (hoje, poder familiar). De inovador, encontra-se no estatuto a impossibilidade de perda do poder familiar por carência de recursos materiais no sustento dos filhos. Assim dispõe o art. 23:

A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do pátrio poder.

Parágrafo único. Não existindo outro motivo que por si só autorize a decretação da medida, a criança ou o adolescente será mantido em sua família de origem, a qual deverá obrigatoriamente ser incluída em programas oficiais de auxílio.

Nota-se a preocupação do legislador em proteger a família efetivamente, aplicando-se a perda ou suspensão do pátrio poder (hoje, poder familiar) somente quando os pais faltarem

³⁰¹ CURY, M. et al. op. cit., p. 35, nota 282.

com seus deveres e obrigações sem que haja um motivo relevante justificador. Nesse contexto, acórdão do Tribunal de Justiça do Paraná determina a destituição do poder familiar devido ao estado de abandono em que se encontram os filhos³⁰². Segundo Cury e outros³⁰³, a regra do art. 23 tem a intenção de proteger os pais pobres, mas que não descuidam dos filhos, ou seja, visa amparar aqueles que lutam com dificuldades para sobreviverem, mas que amam seus filhos e não os abandonam, devendo, os órgãos de assistência social, ajudar tais famílias. Elias³⁰⁴ assevera que, no caso do artigo em comento, “o menor deve permanecer com a família, e o Estado pode ser acionado para suprir os recursos necessários”. Muitas vezes, a pobreza é motivo de desagregação familiar, pois o pai, não suportando os encargos gerados pela família, abandona os filhos e a esposa³⁰⁵. Nesse contexto, torna-se difícil transmitir valores essenciais para um convívio social. Cabe ao Estado elaborar políticas sociais básicas para evitar tais situações.

4.2 Alimentos

O Direito a alimentos tem por finalidade garantir o sustento e assistência dos filhos por parte dos pais. Sendo assim, o ECA impõe o dever de sustento dos pais em favor dos

³⁰² RT 826/334 - TJPR – Ap. 153.358-0 j. 18.05.2004 – rel. Des. Accácio Cambi. **PODER FAMILIAR – Destituição – Admissibilidade – Criança e adolescente – Estado de abandono dos infantes em razão de alcoolismo dos pais biológicos – Absoluta falta de estrutura familiar – Hipótese em que é necessário assegurar aos menores convivência familiar e comunitária, reservando-lhes o direito de serem criados e educados em família substituta.** *Ementa Oficial: Demonstrado o estado de abandono em que se encontravam as crianças e que os pais biológicos, em virtude do alcoolismo e da falta de estrutura familiar, não têm condições de exercer o poder familiar com responsabilidade, sua destituição é imperativo legal. A inserção da criança e do adolescente institucionalizado, no seio da família natural, preservando-se os laços familiares, é alvo primário e prioritário a ser atingido pela Justiça da Infância e Juventude. Revelando-se, todavia, a toda evidência, a incapacidade dos genitores de exercerem os direitos e deveres inerentes ao pátrio poder, não se pode retardar a solução drástica consistente na cassação ou suspensão do pátrio poder, sob pena de, ao procurar-se proteger os direitos dos pais, causar dano irremediável à criança ou adolescente ao retardar-lhe indevidamente o gozo do direito de ser criado e educado em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária.*

³⁰³ CURY, M. et. Al. op. cit., p. 36, nota 282.

³⁰⁴ ELIAS, R. J. op. cit., p. 15, nota 278.

³⁰⁵ CHAVES, A. op. cit., p. 122, nota 279.

filhos como atributo do pátrio poder (hoje, poder familiar). Dispõe o art. 22: “Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais”. Enfim, os alimentos serão pedidos quando ocorrer a dissolução do vínculo matrimonial e um dos pais deixar de contribuir para o sustento dos filhos menores. O Estatuto não disciplina a matéria, devendo-se recorrer a

Público para ajuizar a ação de investigação de paternidade³⁰⁷.

Pode-se observar que o Estatuto apenas cita o dever de sustento e dispõe sobre o reconhecimento da paternidade, restando a disciplina teórica para o Código Civil e legislação complementar. O Estatuto não desce a minúcias, o que não significa que o instituto não seja relevante, pois é grande o interesse na preservação da família para o ideal desenvolvimento dos filhos; logo, não há como isso ocorrer se os pais não se responsabilizarem pelos mesmos. O ECA reconhece a família monoparental como família natural e nela, o pai não detentor da guarda deve contribuir com recursos financeiros para o sustento dos filhos, além do dever de visitas e demais atributos que a ele recaia como já vistos em capítulos anteriores. Se a Lei é norteada pelo princípio da proteção integral, não há como não questionar o dever de alimentos, a fim de se proteger as crianças das famílias monoparentais.

4.3 Guarda

O instituto da guarda, a ser estudado no âmbito do direito da criança e do adolescente, difere do visto no âmbito do direito Civil. Neste, a guarda era instituto decorrente do poder familiar, especificado em capítulo referente à proteção à pessoa dos filhos, preconizando-se ser dever dos pais manter os filhos em sua companhia e guarda e, em ocorrendo uma dissolução do vínculo conjugal, ou dissolução da união estável, ou em casos de pais e mães solteiras, um dos genitores deteria a guarda isoladamente e ao outro caberia o dever de fiscalização, sem que este último ficasse excluído do poder familiar. No ECA, o instituto é forma de colocação em família substituta. Esta não é formada pelos pais e sim por terceiros

³⁰⁷ CURY, M, et al. op. cit. p. 39-40, nota 244.

que se tornam responsáveis pelo menor. Conforme salienta Pereira³⁰⁸, a família substituta deve desempenhar as mesmas funções da família natural, pois ocorre a substituição de uma pela outra. A colocação em família substituta pode-se dar através da guarda, tutela ou adoção, como já citado anteriormente. Sendo assim, embora tenham a mesma denominação, são institutos diferentes. Segundo Chaves³⁰⁹, a guarda de que trata o Estatuto corresponde à “guarda de menor em situação irregular, isto é, separado da família, por morte ou por abandono dos pais, cuidando, como primeira providência, de ampará-lo de alguma forma”.

O art. 33 do ECA define o instituto como sendo “a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente”³¹⁰. Dispõe o mesmo:

Art. 33 – A guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

§ 1º A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros.

§ 2º Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados.

§ 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.

A guarda não implica a suspensão ou perda do poder familiar; também não exige procedimento contraditório, em não havendo discordância dos genitores; tem como destinatária qualquer criança³¹¹. A finalidade maior da guarda é regularizar a posse de fato da criança ou do adolescente. A guarda pressupõe obrigação alimentar, de assistência material, moral e educacional ao menor, por parte do guardião³¹².

É comum que avós assumam a guarda de seus netos quando os genitores não tenham condições morais e materiais para criá-los. Nesse sentido, decidiu o Tribunal de Justiça do

³⁰⁸ PEREIRA, T. S. op. cit., nota 285.

³⁰⁹ CHAVES, A. op. cit., p. 147, nota 279.

³¹⁰ PEREIRA, T. S. op. cit., p. 240, nota 285.

³¹¹ Idem, p. 240.

³¹² CHAVES, A. op. cit., p. 150, nota 279.

Mato Grosso do Sul, transferindo a guarda aos avós, a fim de regularizar posse de fato³¹³. Porém, deve-se salientar que o pedido de guarda pelos avós para satisfazer a condição de dependente para fins previdenciários não está amparado no Estatuto. É o entendimento de Cury e outros³¹⁴: “a condição de dependente para fins previdenciários é efeito e não finalidade do instituto, inexistindo possibilidade de concessão de guarda para fins exclusivamente previdenciários, se o guardião não detiver a posse efetiva da criança ou adolescente”. Assim decidiu o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, negando a transferência da guarda à avó que convivia com os pais do menor, alegando o desvirtuamento do instituto para satisfazer fins meramente previdenciários³¹⁵. Decidiu de maneira contrária, entretanto, o Tribunal de Justiça de São Paulo, em ação em que se pleiteava a guarda para incluir a menor no instituto de previdência municipal, porém, comprovado ficou ser o avô quem sustentava a criança bem como a genitora³¹⁶.

Ainda no tocante à guarda, a Lei determina no art. 34 que “o Poder Público estimulará, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, o acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado”. Para Cury e outros³¹⁷ a intenção do legislador foi amparar crianças e adolescentes de difícil colocação em família substituta por

³¹³ RT 808/359 – TJMS – Ap. 2002.003324-4/0000-00 – j. 03.09.2002 – rel. Des. Hildebrando Coelho Neto. **GUARDA – Criança – Pretensão manifestada pelos avós maternos – Regularização da posse de fato – Admissibilidade – Avós que já proporcionam ao infante e a seus genitores um ambiente familiar saudável, moradia, alimentação, educação, transporte e despesas com medicamentos.** *Ementa Oficial: Deve-se conferir a guará de menor, em seu exclusivo interesse, aos avós maternos que comprovaram a pretensão de regularizar a posse de fato, uma vez que estes já vêm proporcionando à criança e a seus genitores, além de um ambiente familiar saudável, moradia, alimentação, educação, transporte e despesas com medicamentos, aliado ao fato de que a inviolabilidade do direito à vida compreende, de idêntica forma, a plena garantia de saúde, sob o aspecto do completo bem-estar físico, mental e espiritual do ser humano.*

³¹⁴ CURY, M. et al. op. cit., p. 48, nota 282.

³¹⁵ RT 786/409 – TJRJ – Ap. 16628/99 – j. 16.05.2000 – rel. Des. Paulo Sérgio Fabião. **CRIANÇA – Guarda – Pedido formulado pela avó materna da menor – Inadmissibilidade se a infante residena companhia dos pais, sob o mesmo teto da requerente – Hipótese em que inexistente a posse de fato.** *Ementa da Redação: Inexiste posse de fato, de molde a autorizar o deferimento de guarda formulado pela avó materna da menor, na hipótese em que a criança reside na companhia dos pais, sob o mesmo teto da requerente.*

³¹⁶ RT 793/219 - TJSP – Ap. 056.050-5/0-00 – j. 25.06.2001 – rel. Des. Jovino de Sylos Neto. **CRIANÇA OU ADOLESCENTE – Guarda – Instituto que confere ao menor a condição de dependente, para todos os fins, inclusive previdenciários – Inteligência do art. 33, § 3º, da Lei 8.069/90.** *Ementa Oficial: A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins, inclusive previdenciários. Inteligência do art. 33 do ECA.*

³¹⁷ CURY, M. et al. op. cit., p. 49, nota 282.

falta de interessados; busca-se retirar essas crianças e adolescentes dos internatos, em vista de os mesmos não atingirem os fins a que se destinam.

Enfim, como já salientado, embora com denominação idêntica, os institutos não se coincidem no tocante ao disciplinado no Código Civil e no Estatuto. Neste, a medida é aplicada às crianças que se encontrarem em situação de abandono, sem que os pais por elas se responsabilizem, ou por que os pais estejam doentes, ou presos, ou de alguma maneira impossibilitados de exercerem a proteção ao filho. Aqui, a guarda pode imitar o modelo monoparental, quando exercida por um maior sozinho; pode também servir em auxílio às famílias monoparentais, quando o genitor guardião não puder mais exercer a medida e o não guardião não se interessar em exercê-la, sendo o filho colocado sob a guarda de terceiro. Nesse sentido, acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo decide pela transferência da guarda aos avós maternos, tendo em vista alegação da genitora de não ter condições de sustentar seus filhos, os quais foram abandonados pelo pai³¹⁸.

4.4 Adoção

Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, o instituto da adoção passou a ter nova disciplina jurídica, e o ECA perde sua atualidade. Hoje, o instituto é regido pelo Código Civil com a aplicação subsidiária do Estatuto, uma vez que o tratamento previsto no Código abrange a adoção de crianças e adolescentes. Sendo assim, uma vez analisado o instituto no

³¹⁸ RT 786/267 – TJSP – Ap. 152.780-4/8-00 – j. 10.10.2000 – rel. Des. Carlos Stroppa. **CRIANÇA – Modificação da guarda – Homologação do acordo em que a genitora, sob a alegação de não ter condições de criar seus filhos, transfere o encargo a seus pais, avós dos menores – Desnecessidade da expressa concordância do genitor dos impúberes – Medida que não implica em perda ou suspensão do pátrio poder, podendo ser modificada a qualquer tempo, desde que sobrevenha alteração do estado de fato ou de direito.** *Ementa da Redação: Para a homologação de acordo de modificação de guarda em que a genitora, sob a alegação de não ter condições de criar seus filhos, transfere o encargo a seus pais, avós dos menores, é desnecessária a expressa concordância do genitor das crianças, pois tal medida não implica em perda ou suspensão de pátrio poder, podendo ser modificada a qualquer tempo, desde que sobrevenha alteração do estado de fato ou de direito.*

capítulo anterior, só cabe aqui ressaltar que o ECA já trazia dispositivo referente a adoção realizada pela família monoparental, ou seja, através da adoção pode-se originar uma família monoparental em caso de pessoas solteiras que adotem, ou em caso de pessoas separadas ou divorciadas. A adoção por pessoas solteiras é a regra, como se defere do art. 42 do Estatuto: “Podem adotar os maiores de 21 (vinte e um) anos, independentemente do estado civil” (*grifo nosso*). Hoje, o Código concede a adoção a maiores de 18 anos, mas o importante é salientar ser independente o estado civil da pessoa, logo, pode-se surgir família monoparental da adoção. Ainda, dispõe o parágrafo 4º do art. 42 do Estatuto: “Os divorciados e os judicialmente separados poderão adotar conjuntamente, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas, e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância da sociedade conjugal”. Conforme Elias³¹⁹, parece relevante que os pais acordem também sobre a pensão alimentícia em relação ao adotado; reitera que o estágio de convivência deve ter sido iniciado na constância do casamento, pois senão não haveria justificativa para a adoção em conjunto.

O Estatuto ainda afirma em seu art. 43 que a adoção deve apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos para que possa ser deferida. Sendo assim, o juiz deve certificar-se de que a medida realmente trará melhoras para a vida do adotando³²⁰. Consoante Chaves³²¹, se a adoção não trouxesse benefício ao adotando, haveria completa distorção das finalidades do instituto.

O Estatuto disciplina a respeito do estágio de convivência, não disciplinado pelo Código Civil, estágio esse que deve preceder à adoção, momento em que adotante e adotados estarão sob avaliação, a fim de se assegurar o sucesso da medida. Sendo assim, dispõe o art. 46:

³¹⁹ ELIAS, R. J. op. cit., p. 27, nota 278.

³²⁰ CURY, M. et al. op. cit., p. 57, nota 282.

³²¹ CHAVES, A. op. cit., p. 186, nota 279.

Art. 46 – A adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo que a autoridade judiciária fixar, observadas as peculiaridades do caso.

§ 1º O estágio de convivência poderá ser dispensado se o adotando não tiver mais de um ano de idade ou se, qualquer que seja a sua idade, já estiver na companhia do adotante durante tempo suficiente para se poder avaliar a conveniência da constituição do vínculo.

[...]

Esse período de convivência entre adotante e adotado será acompanhado por equipe interprofissional; enquanto não deferida a adoção, os adotantes terão a guarda provisória da criança ou adolescente. A equipe técnica deve avaliar, principalmente, a conveniência da constituição do vínculo³²². Segundo Liberati³²³, “o objetivo desse estágio é a verificação da adaptação do adotando na futura família, já que se destina a propiciar o convívio entre adotante e adotado para proporcionar a consolidação do liame emocional entre eles”. O Magistrado fixará o prazo que julgar ideal para que as partes se adaptem, nada impedindo a prorrogação do prazo, caso entenda necessário³²⁴. Se o estágio de convivência se iniciou na constância de uma sociedade conjugal ou união estável e houver a ruptura antes de efetivada a adoção, a mesma pode ser deferida ao casal desunido conjuntamente, acertando o mesmo sobre a guarda, visita e alimentos. O separado judicialmente e o divorciado podem adotar, porém adotarão sozinhos, constituindo também família monoparental.

Também melhor disciplina o ECA sobre as conseqüências registraís do vínculo de adoção, não reafirmado no Código Civil. Assim, dispõe o art. 47:

Art. 47 – O vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão.

§ 1º A inscrição consignará o nome dos adotantes como pais, bem como o nome de seus ascendentes.

§ 2º O mandado judicial, que será arquivado, cancelará o registro original do adotado.

§ 3º Nenhuma observação sobre a origem do ato poderá constar nas certidões do registro.

§ 4º A critério da autoridade judiciária, poderá ser fornecida certidão para a salvaguarda de direitos.

§ 5º A sentença conferirá ao adotado o nome do adotante e, a pedido deste, poderá

³²²CURY, M. et al. op. cit., p. 60-1, nota 282.

³²³LIBERATI, W. D. op. cit., p. 33, nota 280.

³²⁴ELIAS, R. J. op. cit., p. 29, nota 278.

determinar a modificação do prenome.

§ 6º A adoção produz seus efeitos a partir do trânsito em julgado da sentença, exceto na hipótese prevista no art. 42, § 5º, caso em que terá força retroativa à data do óbito.

A adoção só se dará judicialmente, sendo a sentença de natureza constitutiva do vínculo; o nome dos ascendentes do adotante será inscrito no registro ainda que não consintam com o ato. Chaves³²⁵ salienta que as determinações do art. 47 “visam à integração da criança ou do adolescente à família adotiva, cortando, tanto quanto possível, quaisquer vinculações à família de sangue”. Embora não inscrito no Código Civil, já havia referência aos dispositivos desse artigo no capítulo anterior em vista de proposta de modificação de artigo do Código Civil, pelo Projeto-Lei 6.960/02, em que algumas dessas diretrizes passariam a integrar o art. 1.628 do Código Civil.

Também disciplina o Estatuto sobre a lista aos interessados em adoção, que cada comarca deve disponibilizar à sociedade; o Código também não disciplinou a respeito. Dispõe o art. 50:

Art. 50 - A autoridade judiciária manterá, em cada comarca ou foro regional, um registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas na adoção.

§ 1º O deferimento da inscrição dar-se-á após prévia consulta aos órgãos técnicos do Juizado, ouvido o Ministério Público.

§ 2º Não será deferida a inscrição se o interessado não satisfizer os requisitos legais, ou verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 29.

De acordo com Cury e outros³²⁶, o artigo torna o acesso aos interessados mais democrático, não podendo a ordem de inscrição deixar de ser observada, a não ser em caso de motivo relevante, com devida justificação, quando houver laços de parentesco, afinidade ou afetividade entre adotado e adotante. Elias³²⁷ afirma que logo que ocorre a inscrição dos adotantes, os técnicos fazem um exame preliminar, por meio de um estudo social, aferindo se os mesmos possuem as condições necessárias para efetivar a adoção.

³²⁵ CHAVES, A. op. cit., p. 200, nota 279.

³²⁶ CURY, M. et al. op. cit., p. 62-3, nota 282.

³²⁷ ELIAS, R. J. op. cit., p. 32, nota 278.

Enfim, muitos dos dispositivos do ECA que se referem à adoção já foram vistos quando da análise do instituto no capítulo referente ao Código Civil e, em vista da semelhança do disposto em ambos os diplomas legais, não são necessárias maiores considerações a respeito. Ocorre a aplicação subsidiária de ambos os diplomas no tocante à adoção.

