REVISTA ELETRÔNICA DIREITO, JUSTIÇA E CIDADANIA FAC SÃO ROQUE

Núcleo Familiar: Aspectos do Poder Familiar em Face ao Interesse da Criança e do Adolescente

Keith Diana Da Silva [1]
Fernando Silveira Melo Plentz Miranda [2]

Resumo

Pretende-se com o presente trabalho tecer algumas linhas gerais sobre o poder familiar em face ao interesse das crianças e dos adolescentes mediante uma linha cronológica que remonta os tempos remotos até a atualidade, sem, contudo exaurir o tema.

A expressão "poder familiar" é nova, e corresponde ao antigo *"pátrio poder"*, termo que remonta ao direito romano: *'pater potestas'* – direito absoluto e ilimitado conferido ao chefe da organização familiar sobre a pessoa dos filhos; quando falamos em poder familiar atualmente nos vem à mente o dever, de os pais, em direito de igualdade proporcionar aos filhos os meios necessários para desenvolvimento junto à sociedade, lembrando que, este visa sempre uma proteção integral às crianças e aos adolescentes, seres que merecem proteção ante sua vulnerabilidade junto à sociedade.

Esta grande evolução no que tange ao poder familiar nasceu ante a busca da sociedade em condições dignas, o que teve uma grande influência dos princípios elencados em nossa Carta Magna, em especial o da dignidade da pessoa humana, vez que, sendo protegida à dignidade humana em consequência estão protegidos todos os direitos necessários para que os menores tenham proteção absoluta.

Palavras-chave: Poder, familiar, crianças, adolescentes, sociedade, proteção, dignidade.

Introdução

No presente trabalho apresenta-se o estudo do núcleo familiar, analisando-se os aspectos do poder familiar voltado ao interesse da criança e do adolescente,

[1] Bacharel em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Administração e Ciência Contábeis de São Roque – FAC, 2010.

[2] Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Bacharel em Administração de Empresas pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestrando em Direitos Difusos e Coletivos pelo Centro Universitário FIEO (UNIFIEO). Professor de Direito Processual Civil do curso de Direito da Faculdade de Administração e Ciências Contábeis de São Roque (FAC São Roque). Advogado e Administrador de Empresas.

REVISTA ELETRÔNICA DIREITO, JUSTIÇA E CIDADANIA FAC SÃO ROQUE

tema este de real importância vez que, a família é a realidade sociológica e base do Estado, o núcleo em que repousa toda a organização social.

A análise será feita desde a consideração da família em Roma, Idade Média, até os nossos dias, pois, o enfoque dado à família era bem restrito, onde os princípios como o da igualdade, da liberdade, da dignidade da pessoa humana não eram observados e intimamente ligados à esfera familiar como vemos hoje.

Outro assunto de extrema importância e muito peculiar que merece nossa atenção é a relação do conceito dado à família e a mudança da expressão "pátrio poder" para "poder familiar"; onde faremos o estudo do porquê da utilização deste ultimo, mais apropriado e relacionado à finalidade da família que é a proteção de seus membros como um todo, em especial às crianças e adolescentes seres que em desenvolvimento merecem proteção integral, não só do Estado, mas também da sociedade e da família.

Por fim analisaremos a relação entre o Estatuto da Criança e do Adolescente e a família, intimamente ligados ao Código Civil e à Constituição Federal de 1988, sendo que, em todos os diplomas legislativos mencionados sempre o que se visa é a proteção dos filhos, bem como de modo geral à família; vez que é a família a base para todo o desenvolvimento social, a qual propicia aos jovens uma forma digna para chegarem a fase adulta, capacitando-o para se desenvolverem junto à sociedade como pessoas idôneas, tendo assim os seus direitos resguardados.

1. A Família no Direito Romano

Para real entendimento acerca do núcleo familiar romano, cabe recorrermos às doutrinas de cunho romano, analisando a relação do direito romano com a formação da família sempre com uma visão universal.

Ao iniciar os estudos acerca do núcleo familiar Tomas Marky bem afirma:

> "A organização familiar romana era fundamentalmente diferente da moderna. Suas instituições básicas, parentesco, poder familiar, matrimônio e tutela tem princípios muitas vezes diversos dos nossos". (MARKY, 2008, p. 153).

No direito romano a família significava não apenas o grupo de pessoas ligadas pelo sangue, ou por estarem sujeitas a uma mesma autoridade, como também se confundia com o patrimônio. A rigor a família é uma instituição social que

REVISTA ELETRÔNICA DIREITO, JUSTIÇA E CIDADANIA FAC SÃO ROQUE

compreende indivíduos ligados entre si por laços consanguíneos, ou seja, os descendentes de um tronco comum, sendo a célula básica de toda e qualquer sociedade, despertando interesse de todos os povos, uma vez que entendê-la é preservar a organização e a continuidade da sociedade e do Estado. (MARKY, 2008, p. 153).

Basicamente a família romana, era composta de um maioral, ou seja, um chefe de família, que seria o homem mais velho da casa que detinha o poder sobre todos os seus membros, que consequentemente deveriam se atentar às regras por ele ditadas.

No Direito Romano, o vocábulo família possuía diversos significados, sendo que essencialmente designava o pai "chefe da família" e o grupo de pessoas submetidos ao poder do chefe, podendo também significar patrimônio familiar ou determinados bens a este pertencentes. (MARKY, 2008, p.153).

O homem era considerado em Roma o chefe político, religioso e juiz; era o *"pater famílias"* que exercia o chamado *"ius vitae ac necis",* direito de vida e morte sobre todos os membros de seu grupo, impondo penalidades e tratando-os como coisas pertencentes ao seu patrimônio. (MARKY, 2008, p. 155).

Assim, independentemente dos conceitos de família dado à época romana é de se destacar que a base do liame familiar são a pessoa e a autoridade do *"pater familias",* que congrega todos os membros.

Ainda na seara da família, cabe mencionar as duas espécies de parentesco existente em Roma, são elas a agnação que vinculava as pessoas que estavam sujeitas ao mesmo poder, inclusive quando não fosse consanguíneos, parentesco este que era transmitido apenas pelos homens; e a cognação que era o parentesco pelo sangue, parentesco este transmitido tanto aos homens como às mulheres, neste era considerado a família como um todo, independente do *"pater famílias".*

Se analisarmos pormenorizadamente à época romana, podemos observar que primariamente levava em consideração 5 (cinco) grupos de pessoas vinculadas pelo casamento ou pelo parentesco, ou seja, 5 (cinco) espécies de famílias. Dentre essas, existia a *"família comuni iure"* que compreendiam as pessoas que, ligadas por parentesco comum, ou seja, descendente de um parente comum estavam sujeitas ao mesmo *"pater famílias";* a *"família proprio iure",* isto é, grupo de pessoas efetivamente sujeitas ao poder do *"pater familias";* a "família natural" que no caso

REVISTA ELETRÔNICA DIREITO, JUSTIÇA E CIDADANIA FAC SÃO ROQUE

referia ao agrupamento dos cônjuges e seus filhos, independentemente de o marido ser ou não o *"pater famílias";* a *"gens"* que era o agrupamento cujos membros julgavam descender de um antepassado comum, antepassado este lendário e imemorável; e o "conjunto de cognados em sentido estrito" aquele agrupamento ligado apenas pelo parentesco consanguíneo. (MOREIRA, 2008, p. 602).

Alguns doutrinadores até mesmo para fins de estudo, dividem a história romana em períodos, analisando detalhadamente cada etapa de sua evolução.

Nesse sentido nos ensinam Alexandre Correia e Gaetano Sciascia, citado por Venosa, que o Direito Romano, sob o prisma do Estado Romano, é dividido em quatro períodos, quais sejam:

> "a) período régio: que vai da data convencional da Fundação de Roma (754 a. C.) até a expulsão dos reis, em 510 a. C; b) período da república, que vai de 510 a. C. até a instauração do Principado com Otaviano Augusto, em 27 a.C.; c) período do Principado: de Augusto até o Imperador Diocleciano, 27ª.C a 284 d.C.; e por fim, d) período da Monarquia Absoluta: de Diocleciano até a morte de Justiniano , em 565 d.C".(VENOSA, 2006, p.36).

Assim, partindo do prisma que Roma é dividido em quatro períodos, cabe ressaltar que em todos os períodos a entidade familiar era observada.

Primariamente, analisando sob o foco do período régio pode-se afirmar que o regime familiar, bem como de toda a comunidade agrícola era patriarcal, sob a chefia de um *"pater familias"* que detinha de poder absoluto sobre a família, assim, em poucas palavras pode-se dizer que nesta época a família era tida como a "mercadoria" do *"pater familias"* que conduzia e fazia o que bem quisesse com seus membros.

Tanto é assim, que diz Silvio de Salvo Venosa:

> "O regime familiar, como de toda comunidade agrícola, era patriarcal, sob a chefia de um 'pater familias' que, depois, iria tomar papel preponderante nas instituições. A princípio o pater familias é não apenas o proprietário do fruto de trabalho da família, como também o senhor dos escravos, de sua mulher e dos filhos, os quais podia vender, como fazia com os frutos agrícolas". (VENOSA, 2006, p. 32).

REVISTA ELETRÔNICA DIREITO, JUSTIÇA E CIDADANIA FAC SÃO ROQUE

Secundariamente analisando sob o período da república, pode-se dizer que o núcleo familiar continua sendo observado sob um mesmo prisma, sendo que neste segundo momento advém à Lei das Doze tábuas, que traz consigo na tábua quarta considerações acerca do "pátrio poder".

Nesse sentido, Silvio de Salvo Venosa transcrevendo a Tábua quarta da Lei das XII Tábuas estabelece:

> "Do pátrio poder e do casamento: 1. É permitido ao pai matar o filho que nasce disforme, mediante o julgamento de cinco vizinhos; 2. O pai terá sobre os filhos nascidos de casamento legítimo o direito de vida e de morte e o poder de vendê-los; 3. Se o pai vendeu o filho três vezes, que esse filho não recaia mais sob o poder paterno; 4.Se um filho póstumo nasceu no décimo mês após a dissolução do matrimônio, que esse filho seja reputado legítimo". (VENOSA, 2006. p. 37).

Assim, como se observara, na transcrição acima do Ilustre doutrinador Venosa, é de ressaltar que da análise à Lei das XII Tábuas se comprova o poder absoluto que o *"pater famílias"* detinha sob os membros de sua família.

Nesta senda diz Silvio de Salvo Venosa:

> "A família da Lei das XII Tábuas é a tradicional família patriarcal em que reina o senhor, "pater famílias", com direito de vida, morte e venda sobre a mulher, escravos e filhos. A mulher fica sempre sob o poder da família do marido; o parentesco e as sucessões são regidos pela linha masculina." (VENOSA, 2006. p. 43).

Além do mais, na Lei das XII Tábuas, além do pai possuir um poder absoluto diante dos membros de sua família, sendo que no caso do poder exercido sobre o seu filho este, só perderia o poder familiar se o vendesse (três) vezes, pode-se afirmar sem sombra de dúvidas, que não havia, proteção dos menores, nem mesmo proteção à dignidade da pessoa humana.

Era uma época antropocentrista, onde o homem era o centro de tudo, e o detentor de poder nada mais importando, ou seja, a família que imperava era a patriarcal.