Conclui-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente confere uma gama de direitos a essa camada especial da sociedade, que muitas vezes se encontra desprotegida. A intenção do legislador foi dar melhores condições de vida para que o futuro do país não esteja perdido nas ruas e na miséria. Por ser aplicável a todas as crianças, a criança fruto da monoparentalidade encontra também aqui proteção. Ocorre, porém, que a marginalidade não é só fruto da monoparentalidade, mas sim, fruto da exclusão, da pobreza, da falta de condições dos pais; a desunião dos pais contribui para a miserabilidade, mas não é o único fator. O ECA deve ser aplicado na salvaguarda de todas as crianças que se encontram à margem da sociedade por condições de miserabilidade e, entre elas, as crianças fruto de famílias monoparentais. Sendo assim, o poder público, a sociedade e a família devem atuar na salvaguarda de crianças e adolescentes, pois os preceitos do ECA isoladamente não vão resolver o problema da infância e adolescência marginalizada. São necessários mecanismos mais eficientes para se atingir tal intuito. Às famílias monoparentais que possuam melhores condições materiais, embora estejam aquém de famílias biparentais no mesmo nível social, outras medidas devem ser aplicadas, devendo-se recair a responsabilidade pela carência material e afetiva ao próprio genitor faltoso. O capítulo seguinte tentará traçar rumos para que o poder público, a sociedade e a família possam agir na solução do problema, sendo assim, a parte do ECA referente à política de atendimento e de prevenção à ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente serão adiante analisadas. Como apresentado, aspectos processuais e a parte relacionada aos atos infracionais não serão objeto de análise.

5 ATUAÇÃO DO DIREITO, SOCIEDADE E PODER PÚBLICO A FIM DE DAR CONDIÇÕES DE VIDA DIGNA ÀS CRIANÇAS FRUTOS DA ENTIDADE MONOPARENTAL

O presente capítulo tem por finalidade encontrar respostas aos problemas que enfrentam os filhos das famílias monoparentais, os quais já foram expostos em capítulos antecedentes recorrendo-se, para esse fim, ao direito, à sociedade e ao poder público no intuito de garantir a vida digna a essas crianças. Ressalta-se que, no tocante ao direito, alguns aspectos já foram analisados em capítulos antecedentes, quando da análise do Código Civil e do ECA.

Antes de adentrar propriamente na maneira como cada um desses setores pode atuar na salvaguarda dessas crianças, é preciso estabelecer em que consiste a vida digna mencionada por todo o trabalho. Deve-se ressaltar que a vida digna consiste em uma vida de respeito à criança e ao adolescente, com seus direitos preservados, fora das ruas, da miséria, da criminalidade, dos maus tratos, da promiscuidade; além disso, entende-se, também, por vida digna, aquela pautada na responsabilidade dos pais para com seus filhos, no carinho, no amor, enfim, uma vida que seja regada pela paternidade responsável, ou seja, pais que dão amor, carinho, sustento, educação, alimentação, saúde, afeto, enfim, tudo o que uma criança necessita para seu saudável desenvolvimento. O princípio da dignidade da pessoa humana é essencial para o direito. Eroulths Cortiano Júnior julga ser, a pessoa humana, o centro do direito civil, pois “todo e qualquer instituto jurídico só tem razão de ser a partir do momento em que exista (e seja considerado) em função do homem. O próprio direito encontra sua razão de existir na noção de pessoa humana, que é anterior à ordem jurídica”³²⁸. A Constituição

³²⁸ CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando os fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 41.

Federal, em seu art. 1º, enumera a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da república federativa do Brasil. Assim dispõe o artigo:

Art. 1º. A República

seja ele físico, moral, mental, espiritual ou social³³¹.

No tocante ao direito de família, a Constituição de 1988 trouxe também inovações, as quais se faziam necessárias frente às mudanças ocorridas na sociedade. Conforme José Sebastião de Oliveira³³², as mudanças sociais são mais perceptíveis no direito de família, e o ordenamento sente dificuldade de acompanhar tais mudanças. Sendo assim, algumas situações existem, que não encontram regulamentação no mundo jurídico — assim acontecia com a família monoparental, com a união estável, antes da Constituição de 1988 e ainda acontece com as uniões homossexuais. Ensina Rosana Girardi Fachin³³³ que a família preconizada na Constituição de 1988 funda-se em princípios que promovem a dignidade da pessoa humana, a solidariedade, sendo concebida para a felicidade de seus membros; logo, a família está intimamente ligada aos direitos fundamentais, dentre os quais o princípio da dignidade da pessoa humana parece atingir papel importante. Além disso, a pessoa assume papel preponderante na família atual, valorizando-se primeiramente o ser, relegando o patrimônio a papel secundário.

Mas, além dessas modificações substanciais trazidas pelo texto constitucional, a mesma estipulou em seu art. 227 ser

(...) 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.

Sendo assim, é necessária a ação do Estado, da Sociedade enquanto família e das organizações não governamentais no apoio a essas crianças que são o futuro da nação, e que vivem ao abandono — tanto material, como abandono afetivo. De acordo com Oliveira³³⁴, o

³³¹ CURY, M. et al. op. cit., p. 29, nota 282.

³³² OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 77.

³³³ FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 67.

³³⁴ OLIVEIRA, J. S. op. cit., p. 178, nota 332.

constituente, ao estender a proteção estatal à família, não discriminou ou privilegiou qualquer espécie de família, pois entende-se que todas são fundamentos da sociedade e merecedoras de proteção de igual maneira. Logo, a família monoparental necessita desse amparo para que seus filhos não suportem o ônus do abandono sem nenhum apoio. A Constituição Federal de 1988 traz dispositivos humanitários, concepção também adotada pelo Código Civil de 2002, diferentemente do encontrado no Código Civil de 1916 que mais importância dava às questões patrimoniais. Talvez por que a família moderna se sustenta pelo afeto, sendo o patrimônio relegado a segundo plano; não haveria como Constituição e Código não adotarem tal postura de respeito a pessoa diante de tantas mudanças ocorridas na sociedade.

Enfim, é notória a necessidade de apoio por que passa a família monoparental, pois as mães não suportam sozinhas o fardo da criação de seus filhos e os mesmos acabam expostos ao mundo das ruas. Fala-se em mães, pois são elas que permanecem com seus filhos em 90% dos casos das famílias monoparentais. O problema existe e a solução é auxílio estatal, da sociedade e do próprio judiciário no incentivo à adoção da guarda compartilhada, na orientação para uma paternidade responsável (o que é mais difícil se conquistar no contexto das famílias monoparentais). As medidas não tomadas contribuirão para o aumento da criminalidade entre jovens, bem como para a desumanização desses menores. No sentido de reafirmar a constatação do problema, Oliveira³³⁵ afirma, ao referir sobre as mulheres mães na família monoparental: “estigmatizadas no mercado de trabalho e desamparadas totalmente de qualquer auxílio estatal, é inarredável (tornando-se apenas uma questão de tempo) a exposição dos filhos ao cruel mercado de trabalho. Motivo: a sobrevivência e o medo da fome, da miséria e da morte!”. É forçoso citar novamente o autor, pois é o mesmo pontual na constatação das necessidades da família monoparental:

Todavia, é caso de urgência agônica o amparo material às famílias monoparentais. Volvemos ao que temos sustentado ao longo deste trabalho: de nada valem normas

³³⁵ OLIVEIRA, J. S. op. cit., p. 220, nota 332.

ineficazes sob o ponto de vista pragmático. De nada valem normas que não encontram aderência e respaldo social. De nada vale a Constituição Federal ter guindado à categoria de entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, se em nada o Estado contribui para a manutenção destes núcleos dentro de um mínimo de dignidade. Aspectos jurídicos não resolvem os problemas da família brasileira, quando não transformados em realidade concreta que faça parte da vida dos brasileiros³³⁶.

Ainda expondo as dificuldades enfrentadas pelas famílias monoparentais, Fachin³³⁷ também salienta:

No Brasil, o fenômeno da monoparentalidade, traduzido na realidade das mães solteiras, vivido por nove milhões de mulheres, transparece nitidamente no empobrecimento das camadas mais baixas da população, onde há todos os tipos de dificuldades econômicas, a que se acrescem as injustiças sociais enfrentadas no mercado de trabalho.

Constatadas as necessidades das famílias monoparentais, resta encontrar caminhos para ajudá-las. O Estado preocupa-se com a família, pois sabe a importância que a mesma tem para a sociedade, pois é a partir desse núcleo básico que será construída a comunidade total. Apesar da aparente interferência estatal na vida familiar, é preciso esclarecer que o Estado não interfere na vida particular dos membros da família, sendo assim, pode-se dizer que a intervenção estatal na família é mínima, porém atua o mesmo visando garantir dignidade à família, através da atuação na saúde, educação, assistência social, previdência, seguridade, enfim, proporcionando as condições básicas de sobrevivência dos seres humanos³³⁸. O próprio texto constitucional preconiza o auxílio à família no tocante ao planejamento familiar, sendo este, de livre decisão do casal e devendo o Estado prestar orientação no exercício de tal planejamento através de recursos educacionais (educação sexual, planejamento doméstico), bem como recursos científicos (orientações quanto a métodos contraceptivos, entre outras). Assim dispõe o art. 226 em seu parágrafo sétimo:

Art. 226, § 7º. Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

³³⁶ OLIVEIRA, J. S. op. cit., p. 222, nota 332.

³³⁷ FACHIN, R. A. G. op. cit., p. 136, nota 333.

³³⁸ OLIVEIRA, J. S. op. cit., p. 281 e 284., nota 332.

Ainda no tocante às obrigações assumidas pelo Estado na salvaguarda da família, o art. 227, § 1º estipula: “O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não governamentais [...]”. Não bastassem esses dispositivos constitucionais, existem ainda leis de auxílio à família, como a Lei 8.642/93, que estipula sobre o programa nacional de atenção integral à Criança e ao Adolescente; a Lei 9.263/96, a qual dispõe sobre planejamento familiar; o próprio ECA fixa deveres ao Estado no intuito de salvaguardar as crianças, como nas regras sobre Política de Atendimento, no tocante às medidas de proteção à criança e ao adolescente, além de criar o Conselho Tutelar. Enfim, as regras estão postas e o papel do Estado bem definido. Segundo Antônio Carlos Gomes da Costa³³⁹, o ECA trata a criança como sujeito de direitos exigíveis, e não mais como uma portadora de carências e, sendo assim, não basta que sejam criados programas assistencialistas para proteger tais crianças — é necessário um programa oficial de políticas públicas. Reitera, ainda, o autor, que: “a União deverá elaborar as normas gerais e fazer a coordenação nacional da política ao menor. As normas gerais são o papel normativo da União, coordenação, apoio técnico e financeiro, inclusive às organizações não governamentais com atuação neste campo”. O ECA ainda prevê a criação de fundos em nível nacional, estadual e municipal cujos recursos serão canalizados para o atendimento da criança e do adolescente; nesse sentido, dispõe o art. 88 do Estatuto:

Art. 88. São diretrizes da política de atendimento:

I – municipalização do atendimento; dr(m)j 2.8811 0 j 2.8811 0 Td (o)A

para efeito de agilização do atendimento inicial a adolescente a quem se atribua autoria de ato infracional;

VI – mobilização da opinião pública no sentido da indispensável participação dos diversos segmentos da sociedade.

O ECA conta com um título inteiro sobre política de atendimento à criança e ao adolescente; preconiza o estatuto que tal política será realizada através de um conjunto de ações governamentais e não-governamentais; regulamenta a atuação das entidades de atendimento; dispõe sobre as medidas que devam ser aplicadas aos pais ou responsáveis quando os mesmos não cumprirem com seus deveres; também dispõe sobre a criação e atribuições do Conselho Tutelar, o qual, segundo o art. 131, é: “órgão permanente e autônomo, não jurisdicional, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente, definidos nesta Lei”. Enfim, mecanismos legais existem. Ocorre, porém, que apenas as leis não são suficientes para garantir a real atuação Estatal e, apesar de todos esses diplomas legais visualizarem a real necessidade do Estado na salvaguarda da família, a atuação prática não é a desejável.

É necessário efetivo apoio material do poder público a essas crianças, pois a pensão alimentar não é suficiente. Primeiro, porque diante da falta de recursos, o devedor não paga, sendo que a prisão do devedor por si só não resolve o problema, pois a falta de recursos continua. De qualquer forma, Leite³⁴⁰, citado no primeiro capítulo, salienta que a medida é eficaz nos Estados Unidos, pois através de pesquisas, constatou-se que quando o genitor faltoso chega à prisão, consegue meios de saldar a dívida de alimentos. Acredita-se que o mesmo ocorra aqui; contudo, a situação tenderá a se repetir, pois a prisão por si só não será suficiente para conscientizar esse genitor faltoso. O ideal seria que não se precisasse chegar a esses extremos, mas diante da irresponsabilidade dos genitores, a medida drástica é eficiente. O convívio com os filhos fará com que o genitor sinta as reais necessidades dos mesmos e se sentirá mais estimulado a cumprir sua obrigação alimentar; para isso, esse convívio deve ser

³⁴⁰ LEITE, E. O. op. cit., p. 314, nota 3.

incentivado e até, por que não, obrigado, por imposição do poder judiciário. Parece radical a posição, mas a verdade é que o amor se constrói com o convívio, o afeto surge da proximidade que faz o genitor ser cativado pelas ações dos filhos, criando-se um vínculo maior entre ambos a partir da convivência. Porém, em havendo reais falta de recursos dos genitores, o Estado deve atuar de maneira subsidiária, intervindo economicamente. Leite³⁴¹ constata também que os países de primeiro mundo desenvolveram programas de apoio à família monoparental, que consistiam em garantir uma renda mínima suficiente para salvar o menor. Reitera, ainda, que alguns países aumentaram o tempo de permanência da criança na escola, servindo-se uma refeição ao menos e reduzindo as tarefas que eram passadas para casa; outros adotaram sistema de creches familiares, ou seja, creches com pequeno número de crianças; há os que adotaram a pré-escolarização gratuita para crianças abaixo dos sete anos. Enfim, é preocupação efetiva a colocação das crianças em ambiente saudável, permitindo o trabalho das mães e ainda a complementação da renda, quando necessário. Ainda há outros que passaram a descontar o valor das pensões na fonte do pagamento do genitor devedor e, se necessário, o Estado adianta o pagamento e depois cobra do genitor devedor. No Brasil, as práticas deixam a desejar. Programas, como o Bolsa-Família do governo federal, garantem uma renda mínima por família com renda mensal *per capita* de até R\$ 100,00 (cem reais), tendo por finalidade promover a inclusão social por meio da transferência de um benefício financeiro para garantir direitos sociais básicos. O Bolsa-família substituiu o auxílio-gás e o Bolsa-Escola — agora, por um cadastro único, as famílias que atendem os requisitos recebem o auxílio. O programa não é específico para a família monoparental, mas a atinge³⁴².

Ocorre, porém, que a simples transferência de renda, sem dar a essas crianças a educação adequada, a proteção adequada enquanto as mães trabalham, enfim, sem um

³⁴¹ LEITE, E. O. op. cit., p. 300-306, nota 3.

³⁴² GOMES, Fabrício Freire. Bolsa-Família dobra na região em 2005. **FOLHA DE SÃO PAULO**. Caderno Ribeirão. Pág. C1. São Paulo, 09/01/2006.

programa efetivo de inserção dessas crianças na sociedade, não resolverá o problema da marginalidade das crianças no país; espera-se do Estado uma postura mais atuante, com programas efetivos e concretos.

No tocante à atuação do direito, do judiciário, deve-se, em primeiro lugar, destacar que o direito de família não se basta em normas; a interdisciplinaridade é tamanha nesse ramo, devendo os juristas recorrerem a outros campos do conhecimento para poderem atuar de maneira eficaz na vida dessas crianças. Nesse sentido, são palavras de Oliveira³⁴³: “o ideal seria que se intensificassem Projetos de interdisciplinaridade entre o Direito e outras áreas de conhecimento, a fim de que se pudesse realizar trabalhos preventivos. Aí sim, em nosso entender, o Estado estaria cumprindo o seu papel de manutenção dos núcleos familiares”. É justamente esse caminho que deva ser perseguido, ou seja, a atuação do Estado, direito e sociedade antes que a família se deteriore, e entenda-se que uma desunião possa existir sem que haja a deterioração da família; enfim, a atuação deve vir no sentido não de querer tornar todas as uniões perpétuas, mas orientar para que a separação não chegue a graus de degradação total, devendo-se preservar, primordialmente, os interesses dos filhos. Sendo assim, o Judiciário já adota a mediação nos casos de família, para que as partes não se digladiem nos tribunais. Ou seja, esse trabalho preventivo de psicólogos, assistentes sociais e juristas, dentre outros profissionais, é capaz de fazer com que os efeitos maléficos que recaem sobre a família monoparental sejam dissipados. Salienta-se, ainda, que o trabalho da mediação não é realizado apenas nos casais que estão se separando, mas também, em pais e mães que nunca se uniram maritalmente, mas tiveram um filho em comum. A mediação também pode ser realizada antes que o casal se desentenda, auxiliando na reconstrução do relacionamento desgastado. Nesse sentido, Oliveira, citado acima, defende que deva estar ao alcance da população um serviço de mediação gratuito nos fóruns para auxiliar casais de modo

³⁴³ OLIVEIRA, J. S. op. cit. p. 296, nota 332.

preventivo. Ou seja, a atuação pode ocorrer quando o casal necessitar, e não apenas quando as relações já estiverem degradadas. Nesse sentido, salienta o autor: “uma equipe multidisciplinar pode perfeitamente atender a várias varas de família e isto não oneraria os cofres públicos. O que é importante é a orientação dos trabalhos de maneira adequada. O estágio de amadurecimento de nossa sociedade está a exigir há muito tempo o emprego dessas técnicas”,³⁴⁴.

O judiciário ainda pode atuar no sentido de orientar os pais para uma paternidade responsável, enfatizando serem eles os únicos responsáveis pela felicidade dos filhos, devendo os aborrecimentos pessoais não interferirem quando da discussão do interesse dos filhos; os profissionais do direito devem orientar os pais nesse sentido de buscar a afetividade, pois as leis, sozinhas, não criam amor, respeito, carinho e afeto pelos filhos³⁴⁵. Os aplicadores do direito devem, ainda, incentivar a adoção da guarda compartilhada nas famílias monoparentais, tenham essas famílias surgido de desuniões, ou surgidas de relacionamentos que não geraram casamento ou união estável. A responsabilidade pelos filhos é de ambos os genitores e, mesmo quando a mãe for solteira, o pai deve nutrir afeto e amor pelo filho. Como já analisado em capítulo anterior, o modelo de guarda compartilhada é o ideal para que o filho tenha níveis de afeto e carinho de ambos os pais, é o ideal para se atingir a paternidade responsável e, por isso, deve o mesmo ser incentivado pelos nossos Tribunais. Em se tratando da atuação do judiciário em prol da família moderna, assevera Fachin³⁴⁶: “toma relevo a atividade do judiciário na construção sólida e intemerata de uma jurisprudência que reconheça, na plenitude, os direitos e os reais interesses da família”. Nota-se o clamor da doutrina por uma atuação do Judiciário em prol da família moderna. A mesma autora, ainda salienta que o julgador tem papel de extremo valor na edificação de um conceito de família,

³⁴⁴ OLIVEIRA, J. S. op. cit., p. 299, nota 332.

³⁴⁵ Idem., p. 307.

³⁴⁶ FACHIN, R. A. G. op. cit., p. 83, nota 333.

pois por suas ações, omissões e decisões, um contorno é dado à família³⁴⁷. Um jurista consciente e bem informado dos novos papéis assumidos pelos pais na família moderna, é capaz de mudar a realidade da família; inúmeras são as implicações de uma decisão judicial na vida de uma família. Uma guarda concedida a um só dos pais, o cultivo ao ódio e revanche entre os pais, ao invés de orientação ao cultivo do amor pelos filhos, a pensão alimentícia arbitrada em valor baixo, quando o pai poderia contribuir com mais, a visitação não exercida e a não orientação do magistrado para que a mesma aconteça — enfim, o julgador exerce papel de extrema responsabilidade e sua atuação deve ser orientada e conduzida para as melhores soluções. Nesse contexto, Silvana Maria Carbonera³⁴⁸, evidencia ser a família uma comunidade formada em razão da vontade de seus membros, que buscam sua realização pessoal e se os operadores do direito não tiverem ciência do fundamento da família moderna, de suas bases, eles não saberão como tratá-la. O judiciário também pode atuar quando notar que existam deficiências na vida da criança causada pelos pais, seja a deficiência econômica, seja moral, podendo o mesmo destituir o poder familiar ou fazer inserir a família em programas de assistência social.

No tocante ao papel que a sociedade deva assumir para garantir melhores condições de vida aos filhos da família monoparental, acredita-se que a mesma deva atuar conscientizando pais para a paternidade responsável, divulgando os benefícios da guarda compartilhada, orientando os pais de que o grau de envolvimento das crianças com ambos os genitores é essencial para o seu desenvolvimento. As organizações não governamentais, entidades religiosas, empresas criam e desenvolvem projetos que acolham crianças fora do período escolar, locais onde as crianças possam desenvolver atividades várias, como aulas de dança, artesanato, esportes, cursos de línguas, informática; enfim, tudo isso contribui para o

³⁴⁷ FACHIN, R. A. G. op. cit., p. 102, nota 333.

³⁴⁸ CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. 2º tiragem. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 310.

desenvolvimento ideal de uma sociedade. Nesse sentido, concorda-se com Oliveira³⁴⁹:

Campanhas para divulgação de como funciona a guarda compartilhada e as vantagens de sua adoção devem ser adotadas. A distribuição de panfletos nos EUA teve boa repercussão. Certamente, haveria grande contribuição de projetos de alunos de faculdades de Direito para levar informação aos mais variados setores da população, principalmente os mais carentes.

A sociedade deve se conscientizar que será em prol dela mesma que os benefícios de um lar cheio de afeto se reverterá. Filhos que se sentem amados, orientados, que recebem amor de ambos os genitores, não se tornarão jovens rebeldes, jovens que se sentem excluídos, abandonados. O amor, carinho, afeto, a responsabilidade dos genitores só trará o bem para a sociedade.

É necessário, ainda, ressaltar o papel do Ministério Público na salvaguarda dos interesses das crianças e adolescentes. Da análise que Hugo Nigro Mazzili³⁵⁰ faz do art. 227, *caput*, citado acima, pode-se notar a indisponibilidade desses direitos, tornando o Ministério Público legitimado a defendê-los. O ECA, nos arts. 200 a 205 trata da atuação do Ministério Público no âmbito de defesa dos interesses da criança e do adolescente. O Estatuto legitima o Ministério Público para a ação civil pública ainda que para defender interesses individuais de crianças e adolescentes, ou seja, por exemplo, a ação civil pública poderá ser intentada para assegurar vaga em escola para uma criança apenas ou para várias delas. Mazzili³⁵¹ enumera alguns direitos que podem ser atacados por ação de responsabilidade como o não oferecimento ou oferta irregular de:

a) ensino obrigatório; b) atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência; c) atendimento em creche e pré-escola; d) ensino noturno; e) programas suplementares de oferta de material didático-escolar, transporte e assistência à saúde; f) serviço de assistência social; g) acesso às ações e serviços de saúde; h) escolarização e profissionalização dos adolescentes privados de liberdade.

O autor supracitado ainda enumera as ações civis públicas que, na salvaguarda desses direitos, podem ser intentadas contra:

³⁴⁹ OLIVEIRA, J. S. op. cit., nota 332.

³⁵⁰ MAZZILI, Hugo Nigro. **A Defesa dos interesses difusos em juízo**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 190.

³⁵¹ Idem, p. 193.

a) a Fazenda Pública e os empregadores em geral, para assegurar condições de aleitamento materno; b) a Fazenda Pública para assegurar condições de saúde e de educação; c) hospitais, para que cumpram disposições do Estatuto; d) empresas de comunicação; e) editoras; f) entidades de atendimento; g) os próprios pais ou responsáveis; h) os que devam sofrer execução das multas.³⁵²

Nota-se, ainda, no tocante à atuação do Ministério Público, que ela não é exclusiva, podendo terceiros, União, Estados, Municípios, associações legalmente constituídas a pelo menos um ano, intentarem ações na salvaguarda dos interesses das crianças e adolescentes quando a lei assim o permitir; tudo isso, conforme arts. 201, § 1º e 210 do ECA.

Cabe ainda analisar no presente capítulo, a diferenciação que alguns doutrinadores fazem acerca de “família” e “entidade familiar”. Embora alguns doutrinadores ainda insistam em afirmar que o legislador considere família apenas a comunhão de vida instituída pelo casamento, possuindo esse grau hierárquico superior em relação às outras famílias, às quais foram denominadas entidades familiares, essa diferenciação não é cabível atualmente. Conforme Ana Luiza Maia Nevares³⁵³, entende-se que a família seria o gênero — elencado pelo *caput* do art. 226 da Constituição — sendo as espécies encontradas em seus parágrafos, ou seja, dentre as entidades familiares tem-se o casamento, a união estável e a família monoparental.

Objetivou-se, com esse quinto capítulo, encontrar soluções para os problemas enfrentados pelos filhos das famílias monoparentais. Para isso, verificou-se a responsabilidade do Estado, da sociedade e do direito a fim de garantir vida digna às crianças frutos da monoparentalidade.

Primeiramente, definiu-se em que consiste a vida digna, a qual, apesar de apresentar conceito amplo e abrangente, deve ser entendida como a vida que garanta respeito à criança e ao adolescente, preservação de direitos, com os menores longe da miséria e das ruas, e regada

³⁵² MAZZILI, op. cit., p. 193, nota 350.

³⁵³ NEVARES, Ana Luiza Maia. Entidades familiares na Constituição: críticas à concepção hierarquizada. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira. **Diálogos sobre direito civil**: construindo uma racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 303.

à paternidade responsável.

Estabelecido em que consiste a vida digna, buscou-se encontrar maneiras de efetivá-la. O Estado tem sua responsabilidade bem definida por inúmeros dispositivos legais; porém, apesar da efetiva implantação de alguns mecanismos dispostos no ECA, como a criação de conselhos e fundos, ou de programas específicos para a criança e o adolescente, isso não é suficiente para retirar a família monoparental da marginalidade. Além do Estado-Administração, o Estado-Juiz, e aí tem-se o papel do direito, deve atuar incentivando a paternidade responsável, a adoção das técnicas de mediação nos processos de família, enfatizando o dever de visitação do pai distante do lar, e orientando os pais para a adoção da guarda compartilhada nos casos das famílias monoparentais. Não suficiente a atuação do Estado e do direito, também a sociedade deve agir em prol do desenvolvimento das crianças e adolescentes, frutos da monoparentalidade. Universidades, ONGs e empresas podem atuar, dando orientação a pais para que essas crianças não fiquem abandonadas, além do desenvolvimento de projetos que acolham e ocupem as crianças fora do período escolar. Por fim, o Ministério Público deve atuar para garantir direitos e salvaguardar crianças e adolescentes, lembrando-se que todas as entidades familiares contam com a mesma proteção constitucional do Estado, não podendo a família monoparental ficar relegada à marginalidade.

Isso posto, o capítulo seguinte analisa a legislação de alguns países no que se refere ao direito de família dos mesmos.

6 LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA

O presente capítulo tem por escopo o estudo da legislação estrangeira acerca dos institutos analisados no decorrer do presente trabalho. Pretende-se analisar a legislação de diferentes países, principalmente as respectivas Cartas Constitucionais e Códigos Civis com ênfase ao direito de família dos diferentes países, bem como ênfase ao aqui estudado no que se refere à família monoparental. Divide-se o estudo por países, por considerar ser o meio que melhor propicia a compreensão. Salienta-se, ainda, ter-se dado ênfase aos países da *civil law* em função de ser esse sistema mais semelhante ao sistema pátrio.

6.1 Alemanha

O direito alemão será estudado por meio de traduções a Constituição Alemã, a qual é encontrada no site da embaixada alemã no Brasil e por meio da tradução ao código civil feita por Emilio Eiranova Encinas para a língua espanhola, língua esta de mais fácil domínio aos falantes de língua portuguesa.

Sendo assim, a Constituição Alemã foi promulgada em 23 de maio de 1949 e vige até hoje com as devidas atualizações; o presente estudo terá as atualizações das emendas até 26 de julho de 2002. A família é tratada na Constituição Alemã em apenas um artigo, o qual está inserido no título I (direitos fundamentais) e tem a seguinte redação³⁵⁴:

Art. 6

[Casamento e família; filhos naturais]

1. O casamento e a família receberão proteção especial do Estado.
2. A manutenção e a educação dos filhos constituirão um direito natural e um dever inalienável dos pais. O Estado velará pelo cumprimento dessas obrigações.

³⁵⁴ **LEI FUNDAMENTAL PARA A REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA.** In: http://www.brasilia.diplo.de/pt/03/Constituicao/art_01.html> Acesso em: 01/03/2006.

3. Os filhos só poderão ser separados da família, contra a vontade dos seus responsáveis, em virtude de lei, quando estes falharem no cumprimento do seu dever ou quando aqueles estiverem ameaçados de abandono por outras circunstâncias.
4. Toda mãe terá direito à proteção e à assistência da comunidade.
5. A lei assegurará aos filhos não havidos da relação do casamento as mesmas oportunidades dos filhos nascidos do matrimônio no que se refere ao seu desenvolvimento físico e moral e à sua posição social.

Nota-se que a Constituição não se refere explicitamente à família monoparental, como ocorre na Constituição pátria. Porém, a família recebe proteção do Estado, assim como o casamento; ou seja, pode-se inferir desse dispositivo que não só a família constituída pelo casamento recebe proteção estatal, pois, senão, não haveria necessidade de especificar família e casamento como detentores de proteção. Pelo inciso 2 do art. 6º, os pais têm dever de manterem e educarem seus filhos.

O código civil alemão trata do direito de família em seu livro quarto, o qual é subdividido em três seções principais — a primeira relativa ao matrimônio civil; a segunda, ao parentesco e, a última, relativa à tutela. Para o presente estudo, a seção segunda é a mais relevante, porém, há alguns dispositivos na seção primeira que são pertinentes ao trabalho. Antes de adentrar-se à análise dos artigos do código, faz-se uma breve referência às inovações ao direito de família surgidas por uma série de leis que entraram em vigor em julho de 1998. São elas, lei de reforma do direito de infância, lei de manutenção dos filhos, lei de limitação à responsabilidade dos menores, conforme se encontra em Dagmar Coester-Waltejen³⁵⁵. A autora salienta a importância da supressão da diferenciação entre filhos legítimos e não legítimos com o advento das citadas leis; a reforma proporcionou um direito à infância uniforme. As leis modificaram substancialmente as disposições sobre parentesco e custódia, assim como o direito que regula as relações paterno-filiais. No tocante ao parentesco, a autora afirma que o mesmo é a relação legal entre pais e filhos; trata-se de relação meramente social, apenas fortalecendo o compromisso legal quando se tratar de adoção. Sendo assim, as

³⁵⁵WALTEJEN-Coester, Dagmar. **Comentário a la reforma del derecho de la infancia**. In: Código Civil Alemán Comentado BGB. Madrid: Marcial Pons, 1998.

disposições sobre parentesco são importantes em relação a questões como a quem corresponde a custódia, quem tem a obrigação de manutenção e quem é beneficiário dessa manutenção.

No tocante à relação mãe/filho, o direito alemão afirma que mãe é aquela que dá a luz, não se admitindo a doação de óvulos para fins de reprodução assistida na Alemanha.

Quanto à guarda, ou custódia, afirma a autora supra-citada que, se os pais estiverem casados quando do nascimento do filho, a guarda incumbe a ambos; porém, se os pais não estiverem juntos, cabe a guarda à mãe somente. No entanto, se os pais desejarem, podem assumir conjuntamente o direito de custódia, algo semelhante à guarda compartilhada do direito brasileiro. Salienta-se, ainda, que se houver separação ou divórcio dos pais, a custódia em comum não é afetada decisivamente; nesses casos, o juiz dará instruções e conselhos aos pais. Contudo, pode-se acordar a custódia única, se um dos pais assim pleitear e o outro concordar e desde que isso seja o melhor para a criança, pois se o juiz assim não se convencer, permanece a custódia em comum.

Feitas essas considerações introdutórias, passa-se à análise do artigos específicos. É necessário reiterar que o estudo do código civil alemão será feito através de uma tradução espanhola em virtude do não domínio da língua alemã; sendo assim, os artigos serão transcritos conforme a tradução. Quanto à seção primeira do código civil alemão, são relevantes os artigos que tratam da prestação de alimentos e a educação e formação do cônjuge que permaneceu no lar, quando advier o divórcio. Sendo assim, os arts. 1570 e 1575 dispõem da seguinte forma³⁵⁶:

1570 – (Prestación de alimentos por el cuidado de un hijo)

El cónyuge divorciado podrá exigir del otro la prestación de alimentos siempre y cuando no le sea exigible el ejercicio de una actividad comercial por tener a su cargo ele cuidado o la educación de un hijo común.

³⁵⁶ ENCINAS, Emilio Eiranova. **CÓDIGO CIVIL ALEMÁN** Comentado BGB. Madrid: Marcial Pons, 1998.

1575 (Formación, educación superior y reeducación)

1. El cónyuge divorciado que durante la vigencia de la promesa de matrimonio o durante el mismo matrimonio no hubiere recibido o hubiere interrumpido su educación escolar o formación profesional podrá exigir del otro cónyuge la prestación de alimentos, si se procurara lo más pronto posible tal formación u otra similar, en orden a la consecución de una actividad comercial adecuada que asegure su sustento de forma duradera y siempre que fuese de esperar una conclusión exitosa de dicha formación. La prestación durará como máximo el tiempo que normalmente dure la formación en cuestión; para ello deberán considerarse los retrasos en la misma debidos a los compromisos matrimoniales.
2. Lo mismo será de aplicación por analogía cuando el cónyuge divorciado se procurare una formación, educación superior o reeducación para compensar las desventajas derivadas del matrimonio.
3. En caso de que el cónyuge divorciado exigiera la prestación de alimentos según el § 1573 tras la educación superior o reeducación recibida, no se considerará el estado de formación superior adquirido por este en la determinación de la actividad comercial que le resulte adecuada (§ 1574, apartado 2).

É interessante notar, por esses artigos, que o cônjuge que abandona o lar e deixa o filho aos cuidados do outro (saliente-se, na maioria dos casos, a mãe permanece no lar com os filhos) deve prestar alimentos, além de prestar devida educação e qualificação profissional ao cônjuge que permaneceu no lar durante o matrimônio, cuidando dos filhos. Os dispositivos são interessantes, pois muitas mães, na maioria das vezes, saem do casamento sem qualificação profissional e sem condições de sustentarem e educarem os próprios filhos sozinhas. Nesse contexto, acabam se submetendo a empregos que lhe garantam uma renda mínima, não compatível com o nível de vida que levavam quando estavam casadas.

A seção segunda é a que maior importância tem ao presente estudo, principalmente no tocante à prestação de alimentos, relações entre pais e filhos e adoção. Quanto aos alimentos, quatro dispositivos são interessantes. São eles:

1602 – (Personas com derecho a alimentos).

1. Personas com derecho a alimentos serán solamente aquellas que no puedan procurarse sustento por si mismos.
2. Um hijo menor de idade y soltero podrá reclamar la prestación de alimentos de sus padres incluso cuando posea um patrimonio p

del hijo, y hasta la finalización del año decimoctavo de la vida de este, como mínimo aquellas legalmente establecidas según el § 1615 f para los hijos de dicha edad. La frase primera se aplicará asimismo cuando los padres vivan separados de forma definitiva o cuando el matrimonio sea declarado nulo.

1615c – (Valoración de la prestación de alimentos).

Para la valoración de la prestación alimenticia se tomarán en cuenta las condiciones de vida de los padres, siempre y cuando el hijo aún no viva según su propias condiciones.

1615f – (Alimentos básicos; determinación de las necesidades básicas).

1. El padre deberá abonar al hijo al menos los alimentos básicos hasta que transcurra completamente el decimoctavo año de vida de este; ello no será de aplicación mientras el hijo sea acogido en el hogar paterno. Alimentos básicos constituirán la cuantía normalmente exigible para el sustento del hijo que este bajo el cuidado de su madre, una vez descontadas las cantidades dispuestas en el § 1615g (necesidad básica). No será de aplicación a los alimentos básicos el § 1612, apartado 1, frase 2ª.

2. La necesidad básica será determinada por el Gobierno federal mediante Decreto-ley, con el consentimiento del Consejo federal. Dicha necesidad podrá ser graduada según la edad del hijo y las diferencias regionales existentes.

Nota-se que o filho menor e solteiro pode pleitear alimentos, ainda que possua renda própria; estão incluídos nos alimentos a formação profissional e educacional; os filhos de pais divorciados ou separados têm direito a alimentos até completarem dezoito anos; o *quantum* da prestação alimentícia será valorado conforme as condições dos pais; os pais devem suprir, ao menos, as necessidades básicas dos filhos.

Quanto às relações jurídicas entre pais e filhos, diversos são os artigos pertinentes ao trabalho. Transcrevem-se alguns:

1626 – (Cuidado paterno; consideración de la creciente independencia del hijo).

1. Los padres tienen la obligación y el derecho de cuidar del hijo menor de edad (cuidado paterno). Dicho cuidado comprende el cuidado de la persona del hijo (cuidado personal) y el de su patrimonio (administración patrimonial).

2. Los padres observarán en el ejercicio del cuidado la creciente capacidad y necesidad de independencia del hijo en cuanto a su actuación consciente y responsable. Debatirán con el hijo las cuestiones relativas a su cuidado y promoverán la adopción de acuerdos.

3. Para el bien de hijo se promoverá normalmente su relación con ambos padres. Lo mismo será válido respecto de su relación con otras personas que condicionen su desarrollo.

1626a - (Cuidado paterno de padres no casados).

1. En caso de que los padres no estén casados en el momento del nacimiento del hijo el cuidado de estos les corresponderá en común cuando:

1º Ellos así lo declaren (declaración sobre el cuidado del hijo).

2º Contraigan matrimonio entre sí; ello será también de aplicación en caso de que dicho matrimonio sea posteriormente declarado nulo.

2. En los demás casos, el cuidado paterno corresponderá a la madre.

1631 – (Contenido del derecho de cuidado personal; restricción de medidas educativas).

1. El cuidado personal del hijo comprende sobre todo el derecho y la obligación a determinar su cuidado, educación, guarda y residencia.
2. No serán permitidas medidas educativas que impliquen malos tratos físicos o psíquicos.
3. Em caso especiales el Tribunal familiar deberá asistir a los padres a petición de parte em el ejercicio del cuidado personal.

1634 – (Derecho al trato personal com el hijo; información).