Sob a análise do período do principado, se observa que foi o período de maior poderio de Roma, onde o monarca assume poderes soberanos, e pouco a

REVISTA ELETRÔNICA DIREITO, JUSTIÇA E CIDADANIA FAC SÃO ROQUE

pouco, as demais instituições perdem sua importância, todavia analisando sob o enfoque do núcleo familiar cabe mencionar que o viés acerca da família continuou o mesmo, baseado na figura do *"pater famílias".*

Por fim, analisando sob o último período, o da monarquia absoluta no que tange ao aspecto familiar, pode-se afirmar que as considerações acerca do "pátrio poder" fora se abrandando sendo que muito embora com viés patriarcal e absoluto, passou a se observar um pouco o direito dos filhos, tendo o "pátrio poder" um viés educativo e levemente corretivo. (ALVES, 2008, p. 621).

Do ponto de vista patrimonial, o pátrio poder implicava a centralização de todos os direitos patrimoniais na pessoa do *"pater famílias",* no direito clássico, apenas o *"pater famílias"* que detinha a capacidade plena para realizar os atos da vida civil, já os demais membros da família não possuíam capacidade para realizar nenhum ato da vida civil, se eles adquirissem alguma coisa automaticamente passaria para o *"pater famílias".* (MARKY, 2008, p. 157).

Quanto à aquisição do "pátrio poder", cabe mencionar que ordinariamente sua fonte era o nascimento do filho havido em justas núpcias, ou seja, decorrente via de regra da filiação legítima; podendo ainda, extraordinariamente, a aquisição dar-se pela adoção. (MARKY, 2008, p. 157).

Em contrapartida no que tange à extinção do "pátrio poder", pode-se afirmar que existem certas hipóteses em que este pode ser perdido. José Carlos Moreira Alves estabelece neste sentido:

> "São causas de extinção da "pátria potestas": a) a morte do "pater famílias"; b) a perda pelo 'pater famílias' da liberdade ou da cidadania; c) em certos casos de indignidade cometida pelo "pater famílias" e taxativamente estabelecidos no direito objetivo; d) o acesso dos "filii familias" a certas dignidades; e) a emancipação." (ALVES, 2008, p.630).

Com base no acima exposto pode-se dizer que diante de algumas circunstâncias podia o *"pater familias"* perder o exercício do pátrio poder, sendo que via de regra tal ocorria quando da sua morte.

2. Evolução Histórica do Núcleo Familiar

REVISTA ELETRÔNICA DIREITO, JUSTIÇA E CIDADANIA FAC SÃO ROQUE

Na Idade Média, o núcleo familiar como um todo era analisado sob um foco restrito, pois, era constituído pelo casamento, onde o homem exercia sua supremacia sobre a mulher, ou seja, o homem era tido como o detentor das prerrogativas advindas com o casamento, pois, o homem possuía total direito sobre sua mulher, seus filhos, seus escravos e seus bens, sendo ainda que exigia obediência a si e respeito aos antepassados. (ARRUDA, 1998, p. 137).

A finalidade essencial da família na Idade Média era a conservação do patrimônio. Assim, frisa-se o casamento que motivava na constituição da família, o que aconteceria através de arranjo entre os familiares, mais precisamente dos pais, levando em conta o dote, e o status social; os noivos não opinavam sobre a escolha, só se conheciam no dia do casamento, tornando-se então família, juntamente com os filhos que viriam, sendo este um objeto ou um utensílio.

Passado o tempo, a Europa obteve seu próprio modelo de família, sendo família burguesa tradicional estruturada com pai, mãe e filhos, sendo o casamento escolha individual e afetiva. A partir daí, a denominação família passou a ser idealizada pela sociedade como no modelo anterior, mas agora ligada pelo laço do amor, o filho era de grande importância aos pais e obtinham maior atenção destes, cabendo às mães a sua educação.

Carlos Roberto Gonçalves comenta que:

> "Durante a Idade Média as relações de família regiam-se exclusivamente pelo direito canônico, sendo o casamento religioso o único conhecido. Embora as normas romanas continuasse a exercer bastante influência no tocante ao pátrio poder e às relações patrimoniais entre os cônjuges, observa-se também a crescente importância de diversas regras de origem germânica". (GONÇALVES, 2005, p. 16).

O papel dos membros familiares foi sendo aos poucos alterado, a mulher cuidava dos filhos, dos afazeres domésticos e das necessidades do marido e ao ultimo caberia o sustento familiar.

Ao observar a época histórica da Idade média, mais precisamente a época iluminista, nota-se a grande influência que forneceu à própria formação de mundo, e à sociedade como um todo.

Diz José Geraldo Vinci de Moraes que:

REVISTA ELETRÔNICA DIREITO, JUSTIÇA E CIDADANIA FAC SÃO ROQUE

> "O Iluminismo teve um papel histórico fundamental para a formação da visão de mundo do homem contemporâneo. Ao propor novos valores baseados na idéia de que a humanidade caminharia no sentido de progresso, da liberdade e da busca da felicidade, correspondeu a uma autêntica revolução na mentalidade... Tradicionalmente, identifica-se o Iluminismo como um movimento intelectual que teve suas origens no século XVII e que se desenvolveu especialmente no século XVIII, o qual é chamado, por isso mesmo, de Século das luzes ou da Ilustração... Foi na fase Iluminista que passou a ser divulgado que os seres humanos possuem direitos naturais, como a liberdade, a vida e a propriedade. Defende o direito à felicidade e da igualdade entre os indivíduos." (MORAES, 2005, p. 178).

Foi nesta época Iluminista que a sociedade passou a entender a importância do pensamento, a fim de se desenvolver junto às influências mundiais; esta época teve grande influência de filósofos que pregavam a importância do raciocínio até mesmo ante a desigualdade existente na sociedade no que tange ao homem e a mulher, foi esta uma fase que muito embora as pessoas notassem desigualdades e necessidade de mudança na família permaneceu o mesmo, uma época um tanto quanto liderada pelo homem como chefe da família, todavia permitindo à mulher dar suas opiniões sobre determinados assuntos sociais.

Com o advento da Revolução Industrial, em meados do séc. XVIII e com sua expansão no século XIX; homem e mulher passaram a disputar lugar no mercado de trabalho, quando então as mulheres também passaram a lutar pelos seus direitos. Esta busca de direitos, ou seja, esta revolução foi além de uma busca social, tendo grande influência no núcleo familiar.

Maria Berenice Dias entende, neste sentido:

> "O núcleo familiar dispunha de perfil hierarquizado e patriarcal. Esse quadro não resistiu à revolução industrial, que fez aumentar a necessidade de mão de obra, principalmente nas atividades terciárias. Assim, a mulher ingressou no mercado de trabalho, deixando o homem de ser a única fonte de subsistência da família, que se tornou nuclear, restrita ao casal e a sua prole. Acabou a prevalência do caráter produtivo e reprodutivo da família, que migrou para as cidades e passou a conviver em espaços menores. Isso levou à aproximação dos seus membros, sendo mais prestigiado o

REVISTA ELETRÔNICA DIREITO, JUSTIÇA E CIDADANIA FAC SÃO ROQUE

> vínculo afetivo que envolve seus integrantes. Existe uma nova concepção da família, formada por laços afetivos de carinho, de amor". (DIAS, 2009, p. 28).

O primitivo modelo de família que era baseado no casamento, em que o homem tinha o poder absoluto sobre a família foi tornando cada vez mais ultrapassado na sociedade.

A família é uma construção social organizada através de regras culturalmente elaboradas que formam modelos de comportamento. Dispõe de estruturação psíquica na qual todos os membros ocupam um lugar, ou seja, lugar do pai, lugar da mãe, lugar dos filhos.

Historicamente a família sempre esteve ligada à idéia de instituição sacralizada e indissolúvel. A ideologia patriarcal somente reconhecia a família matrimonializada, hierarquizada, patrimonializada e heterossexual, atendendo à moral conservadora de outra época.

Tanto é assim, que quando da edição do Código Civil de 1916, era de tal ordem a sacralização da família, que havia um único modo de se constituir: pelo casamento. A família tinha viés patriarcal, e as regras legais refletiam esta realidade. (DIAS, 2009, p. 30).

Há de se ressaltar que esta visão do Código Civil de 1916 advém de sua própria origem, vez que, este fora escrito no inicio do século XX, uma época em que imperava uma sociedade extremamente patrimonialista, onde até havia proteção à família, todavia esta proteção não se referia a proteção da pessoa em si, ou seja, dos membros da relação familiar como sujeito de direitos e deveres, mas sim em relação ao patrimônio, a família era protegida com base num tríduo que era a família, a propriedade e o contrato, sempre com um viés patrimonial.

Hoje em dia, após o advento do Código Civil de 2002, esta idéia de formação de família se revolucionou, deixando o casamento de ser o único marco a identificar a existência de uma família.

Com o passar do tempo o legislador foi notando que o princípio, o viés patrimonial existente quando do Código Civil de 1916 já não mais atendia às necessidades da sociedade, já não fazia jus continuar protegendo a família com relação ao patrimônio; até mesmo em decorrência do advento da Constituição Federal de 1988, se viu a necessidade de proteger a família além da base

REVISTA ELETRÔNICA DIREITO, JUSTIÇA E CIDADANIA FAC SÃO ROQUE

patrimonial, o legislador foi observando que era necessária proteção da pessoa em si como sujeito de direitos e deveres.

Assim, quando da própria escrita e promulgação do Código Civil de 2002, se viu a necessidade de proteger o ser humano, deixando de ter o código a visão "patrimônio", mas sim a visão "proteção da pessoa humana". Tanto é assim, que da análise do Código Civil de 2002 verifica-se que o referido diploma legal traz já em seu livro I tratativas sobre a pessoa humana sendo que, o patrimônio até é protegido, mas não considerado superior à proteção da pessoa.

A nossa atual Carta Magna de 1988 alargou o conceito de família para além do casamento; passando a considerar como entidade familiar relacionamentos outros; sendo assegurada especial proteção tanto aos vínculos monoparentais – formados por um dos pais com seus filhos, como a união estável – relação de um homem e uma mulher não sacralizada pelo matrimônio.

A visão acerca do núcleo familiar nos nossos dias mudou, o seu principal papel na sociedade hoje observado é o de suporte emocional do individuo onde cada pessoa continua na busca pelo afeto, solidariedade, lealdade, confiança, respeito e amor, ou seja, os direitos fundamentais da constituição do seio familiar.

Aquela visão observada nos tempos antigos hoje em dia não mais existe, muito embora quando imaginávamos a família nos vinha à mente a família constituída pelo casamento, bem como a família patriarcal onde figurava o pai na figura central da direção da família, na companhia de sua esposa, seus filhos, genros, noras e netos, atualmente esta visão hierarquizada não existe mais.

Segundo nos ensina Rosana Facchin, citada por Maria Berenice Dias, essa nova forma de família, reconhecida atualmente, buscam construir uma história comum, na qual existe comunhão afetiva e cuja ausência implica a falência do projeto de vida. (DIAS, 2009, p. 44).

3. Família no Direito Civil Brasileiro

Conforme já analisado nas páginas anteriores, a família foi gradativamente se evoluindo, sofrendo grandes mutações ao longo dos séculos. Modernamente falando há de ressaltar que houve grande mudança no que tange à época em que vigia o Código Civil de 1916 e o advento do Código Civil de 2002.

REVISTA ELETRÔNICA DIREITO, JUSTIÇA E CIDADANIA FAC SÃO ROQUE

Carlos Roberto Gonçalves estabelece nesse sentido:

> "O Código Civil de 1916 e as leis posteriores, vigentes no século passado, regulavam a família constituída unicamente pelo casamento, de modelo patriarcal e hierarquizada, ao passo que o moderno enfoque pelo qual é identificada tem indicado novos elementos que compõem as relações familiares, destacando-se os vínculos afetivos que norteiam a sua formação". (GONÇALVES, 2005, p. 16).