1. El padre al que no corresponda el cuidado de la persona del hijo conserva el derecho al trato personal com el hijo. Dicho padre, así como el outro, al que corresponde su cuidado, deberá abandonar toda medida que impida o dificulte la educación del hijo o su relación com el outro padre.
2. El Tribunal familiar podrá regular más concretamente las condiciones del trato com el hijo y de su ejercicio, incluso com respecto de terceros. Mientras no exista determinación de us parte el derecho será ejercido por el padre a quien no corresponda el cuidado personal de hijo, según el § 1632, apartado 2. El Tribunal familiar podrá limitar o excluir el dercho cuando ello resulte necesario para el bienestar de hijo.
3. El padre al que no le corresponda el cuidado personal de hijo podrá, em caso de um interes justificado por su parte, exigir infromación al outro padre acerca de la situación personal del hijo, siempre que ello resulte acorde com el bienestar de este. Las disputas referentes al derecho a la información serán resueltas por el Tribunal tutelar.

1684 – (Derecho de trato del hijo y de los padres).

1. El hijo tiene dereco a tratar com ambos padres. Cada padre tiene el derecho y la obligación de tratar com su hijo.
2. Los padres deberán abandonar toda actuación que perjudique o dificulte la educación del hijo o su relación com el outro padre. Lo mismo será de aplicación cuando el hijo se encuentre bajo la custodia de outra persona.
3. El Tribunal familiar podrá regular más detalladamente, incluso frente a terceros, el alcance del derecho al trato com el hijo, lo que puede conllevar el cumplimiento por las partes del deberdispuesto em el apartado 2.
4. El Tribunal familiar podrá restringir o excluir el derecho a tratar com el hijo o el cumplimiento de decisiones anteriores relativas al mismo cuando ello resulte imperativo para el bienestar del hijo. Una decisión que restrinja o exluya el derecho a tratar com el hijo o el cumplimiento de este dereco para um período de tiempo relativamente largo solo podrá adoptarse em caso de que de outro modo resulte puesto em peligro el bienestar del hijo. El Tribunal familiar podrá ordenar ante todo que el trato solo deba darse em presencia de um tercero dispuesto a colaborar. El tercero podrá ser un asistente de la juventud o una asociación; em este último caso ésta determinará la persona concreta encargada de dicha tarea.

1685 – (Derecho de trato de otras personas).

1. Los abuelos y hermanos tienen el derecho a tratar com el hijo si ello resultara beneficioso para su bienestar.
2. Lo mismo se aplicará para los cónyuges o anteriores cónyuges de uno de los padres que hayan convivido em comunidad doméstica durante cierto tiempo com el hijo, y para las personas bajo cuyo cuidado familiar este hubiere permanecido durante cierto tiempo.
3. El § 1684, apartados 2 a 4, se aplicará por analogia.

1705 – (Cuidado paterno de la madre).

El hijo no matrimonial se encuentra bajo el cuidado materno mientras sea menor de edad. Em tanto em cuanto de las disposiciones del presente título no se desprenda outra cosa serán de aplicación aquela relativas al cuidado paterno de hijos matrimoniales a las relaciones del hijo no matrimonial com su madre.

Primeiramente, estabelece-se ser obrigação dos pais cuidar dos filhos tanto no que se refere à sua pessoa quanto a seus bens; os filhos devem manter contato com ambos os pais, bem como com as pessoas que partilham do seu desenvolvimento. Compreende-se, na obrigação de cuidado, o dever dos pais de propiciarem guarda, educação e residência aos filhos. O pai que não detiver a guarda do filho tem o direito de estar com o mesmo, e o direito de exigir informações ao outro pai a respeito da vida da criança. É garantido o direito de convivência com os avós e irmãos, desde que isso seja benéfico ao menor; além desses, padastros e madrastas também têm o direito de estarem com as crianças quando houver a dissolução de uma união duradoura. Dispositivo interessante frente as constantes uniões e desuniões que ocorrem nos tempos modernos, gerando cada separação um trauma para as crianças. Os filhos que não nascerem de um casamento, permanecem sob os cuidados da mãe.

Quanto à adoção, o código traz título inteiro, com diversas disposições, fazendo divisão entre adoção de menores e de maiores. Cabe aqui citar apenas dois artigos a título de ilustração, sobre a adoção de menores:

1741 (Admissibilidad de la adopción).

1. La adopción de um hijo será admisible cuando sirva al bienestar del hijo y se pueda presumir que entre los adoptantes y el adoptando se establezca una relación de padres a hijos. Quien haya mediado ilegalmente o de forma contraria a las buenas costumbres a fin de lograr la adopción, asimismo mediante la intervención retribuida de um tercero, solo podrá adoptar al hijo se ello fuere imperativo para el bienestar de éste.
2. El que no estuviere casa unicamente podrá adoptar um hijo por sí solo. Los cónyuges solo podrán adoptar de forma conjunta. El cónyuge podrá adoptar por sí solo al hijo del otro cónyuge, incluso em el caso de que este no lo pueda adoptar por ser incapaz de obrar o no haber cumplido aún los veintiún años.

1751 (Suspensión del cuidado paterno y de la obligación de prestar alimentos).

1. Con la conformidad de uno de los padres respecto de la adopción queda suspendido su derecho al cuidado paterno. La facultad de trato personal com el hijo no deberá ser ejercida. El centro de asistencia a la juventud se convierte por sí solo el cuidado paterno o cuando ya se hubiera nombrado un tutor. [...]
2. El apartado 1 no se aplicará respecto del cónyuge cuyo hijo es adoptado por el otro cónyuge.
3. En caso de que la conformidad de uno de los padres hubiere perdido su eficacia, el Tribunal tutelar deberá transferir el cuidado paterno a dicho padre, cuando ello no resulte contrario para el bienestar del hijo.
4. La obligación de prestar alimentos al hijo por parte del adoptante prevalece sobre las obligaciones alimenticias de los parientes del hijo em cuanto los padres del mismo hayan prestado su conformidad y el hijo se encuentre bajo la custodia del adoptante com el objetivo de la adopción. En caso de que un cónyuge desee

adoptar al hijo del outro cónyuge la obligación de ambos de prestarle alimentos prevalece sobre la de los demás parientes del hijo em cuanto los padres hayan expresado su conformidad y el hijo se encuentre bajo la custodia de los esposos.

A adoção deve ser estabelecida em benefício dos filhos, assim como ocorre no direito pátrio. Salienta-se a obrigação dos adotantes de prestarem alimentos aos filhos adotados.

6.2 Chile

A Constituição da República do Chile foi promulgada em 1980 e traz apenas um dispositivo que se refere à família. O primeiro artigo já diz ser a família o núcleo fundamental da sociedade chilena. Assim dispõe o mesmo³⁵⁷:

Art. 1. Los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad.

El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos.

El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad su desarrollo como persona humana.

Estado na proteção de todas as famílias; em poucas palavras diz o suficiente — característica das Constituições principiológicas.

Quanto ao Código Civil Chileno³⁵⁸, o qual teve sua última atualização no ano 2000, possui, o mesmo, um título preliminar, semelhante à Lei de Introdução ao Código Civil pátrio, ou seja, que trata das leis, sua eficácia, validade, interpretação, entre outros; e mais quatro livros, os quais tratam, respectivamente, das pessoas; dos bens — seu domínio, posse, uso e gozo; da sucessão por morte e das doações entre vivos; e o último que trata das obrigações em geral e dos contratos. A parte referente ao direito de família vem disposta no livro I, nos títulos III – dos esponsais, IV – do matrimônio, V – das segundas núpcias, VI – das obrigações e direitos entre os cônjuges; VII – da filiação, VIII – das ações de filiação, IX – dos direitos e obrigações entre pais e filhos; X – do pátrio poder; XVIII – dos alimentos; XIX – tutela e curatela. Enfim, interessa ao presente estudo, a filiação, os direitos e obrigações entre pais e filhos, o pátrio poder e os alimentos. Passa-se, então, à análise do Código.

Quanto à filiação, o código chileno traz regras sobre a determinação da filiação, se matrimonial ou não, formas de reconhecimento de maternidade ou paternidade, ações sobre reconhecimento, mas não traz deveres dos pais em relação aos filhos, pois há título próprio a respeito. Salienta nesse título que a adoção é tratada em legislação própria, a qual não será aqui analisada. Outro aspecto interessante advém do art. 181, o qual afirma que os efeitos produzidos pela determinação da filiação retroagem à concepção, ou seja, o país adota a teoria concepcionista para os direitos do nascituro e não natalista. Cite-se alguns artigos referentes ao título da filiação:

Art. 179. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial o no matrimonial. La adopción, los derechos entre adoptante y adoptado y la filiación que pueda establecerse entre ellos, se rigen por la ley respectiva.

Art. 181. La filiación produce efectos civiles cuando queda legalmente determinada, pero éstos se retrotraen a la época de la concepción del hijo. No obstante, subsistirán los derechos adquiridos y las obligaciones contraídas antes

³⁵⁸ **CÓDIGO CIVIL DE CHILE.** Disponível em: <http://colegioabogados.org/normas/codice/codigocivil.html>
Acesso em 05/02/2006.

de su determinación, pero el hijo concurrirá en las sucesiones abiertas con anterioridad a la determinación de su filiación, cuando sea llamado en su calidad de tal.

Todo lo anterior se entiende sin perjuicio de la prescripción de los derechos y de las acciones, que tendrá lugar conforme a las reglas generales. La acreditación de la filiación determinada se realizará conforme con las normas establecidas en el Título XVII.

O título IX — dos direitos e obrigações entre pais e filhos — coaduna mais com o estudo em questão, pois revela como os pais devem agir no intuito de amparar os filhos. Apesar de trazer dispositivos a respeito de deveres dos filhos no amparo aos pais, o título se prende às responsabilidades dos pais em relação aos filhos. De todos os Códigos analisados, o Chileno é o que melhor disciplina a responsabilidade dos pais em relação aos filhos. Traz regras próprias para a obrigação de sustento; se os pais estiverem separados, cabe à mãe a guarda dos filhos, mas pode haver determinação judicial em sentido contrário. As disposições são várias e, por isso, a transcrição de artigos é extensa, mas é relevante ao estudo. O art. 229 é interessante, pois menciona o dever do pai que não detém a guarda de manter uma relação direta e regular com o filho; o artigo é prova cabal de que algumas legislações já trazem explícita a regra de dever de visitação. Enquanto algumas pessoas se chocam ao falar em dever de manter contato com os filhos, pois o amor não se cria mediante obrigação, a legislação avança obrigando o pai à visitação. De tudo o que foi analisado, a legislação chilena é a mais avançada no que pertine ao presente estudo. Seguem os artigos para maior compreensão do explicitado aqui:

Art. 222. Los hijos deben respeto y obediencia a sus padres. La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades.

Art. 224. Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos. El cuidado personal del hijo no concebido ni nacido durante el matrimonio, reconocido por uno de los padres, corresponde al padre o madre que lo haya reconocido. Si no ha sido reconocido por ninguno de sus padres, la persona que tendrá su cuidado será determinada por el juez.

Art. 225. Si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos. No obstante, mediante escritura pública, o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento, ambos padres, actuando de común acuerdo, podrán determinar que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre. Este acuerdo podrá revocarse, cumpliendo las mismas solemnidades.

En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podrá entregar su cuidado personal al otro de los padres. Pero no podrá confiar el cuidado personal al padre o madre que no hubiese contribuido a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo.

Mientras una subinscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo acuerdo o resolución será inoponible a terceros.

Art. 226. Podrá el juez, en el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes.

En la elección de estas personas se preferirá a los consanguíneos más próximos, y sobre todo, a los ascendientes.

Art. 229. El padre o madre que no tenga el cuidado personal del hijo no será privado del derecho ni quedará exento del deber, que consiste en mantener con él una relación directa y regular, la que ejercerá con la frecuencia y libertad acordada con quien lo tiene a su cargo, o, en su defecto, con las que el juez estimare conveniente para el hijo.

Se suspenderá o restringirá el ejercicio de este derecho cuando manifiestamente perjudique el bienestar del hijo, lo que declarará el tribunal fundadamente.

Art. 230. Los gastos de educación, crianza y establecimiento de los hijos son de cargo de la sociedad conyugal, según las reglas que tratando de ella se dirán. Si no la hubiere, los padres contribuirán en proporción a sus respectivas facultades económicas.

En caso de fallecimiento del padre o madre, dichos gastos corresponden al sobreviviente.

Art. 231. Si el hijo tuviere bienes propios, los gastos de su establecimiento, y en caso necesario, los de su crianza y educación, podrán sacarse de ellos, conservándose íntegros los capitales en cuanto sea posible.

Art. 232. La obligación de alimentar y educar al hijo que carece de bienes, pasa, por la falta o insuficiencia de los padres, a sus abuelos, por una y otra línea, conjuntamente.

Art. 233. En caso de desacuerdo entre los obligados a la contribución de los gastos de crianza, educación y establecimiento del hijo, ésta será determinada de acuerdo a sus facultades económicas por el juez, el que podrá de tiempo en tiempo modificarla, según las circunstancias que sobrevengan.

Art. 236. Los padres tendrán el derecho y el deber de educar a sus hijos, orientándolos hacia su pleno desarrollo en las distintas etapas de su vida.

Não bastassem as regras já elencadas, o código chileno traz, ainda, referências ao pátrio poder. Porém, já no primeiro artigo do título, tem-se que o pátrio poder no direito chileno é instituto que representa direitos e deveres dos pais em relação aos bens dos filhos

não emancipados. Tratamento diferente do encontrado nas diferentes legislações, acredita-se que isso decorra em virtude de o título precedente esgotar a tratativa sobre direitos e deveres dos pais em relação aos filhos. Como o instituto versa apenas sobre os bens dos filhos, não há necessidade de maiores análises, pois o presente trabalho se dirige, principalmente, a analisar as carências enfrentadas pelos filhos das famílias monoparentais, não importante a tratativa dos bens que possuem os filhos menores. A título de comprovação, cita-se o art. 243, apenas:

Art. 243. La patria potestad es el conjunto de derechos y deberes que corresponden al padre o a la madre sobre los bienes de sus hijos no emancipados.
La patria potestad se ejercerá también sobre los derechos eventuales del hijo que está por nacer

Por fim, o código civil chileno traz ainda referências sobre alimentos. Porém, refere-se, como nos demais países analisados, aos alimentos devidos em função da relação de parentesco, solidariedade, e não da relação de sustento entre pais e filhos. Contudo, seguem alguns artigos que se referem aos alimentos prestados às pessoas de menor idade, ou seja, tais alimentos devem compreender, além da subsistência, a educação.

Art. 323. Los alimentos deben habilitar al alimentado para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social.
Comprenden la obligación de proporcionar al alimentario menor de veintiún años la enseñanza básica y media, y la de alguna profesión u oficio. Los alimentos que se concedan según el Art. 332 al descendiente o hermano mayor de veintiún años comprenderán también la obligación de proporcionar la enseñanza de alguna profesión u oficio.

Art. 332. Los alimentos que se deben por ley se entienden concedidos para toda la vida del alimentario, continuando las circunstancias que legitimaron la demanda.
Con todo, los alimentos concedidos a los descendientes y a los hermanos se devengarán hasta que cumplan veintiún años, salvo que están estudiando una profesión u oficio, caso en el cual cesarán a los veintiocho años; que les afecte una incapacidad física o mental que les impida subsistir por sí mismos, o que, por circunstancias calificadas, el juez los considere indispensables para su subsistencia.

Não cabem aqui maiores referências sobre alimentos, pois a tratativa dada pelo código é semelhante ao encontrado no direito brasileiro e no direito dos demais países.

Por fim, o Código Civil Chileno é bem avançado no tocante a direitos e obrigações

entre pais e filhos, principalmente no que se refere às responsabilidades dos pais. Refere-se ao dever do pai ausente do lar de manter relação direta e regular com o filho. Trata-se de inovação que preconiza o dever de visitação.

6.3 Equador

A Constituição do Equador de 1998³⁵⁹ contém seção própria para a família, como ocorre na maioria das constituições democráticas. São cinco artigos apenas, os quais traçam o norte da atuação estatal na proteção da família equatoriana. A família monoparental não é reconhecida especificamente na Constituição, dando especial ênfase à família matrimonial, mas reconhece-se a união estável como forma de família. Sendo assim, dispõem os arts. 37 e 38 da carta Constitucional:

Art. 37.- El Estado reconocerá y protegerá a la familia como célula fundamental de la sociedad y garantizará las condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Esta se constituirá por vínculos jurídicos o de hecho y se basará en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes. Protegerá el matrimonio, la maternidad y el haber familiar. Igualmente apoyará a las mujeres jefas de hogar. El matrimonio se fundará en el libre consentimiento de los contrayentes y en la igualdad de derechos, obligaciones y capacidad legal de los cónyuges.

Art. 38.- La unión estable y monogámica de un hombre y una mujer, libres de vínculo matrimonial con otra persona, que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio, inclusive en lo relativo a la presunción legal de paternidad, y a la sociedad conyugal.

Além desses, a constituição disciplina sobre a paternidade responsável, planejamento familiar, igualdade entre filhos, entre cônjuges. Nada dispõe sobre os direitos de crianças e adolescentes.

³⁵⁹ **Constitución Política de la República de Ecuador.** Disponível em: <
<http://www.cjf.gov.br/Bvirtual/asp/SaidaCat.asp?cod=9&codintermed=18&id=ecu>> Acesso em: 22/01/2006.

O Código Civil do Equador³⁶⁰ contém quatro livros, além de um título preliminar, o qual dispõe sobre a lei, seus efeitos, interpretação, etc., semelhante à nossa Lei de Introdução ao Código Civil. O livro primeiro trata das pessoas; o segundo, dos bens; o terceiro, da sucessão por morte e das doações entre vivos; e o quarto, das obrigações e contratos. Ao presente estudo, interessa o livro I, o qual se subdivide em vinte e nove títulos. O título I, do Livro I, trata da nacionalidade e do domicílio; o II, do início e fim da existência das pessoas; o III, do matrimônio; o IV, das segundas e ulteriores núpcias; o V, das obrigações e direitos entre os cônjuges; o VI, dos filhos concebidos em matrimônio; o VII, do reconhecimento de filhos; o VIII, da declaração judicial de maternidade e paternidade; o IX, da maternidade disputada; o X, dos direitos e obrigações entre pais e filhos; o XI, do pátrio poder; o XII, da emancipação; o XIII, da adoção; o XIV, das provas do estado civil; o XV, dos alimentos, do XVI ao XXVIII, de tutela e curatela; e o último, sobre as pessoas jurídicas.

Inicialmente, o Código admite o divórcio como uma das causas de dissolução do matrimônio válido. Já no parágrafo sobre o término do matrimônio, o código traça regras para a guarda dos filhos após a dissolução. Dessa forma, dispõe o art. 107, alíneas 1ª, 2ª, 3ª e 6ª:

Art. 107, 1ª - A la madre divorciada o separada del marido toca el cuidado de los hijos impúberes, sin distinción de sexo, y de las hijas en toda edad;

2ª.- Los hijos púberes estarán al cuidado de aquel de los padres que ellos elijan;

3ª.- No se confiará al padre o madre el cuidado de los hijos, de cualquier edad o sexo, si se comprobare inhabilidad física o moral para cuidarlos, inconveniencia para los hijos, sea por la situación personal, sea porque no esté en condiciones de educarlos satisfactoriamente, o haya temor de que se perviertan;

6ª.- En el caso de que ambos padres se hallaren en inhabilidad para el cuidado de los hijos, el juez confiará ese cuidado a la persona a quien, a falta de los padres correspondería la guarda en su orden, según las reglas del Art. 411, pudiendo el juez alterar ese orden, si la conveniencia de los hijos así lo exige. A falta de todas estas personas, cuando, a convicción del juez, el menor o menores se encuentran en estado de abandono, ordenará que sean entregados a un establecimiento de Asistencia Social, público o privado, o en colocación familiar en un hogar de reconocida honorabilidad y de suficiente capacidad económica, y fijará, al efecto, la pensión que deban pagar así el padre como la madre, o las personas que le deban alimentos, para atender la crianza y educación de los hijos, todo lo cual se resolverá

³⁶⁰ **CÓDIGO CIVIL DE EQUADOR.** 7.ed. Corporacion de Estudios y publicaciones. También disponible em: <[http://www.cajpe.org.pe/rij/bases/legisla/ecuador/1.H266 0 Td \(266 0 Td \(26 0 Td \(y\)Tj 4.56175 0 Td7 0 Td \(\)Tj 3.36129 0](http://www.cajpe.org.pe/rij/bases/legisla/ecuador/1.H266%20Td%20(266%20Td%20(26%20Td%20(y)Tj%204.56175%20Td7%20Td%20(%)Tj%203.36129%20)

a solicitud del Ministerio Público o de los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad [...].

Nota-se a preocupação com o bem estar dos

En el caso de que los hijos concebidos fuera de matrimonio que hubieren sido reconocidos voluntariamente por ambos padres, o declarados judicialmente hijos de ambos padres, los dos deberán contribuir a los gastos de crianza, educación y establecimiento, fijando el juez, de ser necesario, la contribución de cada uno de ellos. Pero se aplicará también en este caso, lo previsto en el inciso anterior.

No tocante ao pátrio poder, o art. 300 assim o define:

La patria potestad es el conjunto de derechos que tienen los padres sobre sus hijos no emancipados.

Los hijos de cualquier edad, no emancipados, se llaman hijos de familia; y los padres, con relación a ellos, padres de familia.

Em caso de separação e divórcio, o pátrio poder cabe a quem cuidar dos filhos, conforme o art. 325:

En el estado de divorcio y en el de separación de los padres la patria potestad corresponderá a aquel de los padres a cuyo cuidado hubiere quedado el hijo. Los padres podrán, con todo, apartarse de esta regla, por mutuo acuerdo y con autorización del juez, quien procederá con conocimiento de causa.

O Código ainda trata da adoção; define-a de maneira semelhante ao já exposto nesse trabalho; mas a matéria é hoje tratada no Código de Menores, posterior ao Código Civil.

Por fim, o Código ainda traz dispositivos acerca de alimentos, sendo os mesmos devidos entre os cônjuges, para os filhos, descendentes, pais, ascendentes e irmãos.

6.4 Itália

No direito italiano também é possível encontrar disposições acerca de família tanto na Constituição da República, quanto no Código Civil. A Constituição de 1947 traz três artigos que tratam especificamente do tema, os quais estão inseridos na Parte I – direitos e deveres dos cidadão, Título II – das relações ético-sociais, principalmente em seus arts. de 29 a 31, os

quais dispõem³⁶¹:

Articolo 29

La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio.

Il matrimonio è ordinato sull'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare.

Articolo 30

È dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio.

Nei casi di incapacità dei genitori, la legge provvede a che siano assolti i loro compiti.

La legge assicura ai figli nati fuori del matrimonio ogni tutela giuridica e sociale, compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima.

La legge detta le norme e i limiti per la ricerca della paternità.

Articolo 31

La Repubblica agevola con misure economiche e altre provvidenze la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi, con particolare riguardo alle famiglie numerose.

Protegge la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo.

Pode-se notar a importância que tem a família constituída no casamento para o direito italiano. Os cônjuges têm direitos iguais entre si; dispõe, ainda, a Constituição sobre os deveres dos pais em relação aos filhos, reconhece a igualdade de filhos havidos dentro e fora do matrimônio, oferece ajuda econômica às famílias numerosas e estende proteção à maternidade, infância e juventude. A Constituição italiana não faz menção a famílias monoparentais ou uniões estáveis, mas a realidade fática aponta a existência de tais entidades na sociedade italiana.

³⁶¹ **La Costituzione Italian.** Disponível em: <
<http://www.cjf.gov.br/Bvirtual/asp/SaidaCat.asp?cod=9&codintermed=18&id=ita>> Acesso em: 22/01/2006.

O Código Civil Italiano trata da família em seu livro primeiro — Da pessoa e da Família — livro este que contém mais de quatrocentos artigos, os quais dispõem sobre pessoa física, pessoa jurídica, domicílio, ausência e morte presumida, do parentesco e da afinidade, matrimônio, separação, regime patrimonial, filiação, adoção de maiores de idade, do poder dos pais, tutela e emancipação, alimentos, dos atos de estado civil, etc. Para o presente trabalho, interessa apenas a análise daquilo que tange à família monoparental, ou seja, cabe a análise das relações de filiação, do poder dos genitores e dos alimentos, no que se referem à menoridade e aos filhos da família monoparental.

Deste modo, por volta do art. 250 do Código Civil Italiano, têm-se disposições sobre a filiação natural e sua legitimação, as formas de reconhecimento, os efeitos do reconhecimento, enfim, disposições acerca das relações de filiação. Encontra-se em Pietro Perlingieri³⁶² o disposto no art. 277 do referido Código:

Art. 277 (Effetti della sentenza). La sentenza che dichiara la filiazione naturale produce gli effetti del riconoscimento

Il giudice può anche dare i provvedimenti che stima utili per il mantenimento, l'istruzione e l'educazione del figlio e per la tutela degli interessi patrimoniali di lui.

Pelo disposto, nota-se que declarada a filiação, o juiz já determina o quanto devem os pais dispor para a instrução e educação dos filhos. No mesmo sentido, dispõe o art. 279:

Art. 279 (Responsabilità per il mantenimento e l'educazione). In ogni caso in cui non può proporsi l'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità o di maternità, il figlio naturale può agire per ottenere il mantenimento, l'istruzione e l'educazione (580, 594). Il figlio naturale se maggiorenne e in stato di bisogno può agire per ottenere gli alimenti.

L'azione è ammessa previa autorizzazione del giudice ai sensi dell'art. 274.

L'azione può essere promossa nell'interesse del figlio minore da un curatore speciale nominato dal giudice su richiesta del pubblico ministero o del genitore che esercita la potestà.

³⁶² PERLINGIERI, Pietro. **Código Civile** anotato con la dottrina e la giurisprudenza. v. 01. Napoli: Scientifiche Italiane, 1991.

Mesmo não podendo ser proposta a ação de declaração de paternidade ou maternidade, o filho tem o direito de agir para obter o sustento, educação e instrução daqueles que são seus pais. Não podem ser reconhecidos os filhos que nasceram de pais que estavam impedidos por obstáculo grave para o casamento. No tocante às relações de filiação, o mais importante é o fato de o filho poder pleitear seu sustento e educação, ainda que não seja reconhecido, e a possibilidade de o juiz declarar de ofício os proventos que os pais dispensarão para o sustento, instrução e educação dos filhos, já na ação de reconhecimento de paternidade e/ou maternidade.

Quanto ao poder familiar — poder dos genitores — o Código também estabelece deveres dos filhos em relação aos pais, assim como a legislação pátria. O título X – *Della Potestà dei Genitori* assim inicia, com o art. 315: “Il figlio deve rispettare i genitori e deve contribuire in relazione alle proprie sostanze e al proprio reddito, al mantenimento della famiglia finché convive con essa”. O Código Italiano estabelece mais deveres dos filhos que os demais analisados, pois entende que existe um interesse superior da família e não deve visar o instituto apenas ao melhor interesse do menor. Deve-se observar este, em detrimento daquele. O art. 316 dispõe sobre o exercício do poder familiar, de forma semelhante à legislação pátria; o exercício perdura até a maioridade ou emancipação, e exercido em comum acordo entre os genitores, pode-se recorrer ao judiciário em havendo contradição entre os pais. Dispõe o mesmo:

Art. 316 (Esecizio della potestà dei genitori). Il figlio è soggetto alla potestà dei genitori sino all'età maggiore o alla emancipazione

La potestà è esercitata di comune accordo da entrambi i genitori.

In caso di contrasto su questioni di particolare importanza ciascuno dei genitori può ricorrere senza formalità al giudice indicando i provvedimenti che ritiene più idonei.

Se sussiste un incombente pericolo di grave pregiudizio per il figlio, il padre può adottare i provvedimenti urgenti ed indifferibili.

Il giudice, sentiti i genitori ed il figlio, se maggiore degli anni quattordici, suggerisce le determinazioni che ritiene più utili nell'interesse del figlio e dell'unità familiare. Se il contrasto permane il giudice attribuisce il potere di decisione a quello dei genitori che, nel singolo caso, ritiene il più idoneo a curare l'interesse del figlio.

Também o art. 317 trata do exercício do poder familiar em caso de impedimento de um dos genitores; nesse caso, o exercício é exclusivo ao outro. Dispõe, ainda, que, em caso de separação judicial ou outra causa de cessação dos efeitos civis do matrimônio, o poder familiar continua sendo exercido por ambos os genitores. São os termos da lei:

Art. 317 (Impedimento di uno dei genitori). Nel caso di lontananza, di incapacità o di altro impedimento che renda impossibile ad uno dei genitori l'esercizio della potestà, questa è esercitata in modo esclusivo dall'altro.

La potestà comune dei genitori non cessa quando, a seguito di separazione, di scioglimento, di annullamento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio, i figli vengono affidati ad uno di essi. L'esercizio della potestà è regolato, in tali casi, secondo quanto disposto nell'art. 155.

Por fim, ainda no tocante ao poder familiar, os arts. 330 e 332 tratam da perda e da reintegração do poder, respectivamente. Perde-se o poder familiar quando o genitor não cumpre os deveres inerentes à função ou abusa de seus poderes acarretando grave prejuízo ao filho e reintegra-se o poder familiar quando cessar a razão que deu causa à perda. Assim dispõem os artigos em comento:

Art. 330. (Decadenza dalla potestà sui figli). Il giudice può pronunciare la decadenza della potestà quando il genitore viola o trascura i doveri ad essa inerenti o abusa dei relativi poteri con grave pregiudizio del figlio.

In tale caso, per gravi motivi, il giudice può ordinare l'allontanamento del figlio dalla residenza familiare.

Art. 332 (Reintegrazione nella potestà). Il giudice può reintegrare nella potestà il genitore che ne è decaduto, quando, cessate le ragioni per le quali la decadenza è stata pronunciata, e escluso ogni pericolo di pregiudizio per il figlio.

Resta agora analisar os alimentos no direito de família italiano. O título XIII do livro primeiro do Código Civil trata dos alimentos, iniciando a matéria com a lista das pessoas obrigadas a prestá-lo. Assim, dispõe o art. 433:

Art. 433 (Persone obbligate). All'obbligo di prestare gli alimenti sono tenuti, nell'ordine:

- 1) il coniuge;
- 2) i figli legittimi o legittimati o naturali o adottivi, e, in loro mancanza, i discendenti prossimi, anche naturali;
- 3) i genitori e, in loro mancanza, gli ascendenti prossimi, anche naturali; gli adottanti;
- 4) i generi e le nuore;
- 5) il suocero e la suocera;
- 6) i fratelli e le sorelle germani o unilaterali, con precedenza dei germani sugli unilaterali.

Essa lista é referente à obrigação de prestar alimentos entre parentes quando um deles esteja necessitado e o outro tenha possibilidade de prestá-los. Para o presente estudo, deve-se analisar os alimentos decorrentes do dever de sustento do poder familiar. De qualquer forma, pode-se notar que a lista de devedores é bem mais ampla que a encontrada no direito pátrio.

O art. 438 trata do *quantum* da pensão alimentícia, podendo-se encontrar disposição semelhante no direito pátrio. Assim dispõe o mesmo:

Art. 438: Gli alimenti possono essere chiesti solo da chi versa in istato di bisogno e non è in grado di provvedere al proprio mantenimento.

Essi devono essere assegnati in proporzione del bisogno di chi li domanda e delle condizioni economiche di chi deve somministrarli. Non devono tuttavia superare quanto sia necessario per la vita dell'alimentando (660, 1881), avuto però riguardo alla sua posizione sociale.

Il donatario non è tenuto oltre il valore della donazione tuttora esistente nel suo patrimonio.

Os alimentos são devidos para aqueles que se encontram em estado de necessidade sem capacidade de provir o próprio sustento. O valor é determinado em função da necessidade de quem pede e da possibilidade econômica de quem deve.

Entre irmãos, os alimentos são devidos apenas na medida do extremo necessário. Se o irmão for menor, deve-se fornecer o necessário pra instrução e educação.

Existem diversas disposições sobre alimentos, mas, no tocante ao dever de educação e sustento dos pais em relação aos filhos, principalmente quando os pais são divorciados ou separados, o Código nada traz. Ressalte-se, também, que o Código não traz dispositivos sobre a adoção de menores de idade, por isso nada foi analisado a respeito aqui.

A doutrina italiana, conforme Valério Pocar e Paola Ronfani,³⁶³ afirma estar o menor no centro do direito de família, pois o contexto familiar é hoje marcado por uma constante instabilidade, como as famílias do pós-divórcio e as famílias reconstituídas. Também fala a doutrina italiana no modelo de guarda compartilhada, entendendo ser a que melhor acolhe ao interesse da criança, pois mantém, mesmo depois de uma separação ou divórcio, estabilidade e laços duradouros com os próprios genitores. Fala-se também nas técnicas da mediação para melhor solucionar os conflitos de família; salienta o autor supra citado que a mediação é uma práxi operativa que promove a guarda conjunta, ou outra forma de guarda, mas de forma a manter a responsabilidade parental e a cooperação e respeito mútuos. O autor ainda encontra nova denominação para a família do pós-divórcio, ou seja, só poderá ser chamada de família monoparental aquela em que um dos pais não mantém laços significativos com os filhos, ou seja, apenas um dos pais está ligado aos filhos; nos outros casos, em que a etapa do divórcio é superada com sucesso, a família deveria se chamar binuclear, ou seja, aquela em que há uma inter-relação das distintas casas – materna e paterna. No direito brasileiro, tal distinção denominativa ainda não existe. Salienta-se, ainda, que a separação ou divórcio deve-se dar de forma que o menor receba o menor dano possível da situação. Deve-se sempre ter em mente a dissociação entre a relação pais-filhos e a relação marido-mulher. Como se pode notar, os apontamentos doutrinários relativos ao direito de família italiano são bem semelhantes ao que se encontra no Brasil; incentiva-se a mediação para os conflitos familiares, a guarda conjunta, a proximidade do genitor ausente do lar com os filhos, tudo em direção ao afeto, carinho,

³⁶³ POCAR, Valério e RONFANI, Paola. **La famiglia e il diritto**. 3.ed. Roma: Editori Laterza, 1999.

respeito e proximidade com os filhos.

6.5 Paraguai

A Constituição do Paraguai³⁶⁴ traz capítulo específico sobre os direitos de família. No capítulo IV da carta constitucional do país são encontrados treze artigos os quais dispõem sobre a proteção da família, sobre o direito de constituir família, sobre matrimônio e uniões de direito, sobre os filhos, maternidade e paternidade, juventude, terceira idade, pessoas excepcionais, bem de família e planejamento familiar. Logo de início, a Constituição reconhece a união estável e a família monoparental como forma de família e merecedoras de proteção estatal. Assim dispõe o art. 49: “La familia es el fundamento de la sociedad. Se promoverá y se garantizará su protección integral. Esta incluye a la unión estable del hombre y de la mujer, a los hijos y a la comunidad que se constituya con cualquiera de sus progenitores y sus descendientes”.

Dispõe, ainda, sobre a igualdade entre homens e mulheres na família e sobre separações. No tocante aos filhos, determina o texto legal ser dever dos pais o sustento aos filhos menores, bem como regulamentação sobre ajuda a mães de famílias monoparentais e de famílias com prole numerosa. Assim dispõe o art. 53:

Los padres tienen el derecho y la obligación de asistir, de alimentar, de educar y de amparar a sus hijos menores de edad. Serán penados por la ley en caso de incumplimiento de sus deberes de asistencia alimentaria.

Los hijos mayores de edad están obligados a prestar asistencia a sus padres en caso de necesidad.

La ley reglamentará la ayuda que se debe prestar a la familia de prole numerosa y a las mujeres cabeza de familia.

Todos los hijos son iguales ante la ley. Esta posibilitará la investigación de la paternidad. Se prohíbe cualquier calificación sobre la filiación en los documentos

³⁶⁴ República de Paraguay – Constitución Política de 1992. Disponível em: <http://www.cjf.gov.br/Bvirtual/asp/SaidaCat.asp?cod=9&codintermed=18&id=par>> Acesso em: 22/01/2006.

personales.

Também no tocante à proteção dada às crianças, a Constituição paraguaia adota preceito parecido com a nossa, declarando ser dever da família, sociedade e Estado a proteção às crianças. Assim dispõe o art. 54:

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de garantizar al niño su desarrollo armónico e integral, así como el ejercicio pleno de sus derechos protegiéndolo contra el abandono, la desnutrición, la violencia, el abuso, el tráfico y la explotación. Cualquier persona puede exigir a la autoridad competente el cumplimiento de tales garantías y la sanción de los infractores.

Los derechos del niño, en caso de conflicto, tienen carácter prevaleciente.

Dispõe, ainda, a Constituição, sobre a paternidade e maternidade responsáveis, sobre o desenvolvimento dos jovens, e sobre programas para a saúde materno-infantil. É possível notar semelhanças entre a Constituição brasileira e a paraguaia. Ambas são protetivas e programáticas, encarregando o Estado e a sociedade para a plena realização e o pleno desenvolvimento da família. Além disso, o principal ponto em comum está no reconhecimento da união estável e da família monoparental como formas de família merecedoras da proteção estatal. Isso posto, passa-se à análise do Código Civil Paraguaio.

O Código Civil Paraguaio³⁶⁵ é subdividido em cinco livros, sendo o primeiro deles destinado às pessoas e aos direitos pessoais nas relações de família. Tal livro apresenta três títulos principais, o primeiro sobre as pessoas físicas, o segundo sobre as pessoas jurídicas e o terceiro sobre os direitos pessoais nas relações de família. O título III é o pertinente ao desenvolvimento desse trabalho. O mesmo é subdividido em treze capítulos: I) matrimônio; II) esponsais; III) capacidade para contrair matrimônio e os impedimentos; IV) diligências prévias e a celebração de prova do matrimônio; V) direitos e obrigações dos esposos; VI)

³⁶⁵ **CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO** e leyes complementarias. colección legislación paraguaya. Assunción/Paraguay: Intercontinental, 1998.

dissolução do matrimônio; VII) separação de corpos; VIII) nulidade do matrimônio; IX) regime patrimonial do matrimônio; X) união de direito; XI) filiação; XII) parentesco e obrigação de prestar alimentos e, por fim, XIII) curatela. Seguem-se as considerações necessárias.

Inicialmente, o Código afirma ser dever dos pais o sustento, guarda e educação dos filhos, tal qual encontramos aqui. Assim dispõe o art. 154: “El matrimonio crea entre los esposos una comunidade que lês obliga a la vida conyugal, a dignificar el hogar y a su mutua proteccion, fidelidad y asistencia, así como a proveer el sustento, guarda y educacion de los hijos”.

O Código não trata do divórcio, pois o mesmo não era admitido até o advento da lei n. 45/91 que derogou o art. 163 do Código o qual dispunha que o casamento só se dissolvia com a morte de um dos esposos. Contudo, o Código trata da separação de corpos. A própria Constituição paraguaia fala em separação e dissolução do matrimônio havendo lei específica que discipline a matéria.

O Código trata especificamente da união estável, concedendo capítulo próprio ao tema, o qual conta com oito artigos; assim dispõe o art. 217: “La unión extramatrimonial, pública y estable, entre personas con capacidad para contraer matrimonio, producirá los efectos jurídicos previstos en este Capítulo”.