A família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social; sem sombra de dúvidas trata-se de instituição necessária e sagrada para desenvolvimento da sociedade como um todo, instituição esta merecedora de ampla proteção do Estado. (GONÇALVES, 2005, p. 1).

O Código Civil procurou atualizar os aspectos essenciais do direito de família, instituído com base em nossa atual Carta Magna, garantidora de nossos direitos, preservando a estrutura anterior do Código Civil, todavia, com a devida incorporação as mudanças legislativas ocorridas por meio da legislação esparsa. (DIAS, 2009, p. 31).

O ilustre doutrinador Silvio de Salvo Venosa, em seu estudo acerca do núcleo familiar bem afirma:

> "O Direito Civil moderno apresenta como regra geral, uma definição restrita, considerando membros da família as pessoas unidas por relação conjugal ou de parentesco". (VENOSA, 2008, p. 1).

Nestes termos observa-se que a família, é um fenômeno fundado em dados biológicos, psicológicos e sociológicos regulados pelo direito.

A princípio, a sociedade só aceitava a família constituída pelo matrimônio sendo que, a lei apenas tratava sobre o casamento, relações de filiação e o parentesco; todavia devido à constante mutação do seio familiar, e tendo em vista que cabe ao Estado, o dever jurídico constitucional de implementar as medidas necessárias para a constituição e desenvolvimento das famílias, surgiu ao longo da história humana o reconhecimento de relações extramatrimoniais.

REVISTA ELETRÔNICA DIREITO, JUSTIÇA E CIDADANIA FAC SÃO ROQUE

Dentre as relações extramatrimoniais afirmar-se que atualmente o núcleo familiar, pode ser formado pela união estável, pela união de um dos pais com seus descendentes (famílias monoparentais), e até mesmo pela união homoafetiva. No que tange a esse ultimo, muito embora, trata-se de tema omisso na lei, é sem sombra de dúvida muito discutido pela doutrina e jurisprudência e pela doutrina, devido à sua própria existência na sociedade.

3.1. Noção de direito de família

O direito de família é um ramo do direto civil com características peculiares, integrado pelo conjunto de normas que regulam as relações jurídicas familiares, orientado por elevados interesses morais, culturais, sociais, ou seja, voltado ao desenvolvimento da sociedade.

3.2. Conteúdo do direito de família

O direito de família nasce do fato de uma pessoa pertencer à determinada família, na qualidade de cônjuge, pai, filho, ou seja, como membro constituinte de uma família. O que prevalece no direito de família é seu conteúdo personalíssimo, focado numa finalidade ética e social, direito esse que se violado poderá implicar na suspensão ou extinção do poder familiar, na dissolução da sociedade conjugal, ou seja, propriamente nos direitos exercidos pelos membros de uma família na sociedade. (GONÇALVES, 2005, p. 2).

Assim, o conteúdo do direito de família, foca no estudo acerca do casamento, união estável, filiação, alimentos, pátrio poder, entre outros.

Maria Berenice Dias bem destaca:

> "O direito das famílias- por estar voltado à tutela da pessoa – é personalíssimo, adere indelevelmente à personalidade da pessoa em virtude de sua posição na família durante toda a vida. Em sua maioria é composto de direitos intransmissíveis, irrevogáveis, irrenunciáveis e indisponíveis." (DIAS, 2009, p. 35).

Assim, nos dizeres da ilustre doutrinadora, pode-se afirmar sem sombra de dúvidas que, por exemplo, no que tange ao poder familiar, trata-se de um direito que ninguém pode ceder ou renunciar, assim como também o direito da filiação assim o

REVISTA ELETRÔNICA DIREITO, JUSTIÇA E CIDADANIA FAC SÃO ROQUE

é; enfim, são vários os direitos, que se analisados sob o foco familiar, constataremos que tratam de direitos com peculiaridades próprias e irrenunciáveis.

3.3. Princípios do direito de família

O Código Civil atual buscando a adaptação à evolução social e bons costumes, incorporando as mudanças legislativas sobrevindas, adveio com ampla regulamentação dos aspectos essenciais do direito de família à luz dos princípios e normas constitucionais.

Carlos Roberto Gonçalves bem enfatiza:

> "As alterações introduzidas visam preservar a coesão familiar e os valores culturais, conferindo-se à família moderna um tratamento mais consentâneo à realidade social atendendo-se às necessidades da prole e de afeição entre os cônjuges e os companheiros e aos elevados interesses da sociedade". (GONÇALVES, 2005, p. 6).

Os princípios do direito de família têm como fonte essencial, a nossa Carta Maior de 1988, sendo que por vezes até são chamados de princípios constitucionais, vez que, advindos com base em nossa carta maior garantidora de nossos direitos fundamentais.

Acima das regras legais, existem princípios que incorporam as exigências de justiça e de valores éticos que constituem o suporte axiológico, conferindo coerência interna e estrutura harmônica a todo o sistema jurídico. Os princípios pairam sobre toda a organização jurídica, e frise-se devem ser observados até mesmo além das normas.

Segundo Paulo Bonavides, in Dias, nos ensina:

> "Os princípios constitucionais foram convertidos em alicerce normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico do sistema constitucional, o que provocou sensível mudança na maneira de interpretar a lei". (DIAS, 2009 p. 56).

Inúmeros são os princípios que englobam o direito de família, não havendo como precisar o seu número mínimo, sendo que cada autor traz ao estudo os princípios que entendem que englobam o assunto.

REVISTA ELETRÔNICA DIREITO, JUSTIÇA E CIDADANIA FAC SÃO ROQUE

3.3.1. Principio da dignidade da pessoa humana

Tal princípio da à garantia do pleno desenvolvimento dos membros da comunidade familiar.

Conforme bem estabelecido em nossa Carta Magna, trata-se de um direito constitucional elencado no artigo 1°, inciso III da Constituição Federal, ou seja, uma garantia a todos os cidadãos.

Assim, nesse sentido vale mencionar que a dignidade humana entre os membros da entidade familiar, passou a ser observada após a Constituição Federal de 1988, sendo que antes disto embora discussões acerca do tema de nada tinha valia. Pode-se dizer que o princípio da dignidade humana é a base para que haja boa convivência entre os membros da entidade familiar; pois, com base nesse princípio que adveio os demais princípios do direito de família, há que se ressaltar que o respeito à dignidade humana é à base de nossos direitos, vez que, dizer que vivemos dignamente é dizer que cada um está obedecendo a seus limites a fim de proporcionar uma boa relação familiar.

Trata-se de um princípio garantido constitucionalmente, no que tange ao Estado, pode-se dizer que este, tem não apenas o dever de abster de atitudes que ferem a dignidade humana, mas também o dever de proporcionar meios existenciais para que cada ser humano viva de forma digna (DIAS, 2009, p. 62).

E, não é só, em consonância com o que estabelece o art. 227 da Constituição Federal, o princípio da dignidade humana é à base da comunidade familiar, referente ao direito de todos os membros e em especial à criança e ao adolescente ter meios para que vivam de forma digna e tenham um bom desenvolvimento junto à sociedade.

3.3.2. Princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e companheiros

O princípio da igualdade, conforme é de observar adveio com a Constituição Federal, sendo aplicados na mesma acepção ao direito de família, cabe nesse sentido apenas uma ressalva; o Ilustre Rui Barbosa já dizia que devem ser tratados iguais os iguais e desiguais os desiguais na exata medida de sua igualdade ou desigualdade, vez que, tratar os iguais com desigualdade ou a desiguais com

REVISTA ELETRÔNICA DIREITO, JUSTIÇA E CIDADANIA FAC SÃO ROQUE

igualdade de modo algum seria igualdade real, mas sim desigualdade. (DIAS, 2009, p. 64).

Maria Helena Diniz bem ressalta acerca desse princípio:

> "Com este princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e companheiros, desaparece o poder marital, e a autocracia do chefe de família é substituída por um sistema em que as decisões devem ser tomadas de comum acordo entre conviventes ou entre marido e mulher, pois os tempos atuais requerem que marido e mulher tenham os mesmos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal, o patriarcalismo não mais se coaduna com a época atual, nem atende aos anseios do povo brasileiro; por isso juridicamente, o poder de família é substituído pela autoridade conjunta e indivisiva, não mais se justificando a submissão legal da mulher. Há uma equivalência de papéis, de modo que a responsabilidade pela família passa a ser dividida igualmente entre o casal.". (DINIZ, 2008, p. 19).

Com base no acima mencionado, pela Ilustre doutrinadora Maria Helena Diniz bem como ao estudo referente ao assunto observa-se que sem sombra de dúvidas, a partir do momento que surgiu o princípio de igualdade entre os cônjuges e companheiros a idéia de poder absoluto do *"pater familias"* foi se alterando, foi à chave para a evolução acerca do poder familiar; a partir do princípio da igualdade homem e mulher passaram a ter os mesmos direitos e deveres principalmente na esfera de direção da família; sendo ainda, que ambos os pais tem o mesmo direito e poder de direção dos filhos, devendo-lhes conferir em condição de igualdade direito à educação, alimentação, saúde, ou seja, tem por dever conduzir a família no mesmo patamar dando aos filhos a base necessária para o desenvolvimento junto à sociedade.

Este princípio da igualdade dos cônjuges e companheiros é um princípio já consagrado na Constituição Federal, em diversos artigos, conforme abaixo citados:

> "Art. 5°: 'Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza... I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações nos termos desta constituição'.
> Art. 226: 'A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado... § 5° os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher'".

REVISTA ELETRÔNICA DIREITO, JUSTIÇA E CIDADANIA FAC SÃO ROQUE

Na esfera familiar o Código Civil ressaltou a igualdade dos cônjuges no artigo 1.511 que bem estabelece:

> "O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges."

Assim, ressalta-se o princípio da igualdade já consagrado na Constituição Federal e bem recepcionado pelo Código Civil, garantindo aos membros da família, igualdade de direitos e deveres, sendo que tanto a mulher como o homem tem igual direito de direção da família.

3.3.3. Princípio da igualdade jurídica de todos os filhos

O princípio da igualdade jurídica de todos os filhos é um princípio constitucional consagrado na Constituição Federal, em seu artigo 227, § 6°, abaixo retro-transcrito; princípio este decorrente do princípio da dignidade humana, cujo objetivo é ressaltar o direito de tratamento igualitário de todos os filhos.

> "Os filhos havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação".

Assim, observa-se que os filhos devem ter tratamento isonômico, não permitindo a lei qualquer distinção entre os filhos, referido princípio é bem recepcionado pelo Código Civil que trata com mais vagar acerca do tema em seus artigos 1.596 a 1.629.

Maria Helena Diniz em seu estudo bem ressalta:

> "Com base nesse princípio da igualdade jurídica de todos os filhos, não se faz distinção entre filho matrimonial, não-matrimonial ou adotivo quanto ao poder familiar, nome e sucessão; permite-se o reconhecimento de filhos extramatrimoniais e proíbe-se que se revele no assento de nascimento a ilegitimidade simples ou espuriedade". (DINIZ, 2008, p. 27).

REVISTA ELETRÔNICA DIREITO, JUSTIÇA E CIDADANIA FAC SÃO ROQUE

A distinção havida inicialmente, entre filhos não existe mais, pois, os filhos advindos ou não do casamento serão tratados igualmente, não mais permitindo a lei distinção quanto à legitimidade ou não; ressalte-se: todos sendo filhos são iguais, merecendo direitos e deveres na mesma proporção.

3.3.4. Princípio do pluralismo familiar

O princípio do pluralismo familiar refere-se à diversidade de hipóteses de constituição de comunhão familiar, podendo o núcleo familiar ser constituído não apenas pelo casamento, mas também por maneiras diversas.

Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho, in Dias, nos ensina:

> "O princípio do pluralismo das entidades familiares é encarado como o reconhecimento pelo Estado da existência de várias possibilidades de arranjos familiares". (DIAS, 2009, p. 66).

Conforme já anteriormente mencionado a sociedade e até mesmo a própria família vive em constante mutação, o que acaba por gerar novas buscas para novos conceitos, princípios e leis que disciplinem o assunto; tanto é assim, que se analisarmos a própria evolução do direito de família, observamos que primeiramente a única maneira de se constituir família era através do matrimônio; após, decorrido certo lapso temporal se viu a necessidade de ir além, quando então passou a ser reconhecida à união estável; assim, observamos que este princípio da pluralidade familiar abarca essa diversidade de entidades familiares, sendo ainda que muito embora anteriormente fosse raro, hoje é comum vermos familias monoparentais, onde um membro da família seja ele o pai ou a mãe convive sozinho com seu filho.

3.3.5. Princípio da liberdade de constituir uma comunhão de vida familiar

O princípio da liberdade de constituir uma comunhão de vida familiar refere-se à amplitude e liberdade das pessoas em constituir uma comunhão familiar; diferindo do principio do pluralismo familiar que refere as modalidades de constituição e não da possibilidade e vontade de querer ou não constituir núcleo familiar.

Conforme Maria Helena concluiu em seu estudo:

REVISTA ELETRÔNICA DIREITO, JUSTIÇA E CIDADANIA FAC SÃO ROQUE

> "O princípio da liberdade refere-se ao livre poder de formar comunhão de vida, a livre decisão do casal no planejamento familiar, a livre escolha do regime matrimonial de bens, a livre aquisição e administração do poder familiar, bem como a livre opção pelo modelo de formação educacional, cultural e religiosa da prole". (DINIZ, 2008, p. 27).

No que tange ao princípio da liberdade de constituir comunhão plena de vida pode-se dizer que refere à livre iniciativa das pessoas de constituir família, e as dirigir do modo que melhor convier, sendo que é vedado ao Estado qualquer intervenção no que tange à constituição familiar, cabendo ao Estado apenas o fornecimento de meios educacionais e científicos a fim de proporcionar tal direito.

3.3.6. Principio da consagração do poder familiar

Conforme já salientado em momento anterior, o poder familiar, que antigamente era chamado pátrio poder também passou a ter novo conceito e nova aplicação, sendo que aquele princípio de superioridade do *"pater familias"* ou até mesmo o exercício absoluto do poder marital passou a ficar de lado; sendo consagrado o poder familiar após o advento do código civil de 2002, em seus artigos 1.630 a 1.638.

A Ilustre doutrinadora Maria Helena Diniz em seu estudo acerca do assunto bem estabelece:

> "O princípio da consagração do poder familiar, substituindo o marital e o paterno, no seio da família, é atualmente considerado poder-dever de dirigir a família e exercido conjuntamente por ambos os genitores". (DINIZ, 2008, p.23).

Conforme acima estabelece este princípio direciona aos pais o poder-dever quanto à direção da família.

3.3.7. Princípio do superior interesse da criança e do adolescente

Segundo Maria Helena Diniz tal princípio, permite o pleno desenvolvimento da personalidade da criança e do adolescente e é a diretriz solucionadora de questões conflitivas advindas da separação ou divórcio dos genitores. (DINIZ, 2008, p. 23).

Este princípio está consagrado no art. 227, "caput" da Constituição Federal, que diz:

REVISTA ELETRÔNICA DIREITO, JUSTIÇA E CIDADANIA FAC SÃO ROQUE

> "É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança a 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".

Ante a vulnerabilidade e fragilidade da criança e do adolescente, sendo estes pessoas em desenvolvimento, os faz destinatários de um tratamento especial. (DIAS, 2009, p. 67).

3.3.8. Princípio da afetividade

O princípio da afetividade tem grande influência com o princípio da dignidade da pessoa humana, pois, é à base do respeito à dignidade da pessoa humana, o princípio norteador das relações familiares e da solidariedade familiar.

Referido princípio nos leva a entender que o fundamento básico do casamento e da vida conjugal é a afeição entre os cônjuges e a necessidade de que perdure completa comunhão de vida. (DINIZ, 2008, p. 19).

Nesse sentido, quando de seu estudo acerca do afeto, o Dr. Sérgio Resende de Barros comenta:

> "O direito ao afeto é a liberdade de afeiçoar-se um indivíduo a outro. O afeto ou afeição constitui, pois, um direito individual: uma liberdade que o Estado deve assegurar a cada indivíduo, sem discriminações, senão as mínimas necessárias ao bem comum de todos" (IBDFAM, 2002).

Assim, observa-se que o princípio da afetividade ante ao núcleo familiar é de grande importância, tanto é assim, que a doutrinadora Maria Berenice Dias afirma ser este princípio o norteador do direito das famílias. (DIAS, 2009, p. 71).

3.3.9. Princípio da solidariedade familiar

Maria Berenice Dias entende existir o princípio da solidariedade familiar; princípio este, que segundo ela baseia-se na acepção comum da palavra, ou seja, compreende a própria fraternidade e a reciprocidade, sim a solidariedade que cada

REVISTA ELETRÔNICA DIREITO, JUSTIÇA E CIDADANIA FAC SÃO ROQUE

membro deve observar, afirmando ainda que este princípio tenha origem nos vínculos afetivos. (DIAS, 2009, p. 66).

A solidariedade social é reconhecida como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil pelo art. 3º, inc. I, da Constituição Federal de 1988, no sentido de buscar a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Por razões óbvias, esse princípio acaba repercutindo nas relações familiares, já que a solidariedade deve existir nesses relacionamentos pessoais.

4. Poder Familiar – Conceito, Características e Titularidade

Em consonância com o já ressaltado nas linhas iniciais deste trabalho a expressão "poder familiar" é nova, corresponde ao antigo pátrio poder, termo que remonta ao direito romano: *"pater potestas"* – direito absoluto e ilimitado conferido ao chefe da organização familiar sobre a pessoa dos filhos.

Washington de Barros Monteiro bem relembra:

> "Modernamente, o poder familiar despiu-se inteiramente do caráter egoístico de que se impregnava. Seu conceito na atualidade, graças à influência do cristianismo é profundamente diverso. Ele constitui presentemente um conjunto de deveres, cuja base é nitidamente altruística." (MONTEIRO, 2007, p. 347).

Realmente, conforme Washington de Barros de Barros bem observou, o conceito primitivo que era dado ao poder familiar, teve uma grande mudança, pois, atualmente, devido influências religiosas bem como a própria busca da sociedade em melhora, e com o advento da Constituição Federal de 1988, bem como o Código Civil atual, os filhos passaram de objetos a sujeitos de direitos, o poder familiar passou a ser visto sob o foco de direito dos filhos, onde trouxe aos pais, ou seja, não apenas ao pai, mas também a mãe o dever de dirigir a família e trazer condições dignas para o seu desenvolvimento; ou seja, em poucas palavras pode-se afirmar que tal poder traduz-se num conjunto de responsabilidades e direitos que envolvem a relação entre pais e filhos.

Nesse sentido, Nelson Godoy Bassil Dower, assim conceitua o poder familiar:

REVISTA ELETRÔNICA DIREITO, JUSTIÇA E CIDADANIA FAC SÃO ROQUE

> "Quem exerce o poder familiar responderá pelos atos do filho menor não emancipado que estiver em seu poder e em sua companhia, pois, 'como tem obrigação de dirigir a sua educação deverá sobre ele exercer vigilância'. É óbvio que o filho, por sua vez e para que a referida vigilância seja completa, deva obediência e respeito aos pais. Esse conjunto de obrigações e direitos concedidos por lei aos pais denomina-se poder familiar." (DOWER, 2006, p. 210).

Faticamente é de se observar que o legislador buscou ao substituir a expressão "pátrio poder" para "poder familiar" ressaltar além do poder de mando dos pais sobre os filhos, ou seja, quis enfatizar, os deveres dos pais, deveres estes de prover aos filhos educação, vida digna, respeito e direito à convivência familiar, segurança, entre outros.

O poder familiar refere-se ao dever dos pais de proporcionar que os filhos se desenvolvam dignamente. Conforme nos mostra o artigo 1.630 do Código Civil, os filhos enquanto menores estão sujeitos ao poder familiar dos pais, sim os pais têm o dever de proteger os filhos enquanto menores. Vale ressaltar que, conforme já mencionado em momento anterior quando se fala em filhos, abrange todos os filhos, não havendo diferenciação quanto ao filho ser adotado, ser do casal, ou ser de outro casamento, o fato é que todos os filhos devem ser protegidos em patamar de igualdade.

Os pais devem exercer este poder familiar sobre os filhos menores, em regime de absoluta igualdade, sendo que em consonância com o disposto no artigo 1.631 do Código Civil sejam os pais casados, ou em união estável terão os mesmos deveres sobre os filhos, vez que, o objetivo é a proteção dos filhos enquanto menores; sendo ainda que em ultima hipótese, ou seja, na falta ou impedimento de um dos genitores o outro poderá exercer o poder familiar com exclusividade.

O poder familiar é sempre trazido como exemplo de noção de poder-função ou direito-dever, consagradora da teoria funcionalista das normas de direito das famílias: poder que é exercido pelos genitores, mas que serve ao interesse do filho. (DIAS, 2009, p. 383).

Pode se afirmar com base no artigo 1.631 parágrafo único do Código Civil, que apenas havendo divergência entre os pais quanto ao exercício do poder familiar que o juiz poderá intervir para solucionar o desacordo, lembrando que o mesmo observará sempre o melhor interesse à criança e ao adolescente.

REVISTA ELETRÔNICA DIREITO, JUSTIÇA E CIDADANIA FAC SÃO ROQUE

Quanto à observância ao artigo 1.632 do Código Civil, verifica-se que mesmo havendo separação judicial, dissolução da união estável, ou divórcio, o poder familiar dos pais sobre os filhos deverão ser observado no mesmo sentido, pois, quando se fala em poder familiar refere-se ao interesse do filho.

Assim, a única coisa que poderá eventualmente ocorrer é a guarda dos filhos ficar com um dos genitores, e não o exercício do poder familiar ficar com um dos cônjuges.

A guarda absorve apenas alguns aspectos do poder familiar, sendo que a falta de convivência sobre o mesmo teto não limita nem exclui o poder-dever dos pais, que permanece íntegro, exceto quanto ao direito de terem os filhos em sua companhia. Como o poder familiar é um complexo de direitos e deveres a convivência dos pais não é requisito para sua titularidade. (DIAS, 2009, p.387).

Tendo em vista que quando falamos em poder familiar temos em mente à proteção dos filhos, vale lembrar que com o advento da lei 11.698 de 2008, o legislador achou por bem trazer à realidade brasileira a possibilidade da guarda compartilhada entre os genitores, sendo que sempre que possível é esta orientação que o juiz dá aos pais quando da separação, divórcio ou dissolução da união estável, a fim de proporcionar a eles plena convivência com ambos os genitores bem como o exercício do poder familiar de forma plena.

Quando do estudo acerca do poder familiar, mais precisamente no que se refere ao artigo 1.633 do Código Civil Washington de Barros Monteiro afirma que:

> "O filho não oriundo de casamento, não reconhecido pelo pai, fica sob o exclusivo poder materno. Se, porém, a mãe não for conhecida, ou capaz de exercer o poder familiar, dar-se-á tutor ao menor, podendo também ocorrer a sua adoção. Se ambos o reconheceram ficará sob a guarda da mãe". (MONTEIRO, 2007, p. 349).