Em seguida o Código trata do reconhecimento de maternidade e paternidade. Alimentos e adoção são tratados no mesmo capítulo, o referente ao parentesco e à obrigação de prestar alimentos. Assim dispõe o art. 249: “El parentesco puede ser por consanguinidad, afinidad o adopción”. Na verdade, a adoção é regulamentada em outro dispositivo legal, ou seja, no Código de Menores, conforme se deduz do art. 255: “La adopción establece parentesco entre el adoptado y el adoptante y con la familia de este, en los casos establecidos en el Código del Menor”. O Código de Menores não será aqui analisado, pois o capítulo tem a

pretensão de apenas traçar as diretrizes do direito de família em cada um dos países eleitos e não esgotar totalmente o estudo de forma tão profunda. Por isso, escolheu-se analisar a Constituição e o Código Civil de cada país.

Por fim, o Código traz disposições sobre os alimentos, as quais são semelhantes ao encontrado no Brasil. Assim dispõe o art. 256:

La obligación de prestar alimentos que nace del parentesco comprende lo necesario para la subsistencia, habitación y vestido, así como lo indispensable para la asistencia en las enfermedades. Tratándose de personas en edad de recibir educación, incluirá lo necesario para estos gastos.

Em seguida, o Código afirma que os alimentos são devidos entre cônjuges, pais e filhos, irmãos, avós e sogros.

No tocante aos alimentos concedidos aos filhos, o código não disciplina sobre filhos maiores que ainda estudam, apenas afirma que a obrigação cessa com a maioridade. Assim dispõe o art. 263:

Cesará la obligación de prestar alimentos:

- a) tratándose de hijos, cuando llegaren a la mayoría de edad, o siendo menores, cuando abandonaren sin autorización la casa de sus padres;
- b) si el que recibe los alimentos cometiere algún acto que lo haga indigno de heredar al que los presta;
- c) por la muerte del obligado o del alimentista; y
- d) cuando habieren desaparecido lãs causas que la determinaron.

Enfim, a legislação paraguaia no tocante ao direito de família se assemelha à legislação nacional.

6.6 Portugal

A Constituição da República Portuguesa traz em seu art. 36º todo o tratamento que a mesma dispensa sobre o direito de família. É possível perceber ênfase dada à família constituída pelo casamento, sem nenhuma menção expressa à família formada pela união estável ou à família monoparental; refere-se, ainda, ao divórcio, à igualdade entre os cônjuges, entre os filhos, ao dever dos pais de manutenção e sustento dos filhos, e sobre a adoção.

Apesar de nada trazer sobre a família monoparental, a Constituição admite o divórcio, o que, na prática, gera a família monoparental. Dispõe o art. 36º:

Art. 36.º(Família, casamento e filiação)

1. Todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade.
2. A lei regula os requisitos e os efeitos do casamento e da sua dissolução, por morte ou divórcio, independentemente da forma de celebração.
3. Os cônjuges têm iguais direitos e deveres quanto à capacidade civil e política e à manutenção e educação dos filhos.
4. Os filhos nascidos fora do casamento não podem, por esse motivo, ser objecto de qualquer discriminação e a lei ou as repartições oficiais não podem usar designações discriminatórias relativas à filiação.
5. Os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos.
6. Os filhos não podem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumparam os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial.
7. A adopção é regulada e protegida nos termos da lei, a qual deve estabelecer formas céleres para a respectiva tramitação³⁶⁶.

Segundo se encontra em Pires de Lima e Antunes Varela³⁶⁷, no tocante à análise do Código Civil de Portugal, Decreto - Lei N. 47.344 de 25/11/1966, o mesmo contém todo um livro destinado ao direito de família — livro IV — o qual é subdividido em cinco títulos: o primeiro com as disposições gerais; o segundo tratando sobre o casamento; o terceiro tratando da filiação; o quarto referente à adopção e o quinto referente a alimentos; tais títulos estão compreendidos entre os arts. 1.576º e 2.020º. O título II é subdividido em doze capítulos: o primeiro sobre as modalidades do casamento; o segundo sobre a promessa de casamento; o terceiro sobre os pressupostos da celebração do casamento; o quarto sobre a celebração do casamento civil; o quinto sobre a invalidade do casamento; o sexto sobre o casamento putativo; o sétimo sobre sanções especiais; o oitavo sobre o registro do casamento; o nono

³⁶⁶ Constituição da República Portuguesa. – VII Revisão Constitucional – 2005. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/const%5Fleg/crp%5Fport/>> acesso em 22/01/2006.

³⁶⁷ LIMA, Pires de & VARELA, Antunes. **Código civil anotado**. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, v. 04.

sobre os efeitos do casamento quanto às pessoas e aos bens dos cônjuges; o décimo sobre as doações para casamento e entre casados; o décimo primeiro sobre a simples separação judicial de bens e, por fim, o décimo segundo tratando do divórcio e da separação judicial de pessoas e bens. O título III é subdividido em dois capítulos, o primeiro referente ao estabelecimento da filiação e o segundo referente aos efeitos da filiação. O quarto e quinto títulos não apresentam subdivisão em capítulos. Em 2003, o presente Código é submetido a uma revisão pelo Dec. – Lei 38/03.

Nota-se semelhança com o código civil nacional, pois a disciplina tratada é similar. Aqui, analisa-se apenas o pertinente ao presente trabalho. Sendo assim, as disposições gerais trazem a matéria regulada pelo código, como dispõe o art. 1.576º: “São fontes das relações jurídicas familiares o casamento, o parentesco, a afinidade e a adoção”. Em seguida, deve-se enfatizar que o divórcio é admitido no país, uma das causas geradoras da família monoparental, dispondo sobre isso o art. 1.773^{o368}:

1. O divórcio pode ser por mútuo consentimento ou litigioso.
2. O divórcio por mútuo consentimento pode ser requerido por ambos os cônjuges, de comum acordo, no tribunal ou na conservatória do registo civil se, neste caso, o casal não tiver filhos menores ou, havendo-os, o exercício do respectivo poder paternal se mostrar já judicialmente regulado.
3. O divórcio litigioso é requerido no tribunal por um dos cônjuges contra o outro, com algum dos fundamentos previstos nos artigos 1.779º e 1.781º.

No tocante à filiação, o código trata, logo no início do reconhecimento da maternidade, matéria não comum à nossa legislação e, após, do estabelecimento da paternidade e do reconhecimento da mesma, como preceitua o art. 1.848º: “O reconhecimento do filho nascido ou concebido fora do matrimónio efectua-se por perfilhação ou decisão judicial em acção de investigação”³⁶⁹. No mesmo sentido da nossa legislação, não se registra filho sem que haja reconhecimento de paternidade, conforme o art. 1.864º: “Sempre que seja lavrado registo de nascimento de menor apenas com a maternidade estabelecida, deve o funcionário remeter ao tribunal certidão integral do registo, a fim de se averiguar

³⁶⁸ In: <<http://verbojuridico.net>> acesso em 22/01/2006.

³⁶⁹ Idem.

oficiosamente a identidade do pai”.

Ainda no título III, sobre filiação, o capítulo II trata dos efeitos da filiação. O art. 1.874º trata dos deveres existentes entre pais e filhos:

Art. 1.874º: 1. Pais e filhos devem-se mutuamente respeito, auxílio e assistência.

2. O dever de assistência compreende a obrigação de prestar alimentos e a de contribuir, durante a vida em comum, de acordo com os recursos próprios, para os encargos da vida familiar.

Ainda no capítulo a respeito dos efeitos da filiação, tem-se seção sobre o poder paternal, o qual corresponde ao nosso poder familiar. Dispõe o art. 1.877º: “Os filhos estão sujeitos ao poder paternal até à maioridade ou emancipação”. No mesmo sentido do disposto na legislação nacional, o artigo seguinte do código civil português revela ser dever dos pais o sustento dos filhos, bem como dirigir sua educação, saúde e segurança. Também no sentido de nossa jurisprudência, o filho maior que ainda estiver estudando deve ser sustentado pelos pais, conforme reza o art. 1.880º:

Se no momento em que atingir a maioridade ou for emancipado o filho não houver completado a sua formação profissional, manter-se-á a obrigação a que se refere o número anterior na medida em que seja razoável exigir aos pais o seu cumprimento e pelo tempo normalmente requerido para que aquela formação se complete.

Revelando o avanço da legislação portuguesa, o art. 1.884º do Código Civil português ressalta serem devidos alimentos ao nascituro, consoante o mesmo artigo:

1. O pai não unido pelo matrimónio à mãe do filho é obrigado, desde a data do estabelecimento de paternidade, a prestar-lhe alimentos relativos ao período da gravidez e ao primeiro ano de vida do filho, sem prejuízo das indemnizações a que por lei ela tenha direito.

2. A mãe pode pedir os alimentos na acção de investigação de paternidade e tem direito a alimentos provisórios se a acção foi proposta antes de decorrido o prazo a que se refere o número anterior, desde que o tribunal considere provável o reconhecimento.

Quanto ao exercício do poder paternal, tem-se que o mesmo é conjunto ao pai e mãe quando estes estiverem unidos em matrimônio. Em caso de morte de um dos cônjuges, ao outro cabe o poder paternal e, em caso de divórcio ou separação, a situação é regulada pelo

art. 1.905º:

1. Nos casos de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento, o destino do filho, os alimentos a este devidos e forma de os prestar serão regulados por acordo dos pais, sujeito a homologação do tribunal; a homologação será recusada se o acordo não corresponder ao interesse do menor, incluindo o interesse deste em manter com aquele progenitor a quem não seja confiado uma relação de grande proximidade.

2. Na falta de acordo, o Tribunal decidirá de harmonia com o interesse do menor, incluindo o de manter uma relação de grande proximidade com o progenitor a quem não seja confiado, podendo a sua guarda caber a qualquer dos pais, ou, quando se verifique alguma das circunstâncias previstas no artigo 1918º, a terceira pessoa ou estabelecimento de reeducação ou assistência.

O dispositivo acima está em harmonia com a legislação brasileira que preconiza o melhor interesse do menor. Em seguida, o código estabelece algumas causas de inibição do poder paternal, como o cometimento de crimes, dentre outras, e salienta que mesmo estando inibido o poder paternal, compete aos pais o dever de alimentos.

Em continuidade, o código traça as regras sobre adoção. A adoção é constituída por sentença judicial, deve apresentar reais vantagens ao adotando e deve ser precedida de estágio de convivência. Há dois tipos de adoção, a plena, pela qual o adotando passa a ser filho do adotante, integrando-se totalmente à família desse; e a adoção restrita, pela qual o adotando conserva os direitos e deveres em relação à família natural. No que concerne ao presente trabalho, o art. 1.979º estabelece que só as pessoas casadas podem adotar, diferentemente do que ocorre aqui. Assim dispõe o mesmo art.: “1 - Podem adoptar plenamente duas pessoas casadas há mais de 4 anos e não separadas judicialmente de pessoas e bens ou de facto, se ambas tiverem mais de 25 anos”.

Por fim, quanto aos alimentos, o código português disciplina que os mesmos devem ser prestados de acordo com a necessidade do alimentando e a possibilidade do alimentante. Dispõe o art. 2.003º: “1. Por alimentos entende-se tudo o que é indispensável ao sustento, habitação e vestuário. 2. Os alimentos compreendem também a instrução e educação do alimentado no caso de este ser menor”.

Nota-se a semelhança com o diploma nacional; reconhece-se, ainda, o dever de

alimentos em relação à herança do convivente morto. Ou seja, é reconhecida a união estável para termos de sucessão alimentícia.

A título de reiteração, Elias³⁷⁰ traz algumas regras da legislação portuguesa. Segundo o autor, tem-se no art. 1.879º do Código Civil português que o interesse dos filhos deve ser observado no exercício do poder parental; também na Constituição do país está prescrito que o poder familiar deve ser exercido com ênfase ao direito dos filhos, os quais devem ser protegidos pelos pais e pelo Estado em busca de seu desenvolvimento integral. Pelos arts. 1.879º e 1.880º do Código Civil, os pais devem prover os filhos do necessário, persistindo a obrigação até que se complete a formação profissional, ainda que os mesmos já não sejam menores de idade. Também não há distinção entre filhos legítimos e ilegítimos. Os progenitores não podem renunciar o poder paternal, porém podem ser inibidos de exercerem em casos graves, sendo a inibição temporária, até que cessem as causas que lhe deram origem. Quanto aos bens dos filhos, os pais não têm o usufruto dos mesmos, podendo os rendimentos serem utilizados em despesas como sustento, saúde, educação, etc.

6.7 Uruguai

A Constituição da República do Uruguai é de 1967, porém passou por reformas em novembro de 1989, em novembro de 1994, dezembro de 1986 e outubro de 2004³⁷¹.

As disposições sobre família se encontram na seção II, sobre direitos, deveres e garantias, capítulo II, da Constituição Uruguaia. São quatro artigos, os quais estendem grande proteção às crianças, não estipulando tipos de famílias pré-estabelecidos, ou seja, o casamento

³⁷⁰ ELIAS, R. J. op. cit., p. 18, nota 278.

³⁷¹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY DE 1967. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/Bvirtual/asp/SaidaCat.asp?cod=9&codintermed=18&id=uru>> Acesso em: 05.02.2006.

não é base da família Uruguaia, mas a Constituição também não se refere a Uniãos Estáveis ou famílias monoparentais. Parece haver uma certa liberdade na escolha do tipo de família. Segue a transcrição dos artigos constitucionais.

Artículo 40.- La familia es la base de nuestra sociedad. El Estado velará por su estabilidad moral y material, para la mejor formación de los hijos dentro de la sociedad.

Artículo 41.- El cuidado y educación de los hijos para que éstos alcancen su plena capacidad corporal, intelectual y social, es un deber y un derecho de los padres. Quienes tengan a su cargo numerosa prole tienen derecho a auxilios compensatorios, siempre que los necesiten.

La ley dispondrá las medidas necesarias para que la infancia y juventud sean protegidas contra el abandono corporal, intelectual o moral de sus padres o tutores, así como contra la explotación y el abuso.

Artículo 42.- Los padres tienen para con los hijos habidos fuera del matrimonio los mismos deberes que respecto a los nacidos en él.

La maternidad, cualquiera sea la condición o estado de la mujer, tiene derecho a la protección de la sociedad y a su asistencia en caso de desamparo.

Artículo 43.- La ley procurará que la delincuencia infantil esté sometida a un régimen especial en que se dará participación a la mujer.

Passando à análise ao Código Civil Uruguaio³⁷², tem-se que o mes Tj 5.28212 0 T

(capacidade); da tutela; da curatela. Seria um misto entre a parte geral do Código Civil brasileiro e a parte destinada ao direito de família. Para o presente estudo, interessa a análise dos títulos sobre paternidade, adoção e pátrio poder. Ressalta-se que o Código uruguaio dispõe sobre separação de corpos e divórcio. Salienta-se, que o Código faz distinção entre filhos legítimos e naturais, sendo os primeiros os que nascem da relação de casamento e os segundos os nascidos em concubinato, adultério, ou seja, fora do casamento. A distinção parece não mais se justificar, pois a própria constituição nada dispõe a respeito. Sobre a paternidade, então, o código muito se refere às ações para intentar o reconhecimento, quando o filho pode ser reconhecido, enfim, aspectos que não interessam muito ao presente estudo.

Quanto aos alimentos, os mesmos vêm disciplinados na parte das obrigações matrimoniais; ou seja, contraído o matrimônio, torna-se obrigação dos pais educar seus filhos, prestar alimentos, vestimentas, remédios, etc. Semelhante ao direito pátrio, prevê que os alimentos devem ser dados dentro das necessidades de quem recebe e da possibilidade de quem os dá. Seguem os artigos referentes:

116.-

Por el mero hecho del matrimonio, contraen los cónyuges la obligación de mantener y educar a sus hijos, dándoles la profesión u oficio conveniente a su estado y circunstancias. (Artículo 250)

Los padres no tienen obligación de dar a sus hijos los medios de formar un establecimiento.

118.-

La obligación de alimentar es recíproca entre los ascendientes y descendientes.

121.-

Bajo la denominación de alimentos se comprende, no sólo la casa y comida, sino el vestido, el calzado, las medicinas y salarios de los médicos y asistentes, en caso de enfermedad.

Se comprende también la educación, cuando el alimentario es menor de edad.

122.-

Los alimentos han de ser proporcionados al caudal de quien los da y a las necesidades de quien los recibe.

El Juez, según la circunstancia del caso, reglará la forma y cuantía en que hayan de prestarse los alimentos.

No tocante à adoção, o Código de Menores do Uruguai introduziu mudanças em artigos do Código Civil; é interessante notar que não houve simples revogação do Código nos aspectos tratados no Código de Menores, mas verdadeira substituição de artigos. Sendo assim, seguem os artigos sobre adoção pertinentes ao presente estudo:

243.-

La adopción se permite a toda persona que tenga más de treinta años de edad, cualquiera sea su estado civil y siempre que tenga por lo menos veinte años más que el adoptado.

**** Texto dado por el art. 156 Código del Niño**

245.-

Nadie puede ser adoptado por más de una persona, a no ser por dos cónyuges.

Ninguno de los cónyuges puede adoptar o ser adoptado sin el consentimiento del otro, salvo que estuviere impedido de manifestar su voluntad o que exista sentencia de separación de cuerpos.

Realizada la adopción, la separación o divorcio ulterior de los cónyuges no les exime de sus obligaciones con respecto al adoptado, si fuese menor, aún cuando fueran privados del ejercicio de la patria potestad o de su tenencia.

249.-

El adoptado continúa perteneciendo a su familia natural donde conserva todos sus derechos.

Los padres que consienten la adopción pierden la patria potestad que pasa al adoptante.

En caso de interdicción, de desaparición comprobada judicialmente, de muerte del adoptante o de revocación de la adopción, producida durante la menor edad del adoptado, la patria potestad pasa de pleno derecho a los padres de éste.

250.-

La adopción solo establece relaciones jurídicas entre el adoptante y el adoptado y no entre cualquiera de ellos y la familia del otro.

No produce otros efectos que los declarados expresamente en este Código y son :

1º Obligación del adoptado de respetar y honrar al adoptante.

2º Obligación recíproca de presentarse alimentos ; no obstante los ascendientes y descendientes del adoptado no están obligados a suministrar alimentos éste mientras los pueda obtener del adoptante, observándose en cuanto sea aplicable, lo dispuesto en la Sección I, capítulo IV del Título V.

3º Derecho a heredarse sin testamento en los casos y con la distinción que se le determina en el Título de la Sucesión Intestada.

**** Texto dado por el art. 171 Código del Niño y 249 inc. 2º Código Civil respectivamente.**

Podem-se notar sensíveis diferenças entre a adoção nacional e a uruguaia. Primeiramente, o limite de idade: mínimo de trinta anos e diferença de vinte anos entre adotante e adotado; depois, tem-se que aqui, os laços com a família de sangue são totalmente rompidos, passando o adotado a integrar definitivamente a família do adotante; lá, os arts. 249 e 250 estabelecem que o adotado continua a pertencer à família natural e que seus laços com a família adotiva não passam das pessoas que o adotaram. A sistemática um pouco diferente da encontrada no Brasil, mas, no tocante à família monoparental, tem-se que os divorciados continuam na adoção se o divórcio ou separação for superveniente a ela; não há nada parecido com o nosso sistema que permite a adoção por divorciados e separados, caso o estágio de convivência entre pais e filhos tenha se iniciado antes da separação ou divórcio.