O relato acima descrito significa que, via de regra o filho ficará sob o exercício do poder familiar do pai e da mãe, sendo que excepcionalmente havendo a falta do reconhecimento do pai, o filho ficará sob o poder familiar maternal, ou ainda na ausência da mãe ficará sob o poder familiar de um tutor.

REVISTA ELETRÔNICA DIREITO, JUSTIÇA E CIDADANIA FAC SÃO ROQUE

No entender de Maria Helena Diniz, o poder familiar se resume a seis características chaves que o definem de forma clara, são os seus dizeres:

> "O poder familiar constitui um múnus publico, isto é, uma espécie de função correspondente a um cargo privado, sendo o poder familiar um direito-função e um poder-dever,... é irrenunciável, pois os pais não podem abrir mão dele; é inalienável ou indisponível, no sentido de que não pode ser transferido pelos pais a outrem, a título gratuito ou oneroso, salvo caso de delegação do poder familiar, desejadas pelos pais ou responsáveis para prevenir a ocorrência de situação irregular do menor,... é imprescritível, já que dele não decaem os genitores pelo simples fato de deixarem de exercê-lo, sendo que somente poderão perdê-lo nos casos previstos em lei; é incompatível com a tutela, não podendo nomear tutor a menor cujo pai ou mãe não foi suspenso ou destituído do poder familiar; conserva, ainda, a natureza de uma relação de autoridade por haver vínculo de subordinação entre pais e filhos, pois os genitores têm poder de mando e a prole o dever de obediência." (DINIZ, 2008, p. 539).

Conforme acima exposto o poder familiar sendo um poder-dever é irrenunciável, inalienável, indisponível e imprescritível não podendo os pais abrir mão dele facultativamente.

4.1. Conteúdo do poder familiar

Foram ditas reiteradas vezes que o poder familiar é representado por conjunto de regras que englobam direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa dos filhos bem como aos bens dos filhos, assim, para uma melhor compreensão passaremos ao estudo pormenorizado acerca do tema. (GONÇALVES, 2005, p. 362).

4.1.1. Conteúdo do poder familiar quanto à pessoa dos filhos

Estabelece o artigo 1.634 do Código Civil no que tange à competência dos pais em relação aos filhos:

> "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

REVISTA ELETRÔNICA DIREITO, JUSTIÇA E CIDADANIA FAC SÃO ROQUE

> testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou sobrevivo não puder exercer o poder familiar; V – representá-los, até aos 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; e VII- exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição".

A Ilustre doutrinadora Maria Berenice Dias quando de seu estudo acerca do exercício do poder familiar fez uma crítica ao artigo acima mencionado, ressaltando: "nesse extenso rol não consta o que talvez seja o mais importante dever dos pais com relação aos filhos: o dever de lhes dar amor, afeto e carinho" (DIAS, 2009, p. 388).

Em contrapartida outros doutrinadores, como Washington de Barros Monteiro, Silvio Rodrigues, Carlos Roberto Gonçalves, entendem que dentre o extenso rol do artigo 1.634 do Código Civil o mais importante dever dos pais, é o de dirigir a criação e educação; se posicionam os referidos doutrinadores no sentido de que cabe aos pais o devido zelo não apenas pelo sustento dos filhos, como também pela sua formação, a fim de torná-los úteis a si, à família e à sociedade, a fim de que cresçam pessoas dignas e capazes de um bom convívio junto à sociedade. (GONÇALVES, 2005, p. 363).

Cabe ressaltar ainda nesse sentido, que a inobservância dos pais deste dever pode resultá-los até mesmo na destituição ou perda do poder familiar; vez que, fornecer educação e dirigir à educação dos filhos é dever, ou seja, obrigação e não faculdade.

Neste sentido Pontes de Miranda, in Gonçalves, bem ressalta e nos ensina:

> "Não há empeço a que os pais designem pessoa ou instituição que cuide da educação de seus filhos, especialmente em sua ausência, visto que o direito de educar é intransferível, mas o exercício não". (GONÇALVES, 2005, p. 363).

Com base no acima exposto é de ressaltar o caráter de intransferência do dever de educar e criar os filhos, sendo que, os pais, até tem a faculdade de escolher onde eles irão estudar e o que vão estudar desde que, atentem a este

REVISTA ELETRÔNICA DIREITO, JUSTIÇA E CIDADANIA FAC SÃO ROQUE

dever, ou seja, proporcionem estudo e boa criação a fim de dar à oportunidade aos filhos de se desenvolverem e ajudá-los na construção de sua própria liberdade.

O poder familiar engloba não apenas o dever de fornecer alimentos, mas também o dever de fornecer e apoiar os filhos na escola, fornecer educação adequada, tendo os pais o dever de manter os filhos na escola; pois, é o ensino reconhecido como um direito subjetivo público é dever do Estado e da família promovê-lo e incentivá-lo.

Encontra-se elencado no artigo 1.634 do Código Civil o dever dos pais de ter os filhos em sua companhia e guarda, este dever tem grande relação com o dever dos pais de criar os filhos vez que, a quem compete criar incumbe igualmente guardar.

Assinala Pontes de Miranda, na obra de Carlos Roberto Gonçalves:

> "o pai não poderia bem prover à educação do filho, sem ter o direito de obrigá-lo a residir na casa paterna, ou em qualquer lugar que lhe aprouvesse, como colégio, escola de artífices, etc.; fixa-lhe as horas de trabalho e estudo proibir-lhe diversões licenciosas, determinar o momento em que se deve recolher etc. O conjunto desses pequenos direitos paternos é o que constitui o dever do filho de ficar na companhia e sob a guarda do seu pai." (GONÇALVES, 2005, p. 364).

Muito embora já mencionado, cabe ressaltar que no caso de pais separados, divorciados, ou mesmo no caso de dissolução de união estável, atualmente a orientação dos julgadores vem sendo na possibilidade de guarda compartilhada sempre que possível, a fim de possibilitar a ambos os pais o exercício da guarda.

No tocante ao dever de sustento e guarda há de ressaltar que conforme o disposto no artigo 1.703 do Código Civil cabe a ambos os pais o dever de contribuir para o sustento e mantença dos filhos na proporção de seus recursos.

No inciso III do artigo 1.634 em estudo, nos mostra que cabe aos pais dar ou negar consentimento para o filho menor se casar; tendo em vista que os filhos menores são absolutamente incapazes até os 16 (dezesseis) anos de idade, e relativamente incapazes até os 18 (dezoito) anos de idade, estes não podem praticar os atos da vida civil sem a devida representação ou assistência dos pais, assim não seria diferente no que tange ao casamento, devendo para tanto conforme

REVISTA ELETRÔNICA DIREITO, JUSTIÇA E CIDADANIA FAC SÃO ROQUE

mencionado, ter a autorização dos pais ou responsável para que o seu casamento tenha validade.

Bem ensina Carlos Roberto Gonçalves, no que tange a esta faculdade dos pais de dar ou não consentimento para os filhos se casarem:

> "Pressupondo que ninguém poderá manifestar maior interesse pelo filho do que os seus pais, daí a prerrogativa a eles concedida. O consentimento tem de ser específico, para o casamento com determinada pessoa, não manifestando em termos gerais." (GONÇALVES, 2005. p.365).

Todavia, cabe nesse sentido uma ressalva, vez que o consentimento dos pais poderá em ultima hipótese ser suprido judicialmente. (RODRIGUES, 2008, p. 361).

Ainda cabe aos pais nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se um dos pais não lhe sobreviver, ou sobrevivo não puder exercer o poder familiar; mais uma vez procurou o legislador se posicionar no sentido de que ninguém melhor do que os pais para escolher a pessoa a quem confiar à tutela do filho menor.

É dever dos pais representarem os filhos até os 16 anos ou assistirem após essa idade nos atos em que forem parte; bem, este dever nos leva ao mesmo entendimento no que tange à aceitação ou não dos filhos casarem, conforme já mencionado acima e até nos mostra os artigos 3° e 4° do Código Civil que os menores de 16 anos são considerados absolutamente incapazes para todos os atos da vida civil e os maiores de 16 anos e menores de 18 anos são considerados relativamente incapazes para a prática dos atos da vida civil.

Cabe aos pais em consonância com o que estabelece o inciso VI do artigo 1.634, reclamá-los de quem ilegalmente os detenha, o que será feito através de ação de busca e apreensão, de modo a viabilizar aos pais o exercício do direito e dever de ter os filhos em sua companhia e guarda. (GONÇALVES, 2005, p. 366).

O inciso VII do artigo 1.634, nos mostra que é dever dos pais exigirem que os filhos lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição, pois, este inciso em especifico é não apenas um dever mas também um direito dos pais em relação aos filhos menores.

4.1.2. Conteúdo do poder familiar quanto aos bens dos filhos

REVISTA ELETRÔNICA DIREITO, JUSTIÇA E CIDADANIA FAC SÃO ROQUE

Dispõe o artigo 1.689 do Código Civil:

> "O pai e a mãe enquanto no exercício do poder familiar: I- são usufrutuários dos bens dos filhos; II- tem a administração dos bens dos filhos menores sob sua autoridade".

Conforme já reiteradas vezes mencionado os filhos menores não tem capacidade ao menos plena para realizar atos da vida civil, sendo que em algumas hipóteses são assistidos ou representados pelos pais e no que tange aos bens não seria diferente; sendo que os bens que eventualmente adquirirem seja por doação ou herança deveram ser administrados pelos genitores ou responsáveis.

Silvio Rodrigues afirmou quando de seu estudo acerca do tema que:

> "Dentro da esfera patrimonial o primeiro dever imposto aos pais, no exercício do poder familiar é o de administrar os bens dos filhos". (RODRIGUES, 2008, p. 364).

Cabe aos pais a prática de atos idôneos à conservação dos bens que aos filhos pertencem, ou seja, os pais têm de cuidar e preservar o patrimônio dos filhos; podendo ainda celebrar contratos como o de locação de imóveis, pagarem impostos, defende-los judicialmente, receber juros ou rendas, adquirir bens, ou seja, fazer atos tendentes à preservação dos bens dos filhos; não podendo dispor dos imóveis nem contrair obrigações além dos limites da simples administração. (DINIZ, 2008, p. 545).

É de se observar de acordo com os entendimentos dos doutrinadores e até mesmo através da própria análise do artigo 1.691 do Código Civil que via de regra os pais não podem praticar nenhum ato que passe à administração dos bens dos filhos, não podendo nem mesmo vender bens que ao filho pertence, salvo se provar que necessita vendê-lo, ou fazer algum outro ato em relação ao bem em proveito do próprio filho, ou seja, havendo utilidade ao filho, desde que com prévia autorização do juiz.

Assim, ressalta-se que não basta os pais entenderem que é de utilidade e de interesse ao próprio filho a venda de determinado bem, caberá ao juiz a análise pormenorizada, sendo que este decidirá com base no todo exposto visando sempre à proteção da criança e do adolescente e não o interesse dos pais.

REVISTA ELETRÔNICA DIREITO, JUSTIÇA E CIDADANIA FAC SÃO ROQUE

Com fulcro no artigo 1.692 do Código Civil, cabe dizer que sempre que haver divergência, ou seja, colidirem os interesses dos pais com o do filho poderá o juiz a requerimento do próprio filho ou do Ministério Público nomear curador especial a fim de fiscalizar a solução do conflito de interesses entre os pais e filhos, zelando pelo interesse do menor.

Como nos ensina Carvalho Santos, in Diniz:

> "trata-se, portanto, de medida preventiva, fundada no justo receio de que os pais, cujos interesses colidem com os dos filhos, possam causar-lhe dano, por serem suspeitos para tomar qualquer decisão sobre negócios relativos ao filho" (DINIZ, 2008, p. 547).

É de se observar que sempre o que prevalece é o interesse do filho, ou seja, a proteção das crianças e adolescentes que em decorrência de sua pouca vivência e vulnerabilidade necessitam de uma maior proteção do Estado, da família e da sociedade como um todo.

Em conformidade com o exposto no artigo 1.693 do Código Civil ficam excluídos da administração dos pais os bens adquiridos pelo filho antes de ele ser reconhecido; os valores recebidos pelo filho que tenha idade entre 16 e 18 anos no desempenho de atividade profissional e os bens que ele adquiriu com tal recurso; os bens recebidos em doação cuja condição é de que os pais não serão usufrutuários dele; e os bens recebidos por herança quando os pais forem excluídos da sucessão, seja por ser indigno ou deserdado.

Com fundamento no artigo 1.689, inciso I do Código Civil pode-se dizer que os pais têm o usufruto e as rendas sobre os bens dos filhos menores que se acham sob seu poder, é esse usufruto inerente ao poder familiar; pois, trata-se de usufruto legal que dispensa prestação de contas e da caução. Este usufruto que os pais têm em relação aos bens dos filhos refere-se a uma compensação dos encargos decorrentes da criação e educação que fornecem aos filhos, devendo lembrar que os pais têm usufruto apenas, devendo sempre zelar pelos bens que os filhos possuem, não tendo direito à disponibilidade referente aos bens dos filhos. (GONÇALVES, 2005, p. 369).

Assim sendo, conforme é de se observar tem os pais usufruto aos bens dos filhos e direito sobre as rendas que estes bens provierem, não podendo, contudo

REVISTA ELETRÔNICA DIREITO, JUSTIÇA E CIDADANIA FAC SÃO ROQUE

dispor dos bens e rendas provenientes de modo sorrateiro, sempre deverá os pais visar o interesse e preservação dos bens dos filhos.

Poderão ainda os pais, utilizar das rendas provenientes dos bens dos filhos em proveito dos mesmos, proporcionando educação.

Enfatiza Silvio Rodrigues neste sentido:

> "se é verdade que aos pais incumbem as despesas com a criação dos filhos quando estes não as possam atender, justo é também que, tendo os filhos bens para criarem-se e educarem-se, usem as rendas dos mesmos bens para esse fim" (RODRIGUES, 2008, p. 364).

Com base no acima exposto ressalta-se que os filhos poderão ter condições de se criarem e educarem através de renda proveniente de seus próprios bens e em contrapartida os pais não terem condições suficientes de proporcionarem uma boa educação; nesta hipótese conforme bem defende o Ilustre doutrinador Silvio Rodrigues poderão os filhos utilizarem das mesmas para se criarem e educarem.

4.2. Suspensão, perda e extinção do poder familiar

Cabe aos pais dirigir os filhos, procurando observar sempre o seu interesse, sob pena de em algumas hipóteses se ver suspendido do exercício do poder familiar. O legislador achou por bem trazer ao estudo no artigo 1.637 algumas hipóteses de suspensão do poder familiar; onde bem ressalta que o objetivo dos pais deve ser a proteção dos filhos, sob pena de ver suspenso seu direito de direção da família.

Nesta senda Silvio de Salvo Venosa bem relembra:

> "Como o poder familiar é um múnus que deve ser exercido fundamentalmente no interesse do filho menor, o Estado pode intervir nessa relação suspendendo, destituindo ou extinguindo o poder familiar, o que em síntese, afeta a célula familiar." (VENOSA, 2008. p. 307).

Havendo a suspensão do poder familiar, ser-lhe-á nomeado curador especial para cuidar os interesses do menor, sendo que nesta hipótese, os pais poderão ser privados de todos os seus atributos ou somente de parte deles, podendo restringir a

REVISTA ELETRÔNICA DIREITO, JUSTIÇA E CIDADANIA FAC SÃO ROQUE

um ou todos os filhos, o que dependerá muito da situação fática e do ato praticado. (DINIZ, 2008, p. 548).

Como leciona Maria Berenice Dias:

> "Quando um ou ambos os genitores deixam de cumprir com os deveres decorrentes do poder familiar, mantendo comportamento que possa vir em prejuízo do filho, o Estado deve intervir; é prioritário preservar a integridade física e psíquica de crianças e adolescentes. O intuito da suspensão não é punitivo, pois, visa muito mais preservar o interesse dos filhos, afastando-os de influência nociva." (DIAS, 2009, p. 392).

É de se observar que quando o legislador previu a hipótese de suspender o poder familiar objetivou resguardar os filhos menores, o Código Civil cita algumas hipóteses em que poderá haver esta suspensão, todavia há de se ressaltar que tudo deve ser analisado caso a caso visando sempre o interesse do menor.

De acordo com o que estabelece o Código Civil em seu artigo 1.637 são causas que podem vir a suspender o poder familiar: a) abuso do poder por parte dos pais, ou seja, o abuso de autoridade, b) falta dos pais aos deveres a eles inerentes; e, c) hipótese de o pai ou a mãe serem condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a 2 (dois) anos.

Em seu estudo no que tange às hipóteses de suspensão de poder familiar bem ressalta Maria Berenice Dias:

> "Ainda, que de modo expresso, tenha o genitor o dever de sustento da prole, o descumprimento desse encargo não justifica a suspensão do poder familiar, pois a falta ou carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda, nem para suspensão do poder familiar". (DIAS, 2009, p. 393).

A suspensão do poder familiar se dará na hipótese em que os genitores deixarem de cumprir com seus deveres perante os filhos, sendo que com base ao acima ressalvado pela doutrinadora Maria Berenice Dias não será o fato de os pais não terem recursos materiais para conceder aos filhos motivo para suspensão do poder familiar, pois a suspensão será analisada caso a caso, sendo que no caso

REVISTA ELETRÔNICA DIREITO, JUSTIÇA E CIDADANIA FAC SÃO ROQUE

concreto entendendo o juiz que os pais praticaram atos em contradição com a proteção dos filhos poderá decretar sua suspensão.

Esta suspensão poderá se dar por determinado lapso temporal, o que será analisado diante ao caso concreto; sendo que se posteriormente entender o juiz não estarem presentes o motivo de suspensão, ou seja superadas as causas que provocaram a suspensão, poderá esta ser cancelada reavendo o exercício do poder familiar para os pais sempre que a convivência familiar atender ao interesse dos filhos.

Antes de adentrar ao estudo acerca das causas de extinção propriamente dita Maria Berenice Dias ressalta que a doutrina distingue a perda e a extinção do poder familiar.

Ensina-nos a referida doutrinadora:

> "Perda é uma sanção imposta por sentença judicial, enquanto à extinção ocorre pela morte, emancipação ou extinção do sujeito passivo. A perda do poder familiar é sanção de maior alcance e corresponde à infringencia de um dever mais relevante, sendo medida imperativa, e não facultativa". (DIAS, 2009, p. 394).

Sequencialmente no que tange à extinção do poder familiar estabelece o artigo 1.635 do Código Civil:

> "Extingue-se o poder familiar: I – pela morte dos pais ou do filho; II – pela emancipação, nos termos do artigo 5°, parágrafo único; III – pela maioridade; IV – pela adoção; V – por decisão judicial, na forma do artigo 1638".

Com base no acima exposto pode-se dizer que a extinção do poder familiar se dará por fatos naturais, como por exemplo, a morte; por pleno direito, no caso por exemplo da emancipação; ou por decisão judicial, conforme dispõe o artigo 1.638 do Código Civil.

Dentre as diversas causas de extinção do poder familiar, encontramos elencado no artigo 1.635 do Código Civil a morte; seja pelo fato de ambos ou um dos pais vir a morrer ou mesmo o filho acabar por morrer, será considerado extinto o poder familiar; vez que, se um deles morrer desaparecerá os titulares do direito, tendo em vista que com a morte cessa a personalidade da pessoa.

REVISTA ELETRÔNICA DIREITO, JUSTIÇA E CIDADANIA FAC SÃO ROQUE

Vale lembrar que, no caso de eventual morte de um dos genitores o poder familiar, será concentrado ao genitor sobrevivente se não houver nenhum impedimento deste ultimo; sendo ainda que na hipótese de morte de um dos genitores e impedimento do outro será nomeado ao menor tutor.

Outra maneira de extinguir o poder familiar, conforme disposto no inciso II do artigo 1.635 é através da emancipação do adolescente, emancipação esta, que de acordo com o artigo 5°, parágrafo único, inciso I, será concedida pelos pais mediante instrumento público, para o filho maior de 16 (dezesseis) anos de idade dispensando-se a homologação judicial.

Nos dizeres de Clóvis a emancipação é a aquisição da capacidade civil por parte do menor antes da idade legal; sendo ainda, que através desta emancipação tornará o filho plenamente competente para todos os atos da vida civil. (MONTEIRO, 2007, p. 356).

Da analise do artigo 5°, do Código Civil é de se observar que a emancipação pode se dar não apenas pelos pais por intermédio de escritura pública, mas também será concedida em decorrência de casamento; emprego público efetivo; colação de grau em curso de nível superior, e por economia própria do menor.

De acordo com o inciso IV do artigo 1.635 do Código Civil é de se observar que outra forma de extinção do poder familiar será através da adoção, sendo o menor adotado por outrem, desaparecem os direitos e deveres do filho em relação aos pais de sangue o que será transferido aos pais adotivos que terão o dever de zelar pelo menor e exercer plenamente o poder familiar; assim, ressalte-se no caso de adoção que se extinguirá o poder familiar em relação aos pais biológicos; sendo ainda que a adoção nesta hipótese depende do consentimento dos pais, onde não havendo este consentimento deverá ocorrer prévia destituição do poder familiar (MONTEIRO, 2007, p. 357).

Ainda, conforme é de se observar no ultimo inciso do artigo 1.635 do Código Civil, o poder familiar pode ser extinto por decisão judicial, nos termos do artigo 1.638, sendo que o poder será extinto em decorrência de os pais terem perdido o poder que inicialmente detinham aí a importância de relembrar o pensamento de Maria Berenice Dias nas linhas anteriores declinado, “é a perda do poder familiar uma sanção imposta aos pais por decisão judicial, sanção de maior alcance e correspondente à infringencia de dever de maior relevância”. (DIAS, 2009, p. 394)

REVISTA ELETRÔNICA DIREITO, JUSTIÇA E CIDADANIA FAC SÃO ROQUE

As hipóteses de perda ou destituição do poder familiar encontram-se elencadas no artigo 1.638 do Código Civil; onde o legislador com o intuito de proteção do filho menor, achou por bem enumerar algumas causas no que se refere à má administração e cuidado dos filhos.

Com fulcro no artigo 1638 do Código Civil pode-se dizer que são causas de perda do poder familiar: o castigo imoderado ao filho; o abandono; a prática de atos contrários à moral e aos bons costumes; e reiteradas faltas aos deveres inerentes ao poder familiar.

Quanto ao inciso I do artigo 1638 do Código Civil, é de observar que se o pai castigar imoderadamente o filho este poderá perder o seu poder familiar.

Nos dizeres de Carlos Roberto Gonçalves a doutrina em geral entende que o advérbio "imoderadamente" serve para legitimar o *"jus corrigendi"* na pessoa do pai, sendo que só se caracteriza quando for excessivo o castigo. Todavia neste sentido, o referido doutrinador oferta sua crítica ao legislador no sentido de que o que seria moderado; vez que, em seu entender ao incluir a vedação ao castigo imoderado, implicitamente o Código Civil estaria admitindo o castigo físico moderado, o que no seu entender não seria uma boa interpretação; sendo ainda que da observância dos princípios constitucionais deva ser garantido à proteção da dignidade humana e o respeito dos filhos, colocando-os a salvo de toda violência crueldade ou opressão. (GONÇALVES, 2005, p. 372).