No tocante ao pátrio poder, o mesmo é dividido entre os filhos legítimos e os naturais — há uma seção de pátrio poder para cada tipo de filho. Seguem os artigos pertinentes:

FILHOS LEGÍTIMOS

252.-

La patria potestad es el conjunto de derechos y deberes que la ley atribuye a los padres en la persona y en los bienes de sus hijos menores de edad

La patria potestad será ejercida en común por los padres, sin perjuicio de las resoluciones judiciales que priven, suspendan o limiten su ejercicio o lo confieran a uno de ellos y de los convenios previstos en el artículo 172.

Cuando no se obtenga el acuerdo de los padres, cualquiera de ellos podrá recurrir ante el Juez competente.

253.-

Cualquiera de los padres podrá solicitar la intervención del Juez Letrado competente para corregir o prevenir los actos o procedimientos del otro que considere perjudiciales para la persona o bienes del menor, con arreglo a lo determinado en los artículos 288 y siguientes de este Código.

256.-

Los hijos, cualquiera que sea su estado, edad y condición deben honrar y respetar a su padre y a su madre.

258.-

Los padres dirigen la educación de sus hijos y los representan en todos los actos civiles.

259.- do, sedes

Los padres pueden exigir de los hijos que están en su poder, que les presten los servicios propios de su edad, sin que ellos tengan derecho a reclamar recompensa alguna.

260.-

Si el hijo de Tj 5.521 0 Td (i)Tj (e)Tj 4.321 0 Td (e)Tj 2.8811 0 Td (o)Tj 4.80183 0 Td (p)Tj 5

277.-

Incumbe al padre o madre que ha reconocido al hijo natural, la obligación alimentaria y las demás prestaciones establecidas en el artículo 121.

278.-

La persona casada que antes de su matrimonio o durante este ha reconocido un hijo natural habido de otro que su cónyuge, no puede traerlo a su casa, sin el consentimiento de su consorte.

279.-

La acción de reclamar alimentos es recíproca entre padres e hijos naturales y tendrá lugar siempre que unos u otros se hallaren en circunstancias de no poder proveer a sus necesidades.

En defecto o imposibilidad de los padres, se extiende la obligación de alimentos en favor del menor o incapaz, a sus ascendientes.

O pátrio poder é exercido em comum acordo entre os pais, podendo qualquer deles recorrer ao judiciário em havendo questões controversas. Os filhos devem obediência e respeito, e devem prestar os serviços próprios da idade, sem remuneração. A disciplina é semelhante à encontrada no direito pátrio, com exceção da divisão de tratamento para os filhos legítimos e naturais, porém, acredita-se que tal distinção já não exista, em função de a Constituição do país igualar a responsabilidade dos pais em relação aos filhos havidos fora ou dentro do matrimônio. O Código ainda prevê formas de término, perda e extinção do pátrio poder. O término se dá por causas naturais como morte, maioridade, matrimônio e emancipação. A perda se dá por prática de delitos, condenação por crimes, abandono de filhos, entre outros. O Ministério Público também intervém como curador de menores. A suspensão se dá por demência ou ausência dos pais. Por fim, pode-se pedir a restituição do poder familiar, cessadas as causas que deram origem a suspensão. O tratamento é semelhante ao encontrado no direito pátrio; seguem os artigos:

280.-

La patria potestad se acaba :

1º Por la muerte de los padres o de los hijos.

2° Por la mayor edad de los hijos, que se fijan en los veintiún años cumplidos.

3° Por el matrimonio legítimo de los hijos.

4° Por la emancipación que los padres otorguen a los hijos mayores de dieciocho años.

284.-

Los padres perderán de pleno derecho y sin que sea necesario declaración expresa al respecto, la patria potestad sobre sus hijos en los casos siguientes :

1° Si fueren condenados por el delito previsto por el artículo 274 inciso 3° del Código Penal contra la persona de cualquiera de sus descendientes.

2° Si fueren condenados a pena de penitenciaría como autores o cómplices de un delito contra la persona de uno o varios de sus hijos.

3° Si fueren condenados dos veces con pena de prisión, como autores o cómplices de un delito contra la persona de uno o varios de sus hijos.

El Actuario del Juez que hubiere conocido en primera instancia, comunicará de oficio y dentro del término de cinco días al Instituto Nacional del Menor y al Ministerio Público las sentencias ejecutoriadas a que se refiere este artículo, bajo pena de multa de hasta 25 Unidades Reajustables.

La pérdida de la patria potestad comprende la de todos los derechos a ella inherentes, pero no la de las obligaciones establecidas en los artículos 118 y 279 de este Código.

Tampoco afecta a las relaciones jurídicas emanadas del derecho sucesorio.

284-1.-

También perderán los padres de pleno derecho la patria potestad sobre sus hijos en los siguientes casos :

1° Cuando hicieren abandono de sus hijos y a juicio del Instituto Nacional del Menor sea posible la inmediata entrega en tenencia con fines de posterior legitimación adoptiva o adopción.

Para que se configure el abandono será necesario comprobar que los padres rehusan el cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad en términos tales, que hagan presumir fundadamente, el abandono definitivo.

2° Cuando no se conociere quienes son los padres y estos no comparecieren a hacerse cargo de sus deberes en el término de quince días, luego que hubieren expuesto al niño, abandonándolo en lugar público o privado. Es aplicable a los casos de este artículo los dos últimos incisos del artículo anterior.

285.-

Los padres podrán perder la patria potestad a instancia de parte, previa sentencia del Juez competente, en los casos siguientes :

1° Si fueren condenados a penitenciaría como autores o cómplices de un delito común.

2° Si por dos veces fueren condenados por sustitución ocultación, atribución de falsa filiación o paternidad, exposición o abandono de niños ; o en el caso de mendicidad establecido por el artículo 348-1 inciso 1°, sin perjuicio de lo dispuesto en el número anterior.

3° Si fueren condenados por cualquiera de los delitos del artículo 274 del Código Penal, con excepción del caso previsto en el numeral 1° del artículo 284.

4° Si fueren condenados por dos veces a pena de prisión como autores o cómplices de delitos a que hubieren concurrido con sus hijos.

5° Los que fuera de los casos expresados en este artículo y el anterior, excitaren o favorecieren en cualquier forma la corrupción de menores.

6° Si por sus costumbres depravadas o escandalosas, ebriedad habitual, malos tratamientos o abandono de sus deberes, pudieren comprometer la salud, la seguridad o la moralidad de sus hijos, aún cuando esos hechos no cayeren bajo la Ley Penal.

7° Si se comprobare en forma irrefragable que durante un año han hecho abandono culpable de los deberes inherentes a su condición de tales, no prestando a sus hijos los cuidados y atenciones que les deben.

El Ministerio Público y el Juez competente apreciarán la prueba, atendida la situación de los padres y muy especialmente las conveniencias del menor.

Sólo por causas excepcionales acreditadas debidamente, el Juez podrá conceder a los padres la readquisición de los derechos de que hubieran sido privados por la causal expresada en el presente inciso séptimo.

8° Si, transcurridos seis meses desde la internación voluntaria de un menor en dependencias del Instituto Nacional del Menor y este hubiere intimado a los padres para que se hagan cargo de él dentro de los seis meses siguientes contados desde la primera publicación de la intimación a que se refiere el inciso siguiente, bajo apercibimiento de declararse la pérdida de la patria potestad, esos u otros responsables de la tenencia del menor no se hubieren hecho cargo del mismo, el Juez, a solicitud del Instituto Nacional del Menor, verificada la comprobación de los correspondientes extremos legales, tendrá por configurada, en su caso, la hipótesis de abandono del menor.

La intimación a que se refiere el inciso anterior se hará personalmente, si el domicilio de los padres fuere conocido y, en caso contrario mediante la publicación en el Diario Oficial y en dos diarios del lugar de la internación si los hubiere, durante treinta días, dejándose debida constancia de las actuaciones.

La comprobación de los correspondientes extremos legales a que se refiere este numeral deberá efectuarla el Juez competente de acuerdo al procedimiento extraordinario.

En todo caso de internación voluntaria, la dependencia del Instituto Nacional del Menor en que se produzca, entregará a quien la realice copia del presente artículo, dejándose constancia escrita de su recibo.

9° Cuando, a instancia del Instituto Nacional del Menor o de otro interesado se entendiere que el ejercicio de aquella por sus padres supone un riesgo cierto para la

formación corporal, intelectual o moral del menor, siguiéndose el procedimiento previsto en el numeral anterior. Para el caso de decidir la integración familiar, esta se realizará a través de las dependencias del Instituto Nacional del Menor o directamente por el magistrado, quien podrá requerir el asesoramiento de los cuerpos técnicos de dicha institución.

Las publicaciones que se realicen en cumplimiento de los numerales 8 y 9 de este artículo, serán gratuitas.

Es aplicable a los casos de este artículo lo dispuesto en cuanto a los derechos y obligaciones de los padres y demás, en la última parte del artículo 284.

290.-

El Ministerio Público siempre que tenga conocimiento de alguno de los hechos que puedan dar lugar a la pérdida, limitación o suspensión de la patria potestad, podrá hacer levantar una información sumaria ante el Juez de Paz del domicilio o residencia del menor. El Juez competente podrá de oficio o a instancia del Ministerio Público, antes o después de recibida la información aludida, tomar las medidas que crea convenientes en defensa de la persona y bienes del menor.

295.-

Suspéndese la patria potestad :

1º Por la prolongada demencia de los padres.

2º Por su larga ausencia, con grave perjuicio de los intereses de sus hijos, a que los padres ausentes no proveen.

La suspensión de la patria potestad deberá ser decretada por el Juez, con conocimiento de causa, a solicitud de cualquier pariente del hijo o del Ministerio Público.

296.-

Los padres que hubiesen perdido la patria potestad o a los cuales se les hubiese limitado o suspendido su ejercicio, podrán pedir al Juez su restitución.

300.-

Los Jueces podrán restituir la patria potestad con todos sus atributos o con las limitaciones que consideren convenientes a los intereses del menor.

Apesar de o Código Civil Uruguai tratar do pátrio poder dividindo filhos legítimos e ilegítimos, acredita-se não caber tal diferenciação em função das atualizações do texto constitucional, o qual prevê em seu art. 42 que os pais têm os mesmos deveres com os filhos havidos dentro ou fora do casamento.

A legislação uruguaia apresenta tópicos semelhantes à nacional; porém, há sensível diferença no tocante à adoção, a qual não rompe os laços com a família de sangue.

Feita essa análise, finaliza-se o capítulo após demonstrar a sistemática das relações familiares em alguns países de *civil law*. Assim foi, pois tal sistema é semelhante ao pátrio e por isso merece ênfase no tratamento. Vê-se que a maioria dos países segue a tendência moderna para o direito de família, igualando todos os filhos, obrigando os pais a prestarem alimentos e darem educação, sustento aos filhos menores. Apesar de muitos países não reconhecerem explicitamente a família monoparental, a mesma encontra proteção, uma vez admitidos divórcios e separações e sendo concedido aos filhos total amparo, sejam eles advindos de uma relação de casamento ou não. Sendo assim, resta comprovada a semelhança dos institutos tratados ao longo do trabalho, nos diversos países aqui analisados. Deve-se apenas ressaltar a dessemelhança trazida pela legislação uruguaia no tocante à adoção, a qual não rompe o vínculo da criança com a família de sangue e, também, a inovação encontrada no Código Civil Chileno quando se refere a um dever de visitação por parte do genitor ausente do lar a seus filhos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao início da presente pesquisa, pretendia-se estudar os filhos das famílias monoparentais, a fim de encontrar no direito soluções e mecanismos que garantissem a vida digna a tais crianças. Partia-se do entendimento de que tais famílias viviam à margem da sociedade, pois contavam com poucos recursos financeiros para seu sustento, principalmente em decorrência de só haver um genitor no lar. Isso já havia sido comprovado em estudo de Iniciação Científica, também fomentado pela FAPESP, pelo qual, também se provou que essas famílias eram, em 90% dos casos, constituídas pela mãe e seus filhos, a qual, por não contar com as mesmas oportunidades que o homem no mercado de trabalho, acaba se submetendo a subempregos, com dupla jornada de trabalho e, por isso, encontra-se a família monoparental em condições financeiras inferiores à família biparental. O pai ausente não se responsabiliza pelas despesas dos filhos, recaindo todo o ônus da criação e sustento dos filhos a essas mães que ficam com as crianças.

Partindo-se desse pressuposto, o presente trabalho buscou encontrar soluções para a problemática levantada, bem como procurou-se descobrir quais os reais efeitos que a falta de um dos pais no lar geraria nessas crianças. Sendo assim, surgiram questões às quais ainda não se tinham respostas, como por exemplo, como o direito poderia intervir para tirar a família monoparental da marginalidade? Programas de proteção econômica tirariam tais famílias da marginalidade? Como o Código Civil, a Constituição Federal e o ECA seriam utilizados para o deslinde da questão? Seriam esses dispositivos legais suficientes para atender a proposta em análise? Que papel teriam a sociedade civil, o aplicador do direito e o terceiro setor na solução de tal conflito?

Enfim, inúmeras eram as questões que instigavam o pesquisador e, sendo assim, elaborou-se um plano de trabalho tentando elucidá-las.

O primeiro capítulo analisou as origens da família monoparental, bem como foi elaborado um histórico da família em geral para que houvesse melhor compreensão do tema. Deu-se especial ênfase aos institutos de direito civil que seriam estudados no decorrer do trabalho, pois, sabendo sua história, melhor seria sua compreensão no direito atual; então, estudaram-se as origens do poder familiar, da guarda, da adoção e dos alimentos. Concluiu-se que a origem da família é bem remota, existente desde a pré-história com o surgimento dos primeiros indivíduos. Durante os tempos, a família evoluiu e modificou-se, porém, desde a Roma antiga, o modelo patriarcal de família já existia, o qual permanece vivo até o presente século. Porém, hoje, essa família-tipo, patriarcal, perde terreno para a família moderna, não havendo mais distinção de papéis exercidos pelo pai ou pela mãe. Conclui-se, também, que a família monoparental sempre existiu, pois, faticamente, sempre existiram pais ou mães que vivessem sozinhos com seus filhos, embora tal situação nunca encontrasse proteção no direito. No Brasil, a família monoparental é reconhecida pela Constituição Federal de 1988, embora isso não seja suficiente para retirar a mesma da marginalidade. Reconhecidas essas origens, passa-se a verificar os problemas psicológicos acarretados aos filhos quando ocorre a falta de um dos pais no lar.

Assim, o segundo capítulo estuda o desenvolvimento infantil, as fases do crescimento das crianças e quais as conseqüências geradas na criança quando esta é criada sem um dos genitores, ou quando surge um divórcio na família. Concluiu-se que a falta de um dos pais no lar gera carências, regressões afetivas, dificuldades de socialização, enfim, traumas que acompanharão as crianças e adolescentes por todo o seu desenvolvimento. Porém, esses efeitos maléficos que a falta de um dos pais no lar gera nos filhos podem ser minimizados se houver cooperação dos pais, da família e da sociedade. Essas crianças precisam de afeto, de amor, carinho. Não basta um pai ausente provedor, é necessário que haja comprometimento, responsabilidade pelo filho; por isso, o capítulo seguinte buscou no direito, maneiras de

efetivar essa paternidade responsável.

O capítulo terceiro analisou capítulos do Código Civil que seriam relevantes para o desenvolvimento do tema proposto; aspectos como a proteção à pessoa dos filhos, poder familiar, adoção e alimentos foram estudados a fim de se encontrar no direito mecanismos que garantissem a integração dos filhos das famílias monoparentais na sociedade. No tocante à proteção da pessoa dos filhos, a guarda foi objeto de estudo; se os dois genitores conviverem, a guarda é exercida por ambos, sem maiores problemas; porém, o contrário não ocorre se os pais não conviverem; em regra, um dos genitores fica com a guarda e o outro com o direito de visitação. Comprovou-se que quanto maior o envolvimento do pai ausente com os filhos, maior o nível de comprometimento daquele para com estes e, portanto, maiores as chances de sucesso na criação desses menores. Para isso, o pai ausente deve se sentir responsável pelos filhos, deve ser conscientizado do seu dever de visitação e de prestação da pensão alimentícia; comprovou-se, também, que para o sucesso do deslinde dessas questões que envolvam direitos de família, a prática da mediação é essencial na busca da coparentalidade e de uma maior responsabilização entre os pais. Além disso, comprovou-se que a guarda compartilhada também é modelo que deve ser empregado, pois ela atenua o impacto negativo que a guarda única gera no relacionamento entre pais e filhos. No modelo de guarda única as responsabilidades não são partilhadas como no modelo de guarda compartilhada, pois nesse, apesar de os filhos permanecerem com residência fixa na casa de um dos genitores, o outro tem livre acesso a encontros com os filhos, e atua nas decisões que envolvam a vida destes. Também aqui dispôs-se sobre o direito de visitas do genitor não guardião; conclui-se, que a visitação deva ser encarada como um dever do genitor não guardião e não simplesmente um direito. Só através do contato entre pais e filhos é que nasce o amor, o carinho, o respeito e a paternidade responsável.

O capítulo terceiro também tratou sobre poder familiar, instituto que encontrou essa

denominação com o advento do Código Civil de 2002, pois até então, sempre foi tratado como pátrio poder. A denominação é pertinente ao direito atual, no qual os deveres e obrigações são divididos entre pai e mãe, além disso, o instituto é hoje visto mais como um conjunto de deveres dos pais em relação aos filhos, do que um poder. Aos pais incumbem a criação e a educação dos filhos, além da formação do espírito e caráter dos mesmos; então, estando os pais juntos ou não, a obrigação em relação aos filhos permanece, cabendo responsabilidade civil e penal ao genitor que não cumprir com os seus deveres. O poder familiar deve ser exercido em prol dos menores; conclui-se que há regras que possibilitam que os filhos das famílias monoparentais vivam em condições dignas, basta que elas sejam efetivamente aplicadas.

Em seguida, analisou-se a adoção, ainda no capítulo terceiro. O instituto foi estudado nos aspectos compatíveis ao estudo da família monoparental. Em casos de divórcio ou separação, os cônjuges podem adotar em conjunto se o estágio de convivência com a criança tiver iniciado na constância da sociedade conjugal. Ainda, pessoas solteiras e viúvas podem adotar formando, assim, família monoparental. Como a adoção é instituto que existe em função dos filhos, em função de dar amparo, proteção e amor às crianças, conclui-se que a existência de família monoparental pela adoção só beneficiará a criança que estaria relegada à marginalidade e, se essas crianças sofrerem com os problemas que todas as crianças frutos da monoparentalidade sofrem, elas deverão contar com o apoio do Estado e da sociedade. Além disso, é sempre preferível crescer em uma família que crescer em abrigos ou nas ruas.

Por fim, o último aspecto do Código Civil brasileiro analisado ainda no capítulo terceiro, são os alimentos. Aqui, especial ênfase é dada aos alimentos decorrentes da obrigação de sustento dos pais em relação aos filhos. Os pais devem fornecer, além do essencial à vida dos menores, provimento para todas as necessidades dos mesmos; a criança necessita de escola, educação, alimentação, vestuário, lazer, enfim, uma série de coisas para o

seu desenvolvimento, as quais custam dinheiro. O pai ausente do lar, simplesmente não se preocupa com as necessidades dos filhos, às vezes, até esquecendo que elas existem. Sendo assim, o ônus total de sustento recai no genitor guardião. Para se evitar tal situação, concluiu-se que se deve incentivar a relação entre o genitor não guardião e os filhos, pois só essa proximidade entre ambos faz com que as necessidades sejam sentidas e se justifiquem para tal genitor. A vida digna das crianças monoparentais será assegurada, também, pela prestação alimentícia, por isso é a mesma tão importante. De todo o exposto, é possível concluir que o Código Civil traz elementos legais para a proteção dos filhos das famílias monoparentais, só precisam os mesmos serem melhor aplicados na prática.