Outra causa de destituição do poder familiar é o fato de os pais abandonarem os filhos, abandono este, que pode ser tanto em sentido material como em sentido moral, o que ocorre quando, por exemplo, os pais privam os filhos da convivência familiar ou mesmo de condições necessárias para sua subsistência, saúde, instrução. (DINIZ, 2008, p.551).

Os pais podem ainda ser destituídos do poder familiar na hipótese de praticarem atos contrários à moral e aos bons costumes, o que será observado objetivamente, incluindo as condutas que a sociedade considera ilícita.

4.3. Ação de suspensão e destituição do poder familiar

Conforme podemos observar no estudo acerca do poder familiar cabe aos pais o exercício do seu poder, devendo-os exercer de forma plena tendo sempre como objetivo a proteção dos filhos menores, sendo que na hipótese de má

REVISTA ELETRÔNICA DIREITO, JUSTIÇA E CIDADANIA FAC SÃO ROQUE

administração deste poder em relação aos filhos poderão vir a sofrer sanções, sanções estas que se referem à suspensão ou destituição deste poder familiar.

Em ambas as hipóteses, ou seja, tanto na hipótese de vir a ser tomada medida de suspensão do poder familiar, quanto na de aplicação da destituição desse poder necessário se fará a observância de procedimento judicial.

Referidas medidas judiciais poderão ser propostas por um dos genitores em face do outro, na hipótese de má administração do poder familiar por um dos genitores, ou mesmo proposta pelo Ministério Público que poderá ajuizar a ação contra um ou ambos os pais. (DIAS, 2009, p. 395).

São inúmeras as hipóteses em que são necessárias tais medidas visando proteger os filhos menores; ações estas que por vezes é interposta por um dos genitores em face do outro, bem como por vezes é interposta pelo Ministério Público em face de um dos pais; cabendo frisar que: sempre o objetivo de uma ação judicial neste patamar é a proteção da criança e do adolescente.

Assim, com a finalidade de ressaltar o objetivo de tais ações será feito nas linhas que se seguem algumas menções sobre um julgado, trata-se da Apelação Cível n.172.282-0/7-00 julgada em 27 de abril de 2009 na Comarca de São Paulo, estando esta no anexo I em sua integralidade ao final deste trabalho:

> "Sem dúvida, a destituição do poder familiar é medida drástica. Porém, não deve ser considerada como punição aos pais, mas, sobretudo, **medida de resguardo dos interesses da criança, que é o verdadeiro sujeito de direitos fundamentais e destinatário da proteção integral conferida pelo microssistema do Estatuto da Criança e do Adolescente** ... Neste sentido, a lição de Wilson Donizeti Liberati, com apoio em Paulo Lúcio Nogueira: "a suspensão e a destituição do pátrio poder são institutos de Direito Civil que constituem verdadeiras sanções sofridas pelos pais por infração aos deveres que têm para com os filhos. Essas sanções visam mais ao interesse dos filhos do que propriamente a punir os pais". Na verdade, a finalidade do poder familiar é assegurar à criança e ao adolescente o direito de se desenvolver física, intelectual e moralmente, proporcionando-lhe segurança afetiva e psíquica na realização de sua vocação (In Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente - 7a ed. Ed. Malheiros, p.132)". (TJ/SP. Apelação Cível n.172.282-0/7-00. Comarca São Paulo. Rel. Paulo Alcides. DJ: 27/04/2009). (grifos nossos).

REVISTA ELETRÔNICA DIREITO, JUSTIÇA E CIDADANIA FAC SÃO ROQUE

Ainda, da analise do referido julgado (anexo I) é de observar que a ação de destituição do poder familiar ou mesmo da suspensão do poder familiar, não é simplesmente um requerimento feito ao juiz, pois, envolve todo um estudo social sobre o fato, ou seja, na busca do melhor para a criança e o adolescente, tendo sempre por objetivo sua convivência junto a uma entidade familiar, a base para se desenvolver de forma digna na sociedade.

Neste sentido outra jurisprudência , estando o acórdão na integra no anexo II no final do trabalho:

> "DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR - Perda do poder familiar decretada - Recurso que busca seu restabelecimento quanto à genitora do menor Vitor Gabriel - Inadmissibilidade - Genitora que não proporcionou ao filho os mínimos cuidados de que necessitava - Negligência e maus tratos à criança - Inocorrência de melhora da genitora – Descumprimento do art. 22, do Estatuto da Criança e do Adolescente - Decisão mantida - Recurso desprovido". (TJ/SP. Apelação Cível n. 185.789-0/0-00. Comarca Mogi Mirim. Rel. Moreira de Carvalho. DJ: 30/11/2009).

É de se observar com base nos julgados acima citados, havendo comprovação de maus tratos ou qualquer tipo de inobservância no que tange ao interesses dos filhos o juiz decidirá sempre visando o interesse da criança e do adolescente.

5. A Proteção da Criança e do Adolescente em Face do Poder Familiar

É dever dos pais, no exercício do poder familiar, resguardar a proteção dos seus filhos. A partir da nova redação dada ao poder familiar após o advento do Código Civil de 2002, observa-se que um novo enfoque foi dado à proteção da criança e do adolescente sendo que, além dos direitos fundamentais inerentes a qualquer ser humano, têm alguns direitos que lhe são especiais pela sua própria condição de pessoa em desenvolvimento.

Com fulcro no artigo 1.630 do Código Civil atual cabe aos pais o exercício do poder familiar em face dos filhos, enquanto estes forem menores, pois, cabe aos pais conjuntamente o dever de zelar pelos seus filhos, aí a proteção primordial e integral dada à criança e ao adolescente.

REVISTA ELETRÔNICA DIREITO, JUSTIÇA E CIDADANIA FAC SÃO ROQUE

Conforme já mencionado em momento anterior o art. 1.634 do Código Civil bem ressalta:

> "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 casar; IV- nomear-lhes tutor; V – representá-los e assisti-los nos atos da vida civil; VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; e VII- exigir obediência, respeito e serviços próprios de sua idade e condição".

Ainda nesse mesmo sentido ressalta o artigo 3° do Estatuto da Criança e do Adolescente:

> "A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade."

Os pais têm por dever proporcionar aos filhos educação, criação, alimentação, todo o necessário para o desenvolvimento mental, espiritual, cultural, proporcionando aos filhos os meios para interagirem harmoniosamente na sociedade, tendo resguardado seus direitos.

Vale ressaltar que o interesse da criança e do adolescente passou a ter uma maior observância, com o advento da Constituição Federal de 1988, sendo que foi através da nossa Carta Magna que surgiu o Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990 na defesa da proteção integral da criança e do adolescente, proteção esta também ressaltada no Código Civil de 2002.

Maria Berenice Dias entende:

> "O Estatuto da Criança e do Adolescente, acompanhando a evolução das relações familiares, mudou substancialmente o instituto. Deixou de ter um sentido de dominação para tornar-se sinônimo de proteção, com mais características de deveres e obrigações dos pais para com os filhos do que de direitos em relação a eles". (DIAS, 2009, p. 383).

REVISTA ELETRÔNICA DIREITO, JUSTIÇA E CIDADANIA FAC SÃO ROQUE

Dá analise do próprio Estatuto da Criança e do Adolescente se observa que procurou o legislador especificar os diversos direitos da criança e do adolescente a fim de proporcioná-los real proteção, e trouxe estas proteções de maneira expressa em diversos artigos.

O referido diploma legal assegura à criança e ao adolescente proteção de viver dignamente desde o nascimento com vida a fim de proporcioná-los pleno desenvolvimento junto à sociedade, garantindo-os proteção à saúde, liberdade, respeito, dignidade, ainda assegura à eles que em hipótese alguma serão objetos de negligência, exploração, violência; sob pena de a pessoa que eventualmente assim o fizer ser responsabilizada.

Estabelece os artigos 5°, 7º e 15° do Estatuto da Criança e do Adolescente, neste sentido:

> "Art. 5. Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.
>
> Art. 7. A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.
>
> Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis".

E, não é só, o artigo 4° do referido Estatuto traz em seu bojo que esta proteção deve ser conferida pela família, pela sociedade e pelo Estado, pois, sendo as crianças seres vulneráveis que necessitam de proteção integral, devem ter a efetivação dos direito referentes à saúde, alimentação, educação, esporte, lazer profissionalização, enfim os elementos básicos para proporcioná-los uma vida digna; assegurando-os ainda garantia de prioridades quanto à proteção e socorro em quaisquer circunstâncias.

REVISTA ELETRÔNICA DIREITO, JUSTIÇA E CIDADANIA FAC SÃO ROQUE

É dever de todos zelar pela criança e adolescente. Neste sentido, ressalta o artigo 18 do referido Estatuto:

> "Art.18 - É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor".

Ressalte-se: o Estatuto da Criança e do Adolescente bem como o Código Civil reitera-se por inúmeras vezes dos direitos inerente e necessários à proteção das crianças.

No que tange ao poder familiar, nota-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente trata do referido assunto dos artigos 21 a 24; onde nos mostra que o poder familiar será exercido em igualdade de condições pelos pais, assim como o já disposto no Código Civil, sendo ainda que cabe aos pais o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores.

Nesta mesma seara do poder familiar; cabe dizer que assim como preceitua o Código Civil, e ressalta o Estatuto da Criança e do Adolescente há hipóteses em que os pais poderão ter seu poder sobre a família, suspenso, perdido ou até mesmo extinto, medidas estas que serão tomadas no caso de os pais exercerem este poder de forma contrária ao interesse da criança e do adolescente.

É direito das crianças e adolescentes a convivência em seio familiar em ambientes livres para desenvolvimento, como bem estabelece o artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo ainda que em ultima hipótese não havendo a criança e o adolescente família que não lhe proporciona os meios necessários para desenvolvimento serão excepcionalmente encaminhados em família substituta.

Há que ressaltar que via de regra, ou seja, sempre que possível, os filhos menores deverão conviver com sua família biológica, sendo medida excepcional encaminhar a criança e o adolescente à família substituta; assim, o que sempre impera é a proteção à criança e ao adolescente, seres que merecem ter uma boa convivência, com afeto amor e dignidade.

REVISTA ELETRÔNICA DIREITO, JUSTIÇA E CIDADANIA FAC SÃO ROQUE

5.1. Estatuto da criança e do adolescente

Conforme é de se observar quando da leitura do artigo 1° do Estatuto da Criança e do Adolescente, este diploma legal surgiu a fim de dispor sobre a proteção integral da criança e do adolescente; diremos este veio à existência ante toda uma influência social e exigência da sociedade em uma lei especifica para proteger a criança e o adolescente ante a sua necessidade.

Munir Cury, Jurandir Norberto Marçura e Paulo Afonso Garrido de Paula nos diz, neste sentido:

> "O Estatuto da Criança e do Adolescente é uma consequência natural da Constituição Federal de 1988; o legislador constituinte, em seu artigo 227, caput', vinculou a legislação ordinária à concepção integram ao afirmar que crianças e adolescentes tem direitos que podem ser exercitados em face da família, da sociedade e do Estado." (CURY, GARRIDO & MARÇURA, 2002, p. 19).

A Constituição Federal já previa a necessidade de uma norma de proteção integral à criança e ao adolescente, tendo o Estatuto da Criança e do Adolescente sua diretriz em nossa Carta Magna de 1988.