Além do Código Civil, o quarto capítulo se comprometeu em analisar o Estatuto da Criança e do Adolescente também no que se refere ao tema em apreço. O Estatuto é legislação que abarca a teoria da proteção integral a todas as crianças e adolescentes, aquela proteção que abranja todas as necessidades para o pleno desenvolvimento da personalidade de um ser humano; logo, ele deve ser aplicado aos filhos das famílias monoparentais os quais, apesar de não estarem em condições irregulares, são carecedores de atenção. Sendo assim, foram analisados os capítulos do ECA os quais apresentaram semelhança ao estudado no Código Civil; além disso, discorreu-se sobre os direitos e garantias fundamentais das crianças e adolescentes, os quais comprovam que realmente tais crianças possuem direitos, sendo esses desrespeitados. No tocante ao direito à convivência familiar, o Estatuto define o que seja família natural, nela incluindo a família monoparental, e salienta que crianças e jovens devem se desenvolver em ambiente familiar adequado, ou seja, aquele que favoreça o desenvolvimento físico, mental, moral e espiritual. Mesmo que os pais não convivam, as condições devem existir e os pais são obrigados a proporcionar isso a seus filhos. Quanto à previsão acerca do pátrio poder, o Estatuto é hoje aplicado em subsidiariedade ao Código Civil, que melhor disciplinou a matéria, a qual encontra nova denominação – poder familiar.

Deve-se salientar que os pais são os grandes responsáveis pela formação dos próprios filhos, tanto educacional quanto no tocante aos valores que os filhos carregam pela vida; sendo assim, somente com o pleno desenvolvimento das atribuições do instituto é que esse objetivo será alcançado. Concluiu-se que cabe aos pais o amparo aos filhos, mesmo que esses pais vivam em situação de extrema pobreza, o que não é causa de perda do poder familiar; nesses casos, é exigida atuação Estatal para que a família possa ser preservada. Discutiu-se, ainda, sobre alimentos; apesar de o ECA não trazer dispositivos específicos sobre a matéria, o Estatuto fala do dever de sustento, guarda e educação dos filhos, o qual acarreta a obrigação de prestação alimentícia, quando os pais não conviverem. No tocante à guarda, o ECA trata da mesma em sentido diferente do analisado no Código Civil; naquele, a guarda não é atributo do poder familiar, e sim, é dever de prestação de assistência material, moral e educacional para crianças e adolescentes, estejam estes com quem quer que seja. A guarda, aqui, é exercida por qualquer pessoa que esteja com as crianças, avós, tios, padrinhos, amigos; tem o intuito de regularizar a posse de fato e não implica em perda do poder familiar. É instituto protetivo às crianças e adolescentes que não podem contar com a proteção paternal; aqui, tal medida vem em auxílio às famílias monoparentais, quando o genitor guardião não puder mais exercer a guarda e o genitor não guardião não se interessar pela criança. Por fim, o ECA também disponibiliza sobre adoção, a qual passa a ser tratada subsidiariamente ao Código Civil, pois este corpo legal disciplinou a matéria, tanto no tocante à adoção de pessoas maiores quanto no caso de pessoas de menor idade. De todo o exposto em relação ao ECA, é possível notar que o Estatuto confere uma gama de direitos a essa camada especial da sociedade; o legislador tinha em mente dar melhores condições de vida a esses que são o futuro do país. Sendo aplicável a todas as crianças, deve também proteger os filhos da monoparentalidade; porém, só os preceitos do ECA e da legislação civil não são suficientes para garantir o pleno desenvolvimento dessa camada da sociedade carente de atenção. São necessárias políticas

públicas, atuação da sociedade e conscientização dos pais, pois trazer um filho ao mundo é tarefa que exige total responsabilidade e dedicação. Não bastam leis, é necessário ação, engajamento e política. Por isso o presente trabalho não se encerra com a análise do direito e passa a buscar reais respostas na atuação da sociedade e poder público para a solução do problema.

Nesse contexto, o quinto capítulo analisou a atuação do poder público, do aplicador do direito e da sociedade a fim de dar condições de vida digna às crianças advindas da monoparentalidade. Primeiramente, definiu-se o que seria considerado vida digna a tais crianças e jovens; é a vida pautada no respeito aos direitos da criança e do adolescente, pautada pela paternidade responsável, no carinho, no amor, no afeto; também é a vida em que as necessidades normais sejam satisfeitas, como a saúde, alimentação, medicação, educação, lazer, enfim, tudo o que uma criança necessita para o seu normal desenvolvimento. Estabelecido isso, passa-se a verificar como o Estado pode atuar na salvaguarda desses entes. A Constituição Federal, o ECA e algumas leis federais norteiam a atuação estatal, porém é necessário mais que leis, exige-se uma atuação efetiva, ora com transferência de recursos às famílias necessitadas, ora com implantação de creches para que as mães tenham onde deixar seus filhos quando forem trabalhar e, principalmente, programas de educação efetiva para todas as crianças carentes. Não basta ter escola, não basta ter creche, é necessário ter educação!! Uma educação séria, competente, que insira crianças e adolescentes na sociedade e os tornem cidadãos.

Porém, não basta transferir toda a responsabilidade ao Estado; o aplicador do direito também contribui para a solução do problema. O judiciário pode adotar as técnicas de mediação nos conflitos familiares; deve-se incentivar a paternidade responsável, para que os pais que não convivam com os filhos se sintam responsáveis pelos mesmos; além disso, o juiz pode aconselhar para a adoção do modelo de guarda compartilhada, no qual as

responsabilidades são repartidas entre os pais.

Não bastasse isso, também a sociedade deve assumir papel relevante para a satisfação da proposta em análise. Sendo assim, ela deve atuar conscientizando pais sdo.

visto como conjunto de deveres e atribuições dos pais em relação aos filhos, alguns países sendo mais enfáticos nos deveres dos filhos; além disso, todos prevêem a possibilidade de prestação alimentícia e o dever de sustento dos pais em relação aos filhos. Enfim, a família moderna é realidade mundial; é própria de uma era, de sua época; a proteção aos filhos é central em todas as legislações, as crianças são foco de análise nas Convenções das Nações Unidas; não é uma realidade local; o problema é mundial e a proposta do presente trabalho é a solução dentro do Brasil; é um começo.

Nesse ponto, possível foi encontrar as respostas às dúvidas elencadas no início da pesquisa. A falta de um dos pais no lar gera problemas de ordem psicológica, regressão afetiva e problemas de relacionamento; tais problemas podem ser resolvidos com um maior contato entre os filhos e o genitor ausente do lar. O direito deve atuar aplicando a modalidade de guarda compartilhada quando os pais não conviverem; utilizando-se das técnicas da mediação para a solução dos conflitos familiares, enfim, contribuindo para que tais crianças não sejam excluídas, e abandonadas; deve incentivar a paternidade responsável, inculcando em pais e mães que são eles os reais responsáveis pelos filhos; obrigar o direito à visitação, sob pena de multa, enfim, tomar medidas reais para a responsabilização desses pais para com seus filhos. Outra questão elencada foi no tocante aos programas de proteção econômica às famílias monoparentais. No início da pesquisa, acreditava-se que a simples transferência de rendas para tais famílias já seria suficiente para tirá-la da marginalidade; porém, com o decorrer do estudo, verificou-se que essas crianças precisam de mais que o simples sustento, elas precisam de carinho, de afeto, de amor, de orientação, educação e, acima de tudo, respeito; não basta pagar a pensão alimentícia, essas crianças precisam de pais e mães que orientem e acolham. Quando ocorrer a viuvez, obviamente isso não poderá ser efetivado, porém, essa criança não vai crescer achando que foi abandonada por um dos pais, vai saber que, por uma fatalidade, o genitor faleceu e, portanto, não poderia criá-la. A situação é inversa

nos casos das mães solteiras, ou em casos de divórcio e separações em que o pai abandona os filhos; salienta-se o pai, pois é ele que, na grande maioria das famílias monoparentais, está ausente do lar. Embora tais crianças precisem de recursos materiais, só isso não é suficiente.

Outra questão que surgiu foi no tocante à aplicação dos dispositivos legais pátrios; seriam eles suficientes? Comprovou-se que o Código Civil traz institutos que garantem a responsabilização dos pais pelos filhos; o ECA, no mesmo sentido, traz regras sobre a proteção à infância, norteando a atuação da família e a atuação estatal na salvaguarda dessas crianças; além disso, a Constituição Federal enumera ser dever da família, da sociedade e do estado a integral proteção à criança e ao adolescente; enfim, regras existem e os dispositivos são suficientes para atender a proposta em análise, porém, só a lei não basta se não houver uma atuação prática.

Perguntou-se, também, como a sociedade civil poderia atuar na questão; a sociedade deve, em primeiro lugar, conscientizar-se que o problema da infância marginalizada não é apenas um problema do Estado; os pais são os grandes responsáveis pela criança que trazem ao mundo e, por isso, deve-se pensar muito antes de ter um filho; além disso, o terceiro setor pode atuar criando entidades que acolham as crianças fora do período escolar, prestando-lhes assistência educacional, proporcionando-lhes desenvolvimento físico, intelectual, religioso e moral. O aplicador do direito também pode atuar no sentido de orientar pais em conflito para adotarem uma postura de responsabilidade perante os filhos, não transportando os conflitos pessoais aos filhos.

Também questionou-se se haverá alguma diferenciação entre família e entidade familiar, como fez o legislador constitucional; acredita que não há motivos para haver diferenças, pois o *caput* do art. 226 da Constituição dispõe ser dever do estado a proteção à família, e no parágrafo quarto, alega ser considerada entidade familiar a comunidade formada por um dos pais e os descendentes; não houve uma hierarquia. Família monoparental, união

estável, casamento, tudo isso, são tipos de famílias, as quais encontram igual proteção estatal, e as quais devem encontrar plena capacidade de se desenvolverem no estado democrático de direito.

Enfim, as regras estão postas e os rumos de atuação da sociedade, Estado e direito bem traçados para que os filhos das famílias monoparentais possam viver condignamente. Resta agora atuação efetiva, concreta por parte de quem atua o direito, de quem vive em sociedade, de quem tem responsabilidade pela nação. As crianças das famílias monoparentais são como o Menino Jesus a que alude Fernando Pessoa no poema em epígrafe neste trabalho. Ou não possuem pai, ou não possuem mãe, vivendo ao acaso. E a sociedade, que nada faz por elas, que se mantém distante, indiferente e é, muitas vezes hipócrita, não apenas espera, mas até exige que elas sejam boas, justas, honestas. Exige virtudes que elas não conheceram. É possível que seja justo quem nunca conheceu a justiça?

Se Jesus, que era Deus, ainda morreu como mártir, que futuro esperar de crianças sem pai ou mãe, desassistidas pelo Estado, ignoradas pela sociedade, talvez até esquecidas de Deus?

As propostas foram dadas, e as soluções precisam ser tomadas; não se visa com o presente trabalho fazer uma carta de boas intenções para a sociedade seguir, mas para se viver em um mundo justo e solidário é preciso ação conjunta; não basta esperar que o Estado tome todas as decisões e, embora o judiciário tenha um grande papel na salvaguarda dessas crianças, não pode a sociedade cruzar os braços e esperar uma solução divina. Não se quer uma sociedade de mártires, apenas crianças que possam viver condignamente.

REFERÊNCIAS

Livros

- ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família**. Tradução Dora Flaksman. 2.ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1981.
- ARIÈS, Philippe; DUBY, Georges (Coord.). **História da vida privada: da revolução Francesa à primeira guerra**. Tradução Bernardo Joffily. 4.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1994. v. 4.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- BALDWIN, Alfred L. **Teorias de desenvolvimento da criança**. Tradução Dante Moreira Leite. São Paulo: Pioneira, 1973.
- BARBOSA, Águida Arruda. **O Direito de família e a mediação familiar**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1998. (Cadernos de Estudos nº. 01: Direito de Família e Ciências Humanas)
- BEE, Helen. **A criança em desenvolvimento**. Tradução Maria Adriana Veríssimo Veronese. 7.ed. Porto Alegre: Artmed, 1996.
- BORGHI, Hélio. **União estável e casamento: Aspectos Polêmicos**. 2.ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.
- CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- CARVALHO, João Andrades. **Tutela, curatela, guarda, visita e pátrio poder**. Rio de Janeiro: AIDE, 1995.
- CASEY, James. **A história da família**. Tradução Sérgio Bath. São Paulo: Ática, 1992.
- CAVALLIERI, Alyrio (Org.). **Falhas do estatuto da criança e do adolescente**. Rio de Janeiro: Forense, 1997,
- CHAVES, Antônio. **Adoção**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

_____. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente.** 2.ed. São Paulo: LTR, 1997.

CHERLIN, Andrew J. **Marriage, divorce, remarriage.** Cambridge, M.A.: Harvard University Press, 1992.

CHINELATO, Silmara Juny. direito de família – art. 1.591 – 1.710: parte especial. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). **Comentários ao código civil.** São Paulo: Saraiva, 2004, v. 18.

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

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga.** Tradução Jonas Camargo leite e Eduardo Fonseca. São Paulo: Hemus, 1975.

CURY, Munir; PAULA, Paulo Afonso Garrido de; MARÇURA, Jurandir Norberto. **Estatuto da criança e do adolescente anotado.** 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família.** 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 05.

DOWER, Néelson Godoy Bassil. **Curso moderno de direito civil: Família.** São Paulo: Nelpa, 2002. v. 05.

ELIAS, Roberto João. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente.** São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. **Pátrio poder: guarda de filhos e direito de visitas.** São Paulo: Saraiva, 1999.

FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade, relação biológica e afetiva.** Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FIRMO, Maria de Fátima Carrada. **A criança e o adolescente no ordenamento jurídico brasileiro.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FIÚZA, César. **Direito civil: curso completo.** 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FIÚZA, Ricardo. (Coord.) **Novo código civil comentado**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Curso de direito civil: direito de família**. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

FURSTENBERG JR., Frank F.; CHERLIN, Andrew J. **Divided families: what happens to children when parents part**. United States: Harvard University Press, 1995.

GARCEZ, Sérgio Matheus. **O novo direito da criança e do adolescente**. Campinas: E. V. Editora, 1994.

GOODE, William J. **Revolução mundial e padrões de família**. Tradução Leônidas Gontijo de Carvalho. São Paulo: Nacional, EDUSP, 1969.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GRUNSPUN, Haim. **Mediação familiar: O mediador e a separação de casais com filhos**. São Paulo: LTR, 2000.

JERSILD, Arthur Thomas. **Psicologia da criança**. Tradução Marta Botelho Ede. Brasília: Itatiaia, 1973.

LEE, Salk. **O que toda criança gostaria que os pais soubessem para auxiliá-la nos problemas emocionais de sua vida cotidiana**. Tradução Luzia Machado Costa. 2.ed. Rio de Janeiro: Record, 1972.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MAZZILI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

MONTEIRO, Sônia Maria. **Aspectos novos da adoção**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. **Adoção**: algumas contribuições psicanalíticas. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1998. (Cadernos de Estudos n. 01: Direito de Família e Ciências Humanas).

MUSSEN, Paul H. **O desenvolvimento psicológico da criança**. Tradução Álvaro Cabral. 6.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1972.

NASCIMENTO, Tubinambá Miguel Castro do. **Comentários à Constituição Federal: Princípios Fundamentais – art. 1º a 4º**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

NEVARES, Ana Luiza Maia. Entidades familiares na Constituição: críticas à concepção hierarquizada. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira. **Diálogos sobre direito civil: construindo uma racionalidade contemporânea**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. São Paulo: on

SANDSTRÖM, C.I. **A psicologia da infância e da adolescência**. Tradução Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1969.

SCIASCIA, Gaetano. **Sinopse de direito romano**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1959.

SILVA, Evani Marques da. **Paternidade ativa na separação conjugal**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de filhos**. São Paulo: LTR, 1998.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VIANA, Marco Aurélio S. **Da guarda, da tutela e da adoção** (no estatuto da criança e do adolescente). 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

WALD, Arnold. **O novo direito de família**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

Artigos

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Poder familiar nas famílias recompostas e o art. 1.636 do CC/2002. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 4, 2004, Belo Horizonte. **Anais ...** Belo Horizonte: IBDFAM, 2004, p. 161-179.

BARBOSA, Águida Arruda. Mediação: “A clínica do direito”. **Revista do Advogado – Associação dos Advogados de São Paulo**, n. 62, p. 41-48, mar. 2001.

BENETI, Sidnei Agostinho. Os direitos de guarda, visita e fiscalização dos filhos ante a separação dos pais. **Revista dos Tribunais**, Ano 76, v. 622, p. 42, ago. 1987.

BORGHI, Hélio. Os alimentos no atual direito de família brasileiro. **Revista de Estudos Jurídicos – UNESP**, ano 04, n. 07, p. 25-74, jan.-jul. 1999.

_____. A nova adoção no direito civil brasileiro. **Revista dos Tribunais**, Ano 79, v. 661, p. 242 -246, nov. 1990.

CASABONA, Marcial Barreto. Mediação e lei. **Revista do Advogado** – Associação dos Advogados de São Paulo, n. 62, p. 84-92, mar. 2001.

COSTA, Antônio Carlos Gomes da. Falta vontade política para garantir os direitos de cidadania das crianças. **Revista Brasileira de Crescimento e Desenvolvimento Humano**. v. 03, p. 17-23, 1993.

DIAS, Maria Berenice; GROENINGA, Giselle. A mediação no confronto entre direitos e deveres. **Revista do Advogado** – Associação dos Advogados de São Paulo, n. 62, p. 59-63, mar. 2001.

GANANCIA, Daniele. Justiça e mediação familiar: uma parceria a serviço da co-parentalidade. Tradução Giselle G. de Almeida, Águida A. Barbosa e Eliane Riberti Nazareth. **Revista do Advogado** – Associação dos Advogados de São Paulo, n. 62, p. 07-15, mar. 2001.

GRISARD FILHO, Waldyr. Famílias Reconstituídas. Novas Relações Depois das Separações. Parentesco e Autoridade Parental. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 4, 2004, Belo Horizonte. **Anais ...** Belo Horizonte: IBDFAM, 2004, p. 657-675.

_____. A adoção depois do novo código civil. **Revista dos Tribunais**, Ano 92, v. 816, p. 26-38, out. 2003.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. **Revista do Advogado**. São Paulo, n. 62, p. 16-24, mar. 2001.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio da afetividade na filiação. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 03, p. 35-41, jul.-set. 2000.

NAZARETH, Eliana Riberti. Psicanálise e mediação: meios efetivos de ação. **Revista do Advogado** – Associação dos Advogados de São Paulo, n. 62, p. 49-57, mar. 2001.

OTERO, Marcelo Truzzi. Guarda de filhos e direito de visitas na separação e divórcio. **Revista dos Tribunais**. Ano 88, v. 761, p. 94-107, mar. 1999.

PELUSO, Antonio Cezar. O menor na separação. **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. v. 17, n. 80, p. 19, jan.-fev. 1983.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. A guarda conjunta de menores no direito brasileiro. **Ajuris** – Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. Ano 13, p. 59, mar. 1986.

VIANA, Rui Geraldo Camargo. Evolução histórica da família. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2, 2000, Belo Horizonte. **Anais ...**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2000, p. 325-331.