Continua o acima mencionado doutrinador no que tange à proteção integral da criança e do adolescente e à própria existência deste Estatuto menorista:

> "A doutrina de proteção integral inspira-se na normativa internacional, materializada em tratados e convenções, especialmente os seguintes documentos: a) Convenção das Nações Unidas Sobre os Direitos da Criança; b) Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude (Regras de Beijing); c) Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade; e d) Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil (Diretrizes de Riad)." (CURY, GARRIDO & MARÇURA, 2002, p. 21).

Observa-se que as Convenções Internacionais influenciaram bastante no que tange ao surgimento do Estatuto da Criança e do Adolescente. E, não é só, pois, a Declaração de Genebra de 1924, já determinava a necessidade da criança e do adolescente ter uma proteção diferenciada; pois, passou a estudar alguns direitos especiais que poderiam ser dados as crianças. Depois desta, surgiram legislações

REVISTA ELETRÔNICA DIREITO, JUSTIÇA E CIDADANIA FAC SÃO ROQUE

esparsas que abrangiam alguns direitos referentes às crianças, mas não de forma integral, como vemos hoje no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Tempos depois, surgiu a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, onde passou a abordar com um pouco mais de profundidade o interesse da criança e do adolescente; todavia, devido aos avanços e busca da sociedade se viu a necessidade da existência do Estatuto, protegendo a criança como sujeito de direitos e deveres.

Nos diz Paulo Lúcio Nogueira neste sentido:

> "A necessidade da proteção integral da criança e do adolescente, foi enunciada na Declaração dos Direitos da Criança, em Genebra, de 1924, e reconhecida na Declaração Universal dos Direitos Humanos e nos estatutos das agências especializadas e organizações sociais interessadas no bem estar da criança". (NOGUEIRA, 1996, p. XVII).

Nestes termos, observa-se que já se buscava meios de proteção à criança e ao adolescente em 1924, sendo que na medida em que a sociedade evoluiu e as exigências aumentaram as crianças e os adolescentes passaram a ter uma maior proteção.

Antonio Carlos Gomes Costa, citado por Abreu, nos ensina:

> "Até o surgimento do Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990, todas as legislações menoristas latino americanas, inclusive brasileiras, eram baseadas na doutrina da situação irregular. Assim foi com os Códigos de menores existentes em toda América latina. Hoje, com o Estatuto da Criança e do Adolescente, a tendência é a doutrina de proteção integral. A primeira manifesta a negação formal e substancial da criança e do adolescente e a segunda respeita-os como sujeitos de direitos (ABREU, on-line)

Com base no acima exposto observa-se que foi só com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente que passou a ser observada a doutrina de proteção integral à criança e ao adolescente; vez que, frise-se apesar de adotada tal teoria esta doutrina de proteção integral tem de ficar além de escritos, devendo ser exercido pela sociedade e entes estatais como um todo.

REVISTA ELETRÔNICA DIREITO, JUSTIÇA E CIDADANIA FAC SÃO ROQUE

5.2. A criança em face do estatuto da criança e do adolescente

Em consonância com o que estabelece a primeira parte do artigo 2° do Estatuto da Criança e Do Adolescente para os efeitos da Lei considera-se criança pessoas com idade entre 0 e 12 anos incompletos.

Nesta seara Munir Cury, Jurandir Norberto Marçura e Paulo Afonso Garrido de Paula preceitua:

> "As faixas etárias obedecem a critério de política legislativa, representando, todavia, a medidas classificações existentes em outros ramos do conhecimento a respeito da época favorável da passagem da infância para a adolescência". (CURY, GARRIDO & MARÇURA, 2002, p. 22)

Nos termos do Código Civil, e observado o artigo 3° do referido diploma legal crianças são consideradas absolutamente incapazes para a prática dos atos da vida civil, assim, deverão sempre ser representadas pelos pais, tutores ou curadores.

Muito embora a criança seja um ser sem capacidade plena para a prática dos atos da vida civil, esta é detentora da capacidade de direito, que se refere à capacidade que todos adquirem ao nascer com vida, assim todas as crianças sem qualquer distinção devem gozar de todos os direitos da pessoa humana, vez que além de ser criança, é pessoa e deve ter seus direitos respeitados.

O Ilustre doutrinador Paulo Lucio Nogueira bem relembra:

> "A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais à pessoa humana, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social em condições de liberdade e dignidade". (NOGUEIRA, 1996, p. 12).

Quando falamos em criança devemos ter em mente que elas são seres vulneráveis que necessitam de uma proteção especial ante sua fragilidade à sociedade, pois, quando falamos em criança devemos pressupor um ser humano protegido e um ou mais seres humanos que o protegem, a criança é um ser que tem ampla necessidade de proteção de outro ser humano, da sociedade como um todo e do Estado.

REVISTA ELETRÔNICA DIREITO, JUSTIÇA E CIDADANIA FAC SÃO ROQUE

5.3. O adolescente em face do estatuto da criança e do adolescente

Em consonância com o que estabelece a segunda parte do artigo 2° do Estatuto da Criança e do Adolescente para os efeitos da Lei considera-se adolescentes pessoas com idade entre 12 e 18 anos incompletos.

Viu o legislador a necessidade de proteção integral também do adolescente, tendo por base que as pessoas nesta faixa etária necessitam de uma proteção ante sua passagem para a vida adulta a fim de que possam ter uma boa relação junto à sociedade.

No que tange ao Código Civil, quanto aos adolescentes, observa-se no artigo 4°, inciso I do Código Civil, que os adolescentes entre a idade de 16 a 18 anos incompletos são considerados relativamente incapazes para a prática dos atos da vida civil, assim, nesta faixa etária devem ser assistidos por seus pais, tutores ou curadores.

Conforme mencionado nas linhas anteriores, as pessoas até os 16 anos incompletos têm de ser representados por seus pais, e a partir de 16 anos até os 18 anos incompletos tem de ser assistidos; o legislador ao observar que os adolescentes aos 16 anos adquirem um pouco mais de conhecimento e capacidade para pratica de atos deixa-os realizar, todavia, sempre com a assistência dos pais a fim de proporcionar que eles tenham uma proteção maior ao realizar os atos da vida civil, vez que são seres que merecem proteção integral da sociedade, da família e do Estado.

Cury, Garrido & Maçura dizem:

> "A proteção integral tem como fundamento a concepção de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, frente à família, à sociedade e ao Estado. Rompe com a idéia de que sejam simples objetos de intervenção no mundo adulto, colocando-os como titulares de direitos comuns a toda e qualquer pessoa, bem como de direitos especiais decorrentes da condição peculiar de pessoas em processo de desenvolvimento". (CURY, GARRIDO & MARÇURA, 2002, p. 21).

Conforme se observa nos dizeres de Cury; os adolescentes, sendo seres em desenvolvimento, merecem ser protegidos e ter seus direitos resguardados; sendo protegidos integralmente, ou seja, diante de qualquer situação seus interesses devem ser levados em consideração.

REVISTA ELETRÔNICA DIREITO, JUSTIÇA E CIDADANIA FAC SÃO ROQUE

Considerações finais

Conforme amplamente salientado ao longo do trabalho este objetivou o estudo acerca do núcleo familiar analisando pormenorizadamente sobre o poder familiar, mas com foco na proteção da criança e do adolescente; tema este que conforme tivemos a oportunidade de notar é de real importância vez que, é a família base de um Estado digno.

Vimos que o poder familiar anteriormente ao Código Civil atual, era chamado "pátrio poder" sendo ainda que seu foco não era o mesmo como vemos hoje, o poder familiar já exista desde a época de Roma, todavia sob outro foco, primariamente o "pátrio poder" referia-se ao poder absoluto do *'pátria potestas'*, o chefe da família, onde o poder que o pai tinha sobre os demais membros da família era absoluto e rigoroso, sendo que não visava ao interesse dos filhos, mas sim no direito do pai o maioral sobre a casa.

Na Idade Antiga e Idade Média o poder familiar era considerado sob este mesmo foco; sendo que apenas após a Revolução Industrial, quando a mulher passou a lutar pela sua igualdade junto ao homem, que este foi tendo menos intensificação; sendo que por fim com o advento da Constituição Federal de 1988, e o surgimento dos princípios constitucionais em face da família que este passou a ser observado no sentido de proteção à família.

Podemos observar ainda que o poder familiar não se resume apenas ao dever de cuidado dos pais em relação aos filhos, pois, vai além refere-se aos meios de conceder aos filhos condições sólidas para desenvolvimento junto à sociedade; assim, cabe frisar que uma sociedade será justa no momento em que oportunizar a todas as suas crianças e aos seus adolescentes estas condições de desenvolvimento íntegro, nas diferentes dimensões fundamentais do ser humano.

Ao passar dos anos, conforme tivemos a oportunidade de observar o próprio conceito dado às famílias foi mudando sendo que, a antiga família patriarcal foi caindo em desuso; pois, foi com o advento da Constituição Federal de 1988, que a superioridade do homem acabou, a partir daí homem e mulher passaram a ser considerados iguais perante a lei, o que acabou por ocasionar a busca da sociedade em mudança quanto ao novo conteúdo do poder familiar.

Assim, atualmente não é mais o poder do pai, é o poder da família, ou seja, o pai e a mãe tem os mesmos poderes, direitos e deveres, mulher e homem

REVISTA ELETRÔNICA DIREITO, JUSTIÇA E CIDADANIA FAC SÃO ROQUE

exercendo este poder conjuntamente e numa única busca que é a de proteção à criança e ao adolescente, a fim de proporcionar-los condições morais, espirituais, materiais e sociais, para se desenvolverem como Pessoa Humana, com seus próprios direitos respeitados e sabendo respeitar os direitos do próximo.

Referências Bibliográficas

ABREU, Waldir Ferreira de. **A história da construção do estatuto da criança e do adolescente e a política de atendimento: reflexões para o debate**. *On-line*. Disponível em http://www.ufpa.br/nupe/artigo11.htm. Acesso em: 19 de abril de 2010.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ARRUDA, José Jobson. **História total: antiguidade e idade média**. V.3, São Paulo: Ática, 1998.

BARROS, Sérgio Resende de. **O direito ao afeto.** 2002, *On-line*. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=50. Acesso em: 23 de fevereiro de 2010.

BRASIL. ***Vademecum***, **Constituição da república federativa do Brasil de 1988**. São Paulo: Saraiva, 2008.
_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. São Paulo: Saraiva, 2008.
_____. **Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990**. *On-line*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm. Acesso em: 3 de maio de 2010.
_____. **Lei n. 11.698 de 13 de junho de 2008**. *On-line*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm, 2010.

CURY, MARÇURA & GARRIDO. **Estatuto da criança e do adolescente anotado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. v.5, 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DOWER, Nelson Gody Bassil. **Curso moderno de direito civil: direito de família.** V.5, São Paulo: Nelpa, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. v.6, São Paulo: Saraiva, 2005.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito de família**. v.2, São Paulo: Saraiva, 2007.

REVISTA ELETRÔNICA DIREITO, JUSTIÇA E CIDADANIA FAC SÃO ROQUE

MARKY, Thomas. **Curso elementar de direito romano**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, José Geraldo Vinci de. **História: geral e Brasil.** 2 ed. São Paulo: Atual, 2008. v. único.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. 3 ed. São Paulo: Saraiva,1996.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: Direito de família**. v.6, 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *On-line*. Disponível em http://www.tj.sp.gov.br/jurisprudencia. Acesso em 31 de março de 2010.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. v.1, 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. **Direito civil: Direito de família**. v.6, 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.v.6.